Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.217

Assemblée générale

Distr. limitée
13 juillet 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États)
Quarante-troisième session
Vienne, 5-16 septembre 2022

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Projet de dispositions relatives à la médiation

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 2
II. Informations générales . . . 3
A. Médiation dans le cadre de traités d'investissement existants . . . 3
B. Nécessité d'encourager le recours à la médiation dans le RDIE . . . 6
III. Projet de dispositions relatives à la médiation . . . 7
A. Disponibilité de la médiation et niveau d'incitation à y recourir (projet de disposition 1) . . . 8
B. Rapport avec l'arbitrage et les autres procédures de règlement des différends (projet de disposition 2) . . . 11
C. Demande d'ouverture de la médiation (projet de disposition 3) . . . 12
D. Règlement de médiation applicable (projet de disposition 4) . . . 14
E. Disposition de non-préjudice (projet de disposition 5) . . . 14
F. Confidentialité . . . 15
G. Transparence (projet de disposition 6) . . . 16
H. Accord de règlement (projet de disposition 7) . . . 16

V.22-10470 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail a noté l'intérêt général exprimé en faveur de la poursuite de travaux sur les modes alternatifs de règlement des litiges, notamment sur la médiation, l'objectif étant d'assurer une meilleure utilisation de ces modes de règlement (A/CN.9/1044, par. 35). On a fait observer que ceux-ci restaient largement sous-utilisés dans le règlement des différends internationaux relatifs à des investissements, et les obstacles d'ordre structurel, législatif et politique à leur utilisation, en particulier pour les gouvernements, ont été signalés (A/CN.9/1044, par. 35). Par conséquent, le Groupe de travail a prié le secrétariat de s'attacher, en collaboration avec les organisations intéressées, notamment avec le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), à élaborer ou à adapter : i) un règlement de médiation applicable dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; ii) des clauses types de médiation qui pourraient être insérées dans les traités d'investissement ou dans un éventuel instrument multilatéral sur la réforme du RDIE ; et iii) des lignes directrices en faveur d'une meilleure utilisation de la médiation (A/CN.9/1044, par. 36 à 40).

2. Le Règlement de médiation de la CNUDCI a été adopté par la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2021, et constitue une mise à jour du Règlement de conciliation de la CNUDCI de 1980. De nature générique, il peut être utilisé pour le RDIE, qui fait également l'objet de règlements spécifiques, comme le Règlement de médiation du CIRDI (2022)[1], d'adoption récente, et le Règlement de médiation investisseur-État (2012)[2] de l'Association internationale du barreau (IBA). Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'élaborer un règlement spécifique sur la médiation en matière d'investissement, qui pourrait toutefois faire double emploi avec les règlements existants. En conséquence, la présente note envisage l'élaboration de dispositions conventionnelles types qui permettraient d'élargir l'offre de médiation (voir sect. III ci-dessous). Le document A/CN.9/WG.III/WP.218 présente un projet de lignes directrices sur la médiation qui vise également à favoriser le recours à ce mode règlement dans le RDIE.

3. À l'instar d'autres documents fournis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet[3]. Elle

---

[1] Voir *Règlement de médiation du CIRDI*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), disponible (en anglais) à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Mediation_Rules.pdf.

[2] Voir *IBA Rules for Investor-State Mediation*, Association internationale du barreau, disponible à l'adresse www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C.

[3] Ces informations sont tirées notamment des sources suivantes : Secrétariat de la Charte de l'énergie, Conférence de la Charte de l'énergie, Guide on Investment Mediation (adopté le 19 juillet 2016), disponible à l'adresse www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/Guide_Investment_Mediation.pdf, et Modèle d'instrument de gestion des différends en matière d'investissement, disponible à l'adresse https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Modele_d_instrument.pdf ; CIRDI, Background Paper on Investment Mediation (juillet 2021), disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf, et Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation (juillet 2021), disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf (« présentation du CIRDI ») ; K. Fan, Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey, *Journal of Dispute Resolution* (2020), nº 2, p. 327 à 342, disponible à l'adresse https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3549661 ; C. Kessedjian, A. van Aaken, R. Lie, L. Mistelis, Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement, note de cadrage 2020/16 du Forum académique sur le RDIE (5 mars 2020), disponible à l'adresse www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/isds-af-mediation-paper-16-march-2020.pdf (« étude du Forum académique ») ; F. Nitschke, The ICSID Conciliation Rules in Practice, in Mediation in International Commercial and Investment Disputes, édité par C. Titi, K. Fach Gómez, p. 1, disponible à l'adresse https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031 (« Nitschke »).

ne cherche pas à exprimer un point de vue sur les options de réforme, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Informations générales

4. La médiation a été mentionnée comme étant un élément de réforme dans les communications présentées par des États (les « communications ») en préparation de la troisième phase du mandat du Groupe de travail. Presque toutes les communications où il en était question soulignaient qu'elle était plus rapide et économique que l'arbitrage, et que son utilisation accrue permettrait de répondre aux préoccupations liées au coût et à la durée des procédures de RDIE[4]. En outre, elle était considérée comme un moyen d'offrir un haut niveau de souplesse et d'autonomie aux parties, et de favoriser le maintien d'une coopération à long terme, permettant ainsi de prévenir les différends et d'éviter que les conflits ne dégénèrent (A/CN.9/1044, par. 27)[5].

5. On trouvera ci-après des informations générales sur les traités d'investissement existants qui mentionnent la médiation. Lorsqu'il n'en est pas fait mention, il est souvent difficile pour les États d'y avoir recours.

A. Médiation dans le cadre de traités d'investissement existants

6. La grande majorité des traités d'investissement prévoient qu'un certain délai doit s'écouler avant qu'un demandeur puisse présenter une demande d'arbitrage[6]. Ce délai vise à permettre aux parties de parvenir à un règlement amiable, et certains traités n'autorisent l'ouverture d'une procédure d'arbitrage qu'à son expiration[7]. Souvent appelé « délai de réflexion » ou « période de règlement amiable », sa durée varie de trois mois à deux ans[8]. Toutefois, en raison de la coordination à assurer entre les différents services concernés, un délai de trois à six mois est généralement trop court pour engager et conclure une médiation.

7. Si certains traités ne donnent pas d'indication quant à la manière d'utiliser ce délai, quelques-uns prévoient expressément le recours à la médiation[9]. Les différentes approches suivies dans les traités d'investissement existants se résument comme suit :

– Aucune mention de la médiation, ni d'aucun autre mode alternatif de règlement des litiges non contraignant ;

[4] Communication présentée par le Gouvernement thaïlandais (A/CN.9/WG.III/WP.147, par. 7) ; communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien et japonais (A/CN.9/WG.III/WP.163, p. 7, annexe I) ; communication présentée par le Gouvernement turc (A/CN.9/WG.III/WP.174, p. 3, point 7) ; communication présentée par le Gouvernement sud-africain (A/CN.9/WG.III/WP.176, par. 40 et 41) ; et communication présentée par les Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien (A/CN.9/WG.III/WP.182, p. 7, annexe).

[5] Communication présentée par le Gouvernement chinois (A/CN.9/WG.III/WP.177, p. 5, point 4).

[6] Selon l'étude du Forum académique, plus de 70 % des traités d'investissement comprennent une clause de ce type.

[7] Certains traités plus anciens obligeaient les investisseurs à choisir entre la conciliation et l'arbitrage. C'est peut-être en raison de ce choix exclusif que la conciliation n'était pas utilisée (voir Nitschke, p. 3).

[8] Certains traités exigent en outre l'épuisement des recours locaux. Voir, par exemple : traité d'investissement bilatéral entre l'Inde et le Kirghizistan (2019), art. 15 ; traité d'investissement bilatéral entre le Bélarus et l'Inde (2018), art. 15 ; et traité d'investissement bilatéral entre le Maroc et le Nigéria (2016), art. 26.5.

[9] L'étude du Forum académique indique que 44 % des traités prévoyant un délai de réflexion ne mentionnent pas de mode de règlement, tandis que 42 % d'entre eux mentionnent la négociation, 10 % les consultations, 3 % la conciliation, et 1 % la médiation.

– Disposition générale indiquant que les parties au litige doivent essayer de le résoudre « à l'amiable » pendant la période prévue à cet effet[10] ;

– Prise en compte de la médiation comme i) l'un des moyens de parvenir à un règlement amiable[11] : ii) conjointement avec les consultations et la négociation[12], ou iii) avec une disposition permettant à l'investisseur de choisir la médiation parmi différentes options sur la base d'un consentement anticipé de l'État défendeur, la médiation étant ainsi facultative pour l'investisseur[13] ;

– Obligation pour une partie au différend d'examiner avec bienveillance une demande de médiation de l'autre partie[14] ;

– Obligation pour les deux parties d'entreprendre une médiation avant de soumettre leur différend à l'arbitrage[15] ; et

---

[10] Voir, par exemple : traité d'investissement bilatéral entre le Pérou et le Royaume-Uni (1993), art. 10 ; traité d'investissement bilatéral entre l'Indonésie et les Pays-Bas (1994), art. 9 ; et traité d'investissement bilatéral entre la Géorgie et Israël (1995), art. 8.

[11] Voir traité d'investissement bilatéral entre l'Autriche et le Kirghizistan (2016), art. 20 ; traité d'investissement bilatéral entre l'Arabie saoudite et l'Iraq (2019), art. 12-1 ; et traité d'investissement bilatéral entre l'Autriche et le Nigéria (2013), art. 20.

[12] Voir traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et Singapour (2013), art. 13-2 ; traité d'investissement bilatéral entre le Mali et le Maroc (2014), art. 9-1 et 9-2 ; traité d'investissement bilatéral entre l'Égypte et Maurice (2014), art. 10-1 ; traité d'investissement bilatéral entre les Émirats arabes unis et le Kazakhstan (2018), art. 10-1 ; traité d'investissement bilatéral entre le Ghana et la Türkiye (2016), art. 14 ; modèle de traité d'investissement bilatéral des Pays-Bas (2019), art. 17 ; voir également Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) (2018), art. 9.18 (« Consultation et négociation 1. Dans le cas d'un différend en matière d'investissement, le demandeur et le défendeur devraient d'abord chercher à résoudre le différend par la consultation et la négociation, ce qui peut comprendre le recours à des procédures non contraignantes faisant intervenir un tiers, par exemple les bons offices, la conciliation ou la médiation. »).

[13] Voir, par exemple : traité d'investissement bilatéral entre Bahreïn et la Fédération de Russie (2014), art. 8 ; et Accord de rapprochement économique entre la Chine et Hong Kong (2017), art. 19 et 20.

[14] Voir, par exemple, modèle de traité d'investissement bilatéral des Pays-Bas (2019), art. 17-1 (« [une] partie à un différend examine avec bienveillance toute demande de négociations, de conciliation ou de médiation émanant de l'autre partie »). L'Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour (2018) et l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) disposent l'un et l'autre que « la partie à laquelle est adressée la demande l'examine avec bienveillance et l'accepte ou la rejette par écrit dans un délai de dix jours à compter de sa réception » (art. 15.3-2, et annexe 9, art. 3-2, respectivement). L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (2016) comprend une disposition analogue (annexe 29 C), art. 2-2).

[15] L'article 14-1 du traité d'investissement bilatéral entre les Émirats arabes unis et le Costa Rica (2017) prévoit deux étapes à effectuer avant que l'investisseur ne puisse recourir à l'arbitrage : la première étape consiste en la tenue de consultations et de négociations (auxquelles trois mois sont alloués) ; elle est suivie « d'une procédure dirigée par un tiers, comme la conciliation ou la médiation, administrée par un centre homologué de la Partie mise en cause dans le différend ». L'article 14-4 dispose ce qui suit : « Pour plus de sécurité, le respect des exigences prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 concernant les consultations et les négociations et les procédures dirigées par un tiers est obligatoire et constitue une condition préalable au renvoi du différend à l'arbitrage. » Voir également le traité d'investissement bilatéral entre les Émirats arabes unis et le Rwanda (2017), art. 12 : « Médiation et conciliation. 1. Au lieu de l'exigence obligatoire de négociation, ou en supplément de celle-ci, les parties à un différend investisseur-État peuvent convenir du recours à la médiation ou à la conciliation, sans préjudice des droits, causes d'action et moyens de défense dont elles peuvent se prévaloir au titre du présent Accord. 2. Les parties à un différend investisseur-État conviennent des règles applicables : i) au règlement du différend par la médiation ou la conciliation, et ii) à la méthode de nomination du médiateur ou du conciliateur. » Voir en outre l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019), qui prévoit un règlement des différends à plusieurs niveaux, avec d'abord des négociations ou une médiation, puis des « consultations » et, enfin, si le différend n'est pas réglé, le recours à l'arbitrage ; l'article 3.31-1 dispose que « [l]es parties au différend peuvent, à tout moment, convenir de recourir à la médiation ». Une fois définie cette méthode de règlement des différends à plusieurs niveaux, l'article 3.35 de l'Accord soumet l'introduction d'une demande d'arbitrage à la double

– Obligation pour l'investisseur demandeur de participer à une médiation (ou à une conciliation) si l'État en fait la demande[16].

8. La plupart des traités d'investissement envisagent le recours à la médiation pendant la phase préalable à l'arbitrage ou le délai de réflexion. Toutefois, certains traités soulignent que les parties peuvent, d'un commun accord, soumettre leur différend à une médiation ad hoc ou institutionnelle avant ou pendant la procédure arbitrale[17] ; ils permettent donc de recourir à la médiation à tout moment, à la seule condition que l'investisseur et l'État en conviennent[18].

Directives procédurales

9. La grande majorité des traités d'investissement qui prévoient expressément le recours à la médiation ou à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges n'énoncent pas de règles détaillées applicables par les parties. Ils abordent généralement un ou deux aspects procéduraux en donnant des directives minimales[19].

---

condition : i) qu'au moins six mois se soient écoulés depuis la présentation de la demande de consultations et qu'au moins trois mois se soient écoulés depuis la notification de l'intention d'introduire une demande d'arbitrage, et ii) que « le fondement juridique et factuel du différend [ait] fait l'objet de consultations préalables ».

[16] L'Accord de partenariat économique global entre l'Australie et l'Indonésie (2019) prévoit la tenue de consultations pendant la phase initiale, puis dispose, à l'article 14.23-1, que « [s]i le différend ne peut être réglé dans les 180 jours suivant la date de réception par la Partie en litige de la demande écrite de consultations, la Partie en litige [c'est-à-dire l'État partie au différend] peut engager une procédure de conciliation, qui sera obligatoire pour l'investisseur en litige, en vue de parvenir à un règlement amiable ». En outre, l'article 14.26-2 b) soumet l'ouverture d'une procédure d'arbitrage à la condition que 120 jours se soient écoulés depuis que l'État a engagé la procédure de conciliation, à l'endroit où il a choisi de le faire. L'Accord de partenariat économique global entre l'Indonésie et la République de Corée (2020) comprend des dispositions analogues. Le traité d'investissement bilatéral entre les Émirats arabes unis et Maurice (2015) prévoit également des « consultations et négociations » pendant la phase initiale, puis rend la médiation ou la conciliation obligatoire pour les investisseurs, si l'État souhaite y avoir recours. L'article 10-3 dispose que « [l]orsque la Partie contractante en fait la demande, si le différend ne peut être réglé à l'amiable dans les trois mois suivant la date de réception de la notification écrite, il est soumis à l'autorité compétente de la Partie contractante ou à ses centres d'arbitrage aux fins de conciliation et de médiation ». L'article 10-4 prévoit que l'investisseur peut engager un arbitrage « si le différend ne peut être réglé à l'amiable dans les six mois suivant la date du début de la procédure de conciliation et de médiation ». Le traité d'investissement bilatéral entre l'Arménie et les Émirats arabes unis (2016) comprend des dispositions analogues.

[17] Voir le traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et la Türkiye (2014), dont l'article 12-4 dispose ce qui suit : « Rien dans le présent article ne doit s'interpréter comme empêchant les parties de renvoyer leur différend, d'un commun accord, à une médiation ou une conciliation ad hoc ou institutionnelle avant ou pendant la procédure arbitrale. » Voir également le traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et les Émirats arabes unis (2017), art. 15-2 ; et le traité d'investissement bilatéral entre le Japon et le Maroc (2020), dont l'article 16-3 dispose que « [r]ien dans le présent paragraphe n'empêche le recours à des procédures non contraignantes dirigées par un tiers, telles que les bons offices, la conciliation ou la médiation ».

[18] Voir, par exemple, accord de libre-échange entre l'Australie et la Chine (2015), art. 15-6 ; accord de libre-échange entre l'Union économique eurasiatique et le Viet Nam (2015), art. 14-5 ; Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour (2018), art. 15.3-1 ; et Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019), annexe 9, art. 3-1. On peut également mentionner en exemple le traité d'investissement bilatéral entre le Burkina Faso et le Canada (2015), art. 23 ; l'Accord économique et commercial global, art. 8.20 ; le modèle de traité d'investissement bilatéral des Pays-Bas (2019), art. 17-1 ; et le modèle de traité d'investissement bilatéral de la Thaïlande (2012), art. 10-4.

[19] Les traités de cette catégorie incluent : l'Accord sur la Zone d'investissement commune du COMESA (2007), art. 26-4 ; et le modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Union économique belgo-luxembourgeoise (2019), dont l'article 19 C) désigne le Secrétaire général du CIRDI comme autorité de nomination du médiateur lorsque les parties demandent qu'il en soit nommé un ; voir également Accord économique et commercial global (2016), art. 8.20.

10. Toutefois, certains traités récents comprennent des dispositions détaillées sur la procédure de médiation, qui traitent de l'ouverture de la procédure et de son interaction avec d'autres types de procédures relatives au même différend[20].

B. Nécessité d'encourager le recours à la médiation dans le RDIE

11. Bien qu'il ressorte des données qu'environ 20 % des affaires de RDIE aboutissent à un règlement amiable, il n'est pas possible de déterminer si cette issue est atteinte par la médiation[21]. Parmi les obstacles au recours à la médiation, le Groupe de travail a mentionné les difficultés relatives à la coordination entre les organismes publics concernés lors de la négociation d'un règlement amiable, la question de la sécurité juridique requise pour que les agents publics soient impliqués dans un tel règlement et la nécessité de garantir la mise en place du processus d'approbation nécessaire, notamment l'autorité nécessaire aux personnes négociant un règlement pour parvenir à un résultat. Il a été dit qu'il faudrait mettre en place ou renforcer les politiques ainsi que le cadre juridique visant à encourager la médiation (A/CN.9/1044, par. 29 ; voir également A/CN.9/WG.II/WP.190, par. 29 à 48)[22].

---

[20] Ces traités comprennent : l'Accord économique et commercial global (2016), annexe 29 C) ; l'Accord global entre l'UE et le Mexique (accord de principe en 2018), section relative au règlement des différends relatifs à des investissements, art. 4 ; l'Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour (2018), art. 15 ; et l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019), annexe 9. Dans les traités d'investissement récents, certaines clauses de RDIE précisent le délai dans lequel il est possible de recourir à la médiation et l'éventuelle interaction de cette dernière avec d'autres modes de règlement des différends. C'est le cas, par exemple, dans l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) qui permet aux parties de convenir de recourir à la médiation à tout moment, en indiquant expressément qu'elles peuvent le faire même si une procédure arbitrale a déjà été ouverte, et dispose que, si un tribunal arbitral a déjà été constitué au moment où il est convenu de recourir à la médiation, il suspend sa procédure jusqu'à la date à laquelle l'une des parties au différend décide de mettre un terme à la médiation par l'envoi d'une lettre au médiateur et à l'autre partie au différend.

[21] Le numéro de la série des études sur des questions concernant les accords internationaux d'investissement intitulé Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, publié en septembre 2021 (https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf), indique qu'environ 20 % des affaires aboutissent à un règlement amiable, sans donner de précisions (voir p. 3). Selon les statistiques du CIRDI, dans environ 34 % des affaires administrées par le Centre, le différend a été réglé à l'amiable ou la procédure a pris fin pour d'autres motifs, ce qui pourrait signifier que les parties utilisent dans une certaine mesure les modes alternatifs de règlement des différends (voir Affaires du CIRDI – Statistiques, numéro 2022-1, p. 13, disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_FR.pdf. À ce jour, le CIRDI a enregistré la tenue de 12 conciliations, dont deux dans le cadre du Mécanisme supplémentaire, et n'a administré aucune affaire conformément au Règlement de constatation des faits (Mécanisme supplémentaire). Jusqu'à présent, la Cour permanente d'arbitrage n'a administré aucune procédure de médiation fondée sur un traité, pas plus que le Secrétariat de la Charte de l'énergie, et la Chambre de commerce de Stockholm n'a elle non plus administré aucune médiation entre un investisseur et un État. La CCI n'a administré qu'une médiation fondée sur un traité, médiation qui n'a pas abouti en raison de la difficulté à engager dans la procédure l'ensemble des organismes concernés du côté étatique et de la tenue d'élections générales qui ont conduit à un changement de gouvernement et au renouvellement des représentants des organismes concernés (A/CN.9/WG.III/WP.190, par. 43).

[22] Une étude sur les obstacles au règlement dans les affaires de RDIE a abouti à la conclusion qu'il pourrait être difficile, pour les États, de parvenir à un règlement. Parmi les divers motifs recensés figurent la crainte des critiques du public, en particulier lorsque l'affaire revêt un caractère sensible ou politique et fait l'objet d'une large couverture médiatique, la crainte d'allégations de corruption ou de futures poursuites pour corruption, la crainte de la création d'un précédent, des difficultés d'accès aux fonds publics pour l'organisation de la défense, ainsi que la difficulté de mettre en place une coordination intergouvernementale dans des délais courts. Ces difficultés peuvent être particulièrement fréquentes dans les affaires qui intéressent de nombreuses parties prenantes relevant d'organismes et de ministères répartis sur plusieurs niveaux de gouvernement, toutes pouvant être appelées à approuver le règlement ou, du moins, à formuler un avis le concernant (Centre de droit international de l'Université nationale de Singapour, *Report: Survey*

12. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 6 et 7), très peu de traités proposent la médiation, et plus rares encore sont ceux qui en régissent le déroulement. Si le traité d'investissement ne mentionne pas la médiation ou ne comporte pas de disposition exigeant que les parties entreprennent une médiation, ces dernières ne pourront le faire qu'en concluant une convention de médiation ad hoc. Cela représente une étape procédurale supplémentaire, nécessite des efforts et du temps, et exige que les agents publics concernés soient habilités à engager une médiation volontaire. Le renforcement de l'offre de médiation est donc une condition importante pour les États comme pour les investisseurs.

III. Projet de dispositions relatives à la médiation

13. Lorsque le traité d'investissement sous-jacent prévoit le recours à la médiation, il existe un principe d'action clair pour conduire celle-ci (A/CN.9/1044, par. 29). Par conséquent, les États devraient envisager de prévoir le recours à la médiation dans leurs traités d'investissement[23], de manière à créer des conditions favorables à son utilisation[24]. Le fait de laisser entièrement aux mains des parties la décision de recourir ou non à la médiation, au motif qu'elles seraient les mieux à même de juger si ce mode de règlement est approprié, s'est révélé un échec dans la pratique. Différentes options sont envisageables pour élaborer des dispositions types à insérer dans les traités d'investissement, ce qui, comme indiqué ci-dessous, pourrait favoriser le recours à la médiation par les parties en litige.

14. Le Groupe de travail, lorsqu'il s'attachera à élaborer un projet de dispositions relatives à la médiation visant à en encourager l'utilisation, voudra peut-être se demander :

– Si la médiation devrait être l'une des options entre lesquelles les parties au différend peuvent choisir ou si elle devrait constituer une solution autonome ;

– Comment faire en sorte que la médiation soit suffisamment prévisible pour recueillir la confiance des États et des investisseurs ;

– Si le recours à la médiation devrait être possible à tout moment ou s'il faudrait fixer un délai précis qui serait approprié et suffisant pour y recourir ; et

---

on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, document de travail nº 18/01, de S. Chew, L. Reed et J. C. Thomas QC, disponible à l'adresse https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/09/NUS-CIL-Working-Paper-1801-Report-Survey-on-Obstacles-to-Settlement-of-Investor-State-Disputes.pdf ; voir également R. Echandi, « Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention », p. 15 à 19).

[23] Voir, par exemple, la loi italienne nº 206 du 26 novembre 2021, intitulée « Délégation de pouvoirs au Gouvernement pour l'efficacité des procédures civiles et pour la révision de la discipline des instruments de règlement alternatif des litiges et des mesures urgentes pour la rationalisation des procédures relatives aux droits des particuliers et des familles ainsi qu'à l'exécution forcée ». (21G00229) (JO Série générale nº 292 du 09.12.2021). L'article premier, al. 4, s.-al. g) se lit comme suit : « 4. Dans l'exercice de la délégation visée au paragraphe 1, le ou les décrets législatifs portant modification du règlement de médiation et de négociation assistée sont adoptés conformément aux principes et directives suivantes : (...) g) prévoir, pour les représentants des administrations publiques visés à l'article 1-2 du décret législatif nº 165 du 30 mars 2001, que *la conciliation dans le cadre de la médiation ou devant le tribunal n'entraîne pas d'obligation de rendre des comptes, sauf en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde constituant une négligence inexcusable et résultant d'un grave manquement à la loi ou d'une présentation erronée des faits »* (soulignement ajouté). Voir également l'exemple de l'Équateur, avec le Suplemento del Registro Oficial No. 524, 26 de Agosto 2021, Última Reforma: Decreto 165 (Suplemento del Registro Oficial 524, 26-agosto-2021) Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Decreto No. 165).

[24] Les États voudront peut-être également adapter leurs lois et contrats d'investissement nationaux. En outre, ils devraient disposer d'une législation adéquate qui garantisse que les agents publics aient la délégation de pouvoir nécessaire pour conduire une médiation et ne soient pas personnellement responsables de la procédure ou de son issue.

– Quelle devrait être l'interaction entre la médiation et les autres modes de règlement des différends.

15. Le projet de dispositions ci-après a été établi en vue de son éventuelle insertion dans les traités d'investissement ou dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, et pourrait nécessiter des ajustements en cas d'intégration à un règlement de médiation ou à la législation nationale.

A. Disponibilité de la médiation et niveau d'incitation à y recourir (projet de disposition 1)

1. Disponibilité de la médiation (option A)

16. L'option A envisage la médiation comme un mode de règlement disponible concernant les différends relatifs à des investissements internationaux. L'objet des dispositions se limitant à la médiation, les autres modes de règlement non contentieux des différends ne sont pas mentionnés.

Option A

1. Les parties au différend peuvent convenir d'engager une médiation à tout moment, y compris après l'ouverture d'une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

2. Une partie au différend peut à tout moment demander à une autre partie d'engager une médiation conformément au projet de disposition 3. La partie à laquelle est adressée cette demande l'examine avec bienveillance et l'accepte ou la rejette par écrit dans les [15] jours suivant sa réception.

3. La convention de médiation est conclue par écrit et signée par les parties au différend. Ces dernières peuvent y déterminer le règlement de médiation applicable.

4. Les parties au différend s'efforcent de convenir du médiateur. Si elles n'y parviennent pas dans les 15 jours suivant la conclusion de leur convention de médiation, elles peuvent demander à une institution ou à une personne de leur choix de sélectionner le médiateur.

17. Dans l'option A, la médiation apparaît expressément comme un mode de règlement possible des différends. En permettant d'y recourir dès la survenue des différends, on peut limiter le risque qu'ils ne dégénèrent, car elle aide souvent les parties à convenir d'une solution.

18. Le fait d'autoriser expressément le recours à la médiation alors qu'une procédure d'arbitrage est en cours pourrait également permettre aux parties de régler certains éléments, voire la totalité de leur différend, ce qui aurait pour effet de réduire la portée des questions restant à régler par une décision contraignante et donc d'épargner du temps et des coûts, et d'offrir aux parties la plus grande souplesse possible assortie des garanties d'une procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de préciser, dans le projet de disposition, que les parties peuvent également ne soumettre à la médiation que certaines parties d'un différend plus large. Le paragraphe 1 fait intervenir la notion de « différend relatif à des investissements internationaux », telle que définie dans la version actuelle du projet de code de conduite[25].

19. Tandis que le paragraphe 1 dispose que les parties au différend peuvent convenir d'engager une médiation, le paragraphe 2 prévoit que la médiation peut commencer à l'invitation (la « demande ») d'une partie et sur acceptation de l'autre. La seconde phrase du paragraphe 2 exige que la partie qui reçoit la demande y réponde dans un délai précis. Cette obligation permet d'assurer la mise en place rapide d'une ligne de

[25] Voir A/CN.9/WG.III/WP.216, art. 1 a).

communication, ce qui augmente les chances de règlement amiable. La demande et son acceptation devraient l'une et l'autre se faire par écrit (voir projet de disposition 3-1).

20. Si l'option A fait de la médiation un mode de règlement disponible à tout moment, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de fixer un délai pendant lequel les parties seraient encouragées à y recourir avant l'introduction d'une demande d'arbitrage. Une autre méthode peut consister à recourir à la médiation à un stade peu avancé du différend, alors qu'il n'a pas encore cristallisé et qu'il est peut-être plus facile à régler par des solutions créatives, ne se limitant pas à des réparations financières. Dans l'option A, une partie au différend peut se retirer de la médiation à tout moment.

Convention de médiation et procédure de médiation

21. Bien que la médiation soit un moyen souple de régler les différends relatifs à des investissements, il importe de donner aux parties des orientations suffisantes au début de la procédure et de définir précisément les étapes à suivre. C'est pourquoi le paragraphe 3 suggère que les parties conviennent du règlement de médiation applicable, dans lequel se trouve généralement l'ensemble des règles pertinentes, notamment sur l'ouverture de la procédure, la nomination du médiateur, les exigences de confidentialité et de transparence, l'échange de communications et l'abandon de la procédure.

22. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir aux informations à faire figurer dans la convention de médiation, et se demander si elle devrait être écrite et signée par les parties (voir projet de disposition 4).

2. Ouverture automatique de la médiation et obligation de tenir une réunion (option B)

23. L'option B favoriserait davantage le recours à la médiation, car elle exige que les parties engagent une médiation. Tout en préservant la souplesse de la procédure, elle en rend l'ouverture obligatoire.

Option B

1. Afin d'engager une médiation, une partie envoie une demande à l'autre partie conformément au projet de disposition 3.

2. Les parties au différend conviennent de nommer un médiateur dans les [20] jours suivant la réception de la demande, ou dans un autre délai de leur choix. Si elles n'ont pas nommé conjointement de médiateur dans le délai prévu, elles conviennent dans un délai de 14 jours d'une institution ou d'une personne qui les aide à en sélectionner un.

3. Le médiateur convoque une réunion à laquelle sont tenues d'assister toutes les parties au différend. Si une partie souhaite se retirer de la médiation après avoir assisté à cette réunion ou à tout moment ultérieur, elle en informe par écrit le médiateur, qui met fin à la médiation.

4. Les parties au différend conservent la possibilité de recourir à la médiation à tout moment, y compris après l'ouverture d'une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

24. L'option B prévoit l'ouverture automatique de la médiation, à la demande de l'une des parties. Alors que l'option A ne met l'accent que sur la disponibilité de la médiation, l'option B va un cran plus loin, en prévoyant que les parties s'engagent à nommer un médiateur et à assister à au moins une première réunion, de préférence conjointe, organisée par le médiateur. La première réunion vise à informer les parties concernant la médiation, à donner une chance à ce mode de règlement et à s'assurer

que les parties essaieront au moins d'y avoir recours pour régler leur différend et qu'elles ont connaissance de cette possibilité. La seconde phrase du paragraphe 3 est destinée à donner aux parties la latitude de se retirer de la médiation à tout moment après la première réunion. La paragraphe 4 souligne que la médiation reste disponible à tout moment.

3. Ouverture automatique de la médiation et établissement d'un délai pour le règlement du différend (option C)

25. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'option C, qui ne diffère de l'option B que par le troisième paragraphe. Alors que l'option B prévoit l'ouverture automatique de la médiation et la tenue d'une première réunion obligatoire, l'option C prévoit quant à elle l'ouverture automatique de la médiation ainsi qu'une période de neuf mois pendant laquelle il convient de s'efforcer de la mener à bien. Néanmoins, le processus de médiation demeure consensuel en soi, c'est-à-dire que les parties restent libres de se retirer de la médiation à tout moment et gardent le contrôle sur la décision de régler ou non leur différend et, le cas échéant, sur les conditions du règlement convenu. Toutefois, il ne peut être recouru à l'arbitrage qu'à l'expiration de la période de neuf mois, sauf si le médiateur détermine qu'un règlement par la médiation est improbable.

Option C

1. Afin d'engager une médiation, une partie envoie une demande à l'autre partie conformément au projet de disposition 3.

2. Les parties au différend conviennent de nommer un médiateur dans les [20] jours suivant la réception de la demande, ou dans un autre délai de leur choix. Si elles n'ont pas nommé conjointement de médiateur dans le délai prévu, elles conviennent dans un délai de 14 jours d'une institution ou d'une personne qui les aide à en sélectionner un.

3. Si les parties au différend ne parviennent pas à un accord de règlement dans les [9] mois suivant la réception de la demande de médiation, ou si le médiateur détermine qu'un règlement par la médiation est improbable, le différend peut être soumis à une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

4. Les parties au différend conservent la possibilité de recourir à la médiation à tout moment, y compris après l'ouverture d'une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

26. La période prévue au paragraphe 3 devrait laisser aux parties suffisamment de temps pour soumettre leur différend à la médiation, et ce n'est qu'à son expiration que peut s'ouvrir une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux. Le paragraphe 3 suggère une période de neuf mois, ce qui correspond aux périodes de règlement amiable prévues dans les traités existants, et représente un délai raisonnable pour conduire une médiation entre un investisseur et un État tout en veillant à limiter les coûts afférents. Dans la mesure où seule l'ouverture de la médiation est obligatoire, aucune partie n'est tenue d'y participer pendant l'intégralité des neuf mois. Même si les parties ne règlent pas la totalité du différend par la médiation, la procédure peut aboutir à un règlement partiel et leur permettre de mieux comprendre les forces et les faiblesses de leurs arguments. Le paragraphe 4 précise que si l'ouverture obligatoire de la médiation n'a pas débouché sur un règlement, les parties restent libres d'engager une médiation volontaire par la suite à tout moment.

4. Association des options B et C

27. Les approches suivies dans les options B et C se rencontrent rarement dans les traités d'investissement. Pourtant, l'adoption de l'une ou l'autre garantirait que les parties au différend engagent une médiation. Il est possible d'associer ces deux options, en prévoyant l'ouverture automatique de la médiation, en organisant une première réunion obligatoire et en réservant une période de neuf mois à la médiation.

28. Chacune des options ou leur association pourrait répondre aux éventuelles préoccupations selon lesquelles le fait de proposer ou d'accepter la médiation est un signe de faiblesse. En outre, l'État pourrait se fonder sur un principe d'action clair pour engager une médiation[26]. L'ancrage de la médiation dans le cadre juridique lèverait en outre les préoccupations relatives à la responsabilité personnelle des agents publics concernés.

29. Dans le contexte national, l'ouverture obligatoire de la médiation a été une réussite dans différents pays. Cette stratégie est également considérée comme l'option la mieux à même d'inciter les parties à recourir à la médiation et de faire en sorte qu'elles se familiarisent avec ce mode de règlement. Une étude a constaté qu'une « phase de médiation obligatoire » recevrait un accueil favorable[27]. Néanmoins, la question du rapport entre les négociations directes et la médiation a suscité de nombreux commentaires, et l'on s'est demandé, en particulier, si l'obligation d'engager une médiation ne devrait intervenir qu'après la tenue de négociations directes. Toutefois, une approche échelonnée ou à plusieurs niveaux prévoyant d'abord la tenue de négociations directes puis d'une médiation obligatoire a été décrite comme inefficace. Il en ressort qu'une médiation obligatoire pourrait se substituer ou s'ajouter aux négociations directes pendant le délai de réflexion[28].

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la situation dans laquelle l'une des parties refuse de participer de bonne foi à la médiation, et se demander s'il convient alors d'autoriser l'autre partie (coopérante) à soumettre le différend à un autre mode de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux : i) à l'issue d'un bref délai (par exemple, deux mois) ; ou ii) uniquement après que le médiateur a déterminé que des efforts de médiation supplémentaires ne contribueront pas, selon lui, au règlement du différend, comme prévu au paragraphe 3 de l'option C.

B. Rapport avec l'arbitrage et les autres procédures de règlement des différends (projet de disposition 2)

31. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élaborer un projet de disposition abordant le recours à la médiation parallèlement à l'arbitrage ou au contentieux. Certains traités d'investissement récents traitent de cette question[29] ainsi

---

[26] Voir Note explicative relative au Modèle d'instrument de gestion des différends en matière d'investissement, p. 18, disponible à l'adresse https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Modele_d_instrument.pdf.

[27] Voir l'enquête réalisée en 2020 par la Queen Mary University of London School et le Corporate Counsel International Arbitration Group sur la perception du RDIE par les investisseurs, p. 24 et 25, disponible (en anglais) à l'adresse https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf**Error! Hyperlink reference not valid.**.

[28] Voir étude du Forum académique, p. 7.

[29] Voir, par exemple, l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019), dont l'article 3.31 prévoit que les parties peuvent recourir à la médiation à tout moment même si une procédure d'arbitrage est en cours, et dispose que, si un tribunal arbitral a déjà été constitué au moment de la médiation, il « suspend la procédure jusqu'à la date à laquelle l'une des parties au différend décide de mettre fin à la médiation par l'envoi d'une lettre au médiateur et à l'autre partie au différend ».

que des incidences que l'ouverture et la conduite d'une médiation peuvent avoir sur les délais[30].

32. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 2.

Projet de disposition 2

1. Sauf convention contraire des parties, la médiation continue, le cas échéant, pendant que le différend est soumis à une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

2. Si les parties au différend conviennent de recourir à la médiation alors qu'une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux est en cours, et sous réserve du règlement applicable, les parties peuvent demander que cette procédure soit suspendue jusqu'à ce la médiation ait pris fin.

33. Le projet de disposition 2 prévoit que les procédures d'arbitrage ou de contentieux peuvent soit continuer, soit être suspendues à la demande des parties lorsque s'ouvre la médiation. Il vise à établir un cadre dans lequel la médiation puisse se tenir à tout moment.

C. Demande d'ouverture de la médiation (projet de disposition 3)

34. Il faudrait élaborer une disposition claire sur les modalités d'ouverture de la médiation, y compris l'envoi d'une demande de médiation et l'accusé de réception de cette demande et, si nécessaire, la conclusion d'une convention de médiation qui indiquerait, entre autres, les entités de l'État qui doivent ou devraient être représentées ou participer.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 3, relatif à la demande d'ouverture de la médiation.

Projet de disposition 3

1. Afin d'engager une médiation, une partie au différend adresse à l'autre ou aux autres parties une demande écrite de médiation (la « demande »).

2. La demande contient les informations suivantes :

a) Le nom et l'adresse de la partie à l'origine de la demande et de ses représentants juridiques et, lorsque la demande est adressée au nom d'une personne morale, le nom, l'adresse et le lieu de constitution de cette dernière ;

b) Une description détaillée des faits sur lesquels se fonde le différend ;

c) Les noms des organismes et entités de la Partie contractante qui sont intervenus dans les questions ayant donné lieu au différend ; et

d) Le cas échéant, une explication des mesures déjà prises pour régler ces questions, y compris des informations sur une éventuelle action pendante.

36. Le projet de disposition 3 traite de la demande de médiation, qui est souvent régie par le règlement de médiation. Le paragraphe 1 prévoit que la demande peut être adressée par l'une ou l'autre partie.

[30] Par exemple, l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) impose un délai de prescription pour l'ouverture des « consultations » (étape elle-même consécutive à la période initiale de « négociation ou médiation » dans la clause de règlement des différends à trois niveaux de ce traité). Il prévoit expressément que ce délai est suspendu pendant la durée d'une médiation volontaire tenue avant les « consultations » (art. 3.31).

37. La demande de médiation se fait généralement au moyen d'une notification écrite distincte de la notification écrite de l'intention d'introduire une demande d'arbitrage.

38. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le projet de disposition 3 devrait seulement exiger que la demande soit écrite (paragraphe 1) et ne pas être trop directif quant à son contenu[31]. Cette approche aurait l'avantage de permettre aux parties d'engager rapidement la médiation, sans avoir à rassembler d'informations ni à exposer dans le détail les considérations juridiques sur lesquelles elles se fondent pour protéger leur position juridique.

39. Une autre approche consisterait à exiger que certaines informations soient incluses dans la demande (paragraphe 2). Les parties au différend seraient ainsi à même d'obtenir une vue d'ensemble complète des questions en cause, de comprendre et d'évaluer le différend et de recueillir des informations auprès des entités qu'il concerne, ce qui leur permettrait de participer pleinement à la médiation.

40. Les traités d'investissement suivent des approches diverses concernant la demande d'ouverture de la médiation[32], surtout pour ce qui est des informations à y faire figurer. À titre d'exemple, les dispositions des traités : i) exigent que la demande soit *« accompagnée d'un mémorandum suffisamment détaillé »* ou inclue *« des informations détaillées sur les faits et le fondement juridique »* du différend[33] ; ii) intègrent une règle qualitative indiquant la quantité d'informations que doit contenir cette demande écrite[34] ; ou iii) prescrivent le contenu de la demande, qui peut inclure une description factuelle du différend, des informations relatives à l'investisseur, une indication des dispositions prétendument enfreintes, l'issue ou les mesures demandées, ou les pièces justificatives[35]. Un petit nombre de traités d'investissement exigent que la partie qui reçoit la demande y réponde[36].

---

[31] Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral entre l'Australie et Hong Kong (2019), dont l'article 23-1 oblige les parties à « d'abord chercher à régler le différend d'investissement par des consultations, ce qui peut inclure le recours à des procédures non contraignantes dirigées par un tiers, comme les bons offices, la conciliation ou la médiation ». En outre, l'article 23-2 exige que la partie à l'origine de la demande « remette au défendeur une demande écrite de consultations donnant une brève description des faits concernant la ou les mesures en cause ».

[32] Voir l'accord de libre-échange entre la Chine et la Nouvelle-Zélande (2008), dont l'article 152 exige la présentation d'une demande écrite pour la mise en place de la procédure de règlement amiable désignée : « une demande de consultations et de négociations doit être faite par écrit... ». L'article 9.18.2 du PTPGP (2018) suit une approche analogue.

[33] Voir, par exemple : traité d'investissement bilatéral entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Monténégro (2010), art. 12-1 ; traité d'investissement bilatéral entre la Chine et la Colombie (2008), art. 9-2 ; accord de libre-échange entre l'Amérique centrale et la République de Corée (2018), art. 9.16.

[34] Voir, par exemple, le modèle de traité d'investissement bilatéral de la Norvège (2015), dont l'article 14-6 prévoit l'envoi d'une notification sous la forme d'une demande de consultations qui « contient des informations suffisantes pour décrire clairement les questions en litige, de façon à permettre aux Parties et au public d'en prendre connaissance ».

[35] Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral entre l'Argentine et les Émirats arabes unis (2018), dont l'article 20-4 prévoit que : « L'investisseur qui sollicite des consultations soumet à cet effet une demande écrite précisant : a) le nom et l'adresse de l'investisseur et, si la demande est adressée au nom d'une entreprise, le nom, l'adresse et le lieu de constitution de cette dernière ; b) la disposition de l'Accord prétendument enfreinte et toutes autres dispositions applicables ; c) le fondement factuel et juridique de la demande ; d) les mesures demandées et le montant approximatif des dommages-intérêts réclamés ; et e) la preuve de sa situation d'investisseur de l'autre Partie et de l'existence d'un investissement. » Voir également l'Accord de rapprochement économique entre la Chine et Hong Kong (2017), annexe 8, art. 2.

[36] Par exemple, l'article 17-1 du modèle de traité d'investissement bilatéral des Pays-Bas (2019) indique que les différends devraient, dans toute la mesure possible, être réglés à l'amiable par la négociation, la conciliation ou la médiation, et dispose qu'« [u]ne partie au différend examine avec bienveillance une demande de négociation, de conciliation ou de médiation que lui adresse l'autre partie ». L'Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour (2018) et l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) disposent l'un et l'autre que « la partie à laquelle est adressée la demande l'examine avec bienveillance et l'accepte

41. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'accuser réception de la demande d'ouverture de la médiation et d'établir ensuite une convention supplémentaire qui indiquerait, entre autres, les entités de l'État qui doivent ou devraient être représentées ou participer. Cela pourrait dépendre de l'option retenue pour le projet de disposition 1.

D. Règlement de médiation applicable (projet de disposition 4)

42. Il serait prudent pour les parties de convenir du règlement de médiation applicable à la procédure, qui fournirait la clarté et les orientations nécessaires la concernant. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 4.

Projet de disposition 4

La médiation se déroule conformément au [projet de dispositions] et à l'un des règlements suivants :

a) Le Règlement de médiation de la CNUDCI ;

b) Le Règlement de médiation du CIRDI ;

c) Le Règlement de médiation investisseur-État de l'Association internationale du barreau ; ou

d) Tout autre règlement convenu par les parties au différend.

43. Le projet de disposition 4 prévoit que la médiation se déroule conformément au projet de dispositions et à un règlement de médiation donné. Celui-ci permettrait d'assurer que la médiation s'inscrive dans un cadre procédural complet et d'éviter toute lacune procédurale. L'alinéa d) offre la possibilité aux parties de convenir de tout règlement de leur choix, conformément à l'approche suivie dans certains traités[37].

44. Les parties peuvent également choisir une institution, comme le CIRDI ou la CPA, pour administrer la médiation. La plupart des règlements institutionnels octroient aux parties une grande souplesse, tout en fournissant un solide appui administratif. On notera que le choix d'un règlement de médiation peut impliquer celui d'une institution ; par exemple, le fait de choisir le règlement de médiation du CIRDI supposerait que la médiation soit administrée par le CIRDI.

45. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les autres éléments dont pourrait traiter le projet de disposition 4, en se demandant par exemple s'il convient d'exiger que les parties participent de bonne foi à la médiation, ce qui pourrait être le gage de discussions constructives.

E. Disposition de non-préjudice (projet de disposition 5)

46. Au cours d'une médiation, il est courant que les parties échangent des suggestions ou des opinions au sujet de propositions en vue d'un éventuel règlement, admettent certains faits ou se déclarent prêtes à accepter un règlement. Si, malgré ces efforts, la médiation n'aboutit pas et qu'une partie engage une procédure arbitrale ou

---

ou la rejette par écrit dans un délai de dix jours à compter de sa réception » (art. 15.3-2, et annexe 9, art. 3-2, respectivement). L'Accord économique et commercial global (2016) comprend une disposition analogue, qui engage la partie à laquelle est adressée la demande à l'examiner « de bonne foi » (annexe 29 C), art. 2-2).

[37] Voir traité d'investissement bilatéral entre l'Arménie et les Émirats arabes unis (2016), art. 10-3 ; voir également traité d'investissement bilatéral entre les Émirats arabes unis et Maurice (2015), art. 10-3.

autre, il convient de veiller à ce que ces suggestions, opinions, admissions ou déclarations ne soient pas utilisées contre la partie dont elles émanent.

47. Certains traités d'investissement prévoyant le recours à la médiation comprennent une clause expresse de « non-préjudice », qui souligne : i) que la participation à la médiation ne doit pas être considérée comme une concession concernant la compétence en cas de renvoi du différend à l'arbitrage[38], et ii) que les informations communiquées pendant la médiation ne préjugent pas de la position juridique de l'une ou l'autre partie dans une autre procédure[39]. Cet aspect est également abordé dans des règlements de médiation existants[40].

48. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 5.

Projet de disposition 5

Le fait d'engager une médiation est sans préjudice de la position juridique ou des droits d'une partie au différend dans une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

F. Confidentialité

49. Un cadre assurant la confidentialité et l'échange sincère de vues entre les parties constitue la base de négociations constructives. Il s'agit notamment de veiller à ce que les documents et les avis échangés entre les parties restent confidentiels. Les règlements de médiation existants traitent généralement de la confidentialité[41], et il arrive que la législation nationale comporte des dispositions s'y rapportant et prévoie des obligations de déclaration affirmative. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait nécessaire d'élaborer une disposition détaillée sur la confidentialité[42].

---

[38] On rencontre des clauses de ce type, par exemple, dans le traité d'investissement bilatéral entre l'Argentine et le Japon (2018), art. 25-1, et le PTPGP (2018), art. 9.18.3. D'autres traités ne limitent pas cet avertissement à la question de la compétence ; c'est le cas, par exemple, de l'Accord économique et commercial global (2016), dont l'article 8.20.2 dispose que « [l]e recours à la médiation est sans préjudice de la position juridique ou des droits de l'une ou l'autre partie au différend au titre du [chapitre 8] ».

[39] Voir accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni (2022), art. 31.20 ; et accord de libre-échange entre le Chili et le Paraguay (2021), art. 17.19.

[40] Voir, par exemple, Règlement de médiation du CIRDI, art. 11 ; et Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 7-1.

[41] Voir, par exemple, Règlement de médiation du CIRDI, art. 10 ; Règlement de médiation investisseur-État de l'Association internationale du barreau, art. 10 ; et Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 6.

[42] Les traités d'investissement abordent parfois la question de la confidentialité et de la déclaration des informations relatives à la médiation. C'est le cas du modèle de traité d'investissement bilatéral de la Thaïlande (2012), dont l'article 10-4 dispose que la médiation est confidentielle ; et de l'Accord économique et commercial global (2016), dont l'annexe 29 C), art. 4, par. 6, prévoit que la médiation est confidentielle, à l'exception du fait qu'elle a lieu, et à ceci près que « *les solutions mutuellement convenues sont mises à la disposition du public* », sous réserve que des informations désignées par une Partie comme confidentielles ne soient pas communiquées.

G. Transparence (projet de disposition 6)

50. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir à l'utilité d'un projet de disposition autorisant les parties à révéler qu'une médiation est en cours ou a eu lieu et à rendre public l'issue de la procédure.

Projet de disposition 6

1. Sauf convention contraire des parties, une partie au différend peut révéler qu'une médiation est en cours ou a eu lieu.

2. Sauf convention contraire des parties, l'issue de la médiation, notamment un éventuel accord de règlement, peut être rendue publique. Toutefois, toute information confidentielle ou protégée ne doit pas être communiquée.

51. Concernant le paragraphe 1, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les États devraient être libres de déterminer à quel moment ils souhaitent rendre publique la tenue de la médiation[43].

52. Le paragraphe 2 prévoit que l'issue de la médiation ou l'accord de règlement qui en résulte peuvent être rendus publics. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'imposer des restrictions, en réfléchissant par exemple à la question de savoir si l'accord de règlement pourrait être rendu public dans sa totalité ou dans une version de laquelle ont été retranchées certaines informations. En outre, il voudra peut-être garder à l'esprit que des obligations d'information nationales, par exemple celles figurant dans la législation relative au budget et aux dépenses, aux partenariats public-privé ou à la liberté d'information, pourraient s'appliquer aux accords de règlement issus de la médiation.

H. Accord de règlement (projet de disposition 7)

53. Concernant les accords de règlement, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 7.

Projet de disposition 7

1. Les parties au différend s'abstiennent d'engager ou de poursuivre une autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux concernant tout ou partie du différend soumis à la médiation dès lors qu'elles sont parvenues à un accord de règlement.

2. Les parties au différend devraient veiller à ce que tout accord de règlement issu de la médiation soit conforme aux exigences énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, adoptée le 20 décembre 2018 (la « Convention de Singapour sur la médiation »).

54. Le paragraphe 1 précise que si les parties ont réglé tout ou partie de leur différend par la médiation, elles n'ouvrent pas, par la suite, d'autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux, et suspendent toute procédure en cours.

55. Le paragraphe 2 appelle l'attention des parties sur le cadre international existant en matière d'exécution des accords de règlement issus de la médiation. Il vise à faciliter l'exécution des accords de règlement dans les États parties à la Convention de Singapour sur la médiation qui n'ont pas formulé la réserve prévue à

[43] Voir Règlement de médiation investisseur-État de l'Association internationale du barreau, art. 10-3. Une approche différente est suivie à l'article 10-2 du Règlement de médiation du CIRDI, selon lequel, à moins que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'elles ont recours ou ont eu recours à la médiation est confidentiel.

l'article 8-1 a), selon laquelle une Partie « n'appliquera pas la […] Convention aux accords de règlement auxquels elle 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 ».