



Assemblée générale

Distr. limitée
20 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 lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement	3
A. Objet	3
B. Disponibilité de la médiation dans le contexte de l'investissement	3
C. Évaluation de la pertinence de la médiation	3
D. Consentement à la médiation	4
E. Cadre temporel	4
F. Référence aux règles de médiation	5
G. Rôle des institutions	5
H. Le médiateur – rôle, qualification et nomination	5
I. Rôle des parties et des autres participants à la médiation	7
J. Conduite de la médiation en matière d'investissement	8
K. Principes généraux : principe du « sans préjudice », confidentialité et obligations de divulgation	9
L. Accord de règlement	10
M. Médiation et intérêt public	11
N. Moyens d'encourager le recours à la médiation	11



I. Introduction

1. À la trente-neuvième session du Groupe de travail, en octobre 2020, il a été proposé d'élaborer des orientations pour encourager les parties contestantes à envisager activement la médiation et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges (A/CN.9/1044, par. 30). Dans ce contexte, il a été souligné qu'il faudrait que les mécanismes qui favorisent les alternatives à l'arbitrage soient conçus de manière à assurer la cohérence avec les normes de bonne gouvernance, notamment telles qu'elles ressortent de l'objectif de développement durable (ODD) n° 16 (A/CN.9/1044, par. 31).

2. Le Groupe de travail a souligné que la médiation était encore largement sous-utilisée dans le RDIE en raison d'obstacles structurels, législatifs et politiques (A/CN.9/1044, par. 35). Notant que des efforts devraient être faits pour intensifier le renforcement des capacités et accroître la sensibilisation, le Groupe de travail a chargé le secrétariat d'établir, sur la médiation en matière d'investissement, des lignes directrices qui couvriraient des questions telles que : i) la vue d'ensemble du processus ; ii) les aspects organisationnels qu'il pourrait falloir prendre en considération au niveau national pour réduire au minimum les obstacles de nature structurelle ou politique et garantir une utilisation efficace de la médiation ; iii) la représentation de l'intérêt public dans la médiation ; et iv) l'établissement de listes de médiateurs qualifiés dans le domaine du RDIE.

3. En conséquence, la présente note contient un projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement soumis au Groupe de travail pour qu'il l'examine. Le projet de lignes directrices a été établi avec l'appui technique du Secrétariat du CIRDI, en s'inspirant des débats qui avaient eu lieu lors de l'élaboration du Règlement de médiation de la CNUDCI et du Règlement de médiation du CIRDI, ainsi que des contributions apportées par les représentants d'États, les experts, les médiateurs et d'autres parties prenantes, en particulier à la cinquième réunion intersessions consacrée au recours à la médiation dans le RDIE (voir A/CN.9/WG.III/WP.210) et à d'autres réunions informelles¹.

4. En ce qui concerne la portée et le format possibles du projet de lignes directrices, le Groupe de travail pourrait se poser la question de savoir :

- S'il faudrait inclure, dans le projet de lignes directrices, le commentaire du projet de dispositions relatives à la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.217) ;
- S'il faudrait que les lignes directrices s'étendent davantage sur le point de vue de l'investisseur, étant donné qu'elles ont été établies en se concentrant principalement sur les besoins et les contraintes des États ;
- S'il faudrait intégrer au projet de lignes directrices une liste d'activités de renforcement des capacités et de sensibilisation, ce qui nécessiterait des mises à jour constantes (tâche que pourrait assurer le centre consultatif, s'il en est créé un)².

5. Le projet de lignes directrices devra être mis à jour et ajusté en fonction des débats qui se tiendront sur le projet de dispositions relatives à la médiation. Il faudrait l'examiner en liaison étroite avec les travaux menés actuellement pour élaborer des options de réforme relatives à la prévention des différends. Il faudra peut-être aussi l'ajuster à la lumière des travaux menés au sujet d'un centre consultatif, qui pourrait être chargé de fournir des services de médiation, éventuellement limités à des services de conseil ou de représentation, et d'un mécanisme permanent de règlement des

¹ Par exemple, au Forum de poursuite des travaux préparatoires sur la médiation en matière d'investissement, <https://uncitral.un.org/en/content/uncitral-working-group-iii-isds-reform-forum-further-preparatory-work-investment-mediation-5>. Pour plus d'informations, voir également : <https://uncitral.un.org/fr/strengtheningmechanisms>.

² Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'il est proposé, dans le domaine de la médiation en matière d'investissement, un certain nombre de cours de formation et d'initiatives de renforcement des capacités, notamment les événements de l'Académie de la CNUDCI, organisés à Singapour une fois par an (voir : <https://uncitral.un.org/en/events/singapore>).

différends en matière d'investissement. D'autres options de réforme envisagées par le Groupe de travail pourraient devoir être davantage prises en compte dans les lignes directrices (par exemple, la réglementation du financement par des tiers et son impact sur la négociation et la conclusion d'un accord de règlement).

II. Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement

A. Objet

6. Les lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (les « lignes directrices ») ont pour objet d'expliquer la manière dont la médiation pourrait être utilisée pour résoudre les différends en matière d'investissement. Compte tenu de la souplesse qui caractérise la médiation, ces lignes directrices n'ont pas pour but de promouvoir une quelconque pratique optimale, mais plutôt de souligner les questions à prendre en compte lors de la médiation en matière d'investissement. Les lignes directrices ne lient pas les parties et sont de nature purement explicative.

[Note au Groupe de travail : le Groupe de travail pourra souhaiter se demander s'il faudrait que les lignes directrices fassent spécifiquement référence aux investissements ou investisseurs étrangers.]

B. Disponibilité de la médiation dans le contexte de l'investissement

7. La médiation est un processus souple par lequel une tierce personne (le « médiateur ») aide les parties à négocier pour parvenir à un règlement à l'amiable des questions en litige. Il s'agit donc d'un outil efficace pour résoudre les différends en matière d'investissement, le médiateur structurant et facilitant le dialogue entre les parties. L'intervention du médiateur offre la garantie nécessaire aux agents publics et aux investisseurs qui entrent en négociation, en particulier lorsque le résultat est examiné ou contesté, par exemple, pour cause de corruption. En tant que forme de négociation assistée, la médiation est disponible comme outil de résolution des différends chaque fois que des négociations facilitées entre les parties sont jugées appropriées. La médiation peut avoir lieu non seulement après qu'un différend s'est matérialisé, mais aussi avant. Elle peut donc être utilisée tout au long du cycle de vie de l'investissement et du différend, chaque fois que des questions pertinentes se posent : avant le dépôt d'une plainte, pendant l'arbitrage ou le contentieux, voire après la procédure (par exemple, en ce qui concerne l'exécution de la sentence rendue par l'arbitrage).

C. Évaluation de la pertinence de la médiation

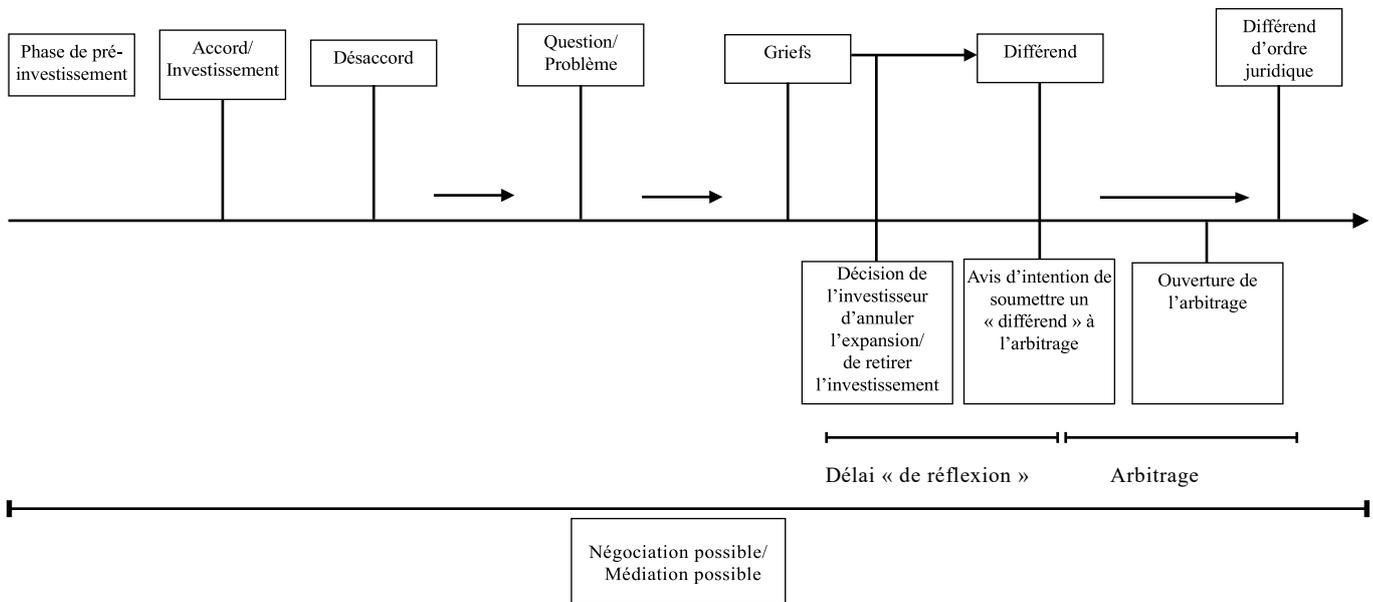
8. Pour déterminer si la médiation est appropriée pour résoudre un problème lié à un investissement, il convient de tenir compte des aspects suivants :

- a) Souhait de maintenir la relation, par exemple en vue de conserver l'investissement ou d'éventuels investissements futurs ;
- b) Volonté des parties d'engager une négociation ou un dialogue ;
- c) Souhait d'une résolution efficace ;
- d) Souhait d'un mécanisme formel de résolution des différends impliquant un tiers ;
- e) Souhait de garder le contrôle du résultat ;
- f) Souhait de rechercher des solutions adaptées et créatives plutôt que des recours juridiques ;

- g) Incidences budgétaires et financières ;
- h) Complexité des problèmes et urgence à les résoudre ;
- i) Nombre de parties concernées, y compris celles ayant des intérêts potentiellement différents ; et
- j) Nécessité de comprendre la position des autres parties, ce qui permet aux parties de rationaliser les enjeux.

9. La liste de contrôle ci-dessus vise à aider les parties à déterminer si la médiation convient à un litige donné, les facteurs ne devant pas tous être pris en compte. La pertinence de la médiation peut varier en fonction du point de vue de chaque partie. Alors que certaines peuvent trouver la médiation appropriée d'emblée, par exemple lors de la mise en œuvre du projet, d'autres peuvent la trouver appropriée après un certain stade de l'arbitrage ou du contentieux (par exemple, après les exposés écrits ou une audience).

10. La pertinence de la médiation peut également changer avec le temps, à mesure que les circonstances évoluent. Le tableau ci-dessous montre que la médiation est disponible à tout moment si les parties souhaitent mener des négociations facilitées par un médiateur.



D. Consentement à la médiation

11. La médiation est un processus consensuel qui nécessite l'accord des parties. Les parties sont libres de convenir d'une médiation à tout moment. Les États peuvent exprimer leur consentement à la médiation dans les traités d'investissement en proposant cette dernière comme option pour le règlement des différends qui en découlent. De même, les parties peuvent exprimer leur consentement dans leurs contrats d'investissement, ce qui peut également prendre la forme d'une clause de règlement des différends à plusieurs niveaux. Dans certains cas, les parties peuvent être tenues de prendre part à une médiation. Toutefois, elles sont généralement libres d'abandonner la procédure à tout moment (voir par. 41 ci-dessous).

E. Cadre temporel

12. Si la médiation a lieu à un stade précoce du différend, celui-ci peut ne s'être pas encore matérialisé, et il pourra être plus facile de trouver des solutions créatives convenant aux parties. La médiation est souvent conçue comme un moyen de régler

les différends avant de recourir à d'autres méthodes, plus contradictoires. Il peut y avoir un délai spécifique pour permettre aux parties de parvenir à un règlement à l'amiable (souvent appelé « délai de réflexion ») ; dans certains cas, l'expiration de ce délai est un préalable à l'ouverture d'un arbitrage. Cette période ne doit pas être trop courte, et être suffisante pour mener la médiation (par exemple, six mois). Enfin, il devrait être possible, pour les parties, d'engager une médiation même après le début de procédures contradictoires.

F. Référence aux règles de médiation

13. Lorsque les parties conviennent de recourir à la médiation, elles peuvent se référer à un ensemble de règles, comme le Règlement de médiation de la CNUDCI, plus générique, le Règlement de médiation du CIRDI 2022 ou le Règlement de l'IBA, tous deux plus adaptés à la médiation en matière d'investissement. Ces règlements fournissent un cadre procédural complet pour la médiation, évitant les lacunes procédurales ou les omissions involontaires, tout en offrant aux parties la souplesse nécessaire pour adapter la procédure à leurs besoins. Il pourrait être fait référence à ces règlements dans les traités d'investissement, les contrats d'investissement ou les législations nationales, qui pourraient tous également contenir des dispositions relatives à la médiation.

G. Rôle des institutions

14. En tant que forme de négociation facilitée, la médiation peut être menée ad hoc, c'est-à-dire sans ou avec le soutien administratif d'une institution.

15. Le soutien administratif d'institutions pourrait comprendre, par exemple : i) l'offre d'informations générales et d'une formation concernant la médiation en matière d'investissement, ainsi que de conseils sur les étapes de la procédure ; ii) l'offre d'une aide à la communication d'offres de médiation à l'autre partie ; iii) l'offre d'une aide à la sélection et à la nomination de médiateurs ; iv) l'offre d'une aide à la prise en charge de tous les aspects administratifs et logistiques de la procédure de médiation, y compris l'organisation de réunions et un soutien technique pour celles tenues en ligne ; v) l'offre de services relatifs aux aspects financiers d'une médiation (par exemple, la demande, la conservation et la gestion des paiements anticipés effectués par les parties pour couvrir les frais de médiation, le traitement des honoraires du médiateur, ainsi que les dépenses) ; vi) la délivrance d'un certificat attestant que la médiation a eu lieu, ce qui peut aider les parties qui cherchent à se conformer aux exigences de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (la « Convention de Singapour ») ou à d'autres exigences de traités d'investissement (par exemple, comme preuve qu'une médiation a eu lieu avant de présenter une demande d'arbitrage).

H. Le médiateur – rôle, qualification et nomination

1. Le rôle d'un médiateur

16. Le médiateur facilite les négociations des parties et les aide à parvenir à une solution mutuellement acceptable. Par conséquent, le médiateur ni ne résout ni ne décide du différend pour les parties, mais les aide à résoudre elles-mêmes les problèmes par la négociation. Dans l'exercice de ce rôle, le médiateur peut rencontrer les parties conjointement ou séparément. La facilitation des négociations au moyen de réunions séparées est une caractéristique courante de la médiation et permet au médiateur d'explorer librement, avec chaque partie, ses intérêts et ses préoccupations et d'élaborer des options possibles de règlement.

17. Il existe certaines fonctions qu'un médiateur n'assume généralement pas, comme la prise de décisions ou l'élaboration de conclusions liées à la résolution de fond du litige. Le médiateur ne porte pas de jugement sur la conduite passée et ne donne pas de conseils juridiques, financiers ou autres. Le médiateur peut toutefois aider les parties à évaluer les forces et les faiblesses de leurs points de vue au moyen de tests de réalité et de techniques d'évaluation des risques.

2. Qualifications et qualités attendues d'un médiateur

18. Compte tenu du rôle du médiateur, il est essentiel de choisir un professionnel expérimenté ayant des compétences reconnues dans la conduite du processus de médiation et l'accompagnement des parties – un professionnel formé à divers styles de communication et de négociation ainsi qu'aux outils permettant d'aider les parties à élaborer des solutions mutuellement acceptables et qui tienne compte des besoins, des intérêts, des préoccupations, des contraintes et des motivations des parties.

19. *Impartialité et indépendance* : Dans le contexte d'une médiation en matière d'investissement susceptible de faire l'objet d'un examen public, il peut être particulièrement important, pour les États, que le médiateur soit impartial et indépendant (voir le Règlement de médiation du CIRDI 2022, art. 12-1, et le Règlement de l'IBA pour la médiation entre investisseurs et États (Règlement de l'IBA), art. 3) ou soit, au minimum, tenu de divulguer des informations qui permettent aux parties d'avoir connaissance de tout conflit d'intérêts [voir le Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 3-6, et le Règlement de médiation du CIRDI 2022, art. 14-3 b)].

20. *Compétence* : Les médiateurs doivent, pour pouvoir entreprendre une médiation en matière d'investissement, posséder certaines compétences³. Il s'agit, notamment, des compétences suivantes :

- a) Expérience pratique de la médiation ;
- b) Formation à la médiation, y compris toute accréditation en tant que médiateur par une organisation reconnue au niveau international ;
- c) Expérience du règlement de différends internationaux en matière d'investissement ou autres impliquant des États ou des entités étatiques, y compris différentes formes de négociation, de médiation et de conciliation ;
- d) Expérience de travail au sein de gouvernements ou d'entités publiques ou avec ces derniers ;
- e) Compréhension du contexte et du cadre des différends entre investisseurs et États, y compris les considérations économiques, juridiques, sociales et culturelles ;
- f) Expérience de la gestion des relations interculturelles ; et
- g) Capacité à mener la médiation dans les délais impartis.

21. *Nationalité* : La nationalité n'est généralement pas prise en compte lors de la désignation d'un médiateur. Par conséquent, les parties peuvent nommer un médiateur qui est de la même nationalité que l'une des parties au litige, et serait familier avec la langue, les coutumes et la culture de cette partie. Les parties peuvent également convenir d'exclure certains ressortissants.

³ Par exemple, ces compétences sont mentionnées à l'annexe B du Règlement de l'IBA, disponible à l'adresse www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C, dans le Guide de la médiation en matière d'investissement 2016 du Secrétariat de la Charte de l'énergie (Secrétariat de la Charte de l'énergie, « Guide de la médiation en matière d'investissement » (2016), disponible à l'adresse www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf), et dans les Critères de compétence 2016 de l'IMI (International Mediation Institute, « Critères de compétence pour les médiateurs entre États et investisseurs » (2016), texte disponible à l'adresse <https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf>).

22. *Compétence dans le domaine du droit des investissements* : Cette compétence pourrait être utile pour sonder les forces et les faiblesses des positions des parties. Elle n'est, cependant, pas essentielle, le médiateur ne prenant aucune décision concernant le litige et ne devant donc pas nécessairement être un expert en la matière. Si les parties ou le médiateur ont besoin d'un avis juridique, ils peuvent charger un expert d'assister le médiateur. En outre, les représentants légaux des parties peuvent fournir à leur client une évaluation juridique de toute solution proposée (voir par. 23 ci-dessous).

3. Nomination du médiateur

23. Le médiateur est généralement nommé par les parties (Règlement de médiation de la CNUDCI 2022, art. 3-2 ; Règlement de médiation du CIRDI, art. 13-1, et Règlement de l'IBA, art. 4-5). Les parties peuvent convenir d'un médiateur ou, pour la nomination de ce dernier, d'une procédure qui peut impliquer un tiers ou une institution (Règlement de la CNUDCI 2022, art. 3-3, Règlement de médiation du CIRDI, art. 13-3, et Règlement de l'IBA, art. 4-6). Si les parties n'ont pas désigné ou ne peuvent pas s'entendre sur le(s) médiateur(s) dans un certain délai, elles peuvent demander qu'un tiers ou une institution procède à la désignation conformément à la disposition supplétive (voir, par exemple, le Secrétaire général du CIRDI conformément à l'article 13-4 du Règlement de médiation du CIRDI ou le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage conformément à l'article 4-7 du Règlement de l'IBA).

Comédiation

24. Les parties peuvent envisager la nomination de deux médiateurs (appelée comédiation), chacun étant soit nommé *conjointement* par les parties, soit proposé par chaque partie. La comédiation exige des médiateurs qu'ils possèdent une aptitude au travail d'équipe pour faciliter conjointement les négociations des parties. Comme les médiateurs peuvent avoir des formations ou des domaines de compétence différents, une comédiation peut être considérée comme bénéfique dans les litiges complexes, dans une affaire impliquant une multitude de parties ou lorsqu'il faut surmonter une diversité culturelle.

[*Note au Groupe de travail : le Groupe de travail pourra souhaiter se demander s'il faudrait préciser plus avant les avantages de la comédiation, y compris les facteurs à prendre en compte lorsque les parties décident d'y recourir.*]

I. Rôle des parties et des autres participants à la médiation

25. Outre le médiateur et les parties, des représentants légaux des parties, des experts et, dans certains cas, des parties non contestantes participent à la médiation. Leur fonction est d'aider les parties à trouver un règlement à l'amiable ; ils interviennent également lorsque leur contribution peut être bénéfique pour la résolution du litige.

26. *Rôle des parties* : La médiation requiert la participation active des parties ; sans cela, la médiation ne peut avoir lieu. Les parties doivent travailler avec le médiateur pour explorer les questions en litige et produire des idées et des options potentielles de règlement. Ces discussions peuvent être menées conjointement avec toutes les parties ou lors de séances séparées tenues entre le médiateur et l'une d'elles.

27. *Composition de l'équipe des parties* : La taille et la composition de l'équipe de chaque partie sont généralement débattues entre les parties et le médiateur au début de la médiation. Bien qu'il soit souhaitable d'inclure un membre investi d'un pouvoir de règlement et qu'il soit présent tout au long de la médiation, cela n'est pas toujours possible (du fait, par exemple, de la nécessité d'obtenir l'approbation/signature d'un ou de plusieurs ministères ou d'un cabinet du côté de l'État, ou la même chose d'un conseil d'administration ou d'un organe de surveillance de l'entreprise du côté de

l'investisseur). Il est souhaitable d'avoir, dans l'équipe, au moins un membre qui dispose d'une ligne de communication claire avec la personne ou l'entité investie du pouvoir de règlement. Au début de la médiation, il sera demandé aux parties de partager avec le médiateur des informations concernant le pouvoir de règlement et toute procédure d'approbation applicable.

28. *Rôle des représentants légaux* : Dans la médiation, le rôle des représentants légaux diffère de celui d'un processus juridictionnel tel que l'arbitrage. Dans une procédure contradictoire, les représentants légaux se concentrent généralement sur les arguments juridiques et les éléments qui attestent le respect ou la violation d'obligations légales dans le but de persuader un tribunal qui rendra une décision contraignante. Dans une médiation, au contraire, ils doivent adopter une approche collaborative, aidant la partie à explorer ses intérêts et ses objectifs et défendant ces intérêts et ces objectifs dans l'optique d'une solution orientée vers l'avenir. Les représentants légaux peuvent notamment éduquer la partie à la médiation et aux règlements disponibles de médiation en matière d'investissement, aider à évaluer de manière réaliste les forces et les faiblesses du dossier, aider à rédiger des exposés écrits, et recenser et compiler les documents pertinents à utiliser dans la médiation. Les représentants légaux participent également à l'examen des questions de procédure, à la préparation des exposés introductifs et à la rédaction des termes détaillés d'un éventuel accord de règlement.

29. Dans la plupart des cas, le coût de la représentation légale dans la médiation est inférieur à celui d'une procédure contradictoire, d'autant plus que le litige est résolu dans un délai plus court. Les États peuvent donc envisager d'accorder des incitations financières pour faire en sorte que les représentants légaux soient disposés à participer à une médiation.

30. *Rôle des experts* : Pendant une médiation, l'équipe d'une partie peut intégrer des experts de la question en litige, par exemple pour la conseiller sur des questions financières ou autres, pertinentes, dans le but de produire des offres ou de contribuer à la rédaction de termes du règlement. Les parties peuvent également envisager de nommer conjointement un expert indépendant, dont l'apport pourra être bénéfique lors de la négociation d'une solution mutuellement acceptable. Dans ce cas, le type de participation et la portée de la contribution de l'expert devront être déterminés par les parties en consultation avec le médiateur.

31. *Rôle de parties non contestantes* : L'apport de parties non contestantes, y compris des États parties non contestants au traité d'investissement sous-jacent, peut être pertinent et/ou utile pour parvenir à une solution amiable par la médiation. La souplesse du processus de médiation permet aux parties de s'interroger sur le fait de savoir si la participation de parties non contestantes est souhaitable et d'en déterminer l'étendue et le cadre procédural. L'étendue de cette participation, à déterminer par les parties, peut varier. Des parties non contestantes peuvent être consultées pendant le processus sur des points spécifiques, être invitées à fournir des exposés écrits pour examen par les parties ou jouer un rôle plus actif dans le processus si les parties et le médiateur en conviennent. Un investissement et un différend y relatif peuvent affecter certains groupes, concerner la société civile et/ou d'autres parties intéressées. Ces tiers peuvent donc être pris en compte au moment de décider qui inviter à la médiation.

J. Conduite de la médiation en matière d'investissement

Vue d'ensemble

32. À titre d'illustration, la médiation peut se dérouler selon les cinq phases suivantes⁴ :

⁴ Voir CEDR, « Seminar on Investment Mediation for Government Officials: The Conduct of Mediation », disponible à l'adresse <https://slideplayer.com/slide/13240515/>.

i) Une phase de « préparation », pendant laquelle les parties fournissent au médiateur des exposés écrits initiaux décrivant brièvement les enjeux et les points de vue correspondants des parties. Le médiateur débattrait des aspects procéduraux de la médiation avec les parties ;

ii) Une phase d'« ouverture », pendant laquelle chaque partie (ou son représentant) présente un exposé introductif ;

iii) Une phase d'« exploration », pendant laquelle le médiateur entreprend avec les parties de définir les fondements et les grandes lignes d'une solution mutuellement acceptable ;

iv) Une phase de « négociation », pendant laquelle le médiateur aide les parties à élaborer des options de règlement et facilite l'échange d'offres initiales. Ensuite, le médiateur aide les parties à traiter les contre-offres et à surmonter une éventuelle impasse ; et

v) Une phase de « conclusion », pendant laquelle les parties consignent les termes détaillés de leur accord de règlement et s'assurent que ce dernier est conforme à toutes les exigences de la loi applicable.

[Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il y aurait besoin d'indications supplémentaires concernant la loi applicable.]

Séances de médiation en présentiel et en ligne

33. Les réunions de médiation peuvent se tenir en présentiel ou en ligne. Si de nombreuses médiations ont été menées au moyen de réunions en présentiel, le recours à la technologie pour la médiation en ligne a fortement augmenté ces dernières années. Si les réunions en présentiel permettent une interaction directe entre les parties, celles en ligne sont plus économiques et plus rapides et ne nécessitent pas de déplacement des participants. Par conséquent, des réunions en ligne pourraient être utiles pour programmer certaines parties des séances de médiation ou l'ensemble de la procédure. Il faut que la question du choix entre des réunions en présentiel ou en ligne soit débattue entre les parties et le médiateur dès le début de la médiation.

K. Principes généraux : principe du « sans préjudice », confidentialité et obligations de divulgation

Principe du « sans préjudice » : utilisation d'informations dans d'autres procédures

34. Pour que la médiation réussisse, il faut que les parties puissent mener librement les négociations sans craindre que les informations échangées pendant la médiation soient utilisées par l'autre partie dans une autre procédure, comme preuve ou à toute autre fin. Pour cela, les parties conviennent généralement que le principe du « sans préjudice » s'applique aux informations échangées pendant la médiation, ce qui revient à dire qu'une partie ne peut se fonder sur un document, un exposé, un aveu ou une offre de règlement faite par une partie, ou sur quoi que ce soit dit par le médiateur, dans une autre procédure. Cette approche se retrouve dans les règlements de médiation pertinents (Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 7 ; Règlement de médiation du CIRDI 2022, art. 11) ainsi que dans un certain nombre d'accords d'investissement récents⁵.

⁵ Par exemple, l'article 25-1 du Traité d'investissement bilatéral Argentine-Japon (2018) et l'article 9-18-3 du PTPGP (2018) ; voir également l'article 8-20-2 de l'Accord économique et commercial global (2017).

Confidentialité, limites à la confidentialité et obligations de divulgation positive d'informations

35. La confidentialité est essentielle pour permettre aux parties de débattre franchement des problèmes sans craindre de conséquences négatives par la suite. Par conséquent, en règle générale, dans le cadre d'une médiation, toutes les informations y relatives doivent être gardées confidentielles par toutes les personnes concernées, sauf lorsque la divulgation est requise par la loi (ou pour la mise en œuvre de l'accord). Les limites à ces obligations de confidentialité et aux exigences de divulgation positive peuvent être établies au moyen de divers instruments juridiques, parmi lesquels le cadre juridique national applicable à la médiation et/ou à ses participants, y compris la réglementation nationale applicable aux avocats ou aux médiateurs (des exigences de divulgation peuvent être trouvées, par exemple, dans la législation nationale applicable aux partenariats public-privé⁶, dans les règlements de gestion des finances publiques, dans la législation relative à la transparence budgétaire ou dans la celle relative à la liberté d'information).

36. Les parties concernées par la confidentialité de la médiation, y compris les informations partagées pendant la procédure ainsi que l'accord de règlement, peuvent convenir de ces aspects, notamment en renvoyant aux règlements de médiation en matière d'investissement ou à leurs dispositions. Les aspects que les parties pourront souhaiter réglementer sont notamment : i) la question de savoir si le fait que la médiation a eu lieu est confidentiel, ii) celle de savoir si les informations relatives à la médiation ou obtenues pendant celle-ci sont confidentielles, et iii) celle de savoir si et dans quelle mesure les règlements convenus sont confidentiels (voir, dans ce contexte, l'article 10-3 du Règlement de l'IBA, qui limite l'obligation de confidentialité au fait qu'une médiation a commencé et qu'elle a été conclue ou abandonnée).

L. Accord de règlement

37. En général, les parties se conforment volontairement aux obligations énoncées dans l'accord de règlement et il n'est donc pas nécessaire d'en exiger l'exécution. Néanmoins, il faut que les parties tiennent compte de toute exigence afférente à la forme (notamment à la langue), à la teneur, au dépôt, à l'enregistrement ou à 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. Par exemple, la Convention de Singapour et la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement international issus de la médiation (la « Loi type sur la médiation ») prévoient certaines exigences à respecter. Il faut donc que les parties prennent note de ces exigences lorsqu'elles rédigent les accords de règlement. Les États parties à la Convention de Singapour et ceux qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type sur la médiation sont répertoriés sur le site Web de la Collection des traités des Nations Unies et sur celui de la CNUDCI, respectivement⁷.

⁶ Le Cadre de divulgation de la Banque mondiale pour les PPP illustre les objectifs et la portée de ces régimes. Voir par exemple, Groupe de la Banque mondiale, CoST et Mécanisme consultatif pour le renforcement des infrastructures par des partenariats public-privé, « A Framework for Disclosure in Public-Private Partnerships – Technical Guidance for Systematic, Pro-active, Pre-and Post-Procurement Disclosure of Information in Public-Private Partnership Programs » (août 2015), disponible à l'adresse <http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf>.

⁷ Les États parties à la Convention de Singapour peuvent être trouvés à l'adresse https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_fr.

En outre, les États qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type sur la médiation sont énumérés à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

M. Médiation et intérêt public

38. *Primauté du droit* : La participation de l'État à la médiation constitue une action publique de nature administrative, similaire à la conduite qu'il tient durant les négociations d'une concession ou d'une licence au début du cycle de vie de l'investissement, c'est-à-dire au moment de l'entrée dans l'investissement. Par conséquent, il faut que les actions menées par l'État dans le cadre de la médiation soient conformes au cadre juridique pertinent.

39. *Divulgence d'informations* : Il peut exister, en ce qui concerne la divulgation d'informations, une législation nationale qui, dans un souci de préservation de l'intérêt public, peut inclure la publication de tout engagement convenu et/ou la divulgation continue de résultats, ainsi que toute renégociation de termes⁸. Ces obligations d'information pourront garantir que le résultat de la médiation ne sera pas remis en cause et que les participants au processus seront protégés contre les allégations ou actes de corruption. Il n'est pas rare que les parties au conflit conviennent d'un protocole spécifique d'information des médias ou du public afin de fournir à ce dernier et/ou aux parties concernées des points de situation pendant la médiation (voir par. 31 ci-dessus).

40. *Participation de parties non contestantes* : La souplesse de la médiation et la possibilité d'inclure dans le processus des parties non contestantes (comme des communautés locales concernées soit par l'investissement, soit par le différend, soit par toute solution négociée) permettent également à l'intérêt public d'être représenté dans une médiation (voir par. 26 ci-dessus).

41. *Incidence sur le pouvoir réglementaire de l'État* : À la différence de l'arbitrage, aucune décision contraignante n'est imposée à un État suite à une médiation en matière d'investissement. Au contraire, l'État est un négociateur actif qui a le plein contrôle de la décision d'accepter ou non un règlement et ses conditions. Par conséquent, la conclusion volontaire d'un accord de règlement dont les termes auraient été acceptés par l'État en sa qualité de négociateur n'aurait pas d'incidence sur son activité réglementaire ni n'entraînerait une forme de « frilosité ».

N. Moyens d'encourager le recours à la médiation

42. Il pourrait être envisagé, aux niveaux national et international, certaines mesures d'accompagnement propres à réduire au minimum les obstacles au recours à la médiation et à faire en sorte qu'un État puisse participer efficacement à cette dernière et l'utiliser comme outil pour résoudre les désaccords, problèmes, griefs ou différends liés à des investissements. Cela pourrait consister, notamment, en la mise en place d'un cadre national et international permettant la médiation, et en la prise de mesures de renforcement des capacités et d'organisation.

43. *Cadre juridique national* : Une base nationale claire ancrant l'approbation, par l'État, de la médiation en tant qu'outil de règlement des différends en matière d'investissement permettrait la participation dudit État à la médiation et répondrait aux préoccupations exprimées par les responsables publics quant à la mise en œuvre de négociations facilitées. Cette base pourrait non seulement englober la possibilité, pour un État ou une entité étatique, de pratiquer la médiation, mais aussi clarifier les lignes hiérarchiques, la représentation de l'État dans les processus formels ou informels de résolution des conflits, et d'autres questions (voir par. 44 à 49 ci-dessus)⁹.

⁸ Ibid.

⁹ Des études comparatives fournissant des exemples de cadres juridiques nationaux clairs ont été menées par le Secrétariat de la Charte de l'énergie ; elles sont reflétées dans le Modèle d'instrument de gestion des différends en matière d'investissement. Voir Secrétariat de la Charte de l'énergie, « Model Instrument on Management of Investment Disputes » (2018), disponible à

44. *Cadre juridique international* : Les États pourront également souhaiter ancrer la médiation dans leurs accords internationaux d'investissement, la rendant disponible à tout moment du cycle de vie de l'investissement.

45. Si le taux de respect d'un règlement issu de la médiation est élevé, la disponibilité d'un cadre d'application pourra néanmoins être un élément à prendre en compte lors de l'étude de mécanismes appropriés de résolution des litiges. La pièce maîtresse du cadre d'application de la médiation est la Convention de Singapour. La Convention de Singapour permet généralement aux parties de faire directement appliquer les accords de règlement issus de la médiation¹⁰. Le fait de devenir partie à la Convention de Singapour montrera la volonté qu'a l'État de pratiquer la médiation. L'adoption universelle de la Convention de Singapour garantirait aux investisseurs et aux États la possibilité de faire appliquer un règlement.

46. *Recours à la médiation comme préalable à d'autres moyens de règlement des différends* : Les États pourraient examiner l'utilité de rendre la médiation obligatoire dans leurs traités d'investissement, leurs contrats d'investissement ou leur législation (voir A/CN.9/WG.III/WP.217, par. 23 à 30). Lorsque la médiation est obligatoire, cela signifie que les parties sont obligées de la pratiquer. Cependant, les parties sont généralement libres d'abandonner le processus à tout moment, à moins qu'elles ne soient tenues de rester dans la médiation pendant une durée déterminée ou jusqu'à un certain stade du processus (voir l'article 9-4 du Règlement de l'IBA, qui exige qu'une partie participe à la conférence de gestion de la médiation). Cette approche permettrait à la médiation de montrer tous ses avantages. Des études donnent à penser que la médiation volontaire au niveau national est peu utilisée dans certains États, alors que le taux de règlement suite à une médiation obligatoire augmente considérablement¹¹.

47. *Sensibilisation et formation* : Une sensibilisation aux avantages de la médiation et un renforcement des capacités pourront encourager plus avant le recours à cette approche comme moyen de règlement des différends en matière d'investissement. Il faudrait que des formations destinées aux agents publics, aux médiateurs et aux autres groupes cibles concernés soient proposées régulièrement afin de mieux faire comprendre ce que signifie et implique la médiation, de sorte que celle-ci puisse être utilisée comme un outil efficace de gestion des conflits relatifs à des investissements.

48. *Lignes de communication claires* : Les différends en matière d'investissement concernent un large éventail d'activités économiques¹² et peuvent impliquer des entités et des agences municipales, étatiques ou fédérales relevant de tous les secteurs de l'action gouvernementale en rapport avec un éventail d'instruments juridiques, y compris les contrats d'investissement, la législation des investissements et les traités bilatéraux et multilatéraux. Compte tenu de la multitude de circonstances, de secteurs économiques, d'entités et d'instruments juridiques impliqués, il faudra mettre en place, au sein du gouvernement, des structures organisationnelles et des lignes de communication claires qui aideront un État à recourir à la médiation et à y participer efficacement. La collecte et le partage d'informations, la création d'une ou plusieurs unités spécifiques chargées de gérer les conflits relatifs à des investissements et le

l'adresse suivante :

www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf.

¹⁰ Les parties contestantes pourront s'enquérir du fait de savoir si les pays concernés ont fait, au titre de l'article 8-1 a) de la Convention de Singapour, une déclaration dont le champ d'application [article 8-1 a)] prévoit qu'une Partie peut déclarer qu'elle n'appliquera pas la Convention de Singapour aux accords de règlement auxquels elle est partie.

¹¹ N.A. Walsh et A. Kupfer Schneider, « The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration » (2013) 18 Harv. Negot. L. Rev. 71, 122. Voir également Anna Howard, « EU Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputants – Changing the Frame; Framing the Changes », p. 28 (2021).

¹² The ICSID Caseload – Statistics (2020-2), p. 12, disponible à l'adresse : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>.

renforcement des capacités au sein du gouvernement seraient bénéfiques pour aider les États à résoudre les différends en matière d'investissement¹³.

49. *Collecte d'informations et évaluation du processus de règlement des différends* : La collecte d'informations et l'analyse des faits, des parties prenantes, des enjeux, des circonstances économiques et des intérêts de l'État sont utiles pour acquérir une compréhension globale des questions litigieuses et permettre à l'État partie d'évaluer et de choisir en connaissance de cause le mécanisme de règlement le plus approprié pour un différend donné, y compris la médiation. Avec un partage interne efficace de l'information par le biais d'un mécanisme d'alerte rapide ou autre, les États peuvent s'assurer que les personnes ou les organismes concernés prennent conscience des problèmes qui se posent avec les investisseurs dès qu'ils surviennent¹⁴.

50. *Création d'un ou plusieurs organismes de gestion des conflits* : Les États peuvent envisager de créer une ou plusieurs entités chargées de superviser la gestion des conflits relatifs à des investissements¹⁵. Cette ou ces entités pourraient également diriger la collecte d'informations, évaluer le mécanisme de règlement des différends le plus approprié dans les circonstances et représenter l'État tout au long du processus de règlement (y compris des processus formels ou informels tels que la négociation, la médiation et l'arbitrage).

51. Le choix de la structure est susceptible de différer d'un État à l'autre en fonction des structures organisationnelles et des exigences administratives et juridiques de l'État¹⁶. L'entité responsable pourra être structurée comme une entité autonome, une unité d'un département ou d'un ministère existant, une commission interministérielle ou une organisation entièrement différente.

52. L'entité devrait être investie des responsabilités suivantes :

- a) Servir de point de contact pour les investisseurs et/ou les entités de l'État en cas de désaccord ou de problème ;
- b) Recueillir des données pour identifier l'origine des comportements gouvernementaux sources de risques politiques, identifier les problèmes, les secteurs et/ou les organismes qui peuvent aider à renforcer de manière ciblée les capacités et tenir un registre de données centralisé ;
- c) Développer une compréhension globale des questions litigieuses ;
- d) Se connecter et se coordonner avec les organismes et les ministères liés au litige pour recueillir des faits et bénéficier des connaissances techniques qui existent, au sein du gouvernement, en ce qui concerne les questions litigieuses ;
- e) Gérer les contacts et les communications avec l'investisseur concerné ;
- f) Identifier les mécanismes appropriés de gestion des conflits (négociation, médiation, escalade vers une instance gouvernementale de haut niveau, etc.) et, éventuellement, les appliquer ;
- g) Déterminer l'intérêt de l'État par rapport à l'investissement concerné et au conflit ;

¹³ Voir, *supra*, note 10.

¹⁴ P. Kher et D. Chun, *Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI*, FCI In Focus. Washington, 2020, Groupe de la Banque mondiale, disponible à l'adresse : <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34380>, p. 17.

¹⁵ Voir, *supra*, note 18.

¹⁶ Pour diverses options sur la manière dont cette ou ces entités pourraient être créées, avec les fonctions, les structures et la composition possibles, voir le Secrétariat de la Charte de l'énergie (voir, *supra*, note 10). Voir, également, Groupe de la Banque mondiale et Commission européenne, « Retention and Expansion of Foreign Direct Investment – Political Risk and Policy Responses » (Groupe de la Banque mondiale 2019), disponible à l'adresse : <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33082/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- h) Établir, à l'intention du gouvernement, des résumés, des avis juridiques et des évaluations économiques en rapport avec le différend ;
- i) Mener les négociations, représenter l'État et préparer sa stratégie pendant la médiation ou d'autres procédures formelles de règlement des différends (telles que l'expertise, l'évaluation neutre ou l'arbitrage) ;
- j) Unifier les déclarations publiques relatives au litige et veiller à ce que les obligations d'information du public soient respectées ;
- k) Engager des discussions à visée de règlement (soit étant investi du pouvoir de règlement, soit ayant une ligne de communication claire avec un ou plusieurs organismes compétents ayant ce pouvoir) ;
- l) Demander des informations, des conseils et la coopération de toutes les entités gouvernementales concernées par le litige ou une possible solution ;
- m) Approuver les fonds et engager des professionnels, y compris des experts et des conseillers juridiques externes ; et
- n) Concevoir et diriger des activités de renforcement des capacités pour toutes les entités qui mettent en œuvre les obligations de l'État en matière d'investissement afin de réduire la récurrence des comportements gouvernementaux susceptibles de donner lieu à un différend en matière d'investissement impliquant l'État.

53. Les facteurs clefs du succès d'un organisme chef de file sont notamment les suivants : i) existence d'un soutien efficace des plus hauts niveaux du gouvernement ; ii) aptitude à faciliter la collecte, le suivi et l'analyse systématiques de données ; iii) cadre législatif clair et favorable ; et iv) accent mis sur le renforcement des capacités, tant au sein de l'organisme chef de file que des autres branches du gouvernement, pour sensibiliser à la bonne mise en œuvre des obligations contractées par l'État en vertu d'accords d'investissement ou d'autres instruments applicables.

54. Un tel cadre institutionnel de gestion efficace des conflits contribuerait à promouvoir l'objectif de développement durable (ODD) n° 16, à savoir « Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous ».