

**Assemblée générale**

Distr. générale
30 mars 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

Note du Secrétariat

Suite aux consultations entre les secrétariats de la CNUDCI et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), le secrétariat de la CNUDCI a reçu une proposition de la CNUCED. Au titre du point 7 de l'ordre du jour (Arbitrage et conciliation), la Commission voudra peut-être examiner les mesures qui seraient nécessaires pour encourager le recours à la médiation dans le règlement des litiges entre investisseurs et États. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

V.11-81792 (F) 190511 200511



Merci de recycler 

Annexe

Proposition de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)

Renforcer la connaissance et l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements

Des dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États figurent dans presque tous les accords internationaux d'investissement modernes, qui visent à protéger les investisseurs étrangers; il existe plus de 3 500 accords de ce type¹. Ces dispositions prévoient généralement différents moyens par lesquels des investisseurs étrangers peuvent faire valoir leurs droits contre un État d'accueil en cas de différend en matière d'investissement. Le principal moyen proposé par ces traités est l'arbitrage international, qu'il s'agisse d'un arbitrage institutionnel (le plus souvent administré par le CIRDI) ou d'un arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

L'arbitrage international a longtemps été considéré comme le meilleur moyen de traiter et de régler les litiges entre investisseurs et États. Visant à dépolitiser les différends relatifs aux investissements et garantissant la neutralité et l'indépendance des décisions, il a souvent été perçu comme une procédure rapide, peu coûteuse, souple et familière. Il assure en outre aux sentences un caractère exécutoire soit directement soit par l'intermédiaire des juridictions internes de l'État d'accueil.

L'arbitrage international comporte toutefois plusieurs inconvénients susceptibles de réduire les avantages que les pays cherchent à retirer de la conclusion d'accords internationaux d'investissement. Ces inconvénients tiennent pour une large part à la nature particulière de l'arbitrage international relatif aux investissements, où le défendeur est un État souverain qui voit contestés les actes et mesures pris pour des motifs d'ordre public. Une autre particularité tient au fait que la relation entre l'investisseur et l'État repose sur un engagement à long terme, si bien que le règlement d'un différend par voie d'arbitrage international et par l'octroi de dommages-intérêts conduira généralement à la rupture de cette relation.

De plus, les montants en jeu dans les litiges entre investisseurs et États sont souvent très importants. En raison de ces caractéristiques uniques, les inconvénients attribués à l'arbitrage international relatif aux investissements sont les suivants: son coût élevé, l'allongement du temps nécessaire pour régler les litiges, la difficulté grandissante pour gérer les différends entre investisseurs et États, la crainte de voir former des demandes futiles ou abusives, les inquiétudes générales quant à la légitimité du système d'arbitrage en matière d'investissements dans la mesure où il concerne des mesures prises par un État souverain; et le fait que l'arbitrage se focalise entièrement sur l'obtention d'une réparation et non sur le maintien de relations durables entre les parties.

La possibilité de recourir à d'autres moyens de gérer efficacement les différends suscite un intérêt croissant depuis quelques années. Ces moyens sont

¹ À la fin de 2009, 2 750 traités bilatéraux d'investissement et 295 autres accords internationaux d'investissement avaient été recensés (CNUCED, *World Investment Report 2010b*, p. 81).

notamment la négociation directe entre investisseurs et États, le recours à un bureau de médiation (Ombuds Office) ou à une institution chef de file, la médiation, la conciliation formelle, les comités de résolution des litiges, l'évaluation rapide objective ou la constatation et l'évaluation des faits (CNUCED 2010).

En raison des inconvénients que l'on prête à l'arbitrage international et de la forte augmentation du nombre de litiges entre investisseurs et États constatée ces dernières années² (CNUCED 2010 et *Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage II*, à paraître), le secrétariat de la CNUCED a commencé à étudier d'autres modes permettant de régler les différends existants par la négociation ou à l'amiable, tels que la conciliation ou la médiation internationale.

Le Règlement de conciliation de la CNUDCI de 1980³ contient un ensemble de règles que les parties appliquent, d'un commun accord, pour régler par voie de conciliation un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport, lorsqu'elles recherchent une solution amiable. Par ailleurs, la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002⁴, qui fournit des règles uniformes pour le processus de conciliation, emploie le terme "conciliation" au sens large de procédure dans laquelle une tierce personne ou un groupe de personnes ("le conciliateur") aide des parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable de leur litige. Les termes "conciliation", "médiation" et d'autres termes équivalents sont donc employés indifféremment dans la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. La différence est la participation d'un tiers qui n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

Le recours effectif à la médiation ou à la conciliation dans le cadre des mécanismes de règlement des litiges entre investisseurs et États peut améliorer l'efficacité du règlement des différends et comporter plusieurs avantages:

Plus de souplesse. Le premier avantage de ce mode alternatif de règlement est sa souplesse. Les parties créent leur propre processus et élaborent leur propre accord. Elles peuvent discuter des questions juridiques, mais aussi d'autres questions, et trouver la solution qui leur convient le mieux. Étant donné que cette procédure tient compte des besoins et des préoccupations des parties, elle peut être plus rapide et moins coûteuse.

La médiation et la conciliation peuvent être utilisées à tout stade d'une procédure d'arbitrage, même si cette dernière est déjà en cours, sous réserve de l'accord des parties, et peuvent être abandonnées dès lors que les parties expriment leur refus de poursuivre les négociations.

Procédure moins coûteuse et moins longue. Les procédures de médiation et de conciliation sont également plus rapides, moins coûteuses et exigent moins de temps et de ressources. Plus la résolution du litige est rapide, plus les coûts diminuent. Toutefois, la médiation et la conciliation pourraient également être

² À la fin de 2010, on recensait 390 litiges au total (CNUCED 2011, p. 2).

³ Résolution 35/52 adoptée le 4 décembre 1980 par l'Assemblée générale.

⁴ Adoptée par la CNUDCI le 24 juin 2002 et figurant en annexe à la résolution 57/18 de l'Assemblée générale en date du 19 novembre 2002.

considérées comme une perte de temps et d'argent lorsqu'elles échouent et qu'un règlement amiable n'est pas obtenu.

Possibilité de parvenir à un règlement satisfaisant et amiable. Les parties négocient leur propre solution avec l'aide d'un tiers neutre. L'accord et les résultats obtenus sont plus satisfaisants que s'ils étaient imposés. Ce mode de règlement permet aux investisseurs et aux États de poursuivre leurs relations de travail, tout en améliorant la bonne gouvernance et les pratiques en matière de réglementation des États (CNUCED 2010).

Les parties utilisent efficacement le délai "de réflexion" ou de recherche d'un règlement amiable prévu dans les accords internationaux d'investissement. Ce délai de consultation habituellement court a été utilisé dans la pratique par les parties avec plus ou moins de succès et analysé de différentes manières par les tribunaux arbitraux (CNUCED 2010).

Les parties ne renoncent pas à leur droit de recourir à d'autres formes de règlement des litiges. La médiation ou la conciliation est menée sans préjudice du droit des parties de recourir à un mode juridictionnel pour régler le litige.

Confidentialité de la procédure de médiation ou de conciliation. Les médiateurs et conciliateurs ne peuvent pas divulguer d'information concernant la médiation sans l'accord des parties — pas même dans le cadre d'une procédure obligatoire de production de pièces ou de comparution de témoins.

Bonne gouvernance. Enfin, les modes alternatifs de règlement des litiges peuvent améliorer la bonne gouvernance et d'autres pratiques réglementaires des États.

Le recours aux modes alternatifs pose toutefois aussi des problèmes. La médiation et la conciliation ne sont généralement pas contraignantes pour les parties, ce qui peut les décourager d'y recourir et les inciter à considérer ce type de procédure comme une perte de temps et d'argent plutôt que comme une valeur ajoutée pour le règlement du litige. Néanmoins, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, la médiation et la conciliation ont ceci d'avantageux que la solution trouvée par les parties est consignée dans la sentence et qu'elle a donc force obligatoire et exécutoire.

Un autre problème est que les parties ne connaissent souvent pas bien les principes, les considérations et les techniques sur lesquels reposent la médiation et la conciliation. En outre, les modes alternatifs de règlement des différends ne conviennent pas nécessairement à tous les types de litiges en matière d'investissement. Les États, de par leur situation particulière en tant que parties au litige, peuvent avoir certaines difficultés à utiliser ces modes de règlement efficacement. Par exemple, leur marge de manœuvre pour trouver une solution de compromis se heurte aux limites établies par les lois et règlements existants. De même, les agents publics ne se voient pas toujours conférer l'autorité et les pouvoirs nécessaires pour y recourir efficacement.

D'une manière générale, la médiation et la conciliation peuvent être un moyen prometteur de régler les différends liés aux investissements en lieu et place de l'arbitrage international dans le cadre des traités d'investissement. Il faudrait donc encourager les divers acteurs concernés à examiner ces modes de règlement plus avant. Aussi est-il proposé que les secrétariats de la CNUDCI et de la CNUCED

conjuguent leurs efforts pour sensibiliser les États, les investisseurs, les juristes, les institutions d'arbitrage et les organisations internationales à la médiation et la conciliation en tant que modes alternatifs de règlement des litiges entre investisseurs et États, de manière à promouvoir les investissements durables et responsables en faveur du développement.

Références

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (2011). *IIA Issues Note No. 1 (2011): Latest Developments in Investor-State*. Disponible (en anglais uniquement) à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf.

_____ (À paraître). *Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage II* (texte non édité).

_____ (2010). *Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage* (New York et Genève: Nations Unies), Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.II.D.11. Disponible à l'adresse: <http://www.unctad.org/templates/Download.asp?docid=13762&lang=2&intItemID=2068>

_____ (2010 b). *World Investment Report 2010. Investing in a Low-carbon Economy* (Rapport sur l'investissement dans le monde 2010: Investir dans une économie à faible intensité de carbone) (New York et Genève: Nations Unies), Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.10.II.D.2. Disponible (en anglais uniquement) à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf. Vue d'ensemble disponible en français à l'adresse: http://www.unctad.org/fr/docs/wir2010overview_fr.pdf.

_____ (2009). *IIA Monitor No. 3 (2009): Recent developments in international investment agreements* (2008-juin 2009). Disponible (en anglais uniquement) à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf.