

**Assemblée générale**

Distr. limitée
16 janvier 2023
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-cinquième session
New York, 27-31 mars 2023**

**Éventuelle réforme du règlement des différends
entre investisseurs et États (RDIE)****Projet de dispositions relatives à la médiation****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projet de dispositions relatives à la médiation	2
A. Disponibilité de la médiation (projet de disposition 1)	3
B. Informations requises dans une invitation ou une demande (projet de disposition 2)	5
C. Rapport avec l'arbitrage et les autres procédures de règlement des différends (projet de disposition 3)	6
D. Confidentialité (projet de disposition 4)	7
E. Disposition de non-préjudice (projet de disposition 5)	7
F. Accord de règlement (projet de disposition 6)	8



I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en octobre 2020, 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 la médiation, l'objectif étant d'assurer une meilleure utilisation de ces derniers pour régler les différends entre investisseurs et États (A/CN.9/1044, par. 35). Il a donc prié le Secrétariat de s'attacher, en collaboration avec les organisations intéressées, notamment 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 dispositions types pour la 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. Au cours de sa quarante-troisième session, en septembre 2022, le Groupe de travail a de nouveau appuyé la promotion de la médiation comme moyen de résoudre les différends relatifs aux investissements de manière économique, tout en préservant la relation entre l'investisseur et l'État (A/CN.9/1124, par. 145). Il a par ailleurs estimé qu'un nouveau règlement serait superflu compte tenu de ceux qui existaient déjà, à savoir le Règlement de médiation de la CNUDCI (2021), le Règlement de médiation du CIRDI (2022) et le Règlement de médiation investisseur-État (2012) de l'Association internationale du barreau (IBA) (le « Règlement de l'IBA ») (A/CN.9/1124, par. 147).
3. À la session en cours, après avoir examiné le projet de dispositions sur le recours à la médiation figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.217, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de le réviser en se fondant sur ses délibérations et d'en simplifier la structure (A/CN.9/1124, par. 172). La présente note fournit par conséquent une version révisée du projet de dispositions, qui élargit l'offre de médiation et réitère la nature volontaire et consensuelle de cette procédure. Elle ne cherche toutefois pas à exprimer un point de vue sur les options de réforme, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Projet de dispositions relatives à la médiation

4. Lorsque la médiation est prévue dans un traité d'investissement comme moyen de résoudre les différends concernant des investissements, sa conduite repose sur une base juridique claire. *A contrario*, l'absence d'une telle base est considérée comme un obstacle à la mise en œuvre d'une médiation. Ainsi, les États devraient envisager de prévoir le recours à la médiation dans leurs traités d'investissement¹ et de créer des conditions favorables à son utilisation².
5. Compte tenu des règlements existants (tant institutionnels qu'ad hoc, voir par. 2 ci-dessus) qui traitent de manière exhaustive tous les aspects de la procédure de médiation, le projet de dispositions relatives à la médiation a été élaboré de manière

¹ Voir CIRDI, Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation (juillet 2021), disponible (en anglais) à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf ; Voir également Romesh Weeramantry, Brian Chang et Joel Sherard-Chow, Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, article anticipé (4 avril 2022).

² Les États voudront peut-être également adapter leurs lois et contrats d'investissement nationaux. En outre, ils devraient disposer d'une législation adaptée qui garantisse que les agents publics aient la délégation de pouvoir voulue pour conduire une médiation et y participer, et ne soient pas personnellement responsables de la procédure ou de son issue. Voir, plus généralement, le projet de directives sur la médiation en matière d'investissement qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.227.

à refléter le langage conventionnel existant et à permettre aux parties de choisir parmi les règlements existants et de se référer à ceux-ci pour la conduite de la médiation. Il a aussi été établi en vue de son insertion dans les traités d'investissement ou dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE (A/CN.9/1124, par. 71) et, en tant que tel, nécessiterait des ajustements en cas d'intégration à un règlement de médiation ou à une législation nationale.

A. Disponibilité de la médiation (projet de disposition 1)

6. Le projet de disposition 1 reflète l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle la médiation devrait être encouragée comme moyen de parvenir à un règlement à l'amiable des différends relatifs à des investissements internationaux (A/CN.9/1124, par. 148) et contient deux options. L'option A a été révisée pour souligner l'utilité de la médiation, sans toutefois imposer aux parties l'obligation d'y recourir. L'option B a été révisée pour tenir compte de la préférence exprimée par les États en faveur d'un engagement obligatoire des parties dans la médiation (A/CN.9/1124, par. 149 et 150).

Option A (Disponibilité de la médiation)

Projet de disposition 1. Option A (Disponibilité de la médiation)

1. *Les parties envisagent la médiation comme moyen de régler à l'amiable un différend relatif à des investissements internationaux. Elles peuvent convenir d'engager une médiation à tout moment, y compris après l'ouverture de toute autre procédure de règlement des différends.*

2. *Le terme « médiation » désigne un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties tentent de parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs tiers (« le médiateur »), qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution.*

3. *Une partie peut inviter par écrit l'autre partie à participer à une médiation à tout moment conformément à la disposition 2. L'autre partie accepte ou rejette l'invitation par écrit dans les [30] jours suivant sa réception.*

4. *Si une partie ne reçoit pas d'acceptation de l'invitation à la médiation dans le délai prévu au paragraphe 3, elle peut choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation.*

5. *La médiation est menée conformément aux présentes dispositions et :*

- a) *Au Règlement de médiation de la CNUDCI ;*
- b) *Au Règlement de médiation du CIRDI ;*
- c) *Au Règlement de médiation investisseur-État de l'IBA ; ou*
- d) *À tout autre règlement convenu par les parties.*

6. *Les parties peuvent à tout moment convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions.*

7. L'option A préserve la nature souple et consensuelle de la médiation et n'impose pas la procédure aux parties, ce qui pourrait entraîner des retards dans le règlement du litige (A/CN.9/1124, par. 149).

8. Le paragraphe 1 de l'option A engage vivement les parties à envisager le recours à la médiation comme moyen possible de résoudre à l'amiable les différends relatifs à des investissements internationaux (A/CN.9/1124, par. 148 et 152).

9. Par souci de clarté, le paragraphe 2 inclut la définition de la médiation telle qu'elle figure dans la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (New York, 2018) (la « Convention de Singapour sur la médiation ») (A/CN.9/1124, par. 154).

10. Le paragraphe 3 a été simplifié de façon à indiquer qu'une partie peut inviter l'autre ou les autres parties à participer à une procédure de médiation et à prévoir un délai (par exemple, 30 jours) dans lequel l'autre partie doit répondre (A/CN.9/1124, par. 153 et 156). Le paragraphe 4 indique que l'absence de réponse d'une partie dans ce délai peut être considérée comme un rejet de l'invitation (A/CN.9/1124, par. 157).

11. Le paragraphe 5 énumère les règlements de médiation disponibles, qui peuvent être incorporés par référence (A/CN.9/1124, par. 151). Dans la mesure où ces règlements abordent diverses questions de procédure, notamment l'ouverture de la médiation et le choix du médiateur, le projet de dispositions ne traite pas de ces questions. Le paragraphe 6 prévoit que les parties sont libres d'écarter ou de modifier à tout moment l'une ou certaines des dispositions.

Option B (Ouverture de la médiation à la demande d'une partie)

Projet de disposition 1. Option B (Ouverture de la médiation à la demande d'une partie)

1. Une partie envoie une demande écrite d'ouverture de médiation à l'autre partie en vue de régler un différend relatif à des investissements internationaux. La médiation est réputée être ouverte dès la réception de la demande par l'autre partie.

2. Le terme « médiation » désigne un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties tentent de parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs tiers (« le médiateur »), qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution.

3. La médiation est menée conformément aux présentes dispositions et :

- a) Au Règlement de médiation de la CNUDCI ;
- b) Au Règlement de médiation du CIRDI ;
- c) Au Règlement de médiation investisseur-État de l'IBA ; ou
- d) À tout autre règlement convenu par les parties.

4. Les parties nomment un médiateur dans les [20] jours suivant l'ouverture de la médiation. Si un médiateur n'est pas nommé dans le délai prévu, elles conviennent d'une institution ou d'une personne qui les aide à en nommer un.

5. Dans les [15] jours suivant sa nomination, le médiateur convoque une réunion, à laquelle les parties sont tenues d'assister. Toute partie souhaitant se retirer de la médiation après avoir assisté à cette réunion ou à tout moment ultérieur en informe par écrit le médiateur, qui met fin à la médiation.

6. Le différend ne peut faire l'objet d'aucune autre procédure de règlement des différends pendant une période de [neuf] mois après le début de la médiation ou jusqu'à ce que le médiateur détermine qu'il n'y a aucune probabilité de parvenir à un accord de règlement.

7. Les parties conservent la possibilité de recourir à la médiation à tout moment, y compris après l'ouverture de toute autre procédure de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux.

8. *Les parties peuvent à tout moment convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions.*

12. L'option B combine les anciennes options B et C, qui prévoyaient l'ouverture d'une procédure de médiation pour promouvoir très tôt un dialogue constructif. Elle pourrait convenir aux États qui souhaitent imposer la médiation aux parties (A/CN.9/1124, par. 150).

13. Le paragraphe 1 de l'option B prévoit que la médiation commence automatiquement dès la réception d'une demande écrite de l'une des parties. Comme dans l'option A, le paragraphe 2 de l'option B fournit une définition de la médiation (A/CN.9/1124, par. 154) tandis que le paragraphe 3 énumère les règlements de médiation disponibles auxquels les parties pourraient se référer pour la conduite de la médiation (A/CN.9/1124, par. 151).

14. Contrairement à l'option A, l'option B prévoit un certain nombre de règles par défaut pour les cas où les parties ne seraient pas encore convenues ou ne seraient pas en mesure de convenir d'un règlement de médiation. Le paragraphe 4 fournit la règle applicable à la nomination du médiateur, en indiquant un court délai dans lequel les parties doivent se mettre d'accord sur son choix (par exemple, 20 jours) et que, si elles ne sont pas en mesure d'y parvenir, elles doivent convenir d'une institution ou d'une personne pour les assister.

15. Le paragraphe 5 exige que le médiateur convoque une première réunion dans un court délai après sa nomination (par exemple, 15 jours) et que toutes les parties y assistent. Il stipule également que la présence à cette réunion est une condition préalable pour pouvoir se retirer de la médiation, retrait qui doit être communiqué au médiateur. Dès qu'il est informé d'un tel retrait, ce dernier est tenu de mettre fin à la médiation, en veillant à ce que le statut de la procédure soit clair.

16. Le paragraphe 6 spécifie qu'aucune autre procédure de règlement du différend ne peut être entamée pendant une certaine période de temps à compter du début de la médiation ou jusqu'à ce que le médiateur détermine qu'il sera impossible de parvenir à un accord de règlement. Le paragraphe 7 souligne que la médiation reste possible même si la procédure initiale a échoué et rappelle aux parties que ce mode de règlement demeure disponible ultérieurement. Le paragraphe 8 prévoit que les parties sont libres d'écarter ou de modifier une ou plusieurs dispositions à tout moment.

B. Informations requises dans une invitation ou une demande (projet de disposition 2)

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de disposition 2, qui énumère les éléments devant figurer dans une invitation à engager une médiation (option A) ou une demande d'ouverture d'une procédure de médiation (option B). Les termes « invitation » et « demande » distinguent le degré de volonté des parties en ce qui concerne la mise en œuvre d'une médiation.

Projet de disposition 2 (Informations requises dans une invitation ou une demande)

1. *Les informations suivantes figurent dans [l'invitation à engager une médiation telle que visée au paragraphe 3 de l'option A de la disposition 1] [la demande d'ouverture d'une médiation telle que visée au paragraphe 1 de l'option B de la disposition 1] :*

a) *Le nom et les coordonnées de la partie et de son ou ses représentants légaux et, s'il s'agit d'une personne morale, son lieu de constitution ;*

b) *Une description des faits à l'origine du différend ;*

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

d) Une description des mesures déjà prises, le cas échéant, pour régler le différend, y compris des informations sur toute éventuelle action pendante.

18. Le projet de disposition 2 traite du contenu de l'invitation à engager une médiation ou de la demande d'ouverture d'une médiation et présente certaines informations requises afin de permettre à l'autre partie d'avoir une vue d'ensemble des questions en jeu ainsi que de bien les comprendre et les évaluer.

19. Le projet de disposition 2 fonctionne comme une règle par défaut lorsque les parties n'ont pas encore choisi de règlement applicable. L'article 5 du Règlement de médiation du CIRDI et l'article 2-3 du Règlement de l'IBA contiennent des exigences plus descriptives et détaillées, tandis que le Règlement de médiation de la CNUDCI ne comporte aucune telle exigence. En ce qui concerne l'alinéa b), le Groupe de travail pourrait envisager d'exiger non seulement une description des faits ayant mené au différend, mais aussi du fondement juridique de celui-ci. L'inclusion de l'alinéa c) vise à permettre à la partie de recueillir des informations auprès des parties prenantes concernées afin de coordonner la réponse et de pouvoir les inviter au processus de médiation.

C. Rapport avec l'arbitrage et les autres procédures de règlement des différends (projet de disposition 3)

20. Le Groupe de travail s'est montré largement favorable à l'élaboration d'une disposition précisant que toute procédure (arbitrale, contentieuse ou autre) serait suspendue dès l'ouverture de la médiation, sans qu'un accord distinct des parties ne soit nécessaire. Il a été dit que cet arrêt des poursuites limiterait le risque d'interférence entre les procédures et permettrait aux parties, en particulier aux États disposant de ressources limitées, de se concentrer sur la médiation (A/CN.9/1124, par. 162). Certains traités d'investissement récents traitent de ce point³ ainsi que des incidences que le lancement et la conduite d'une médiation peuvent avoir sur les délais⁴. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 3, qui aborde ce rapport.

Projet de disposition 3 (Rapport avec l'arbitrage et les autres procédures de règlement des différends)

1. L'ouverture de la médiation suspend toute autre procédure de règlement des différends.

2. Si elles conviennent de recourir à la médiation alors qu'une autre procédure de règlement des différends est en cours, les parties devraient informer par écrit l'autre instance de règlement des différends que, sous

³ Par exemple, l'article 3.31 de l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) 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 ».

⁴ Par exemple, l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam (2019) limite l'ouverture de « consultations », qui suit la période initiale de « la négociation ou la médiation » dans la clause de règlement des différends à trois étapes de l'Accord. L'article 3.31 de l'Accord prévoit que le délai d'ouverture des consultations est suspendu durant la période de toute médiation volontaire qui se déroule avant les consultations.

réserve du règlement qui lui est applicable, la procédure concernée est suspendue jusqu'à la fin de la médiation.

21. Le paragraphe 1 du projet de disposition 3 prévoit que toute procédure de règlement des différends (arbitrale, contentieuse ou autre) en cours pour résoudre le différend relatif à des investissements est suspendue lorsque la médiation est ouverte. Le paragraphe 2 traite de la situation où les parties sont convenues de recourir à la médiation mais où la procédure n'a pas encore été ouverte. Dans ce cas, elles doivent informer le tribunal (arbitral ou autre) par écrit pour suspendre l'autre procédure, d'une manière qui soit conforme au règlement applicable à celle-ci ou aux dispositions conventionnelles disponibles.

D. Confidentialité (projet de disposition 4)

22. Le Groupe de travail a souligné que, dans la médiation, il fallait trouver un équilibre entre transparence et confidentialité, d'une part pour tenir compte de l'intérêt public dans les différends relatifs aux investissements et, d'autre part, pour permettre un échange de vues franc et des négociations constructives entre les parties (A/CN.9/1124, par. 167). Dans ce contexte, il voudra peut-être examiner le projet de disposition 4, qui vise à établir un tel équilibre.

Projet de disposition 4 (Confidentialité)

1. *Toutes les informations relatives à la médiation ainsi que tous les documents générés ou obtenus durant la médiation sont confidentiels, à moins que les informations ou les documents concernés ne soient disponibles de manière indépendante, ou que la loi n'impose leur révélation.*
2. *Toute partie peut révéler le fait que la médiation est en cours ou a eu lieu.*
3. *Toute partie peut révéler le résultat de la médiation, y compris tout accord de règlement.*

23. Le projet de disposition 4 s'inspire de l'article 10 du Règlement de médiation du CIRDI, dont le paragraphe 1 stipule que la médiation est confidentielle, à moins que les informations ne soient disponibles indépendamment de la médiation ou que la législation nationale n'impose leur divulgation (A/CN.9/1124, par. 168). En outre, le paragraphe 2 autorise les parties à faire savoir qu'elles sont engagées dans un processus de médiation, ou qu'elles y ont eu recours. De même, le paragraphe 3 les autorise à faire connaître le résultat de la médiation (que la procédure ait abouti ou non à un accord de règlement), y compris tout accord de règlement (A/CN.9/1124, par. 169).

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

24. 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 leurs efforts, la médiation n'aboutit pas et qu'une partie engage une procédure (arbitrale ou autre), il ne faut pas que ces suggestions, ces opinions, ces admissions ou cette volonté de régler le différend soient utilisées contre la partie dont elles émanent. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 5.

Projet de disposition 5 (Disposition de non-préjudice)

Le fait d'engager une médiation est sans préjudice de la position juridique ou des droits d'une partie dans toute autre procédure de règlement des différends.

25. Certains traités d'investissement prévoyant le recours à la médiation comprennent une clause expresse de « non-préjudice », qui souligne : i) que la participation à une procédure de médiation ne doit pas être considérée comme une concession concernant la compétence en cas de renvoi du différend à l'arbitrage⁵ ; et ii) que les informations communiquées pendant une procédure de médiation ne devraient pas préjuger de la position juridique des parties dans une quelconque autre procédure⁶. Les règlements de médiation existants comprennent également des dispositions similaires⁷.

26. L'élaboration d'un projet de disposition prévoyant que l'engagement dans une médiation est sans préjudice de la situation juridique ou des droits de toute partie dans toute autre procédure, sans que cela se limite nécessairement aux procédures de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux, a reçu un soutien général au sein du Groupe de travail (A/CN.9/1124, par. 166, voir aussi A/CN.9/WG.III/WP.227, par. 25).

F. Accord de règlement (projet de disposition 6)

27. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition 6, qui a trait aux accords de règlement.

Projet de disposition 6 (Accord de règlement)

Les parties veillent à ce que l'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 »).

28. Le projet de disposition 6 attire l'attention des parties sur les exigences énoncées dans la Convention de Singapour (A/CN.9/1124, par. 171). Il vise à faciliter l'exécution des accords de règlement dans les États parties à la Convention de Singapour qui n'ont pas formulé la réserve prévue à l'article 8-1 a), selon laquelle une Partie « n'appliquera pas la présente 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 ».

⁵ Voir, par exemple, l'article 25-1 de l'Accord entre la République argentine et le Japon sur la promotion et la protection des investissements (2018) et l'article 9-18 3) de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (2018). D'autres traités, par exemple l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne (AECG ou CETA en anglais) (2016), ne limitent pas cette réserve à une question de compétence, disposant 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 [présent chapitre] » [art. 8-20 2)].

⁶ Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni (2022), art. 31-20 ; Accord de libre-échange entre le Chili et le Paraguay (2021), art. 17-19.

⁷ Par exemple, Règlement de médiation du CIRDI, art. 11 ; Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 7-1.