Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.227

Assemblée générale

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

Note du Secrétariat

Table des matières

		Page
I.	Introduction	2
	Annexe : Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement	3
	A. Objet	3
	B. Disponibilité de la médiation pour résoudre les différends relatifs aux investissements	3
	C. Pertinence de la médiation pour résoudre les différends relatifs aux investissements	3
	D. Consentement à la médiation	4
	E. Moment et durée de la médiation	4
	F. Règlements de médiation	5
	G. Rôle des institutions	5
	H. Rôle, qualifications et nomination du médiateur	6
	I. Rôle des parties et des autres participants à la médiation	8
	J. Conduite de la médiation en matière d'investissement	9
	K. Traitement des informations échangées : principe de la non-utilisation d'informations dans d'autres procédures, confidentialité et obligations de divulgation	10
	L. Accord de règlement	11
	M. Promotion du recours à la médiation	12

V.23-00797 (F)

Merci de recycler

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 à un différend et les tribunaux arbitraux à envisager la médiation de manière proactive (A/CN.9/1044, par. 30). Dans ce contexte, il a été souligné qu'il faudrait que les mécanismes qui encouragent le recours aux modes alternatifs de règlement des différends soient conçus de manière à assurer la cohérence avec les normes de bonne gouvernance, notamment celles prévues dans l'objectif de développement durable n° 16 (Paix, justice et institutions efficaces) (A/CN.9/1044, par. 31).

2. À sa quarante-troisième session, en septembre 2022, le Groupe de travail a examiné le document A/CN.9/WG.III/WP.218, qui contenait un projet de lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (les « lignes directrices »). À cette session, on s'est dit largement favorable à l'élaboration des lignes directrices, qui pouvaient être un outil utile à des fins pédagogiques et de sensibilisation à la médiation (A/CN.9/1124, par. 173).

3. On trouvera en annexe à la présente note une version révisée des lignes directrices reflétant les délibérations tenues à la quarante-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/1124, par. 173 à 200). Comme celui-ci l'a demandé, les lignes directrices se concentrent principalement sur les impératifs et les obstacles auxquels se heurtent les États dans le recours à la médiation (A/CN.9/1124, par. 199). En outre, les lignes directrices ont été établies en tant que texte autonome, indépendamment du projet de dispositions sur la médiation figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.226 (A/CN.9/1124, par. 173).

4. Après avoir examiné l'annexe, le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur la manière de présenter les lignes directrices, notamment sur leur titre. Il pourrait envisager de les intituler « Aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation en matière d'investissement », de façon à établir un lien avec l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation (2021), texte explicatif sur l'organisation des procédures de médiation en général, qui contient une liste annotée des questions pouvant survenir lors d'une médiation.

Annexe

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

A. Objet

1. Les lignes directrices sur la médiation en matière d'investissement (les « lignes directrices ») ont pour objet d'expliquer la manière dont la médiation peut être utilisée pour résoudre les différends en matière d'investissement. Elles n'ont pas pour but de promouvoir une quelconque pratique optimale, mais plutôt de recenser et de décrire brièvement les questions à prendre en compte lors de la médiation en matière d'investissement. Du fait de la souplesse qui caractérise la médiation, les styles, pratiques et méthodes qui, du point de vue procédural, permettent aux parties de régler leur différend, sont variables. Les lignes directrices visent à aider les États à bien comprendre les différents aspects de la médiation en matière d'investissement, les nuances du processus et ses avantages potentiels. Elles ne lient pas les parties et sont de nature purement explicative.

B. Disponibilité de la médiation pour résoudre les différends relatifs aux investissements

2. La médiation est un processus souple et informel par lequel une tierce personne (le « médiateur ») aide les parties à négocier un règlement amiable des questions en litige. Il s'agit d'un outil efficace pour résoudre les différends relatifs aux investissements, le médiateur ayant pour rôle de structurer et de faciliter le dialogue entre les investisseurs et les responsables gouvernementaux. La médiation permet aux parties de maîtriser le processus, d'adapter le résultat à leurs besoins et de préserver leur relation. En outre, l'intervention d'un médiateur offre les garanties voulues en termes de régularité de la procédure, ce qui est important, car le résultat des négociations peut être examiné ou contesté par le public. Forme de négociation assistée ou facilitée, la médiation peut être utile lorsque les négociations entre les parties sont considérées comme le moyen le plus approprié pour résoudre un différend.

C. Pertinence de la médiation pour résoudre les différends relatifs aux investissements

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

a) Opportunité de maintenir la relation entre les parties, notamment afin de conserver les investissements en cours et d'en susciter éventuellement de nouveaux ;

b) Volonté des parties d'entamer un dialogue ou des négociations et de comprendre leurs positions respectives ;

c) Nombre de parties concernées, y compris celles ayant des intérêts potentiellement différents ;

d) Opportunité de résoudre le différend de manière rapide et économique ;

e) Nature du différend et des griefs sous-jacents (A/CN.9/1124, par. 174) ;

f) Complexité des questions en litige et urgence de les résoudre ;

g) Utilité pour les parties de rationaliser les enjeux ;

h) Opportunité de faire intervenir un tiers ;

i) Opportunité pour les parties de contrôler le processus de résolution et son résultat ;

j) Opportunité de rechercher des solutions adaptées et créatives ; et

k) Incidences budgétaires et financières de l'application de l'accord de règlement.

4. Si la liste de contrôle ci-dessus peut aider les parties à déterminer si la médiation convient pour résoudre un problème ou un différend donné, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les critères. 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, avant qu'un problème ne dégénère en différend), d'autres peuvent la trouver appropriée après le début de l'arbitrage ou de la procédure judiciaire, ou à un stade plus avancé d'une telle procédure (par exemple, après les déclarations écrites ou une audience).

D. Consentement à la médiation

5. La médiation est un processus consensuel qui repose sur l'accord des parties. Les États peuvent exprimer leur consentement dans des traités d'investissement[1], des contrats d'investissement ou leur législation nationale. Le consentement peut être exprimé dans une clause de règlement des différends à plusieurs niveaux, prévoyant qu'en cas de survenue d'un différend, les parties sont tenues de suivre certaines étapes, en procédant à une tentative de médiation avant d'engager un arbitrage, par exemple.

6. Le consentement à la médiation ne doit pas nécessairement être exprimé avant le différend. Si une partie souhaite recourir à la médiation, elle peut adresser à l'autre partie une invitation à la médiation, qui inclura par exemple une brève description de l'objet du différend, une copie des documents dont il découle, le fondement possible de la médiation, le règlement de médiation à appliquer et le délai d'acceptation de l'invitation.

7. Dans certains cas, les parties sont tenues de prendre part à une médiation avant d'engager un arbitrage ou une procédure judiciaire. Toutefois, la médiation étant un processus consensuel, elles sont généralement libres de l'abandonner à tout moment. Certains règlements de médiation et certains traités prévoient qu'une fois la médiation ouverte, elle doit se poursuivre pendant une période minimale ou jusqu'à un certain stade du processus (A/CN.9/1124, par. 177)[2].

E. Moment et durée de la médiation

8. Si l'opportunité de recourir ou non à la médiation peut évoluer selon les circonstances, celle-ci est disponible à tout moment : au stade du simple grief, avant que le différend ne se matérialise, avant l'ouverture d'une autre procédure de résolution des différends, ainsi que pendant et après une telle procédure (par exemple, en ce qui concerne l'exécution d'une sentence arbitrale). Il s'agit donc d'un outil utilisable tout au long du cycle de vie d'un investissement, dès lors que survient un conflit ou un problème. Les traités et contrats d'investissement peuvent prévoir une période durant laquelle les parties sont encouragées à trouver un règlement amiable (appelée « délai de réflexion »). Dans certains cas, l'épuisement du délai de réflexion est une condition préalable à l'ouverture d'un arbitrage.

---

[1] Pour une analyse de la pratique conventionnelle, voir le document A/CN.9/WG.III/WP.217, par. 6 à 10.

[2] Par exemple, l'article 9-4 du Règlement de l'IBA exige que les parties participent à la conférence de gestion de la médiation.

9. Si la médiation a lieu au stade du simple grief, il est possible que le différend ne se soit pas encore matérialisé. La médiation peut permettre de résoudre certains des problèmes sous-jacents, ce qui peut aider à désamorcer le différend où à en réduire la portée. En général, il est plus facile de trouver des solutions créatives mutuellement acceptables par les parties si la médiation a lieu avant que les parties n'adoptent des positions antagonistes.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : La version précédente du projet de lignes directrices comprenait un diagramme temporel sur les étapes où la médiation était disponible. Toutefois, il serait trop compliqué d'élaborer un tel diagramme de façon à représenter les diverses situations et les différentes considérations des parties. Par conséquent, ce diagramme a été supprimé (A/CN.9/1124, par. 176)*].

10. Si les parties conviennent de recourir à la médiation, elles peuvent choisir d'en fixer la durée. Celle-ci ne doit pas être trop courte, et suffisante pour mener la médiation de manière efficace et rationalisée (par exemple, six mois).

F. Règlements de médiation

11. Lorsque les parties consentent à la médiation ou conviennent d'y recourir, elles peuvent également convenir du règlement qui régira le processus de médiation. Le Règlement de médiation du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de 2022 (Règlement de médiation du CIRDI)[3] et le Règlement de médiation entre investisseurs et États de l'Association internationale du barreau (Règlement de l'IBA) sont des exemples de règlements adaptés aux différends relatifs aux investissements. Les parties peuvent également se référer au Règlement de médiation de la CNUDCI de 2021[4], qui est de nature générique, ou à tout autre règlement de médiation conforme aux normes internationales (A/CN.9/1124, par. 179). Elles pourraient mentionner le règlement retenu dans leur convention de médiation (voir par. 5 et 6 ci-dessus). Le règlement fixe le cadre de la médiation, ce qui permet d'éviter les lacunes procédurales tout en offrant aux parties une certaine souplesse pour adapter la procédure à leurs besoins. Toutefois, lorsque le règlement ou l'accord des parties est incompatible avec les dispositions de la loi applicable à la médiation à laquelle les parties ne peuvent déroger, les dispositions de cette loi prévalent (A/CN.9/1124, par. 179)[5].

G. Rôle des institutions

12. En tant que forme de négociation facilitée, la médiation peut être menée avec ou sans le soutien administratif d'institutions ayant pour but de résoudre les différends relatifs aux investissements ou d'aider les États à y faire face.

13. Le soutien institutionnel comprend, par exemple : i) des conseils sur les aspects procéduraux ; ii) une assistance pour la communication avec l'autre partie, notamment pour l'invitation à la médiation ; iii) la constitution d'un vivier de médiateurs et une assistance pour leur sélection et leur nomination (A/CN.9/1124, par. 180) ; iv) une assistance pour les aspects logistiques de la médiation, notamment pour l'organisation de réunions en présentiel et à distance et la mise en place de mesures de protection des données et de cybersécurité ; v) des services concernant les aspects financiers de la médiation (par exemple, la demande, la conservation et la gestion des avances payées par les parties pour couvrir les frais de médiation, le traitement des honoraires du médiateur, ainsi que les dépenses) ; et vi) la délivrance

[3] Disponible à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation_FRE.pdf.

[4] Disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/mediation_rules.pdf.

[5] Voir Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 1-5 ; Règlement de médiation du CIRDI, art. 3-3 ; Règlement de l'IBA, art. 1-3.

d'un certificat attestant que la médiation a eu lieu[6]. Les institutions peuvent également appeler l'attention sur la disponibilité de la médiation, fournir des informations générales et mener des activités de renforcement des capacités pour les parties intéressées et les médiateurs potentiels (A/CN.9/1124, par. 180).

H. Rôle, qualifications et nomination du médiateur

1. Le rôle du médiateur

14. Le médiateur facilite les négociations des parties et les aide à parvenir à une solution mutuellement acceptable. En conséquence, il ne décide pas de la manière de résoudre le différend, mais aide plutôt les parties à résoudre elles-mêmes les problèmes par la négociation. Il crée un environnement neutre dans lequel les parties peuvent discuter, surmonter les impasses et trouver une solution.

15. Le médiateur devrait généralement s'abstenir de prendre des décisions ou de proposer des solutions pour résoudre le différend. Il ne devrait pas non plus porter de jugements sur la conduite passée des parties à l'origine du différend, ni leur donner de conseils juridiques. En revanche, il peut les aider à évaluer les forces et les faiblesses de leurs points de vue par leur confrontation à la réalité et au moyen de techniques d'évaluation des risques.

2. Qualifications et autres qualités attendues du médiateur

16. Compte tenu du rôle décrit ci-dessus, le médiateur devrait être un professionnel expérimenté ayant des compétences reconnues dans la conduite du processus de médiation. Il devrait avoir l'expérience de différents moyens de communication et de divers styles de négociation, et savoir utiliser des outils permettant d'aider les parties à élaborer des solutions mutuellement acceptables. Il devrait être à même de tenir compte des besoins, des intérêts, des préoccupations, des contraintes et des motivations de toutes les parties.

17. *Compétences* : Le médiateur devrait posséder, entre autres, les expériences et compétences suivantes (A/CN.9/1124, par. 181 et 183)[7] :

a) Expérience pratique de la médiation et aptitude à la conduire de manière efficace ;

b) Formation à la médiation, y compris toute accréditation ;

c) Expérience pratique du travail au sein de gouvernements ou d'entités publiques ou avec ces derniers ;

d) Expérience pratique de différentes formes de résolution des différends impliquant des gouvernements ou des entités publiques ;

e) Compétences dans le domaine du droit des investissements ou dans le secteur concerné (voir par. 20 ci-dessous) ;

f) Compréhension du contexte et du cadre des différends relatifs aux investissements, y compris les considérations économiques, juridiques, sociales et culturelles y relatives ; et

---

[6] Un tel certificat peut aider les parties à faire exécuter un accord de règlement en vertu de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (la « Convention de Singapour ») ou à se conformer à d'autres exigences de traités d'investissement (par exemple, comme preuve qu'une médiation a eu lieu, pour pouvoir engager un arbitrage).

[7] Pour une liste de compétences, voir, par exemple, l'appendice B du Règlement de l'IBA, le Guide sur la médiation en matière d'investissement (2016) du Secrétariat de la Charte de l'énergie, et les Critères de compétence pour les médiateurs entre États et investisseurs (2016) de l'International Mediation Institute.

g) Connaissance d'une ou de plusieurs langues de manière à communiquer efficacement avec les parties et à comprendre les questions en cause.

18. *Impartialité et indépendance* : Le médiateur doit être impartial et indépendant, car le processus de médiation ainsi que son résultat peuvent faire l'objet d'un examen public[8]. Il devrait donc divulguer les informations pertinentes qui permettent aux parties d'avoir connaissance de tout conflit d'intérêts[9].

19. *Nationalité* : La nationalité du médiateur peut également être un facteur à prendre en compte. Par exemple, il peut être souhaitable de sélectionner un médiateur d'une nationalité autre que celles des parties, afin d'éviter toute impression de partialité. Toutefois, lorsqu'une partie éprouve le besoin que le médiateur connaisse bien sa langue, ses coutumes et sa culture, il est possible d'en nommer un de la même nationalité, y compris comme comédiateur (voir par. 22 ci-dessous).

20. Si des compétences et des connaissances en droit des investissements peuvent s'avérer utiles pour sonder les forces et les faiblesses des positions des parties, ces qualifications juridiques ne sont pas forcément les plus importantes pour la médiation en matière d'investissement, la tâche du médiateur étant avant tout de faciliter les négociations entre les parties. Si un avis juridique est nécessaire lors de la médiation, un expert juridique peut être nommé pour assister le médiateur, et les représentants légaux des parties peuvent fournir à leur client une évaluation juridique du différend ou de toute solution proposée (voir par. 26 ci-dessous).

3. Nomination du médiateur

21. Le médiateur est généralement nommé par les parties[10]. Celles-ci peuvent convenir du médiateur ou de la procédure de nomination, qui peut impliquer une institution ou une autre personne[11]. Selon certains règlements, si les parties n'ont pas nommé de médiateur ou ne peuvent pas s'entendre sur le choix de ce dernier dans un certain délai, elles peuvent demander à une institution ou à une autre personne de procéder à la nomination.[12]

Nombre de médiateurs et comédiation

22. Les parties sont libres de convenir du nombre de médiateurs, et peuvent envisager d'en nommer deux (on parle alors de « comédiation »). Le cas échéant, elles peuvent nommer conjointement les deux médiateurs, ou en nommer chacune un. 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 qualifications ou des domaines de compétence différents, la comédiation peut être bénéfique dans les litiges complexes et dans les affaires impliquant une multitude de parties ou nécessitant de surmonter des différences culturelles.

23. Lorsqu'elles choisissent des médiateurs, en particulier des comédiateurs, les parties devraient s'efforcer de tenir compte de la diversité géographique et de genre[13], ce qui peut faciliter leurs négociations et prévenir ou éliminer l'impression de partialité (A/CN.9/1124, par. 182).

---

[8] Voir Règlement de médiation du CIRDI, art. 12-1 ; Règlement de l'IBA, art. 3.

[9] Voir Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 3-6 ; Règlement de médiation du CIRDI, art. 14-3 b) ; Règlement de l'IBA, art. 3-3 et 3-4.

[10] Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 3-2, Règlement de médiation du CIRDI, art. 13-1, Règlement de l'IBA, art. 4-5.

[11] Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 3-3, Règlement de médiation du CIRDI, art. 13-3, Règlement de l'IBA, art. 4-6.

[12] Par exemple, le Secrétaire général du CIRDI conformément à l'article 13-4 du Règlement de médiation du CIRDI, et le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage conformément à l'article 4-7 du Règlement de l'IBA.

[13] Voir Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 3-5.

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

24. La médiation requiert la participation active des parties, sans laquelle la procédure ne peut pas avancer. Les parties doivent travailler ensemble et avec le médiateur pour explorer les questions en litige et élaborer d'éventuelles solutions. Les discussions peuvent être menées conjointement avec toutes les parties ou lors de réunions séparées tenues entre le médiateur et l'une d'elles. La facilitation des négociations au moyen de réunions séparées est une caractéristique courante de la médiation et permet au médiateur d'examiner librement avec chaque partie ses intérêts et ses préoccupations et d'élaborer des options possibles de règlement.

25. *Composition de l'équipe des parties* : Chaque partie doit déterminer la taille et la composition de l'équipe qui prendra part au processus de médiation. Il est souhaitable que les parties discutent de ces aspects avec le médiateur dès le début du processus. Il importe également d'inclure un membre investi d'un pouvoir de règlement du différend, qui soit présent tout au long de la médiation. Toutefois, cela n'est parfois pas possible, par exemple si l'approbation ou la signature d'un ou de plusieurs ministères ou d'un cabinet est requise du côté de l'État, ou d'un conseil d'administration ou d'un organe de surveillance de l'entreprise du côté de l'investisseur. En tout état de cause, il est souhaitable d'inclure un membre qui assure la bonne communication avec la personne ou l'entité investie du pouvoir de règlement. Des informations concernant le pouvoir de règlement et toute procédure d'approbation ou de signature applicable devraient être communiquées au médiateur et aux autres parties à un stade précoce du processus de médiation.

26. *Rôle des représentants légaux* : Dans la médiation, le rôle des représentants légaux diffère de celui qu'ils remplissent dans le processus contentieux. Dans l'arbitrage, par exemple, ils s'attachent généralement à faire valoir des arguments juridiques et factuels afin de convaincre le tribunal de rendre une sentence favorable à leur client. Dans la médiation, au contraire, ils adoptent une approche collaborative, en aidant leurs clients respectifs à identifier leurs intérêts et leurs objectifs et à envisager des solutions orientées vers l'avenir (A/CN.9/1124, par. 185). En ce sens, ils guident les parties au long de la procédure. Les représentants légaux peuvent également donner des conseils juridiques aux parties (par exemple, en les informant de la possibilité du recours à la médiation et des règlements de médiation disponibles), les aider à évaluer de manière réaliste les forces et les faiblesses de leur position et à rédiger des déclarations écrites, et recenser et compiler les documents pertinents à utiliser dans la médiation. Ils peuvent en outre participer aux discussions sur les questions de procédure, à la préparation des déclarations liminaires et à la rédaction des termes d'un éventuel accord de règlement.

27. Des experts et des parties non contestantes peuvent également prendre part au processus de médiation. Leur participation peut être bénéfique pour les parties et les aider à trouver une solution amiable.

28. *Rôle des experts* : L'équipe d'une partie peut intégrer des experts de la question en litige, qui la conseilleront, par exemple, sur des questions financières pertinentes pour l'établissement d'une offre ou sur les termes de l'accord de règlement. Les parties peuvent également envisager de nommer conjointement un expert, dont l'apport pourra être bénéfique afin de négocier une solution mutuellement acceptable. Le type de participation et la portée de la contribution de l'expert seront généralement déterminés par les parties en consultation avec le médiateur.

29. *Rôle des parties non contestantes* : La souplesse de la médiation permet de faire participer au processus des parties non contestantes, ce qui est l'un des moyens de représenter l'intérêt public dans les différends relatifs aux investissements, et peut aider à parvenir à une solution amiable (A/CN.9/1124, par. 191). Comme exemples de parties non contestantes, on peut citer les États parties au traité d'investissement sous-jacent qui ne sont pas parties au différend, les communautés locales touchées par l'investissement, le différend ou la solution négociée, la société civile au sens large et d'autres parties intéressées. Le cas échéant, il reviendra aux parties de

déterminer l'étendue et le cadre procédural de la participation des parties non contestantes. Ces dernières peuvent être consultées pendant le processus sur des points spécifiques ou être invitées à fournir des déclarations écrites pour examen par les parties.

J. Conduite de la médiation en matière d'investissement

Différentes phases

30. Selon les questions en cause, la médiation peut comprendre différentes phases[14].

Phases				
	Facilitation du dialogue			
Préparation/consultations initiales	*Ouverture*	*Réflexion*	*Élaboration d'options*	*Conclusion règlement/fin*
Les parties fournissent au médiateur des déclarations écrites initiales décrivant brièvement les enjeux et leurs points de vue les concernant. Le médiateur débat des aspects procéduraux avec les parties. Durant cette phase, des discussions ont lieu sur la procédure à suivre, l'approche et le style du médiateur.	Chaque partie (ou son représentant) présente une déclaration liminaire.	Le médiateur entreprend avec les parties de définir les fondements et les grandes lignes d'une solution mutuellement acceptable.	Le médiateur aide les parties à élaborer des options de règlement.	Les parties consignent les termes de leur accord de règlement et s'assurent que ce dernier est conforme aux exigences de la loi applicable. Si la médiation échoue, il doit y être mis fin, ce qu'il convient de consigner clairement, car cela pourrait constituer la base de procédures ultérieures ou avoir une incidence sur les délais de prescription.

Médiation en présentiel et en ligne

31. Les réunions tenues pendant la médiation peuvent se dérouler en présentiel ou en ligne. S'il est d'usage que les médiations aient lieu en présentiel, les technologies ont permis une forte augmentation du nombre de médiations en ligne ces dernières années. Si les réunions en présentiel permettent une interaction directe entre les parties et le médiateur, celles tenues en ligne et à distance ne nécessitent pas de déplacement et peuvent résoudre les conflits d'emplois du temps, ce qui rend le processus plus rapide et plus économique. Les réunions en ligne peuvent être utiles pour mener certaines parties ou l'ensemble du processus de médiation, tandis que la médiation en présentiel peut permettre au médiateur et aux parties d'établir de bonnes relations, et ainsi faciliter les négociations.

32. Il importe toutefois de noter que la médiation en ligne peut poser des problèmes de protection des données et de cybersécurité, ce qui pourrait nuire à l'intégrité du processus. Il pourra être nécessaire de prendre des mesures afin de garantir un haut niveau de sécurité pour les personnes utilisant des plateformes en ligne. Les parties devraient avoir connaissance des politiques de confidentialité applicables et se demander si les politiques de traitement et de conservation des données des plateformes sont conformes à leurs intérêts. Des garanties supplémentaires peuvent être mises en place pour assurer l'intégrité du processus en ligne, telles que : i) des mesures visant à garantir la confidentialité de la procédure (par exemple, minimisation

[14] Voir CIRDI, Background Paper on Investment Mediation (juillet 2021), p. 12, disponible (en anglais) à l'adresse https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf.

des données, chiffrement et attestation numérique), et ii) une clause contractuelle interdisant aux autres parties de rendre publiques ou d'utiliser des informations confidentielles lors d'audiences contradictoires ultérieures. D'autres considérations peuvent être stipulées dans des accords de confidentialité, s'agissant par exemple de l'utilisation de conférences protégées par mot de passe et/ou de l'interdiction des enregistrements audio et vidéo des négociations (voir par. 36 ci-dessous).

33. En tout état de cause, les parties et le médiateur devraient, dès le début de la médiation, évoquer les avantages et les inconvénients respectifs de la médiation en présentiel ou en ligne (A/CN.9/1124, par. 188).

K. Traitement des informations échangées : principe de la non-utilisation d'informations dans d'autres procédures, confidentialité et obligations de divulgation

Principe de la non-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 ou les déclarations présentées pendant le processus soient utilisées par l'autre partie dans une autre procédure, par exemple comme preuve. Pour cela, les parties conviennent généralement que le principe de la non-utilisation d'informations dans d'autres procédures s'applique aux informations échangées pendant la médiation et à toutes les personnes qui y participent [15]. L'application de ce principe encourage les discussions, en empêchant que des déclarations présentées ou des informations échangées dans un réel souci de règlement du différend soient utilisées par l'autre partie dans une autre procédure. Toutefois, des informations ou des documents disponibles indépendamment de la médiation ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'ils ont été utilisés dans le cadre d'une médiation[16].

Confidentialité et transparence

35. Pour permettre des discussions franches et ouvertes, il est nécessaire que la procédure de médiation et les documents échangés durant celle-ci soient tenus confidentiels. L'obligation de confidentialité des parties commence généralement à l'ouverture de la médiation. Les parties doivent être sûres de pouvoir échanger des informations confidentielles et débattre des questions en cause sans craindre de conséquences négatives. Ainsi, la confidentialité est un aspect important de la médiation, dont elle constitue une force et un attrait ; en d'autres termes, toute information découlant de la médiation ou s'y rapportant doit être tenue confidentielle par toutes les personnes participant au processus (A/CN.9/1124, par. 189).

36. Les parties soucieuses de la confidentialité de la médiation, y compris des informations partagées pendant la procédure ainsi que de l'accord de règlement, peuvent convenir de ces aspects en renvoyant aux règlements de médiation 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 ; iii) celle de savoir si et dans quelle

[15] Cette approche se retrouve dans les règlements de médiation (Règlement de médiation de la CNUDCI, art. 7 ; Règlement de médiation du CIRDI, art. 11) ainsi que dans un certain nombre d'accords d'investissement récents, par exemple dans le traité d'investissement bilatéral entre l'Argentine et le Japon (2018), art. 25-1, et dans l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) (2018), art. 9-18 3) ; voir également l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne (AECG ou CETA en anglais) (2016), art. 8-20 2).

[16] Voir, par exemple, la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018), art. 11.

mesure les règlements convenus sont confidentiels[17] ; et iv) la portée de l'obligation de confidentialité incombant aux parties non contestantes et aux experts participant au processus.

37. Par ailleurs, les différends relatifs aux investissements et leur résolution font l'objet d'appels croissants à la transparence, au vu des intérêts publics en jeu et des dépenses publiques pouvant être occasionnées. De manière générale, pour favoriser l'acceptation publique et renforcer la légitimité du recours à la médiation en matière d'investissement par les États, il convient d'assurer un équilibre entre confidentialité et transparence.

Limites à la confidentialité et obligation positive de divulgation d'informations

38. Les dispositions ou règlements applicables à la médiation en matière d'investissement peuvent imposer des restrictions à la confidentialité et prévoir une obligation positive de divulgation d'informations pour tenir compte de l'intérêt public et des principes de transparence et de respect d'une procédure régulière (la divulgation d'informations peut être exigée, par exemple, dans la législation nationale, dans les accords internationaux ou dans les règlements de médiation). Le cas échéant, l'obligation positive de divulgation d'informations prime sur l'engagement contractuel à la confidentialité. On trouve d'autres exemples dans le cadre juridique interne applicable à l'opération ou au différend sous-jacent (par exemple, dans la législation nationale régissant les partenariats public-privé[18], la réglementation de la gestion des finances publiques, et la législation relative à la transparence budgétaire ou à la liberté d'information), et/ou applicable aux participants à la médiation, y compris les médiateurs et les représentants légaux.

39. Il arrive qu'une législation nationale sur la divulgation d'informations visant à préserver l'intérêt public exige la publication de tout engagement convenu et/ou la divulgation continue de résultats, ainsi que de toute renégociation de termes. Il est également possible que les parties conviennent d'un média ou d'un protocole spécifique d'information du public afin de fournir à ce dernier et/ou aux parties concernées des points de situation pendant la médiation. Dans ce contexte, les parties peuvent envisager de réfléchir à la portée de la divulgation d'informations en cas d'échec de la médiation conduisant à une procédure contentieuse.

L. Accord de règlement

40. Du fait du caractère volontaire de la médiation, les parties se conforment généralement aux termes de l'accord de règlement négocié. Néanmoins, il faut que les parties tiennent compte des exigences afférentes à la forme, à la teneur, au dépôt, à l'enregistrement et à la remise de l'accord de règlement, afin de le faire exécuter en cas de manquement. Par exemple, la Convention de Singapour et la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (la « Loi type sur la médiation ») prévoient des exigences de ce type (comme la signature de l'accord de règlement par les parties et la fourniture d'une preuve que l'accord est issu de la médiation). Il faut donc que les parties s'efforcent de respecter ces exigences lorsqu'elles rédigent leur accord de règlement.

---

[17] Voir l'article 10-3 b) du Règlement de l'IBA, qui prévoit que la confidentialité ne s'étend pas aux termes d'un règlement total ou partiel.

[18] 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, Initiative de transparence dans le secteur de la construction (CoST) et Mécanisme consultatif pour le renforcement des infrastructures par des partenariats public-privé (PPIAF), « 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 (en anglais) à l'adresse http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf.

41. En outre, les parties devraient s'abstenir d'engager ou de poursuivre une autre procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux liée à tout ou partie du différend soumis à la médiation dès lors qu'elles sont parvenues à un accord de règlement.

42. Dans la médiation, les parties maîtrisent le processus et négocient en principe activement. Elles ne se verront donc pas imposer d'accord de règlement, y compris les clauses qui y figurent, avant d'en être convenues. Par conséquent, le processus de médiation et son résultat ne limiteront et n'altéreront pas le pouvoir réglementaire d'un État qui y participe.

M. Promotion du recours à la médiation

43. Les sections B à L expliquent la manière dont la médiation peut être utilisée pour résoudre les différends relatifs aux investissements. En outre, les États voudront peut-être envisager des mesures visant à lever les obstacles au recours à la médiation, de manière à en faciliter encore l'utilisation, afin que les investisseurs aussi bien que les États puissent effectivement y participer. Ces mesures consistent notamment à instaurer un cadre juridique national et international favorable à la médiation et à mener des activités de renforcement des capacités.

44. *Cadre juridique national* : Une base juridique claire dans le droit interne indiquant l'approbation, par l'État, de la médiation en tant qu'outil de règlement des différends, y compris des différends relatifs aux investissements, attirerait l'attention des investisseurs sur la possibilité de recourir à la médiation. Une législation de ce type permettrait également aux États et aux entités publiques de participer à la médiation et répondrait ainsi aux éventuelles préoccupations des responsables gouvernementaux, comme celles liées à la crainte de voir leur responsabilité personnelle engagée ou d'être accusés de corruption. Elle pourrait aussi clarifier les chaînes hiérarchiques, la représentation de l'État dans les processus formels ou informels de règlement des différends, et d'autres questions[19].

45. Pour établir un cadre juridique favorable à la médiation, les États voudront peut-être envisager d'adopter la Loi type sur la médiation (A/CN.9/1124, par. 193), qui prévoit des règles uniformes concernant le processus de médiation et vise à encourager le recours à la médiation ainsi qu'à garantir une prévisibilité et une sécurité juridique accrues dans l'utilisation de ce processus[20].

Cadre juridique international

46. *Convention de Singapour et Loi type sur la médiation* : Comme indiqué plus haut (voir par. 41 ci-dessus), il n'est pas souvent nécessaire de faire exécuter un accord de règlement, car les parties se conforment généralement aux clauses qui y figurent. Toutefois, l'existence d'un mécanisme d'exécution est un élément à prendre en compte lors du choix du mécanisme de règlement des différends le plus approprié. Un État adoptant la Loi type sur la médiation reconnaît le caractère obligatoire et exécutoire des accords de règlement (voir Loi type sur la médiation, art. 15) et peut les faire exécuter par ses tribunaux (Loi type sur la médiation, art. 18)[21]. En ce qui

[19] 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, « Modèle d'instrument de gestion des différends en matière d'investissement » (2018), disponible à l'adresse https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Modele_d_instrument.pdf.

[20] Disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

[21] 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.

concerne l'exécution internationale des accords de règlement, la Convention de Singapour offre aux parties la possibilité de faire exécuter ces accords par les tribunaux d'un État partie à la Convention[22]. En devenant parties à la Convention de Singapour, les États montrent qu'ils reconnaissent la médiation comme mécanisme approprié de résolution des différends et qu'ils sont disposés à se conformer aux résultats obtenus, le cas échéant[23].

47. *Clauses de médiation dans les traités et les contrats d'investissement* : Les États pourront inclure dans leurs traités ou contrats d'investissement des dispositions permettant de recourir à la médiation avant, pendant ou après une procédure contentieuse, c'est-à-dire à tout moment du cycle de vie d'un investissement. Une disposition soulignant la disponibilité de la médiation incitera fortement les parties à envisager d'y recourir. Les États peuvent aussi envisager de rendre obligatoire l'ouverture d'une médiation, afin de promouvoir un dialogue constructif dès le départ, et d'exiger que la médiation se poursuive pendant une certaine durée ou jusqu'à un certain stade.

48. *Sensibilisation et formation* : La sensibilisation à la médiation et à ses avantages potentiels comme outil de règlement des différends relatifs aux investissements peut également en favoriser l'utilisation. À cet égard, une possibilité consiste à offrir régulièrement des activités de formation et de renforcement des capacités aux responsables gouvernementaux, ainsi qu'aux médiateurs, et à d'autres groupes cibles concernés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Une liste des futures activités de formation et de renforcement des capacités menées au niveau international pourrait être annexée aux lignes directrices, mais, le cas échéant, elle devrait être régulièrement mise à jour par les organisateurs de ces activités (A/CN.9/1124, par. 197)*].

49. *Cadre institutionnel de gestion efficace des conflits* : Les États pourront envisager d'adopter une approche globale pour gérer efficacement les conflits avec les investisseurs, la médiation étant l'un des outils importants disponibles à cette fin. Cette approche consisterait, par exemple, à procéder systématiquement à la collecte d'informations et à l'évaluation des processus de règlement des différends, afin que l'État puisse facilement repérer[24], comprendre et évaluer de manière exhaustive les questions en litige, et faire un choix éclairé quant au mécanisme de règlement des différends le plus approprié, qui pourra être la médiation. Il pourrait également s'agir d'établir des voies de communication claires qui aident l'État dans son ensemble à participer efficacement à la médiation, à clarifier les pouvoirs en matière de règlement, et à préciser l'entité ou l'organisme chargé de veiller au respect du résultat. Ce point est particulièrement important, car les investissements concernent généralement divers entités et organismes fédéraux, étatiques ou municipaux représentant les trois pouvoirs, et peuvent être liés à un éventail d'instruments juridiques, y compris des contrats d'investissement, la législation relative aux investissements et les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement.

50. Les États voudront peut-être réfléchir à la structure organisationnelle et au cadre institutionnel à mettre en place pour gérer les conflits et prévenir les différends de

---

[22] 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. Les parties devraient prendre note des déclarations faites en application de l'article 8-1 a) de la Convention de Singapour, qui permet à une Partie de déclarer qu'elle n'appliquera pas la Convention aux accords de règlement auxquels elle est partie.

[23] Les États qui ne souhaitent pas que la Convention de Singapour s'applique aux accords de règlement auxquels ils sont parties, ou auxquels toute entité publique ou toute autre personne agissant au nom d'une entité publique est partie, peuvent faire une réserve au titre de l'article 8-1 a) de la Convention. Pour plus d'informations, voir https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_fr.

[24] P. Kher et D. Chun, *Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI*, Finance, Competitiveness and Innovation in Focus, 2020, Groupe de la Banque mondiale, p. 17, disponible (en anglais) à l'adresse https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34380.

manière efficace, le tout en s'attachant à faciliter la médiation. Une gestion efficace des conflits pourrait contribuer à la mise en œuvre de l'objectif de développement durable n° 16, qui consiste à promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, à assurer l'accès de tous à la justice et à mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous.