

LA MEDIATION DANS LA REFORME DU RDIE

**Réunion francophone informelle en ligne préparatoire à la
45^{ème} session du Groupe de travail III de la CNUDCI**

17 mars 2023, 14h-17h UTC+1

Note de synthèse¹

1. Dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), la médiation, inscrite à l’agenda des discussions de la 45^{ème} session du groupe de travail III qui se tiendra du 27 au 31 mars 2023 à New York, fait l’objet du Projet de dispositions relatives à la médiation (A/CN.9/WG.III/WP.226 du 16 janvier 2023), du Projet de lignes directrices sur la médiation en matière d’investissement (A/CN.9/WG.III/WP.227 du 17 janvier 2023), et du Projet de guide législatif sur la prévention et l’atténuation des différends relatifs aux investissements (A/CN.9/WG.III/WP.228 du 19 janvier 2023).
2. Poursuivant l’objectif d’accompagner les pays francophones dans la préparation de leurs contributions aux discussions sur la réforme du RDIE, l’Organisation internationale de la Francophonie (OIF) a organisé le 17 mars 2023 une réunion francophone en ligne sur la thématique de la médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États.
3. Cette conférence a permis de dégager les considérations suivantes.

¹ Note rédigée avec la collaboration du Professeur Nicolas Angelet, Professeur de droit international public, Université libre de Bruxelles.

A. Les caractéristiques de la médiation

4. *Processus de règlement amiable* – La médiation est un processus dans lequel deux ou plusieurs parties à un différend tentent elles-mêmes de résoudre leur différend, volontairement, avec l'aide d'un tiers, le médiateur. Il s'agit donc d'un mode de règlement à l'amiable et non-contentieux des différends.
5. *Médiation et conciliation* – La médiation se distingue (même si la terminologie varie) de la conciliation. La médiation et la conciliation ont en commun, et se distinguent de l'arbitrage, en ce qu'elles poursuivent un règlement amiable du différend qui n'est pas nécessairement ou uniquement fondé sur le droit. Cependant, la conciliation est généralement plus formelle que la médiation. Le conciliateur écoute les parties et leur propose une solution. Le conciliateur n'est pas neutre et use de son autorité morale pour convaincre les parties d'accepter la solution qu'il leur propose. Le médiateur adopte une position plus informelle et neutre.
6. *Médiation et négociation* – La médiation se distingue aussi de la négociation, non seulement parce qu'intervient un tiers, le médiateur, mais aussi parce que le tiers médiateur peut jouer un rôle transformatif de la relation entre les parties au différend. Le médiateur peut amener les parties à se détacher de leurs positions et de leurs passions et ce, d'un double point de vue.
7. D'abord, en regardant *en-deçà* des positions des parties : Le médiateur cherchera à identifier les intérêts fondamentaux qui sous-tendent les positions de chaque partie. Souvent, les intérêts sont compatibles alors même que les positions sont radicalement opposées.
8. Ensuite, en regardant *au-delà* des positions des parties : le médiateur peut élargir l'objet de la discussion et amener les parties à envisager leurs rapports dans un cadre plus large que celui du différend. La médiation peut mener à inclure dans le règlement d'autres parties prenantes que l'État et l'investisseur, tel que des autorités locales ou régionales et des communautés.

B. Les avantages de la médiation pour le RDIE

9. La médiation offre de nombreux avantages pour le RDIE, tant par rapport à l'arbitrage, que par rapport à la conciliation et la négociation.

10. *Par rapport à l'arbitrage*, la médiation offre un triple avantage :
 - La médiation est généralement beaucoup moins coûteuse, et plus rapide, que l'arbitrage.
 - Elle permet en cas de succès de maintenir la relation entre l'investisseur et l'État, tandis que l'arbitrage consomme souvent la rupture. La médiation sert donc les intérêts macro-économiques des États.
 - Elle évite, en cas de succès la condamnation de l'État à des dommages-intérêts grevant les finances publiques.
11. *Par rapport à la conciliation et à la négociation*, la médiation offre plus de chances de succès parce que les parties sont amenées à regarder en-deçà et au-delà du litige qui les oppose.
12. *Et encore, par rapport à la négociation*, la médiation génère des solutions plus légitimes pour les États : la présence d'un tiers permet d'éviter l'impression que les agents de l'État auraient conclu des arrangements ou fait des concessions contraires aux intérêts de l'État et de sa population.
13. *Par rapport aux différents types de différends* : La médiation présente ainsi un intérêt potentiel pour les différents types de différends entre investisseurs et Etats :
 - Ceux qui résultent d'un dysfonctionnement de l'appareil étatique : la médiation restaure la relation et permettra d'éviter des dysfonctionnements semblables à l'avenir.
 - Ceux qui résultent d'un exercice par l'État de son pouvoir régulateur : la médiation ne doit pas mener à une rétractation de la mesure régulatrice. En élargissant les termes du débat, le médiateur pourra souvent trouver des solutions novatrices satisfaisant tant l'investisseur que l'Etat. Une solution pourra le cas échéant être trouvée dans la combinaison de diverses mesures : des facilités offertes à l'investisseur pour se conformer à la nouvelle réglementation ; la révision de certains aspects de la réglementation pour avoir égard à certains intérêts légitimes des investisseurs sans mettre à mal les objectifs de la réglementation ; etc.
14. Ceci n'équivaut pas à dire que la médiation est en mesure de régler tout différend, de quelque nature qu'il soit, entre un investisseur et un État. D'abord, elle requiert la bonne foi des parties. Ensuite, la médiation se heurtera parfois à l'objectif et au contexte d'une mesure réglementaire visant à la protection de l'intérêt général qui ne peut pas être réconciliée avec les intérêts de l'investisseur. La médiation offre cependant, globalement,

plus de chances que la négociation et la conciliation traditionnelle. Elle offre aussi plus de chances que l'arbitrage de parvenir à un règlement *effectif* du *conflit*. Il convient dès lors de lui donner une place importante dans l'éventail de modes de RDIE.

15. L'expérience acquise en matière de médiation dans le cadre de l'OHADA confirme son importance pour le règlement de différends économiques.

C. L'insertion de la médiation dans le RDIE

16. La médiation peut avoir lieu avant, pendant, ou après une procédure contentieuse devant une cour ou un tribunal arbitral. Rien ne s'oppose à ce qu'elle porte sur une partie du différend.
17. Les États voudront éviter que la médiation ne soit perçue par les investisseurs et leurs conseils comme une simple étape à franchir pour pouvoir passer à l'arbitrage. A cet égard :
 - La réforme de l'arbitrage entre investisseurs et États devrait déjà y aider en corrigeant certains déséquilibres de l'arbitrage préjudiciables aux États.
 - La tentative de médiation peut être rendue obligatoire et surtout, confiée à des médiateurs qualifiés : ce sont eux qui font découvrir aux parties leur intérêt à un règlement amiable.
 - La médiation pourrait aussi être offerte comme seul mode de règlement international du différend investisseurs-États, laissant comme seules alternatives contentieuses le recours devant les tribunaux de l'État hôte ou la protection diplomatique.

D. Les mesures à prendre

18. Il existe divers règlements de médiation régissant les aspects formels, assez rares mais néanmoins importants, de la procédure. La CNUDCI a adopté de longue date un règlement sur la médiation qui peut s'appliquer également en RDIE. Le CIRDI, qui disposait depuis sa création d'un règlement d'arbitrage et d'un règlement de conciliation, a adopté récemment un règlement de médiation, qui a un potentiel d'application très large et peut bénéficier du soutien du Centre. L'expérience de l'OHADA en la matière a déjà été relevée.
19. Un point d'attention est la confidentialité. La médiation a par principe lieu dans un cadre de confidentialité, permettant à chaque partie d'exprimer librement ses besoins, etc. Cette confidentialité nécessaire entretient une relation délicate avec l'exigence de transparence

en RDIE. Les deux objectifs pourraient éventuellement être réconciliés en rendant public le projet d'accord avant adoption pour permettre aux instances supérieures de l'État d'exercer un contrôle marginal dans le cadre d'une procédure de non-objection.

20. Tout aussi importantes sont les mesures à prendre par les États pour assurer le recours effectif à une médiation de haute qualité offrant les meilleures chances de succès. A cet égard, tant les médiateurs que les représentants des parties aux différends doivent être des spécialistes de la médiation, qui sont souvent différents des spécialistes du contentieux. Dès lors que les médiateurs sont par essence neutres, et choisis de commun accord entre les parties ou désignés par une institution neutre, la médiation est peu susceptible de reproduire les faiblesses concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres désignés par les parties. Encore faut-il que le médiateur soit dûment formé à l'exercice de sa neutralité.

*