



150 ADI/ILA
ANS/YEARS

Clôture - 14 décembre 2023
Note de cadrage

Catherine Kessedjian
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas
Présidente du Comité d'organisation ADI/ILA 2023

*Une vision sans action est un rêve,
une action sans vision est un cauchemar
Proverbe japonais.*

La présente note est destinée à préparer la journée de conclusions (14 décembre 2023) des travaux effectués pour le 150^{ème} anniversaire de l'ADI/ILA.

En 2017, l'Association de droit international a confié à la branche française la célébration de son 150^{ème} anniversaire.

Le projet initial (un symposium à Paris) a été perturbé par la survenance de l'épidémie de Covid 19 et l'incertitude dans laquelle l'épidémie et la réponse des États ont jeté la société internationale. Afin de s'assurer que l'anniversaire des 150 ans serait, de toute manière, célébré avec une intense réflexion sur le droit international, même si un symposium à Paris n'était pas possible (ou pas possible dans la forme initialement prévue), il a été décidé de préparer plusieurs exercices de réflexion collective.

La première étape a pris la forme d'un appel à contributions, destiné aux plus jeunes membres de la doctrine, pour tenter de faire émerger des idées nouvelles¹. Certaines contributions ont été intégrées dans les livres blancs, d'autres ont été publiées séparément sur le site du 150^{ème} anniversaire.

La deuxième étape fut la préparation de 23 livres blancs sur les sujets suivants : Alimentation et agriculture, Anthropocène, Corruption, Crimes de masse et impunité, Démocratie, Droits de la personne humaine, Énergie, Entreprises et droits de la personne humaine, Espace extra-atmosphérique, État civil, Finance internationale, Fiscalité, Gouvernance mondiale, Investissements, Migrations, Numérique, Océan, ODD, Patrimoine culturel, Propriété intellectuelle, Règlement des différends, Santé et Travail. Ces sujets n'ont pas été choisis au hasard. Ils correspondent aux activités humaines qui posent les plus grands défis, les plus grands bouleversements et ceux sur lesquels le droit international est remis en cause ou pourrait être remis en cause.

¹ Les informations concernant cet aspect du projet (texte de l'appel ; membres du jury ; première sélection des projets et contributions définitives reçues et publiées) sont

Nous remercions très vivement les coordinatrices et coordinateurs et les membres des comités de pilotage pour leur travail. Leur mission était difficile dans la mesure où il leur avait été demandé non seulement de faire un état des lieux du droit existant (partie 1), mais surtout de penser prospectivement aux questions qui pouvaient se poser à l'avenir et aux défis que nous allons devoir affronter (partie 2). L'idée de base était alors de confronter les parties 1 et 2 et de lister les questions que cette confrontation engendrait.

Les livres blancs sont assez différents les uns des autres, chaque comité ayant plutôt insisté sur l'une ou l'autre des trois parties structurant la mission qui leur était donnée. Tous donnent à réfléchir. La somme de leurs constatations dresse un état des lieux lucide de la planète et du droit international qui nous est indispensable si l'on veut penser le droit international de demain, but que nous nous sommes fixé pour les 150 ans de l'Association de droit international. De plus, leur lecture groupée permet de dégager des lignes de force qui nous aident à l'heure des conclusions et recommandations. Ces livres blancs sont disponibles sur le site du 150^{ème} anniversaire².

Au cours de la troisième étape du projet, chaque livre blanc a donné lieu à une discussion critique lors d'un webinaire, généralement de trois heures. La règle générale, qui a souffert très peu d'exception, fixée dès le début de l'exercice consistait à ne pas permettre à une personne qui a participé au comité de pilotage de participer au webinaire autrement qu'en auditeur. En effet, si l'on voulait une conversation critique, il était indispensable d'ouvrir une libre parole, à partir du livre blanc, mais aussi au-delà de celui-ci, à des personnes extérieures au processus de création du livre³.

Les webinaires ont été enregistrés et restent sous embargo durant l'année 2023 et le début de l'année 2024, accessibles seulement aux personnes qui se seront enregistrées pour y participer. Il est prévu qu'ils seront rendus publics dans le courant de l'année 2024.

La quatrième étape du projet fut le symposium de juin qui a réuni 380 personnes, venant de 75 pays, à Paris du 18 au 20 juin 2023. Durant ce symposium, des sujets transversaux ont été discutés au cours de 16 panels (cf. le programme complet reproduit à l'annexe 1). Viennent s'ajouter les quelques 400 personnes qui se sont inscrites pour suivre les travaux en ligne, toutes les sessions ayant fait l'objet d'une diffusion en direct, avec la possibilité pour l'audience en ligne de poser des questions.

Enfin, la dernière étape, se déroulera le 14 décembre 2023. Entièrement en ligne, cette journée sera consacrée à quatre thèmes de synthèse : La création normative internationale, par qui et comment ? La création normative internationale, quelle norme ? L'efficacité de la norme internationale. Le règlement des différends.

Nous avons structuré cette note de cadrage de manière à donner quelques éléments de conclusions et recommandations pour chacun des sujets couverts par les livres blancs/webinaires (Partie I). Ensuite, nous donnerons quelques éléments préparatoires

² <https://www.ilaparis2023.org/livres-blancs/> (pour le français).

³ La liste des oratrices et orateurs de chaque webinaire peut être trouvée sur le site du 150^{ème} anniversaire <https://www.ilaparis2023.org/webinaires/> (pour le français).

sur les quatre sujets qui feront l'objet de développements le 14 décembre (Partie II). Ceci étant, la structure est en partie artificielle car certaines des conclusions et recommandations sur les sujets couverts par les livres blancs serviront également aux discussions du 14 décembre.

Partie I – Les sujets couverts par les livres blancs/webinaires⁴

Nous tenons à appeler l'attention des lecteurs de cette note sur le fait que ce qui est indiqué dans cette partie de la note n'a pas été validé par les coordinateurs des livres blancs ni les présidents des webinaires ayant discuté des livres blancs. Ce sont donc des pistes provisoires, telles que compilées par l'auteur de cette note qui seront remplacées par des conclusions et recommandations plus pérennes dans le livre qui sera publié en 2024.

Plusieurs idées transversales ressortent des travaux des livres blancs et des webinaires qui y sont attachés : les conséquences négatives de la « pensée en silos » et de l'ultra spécialisation des organisations chargées de créer le droit international, alors que les défis auxquels la société internationale est confrontée sont tous plus complexes et nécessitent à tout le moins de penser de manière holistique, en prenant en considération toutes les facettes du problème. Cette remarque générale n'appelle pas de solution aisée, tant les outils de la gouvernance mondiale, créée pas-à-pas depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, nous ont entraînés à penser le droit problème par problème. Le deuxième enseignement transversal concerne l'information, l'éducation, la « sensibilisation », le renforcement de l'expertise « *capacity building* » de toutes les parties prenantes.

Alimentation et agriculture

Ce livre blanc a mis en lumière le foisonnement pléthorique des normes (la « saturation », comme l'a dit l'un des participants) qui couvre cette matière si importante pour l'avenir de la planète et de ses populations. Ce foisonnement serait, notamment, le résultat de la crise profonde du multilatéralisme. Il semble donc que, en l'état, aucune norme nouvelle ne devrait s'ajouter au mille-feuilles déjà dense de la réglementation existante.

Toutefois, l'accès à une nourriture saine et suffisante, notamment pour les enfants et les femmes, est encore problématique au cœur du XXI^e siècle, montrant que les principes de justice sociale ne s'appliquent pas en matière d'alimentation, alors même que le droit fondamental à l'alimentation est affirmé très clairement par le droit international (art 11 PIDES). La famine n'a pas été éradiquée, si bien que la multitude de normes existantes a montré son inefficacité. On pourrait même dire que certaines normes (notamment d'ouverture des marchés) sont la cause des difficultés d'accès à l'alimentation.

⁴ Nous avons à dessein conservé un ordre alphabétique (en français) des sujets pour éviter tous les regroupements plus ou moins artificiels. De nombreux sujets sont complémentaires les uns par rapport aux autres.

L'agriculture participe, dans une mesure non négligeable, aux changements climatiques et à la détérioration de l'environnement. Il convient donc de réfléchir à nouveau au rôle de la FAO, en coopération avec les autres organisations concernées, pour favoriser une agriculture plus saine ainsi que des principes équitables de commerce (« *fair trade* » au lieu de « *free trade* » comme l'a dit une oratrice du webinaire). Cela pourrait se faire en reconnaissant que les produits de l'agriculture ne sont pas des produits comme les autres.

Anthropocène

Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, c'est l'homme qui est devenu une force géologique, cause des transformations subies par la planète, de ses dégradations, de la perte probablement irrémédiable de la biodiversité, des changements climatiques et de la survenance de plus en plus fréquente de phénomènes destructeurs qu'il ne peut pas maîtriser.

Le droit international traditionnellement appelé « de l'environnement » a été considéré comme incapable de faire face à l'Anthropocène si bien qu'il doit être entièrement repensé, comme doit être repensé son rapport aux autres branches du droit, droit économique et de l'investissement, droit privé, notamment, d'autant plus que le rôle des acteurs non-étatique est essentiel et qu'aucune amélioration ne pourra avoir lieu sans eux. A également été mentionné à plusieurs reprises l'importance primordiale de l'Etat de droit (*rule of law*) et une bonne gouvernance au sein des Etats sans lesquels rien ne se fera dans ce domaine. De là à proposer de remplacer la « souveraineté bouclier » par une « souveraineté de responsabilité » la discussion reste ouverte d'autant que la frontière entre les deux n'est pas étanche et plus fine qu'il n'y paraît à première analyse. De plus, il conviendrait de promouvoir l'intérêt commun de la communauté internationale plutôt que l'intérêt des Etats. Sans cela la logique inhérente au système actuel ne pourra pas être changé. Or, sans changement profond, nous ne pourrons pas faire face aux défis.

L'absence d'éducation aux questions de l'Anthropocène a été mentionnée comme l'un des obstacles au changement souhaité. Il a été suggéré que l'ADI pourrait entreprendre une réflexion sur un curriculum minimal et obligatoire à intégrer dans le cursus universitaire, quelle que soit la discipline enseignée (et surtout dans les écoles de management ou *business schools*).

Corruption

Dans ce domaine également, le foisonnement des normes a été souligné.

En revanche, le manque de données fiables a été la première difficulté identifiée dans la lutte contre la corruption. Mais peut-il en aller autrement ? Probablement pas. Nous sommes donc condamnés à travailler dans ce flou économique, ce qui devrait rendre chaque acteur, chaque partie prenante plus vigilante afin d'agir chacun dans son rôle.

C'est d'autant plus nécessaire que les flux de corruption sont très souvent Sud-Nord : les sommes dépensées en corruption dans les pays du Sud se retrouvent dans les pays du Nord sous forme d'investissement immobilier ou dans l'industrie du luxe pour ne citer que ces deux exemples.

Le rôle du droit et de la justice n'est donc pas facile, mais rendu encore plus nécessaire compte tenu de ce qui précède. Il convient donc de former des coalitions solides autour de la lutte contre la corruption, intégrant tous les maillons de la chaîne juridique et judiciaire. La vigilance que l'on met en place pour les atteintes à l'environnement ou aux droits de la personne humaine doit englober la lutte contre la corruption en renforçant le droit des lanceurs d'alerte et la formation des juges ou arbitres pour « reconnaître » les signaux, les indices (« *red flags* ») qui peuvent révéler des transactions douteuses.

Le travail de justice doit être plus important afin que les citoyens gardent confiance dans le système politique, juridique et judiciaire. L'éducation des citoyens et de toutes les personnes qui participent aux transactions (notamment les salariés des entreprises qui interviennent localement) a été signalée comme une des clefs pour la lutte contre la corruption.

Enfin, se pose la question des sanctions adéquates lorsque des actes de corruption ont été prouvés. Notamment, l'irrecevabilité des demandes ou la nullité du contrat sans mesures d'accompagnement (par exemple pour empêcher un enrichissement sans cause) ne sont pas des mesures propices à une véritable lutte contre la corruption.

Crimes de masse et impunité

Le travail accompli sur ce thème a montré que l'impunité, qu'elle soit inhérente à l'absence de norme ou de compétence, ou, comme l'a montré le livre blanc, à une certaine inefficacité de la justice, joue certainement un rôle dans la poursuite de la perpétration des crimes de masse. Le webinaire s'est tenu au moment même où, aux Nations Unies, était entrepris un travail de réflexion sur l'éventualité de conclure un traité sur les crimes contre l'humanité. La collecte et l'utilisation des preuves ont été discutées de manière approfondie comme réclamant des réformes, probablement assez urgentes, compte tenu de l'existence de plusieurs foyers persistants sur la planète et de l'absolue nécessité de veiller à la prévention des crimes de masse.

Notre attention a été appelée sur la difficulté d'utiliser comme preuve les images, vidéos etc. publiées sur les réseaux sociaux. Toutefois, il a été aussi indiqué que les outils numériques pouvaient venir en aide au tri et à la hiérarchisation des preuves, notamment.

Démocratie

La démocratie et la préservation de l'Etat de droit au service de la démocratie ont été considérées comme essentiels à la bonne marche du système juridique international. Il a cependant été reconnu que la démocratie est un état souvent imparfait, qui demande une attention constante, tant elle est fragile et facilement pervertie.

Or, travailler sur la démocratie au niveau international peut être considéré comme contraire à la supposée « neutralité » du droit international par rapport à l'organisation politique interne de chacun de ses membres, et à la non-ingérence de ce droit dans les affaires intérieures des États, sauf cas de violation grave des droits de la personne humaine.

A été particulièrement mis en lumière la difficulté de maintenir une démocratie sereine et vivante à l'heure des « *fake news* » se propageant de manière très rapide et démultipliée avec les outils numériques de communication. Si l'information est au cœur d'une démocratie vivante, celle-ci ne peut pas se comprendre non plus sans un système éducatif solide, ne laissant personne de côté et s'adressant au plus grand nombre dès un jeune âge. Plus l'éducation demeurera élitiste, moins la démocratie pourra vivre.

Il a également été souligné que l'universalisme des principes entourant la démocratie doit pouvoir s'adapter aux régions du monde tout en gardant le cap vers cet universalisme qui est un idéal à atteindre à condition qu'il ne cache pas les intérêts occidentaux.

Droits de la personne humaine

Comme pour la démocratie, la tension entre l'universalisme et le régionalisme a été soulignée pour les droits de la personne humaine. Il a également été souligné que de nombreux droits, notamment des droits économiques, doivent désormais faire partie de la panoplie des droits auxquels les êtres humains peuvent prétendre, de la même manière en ce qui concerne l'environnement, le droit à l'eau ainsi qu'à une alimentation saine, de manière à préserver la santé.

Plusieurs voix se sont élevées pour attirer l'attention sur le manque d'efficacité des droits de la personne humaine, si bien que leur invocation peut devenir purement incantatoire. Certains ont lié l'augmentation quantitative des droits avec leur inefficacité pratique. D'autres ont souligné que les sanctions ne sont pas toujours appliquées contre la bonne entité (par exemple l'Etat est condamné pour n'avoir pas empêché une activité dommageable d'une entreprise, sans que l'entreprise elle-même soit condamnée).

Ici aussi l'éducation des citoyens a été mentionnée comme facteur principal d'application concrète des droits de la personne humaine.

Énergie

Indépendamment de l'actualité politique européenne qui, avec la guerre en Ukraine et les vagues de sanctions qui ont suivi, ont vu les flux énergétiques profondément modifiés, le travail sur ce sujet a été particulièrement influencé par la protection de l'environnement et les Accords de Paris d'un côté (décarbonation de l'énergie), l'accès universel à l'énergie et la justice sociale de l'autre.

Comme il fallait s'y attendre, le livre blanc sur l'énergie et le webinaire qui en a discuté ont concentré leur discussion sur les énergies renouvelables et la transition énergétique. Ce sujet touche de près également la question des investissements. En effet, un grand

nombre de conflits entre investisseurs et Etats hôtes sont nés en raison des politiques nouvelles en matière énergétique qui ont été mises en place durant les dernières années. De plus, la transition énergétique va engendrer un besoin en capitaux qui dépasse très largement les capacités des investisseurs publics, si bien que les investisseurs étrangers seront appelés à investir encore dans ces domaines et le droit applicable à ces nouveaux investissements doit se stabiliser d'une manière ou d'une autre. Par ailleurs, la sortie des énergies fossiles doit se faire de manière « juste et équitable », sujet particulièrement clivant pour la COP28.

Du point de vue de la gouvernance, si la remise en cause de la Charte de l'énergie n'a pas été discutée en tant que telle, en revanche des voix se sont élevées pour appeler à la création d'une nouvelle Organisation internationale consacrée à l'énergie. Le webinaire n'a pas eu le temps d'approfondir cette question d'autant que cette proposition va à l'encontre de ce qui a été discuté par ailleurs sur la multiplication des OI spécialisées et l'inévitable pensée en silo qui en est la conséquence⁵.

Entreprises et droits de la personne humaine

Ce domaine du droit international est en plein développement au moins depuis le début des années 2010 avec, notamment, l'adoption des Principes Directeurs des Nations Unies (mieux connus comme les « Principes Ruggie ») et la réforme des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales auxquels a été ajouté un chapitre IV sur les droits de la personne humaine. Le travail qui reste à accomplir dans ce domaine relève avant tout des États qui devraient parvenir à se mettre d'accord sur un traité (*hard law*) permettant de compléter les Principes Ruggie par des règles secondaires afin d'en assurer une meilleure effectivité. Malheureusement, d'année en année, les progrès sur un tel traité sont faibles et il n'apparaît pas certain qu'il puisse être adopté dans un proche avenir. Même s'il était adopté, il est douteux qu'il soit ratifié largement par les États qui ont le pouvoir de réguler les activités des entreprises les plus problématiques pour le respect des droits de la personne humaine. Il est possible que la poursuite des efforts de *soft law* soit plus efficace qu'un effort de *hard law*⁶.

La question se pose en effet car si les États sont généralement convaincus qu'ils doivent agir (voyez notamment le travail effectué par les Etats membres de l'Union européenne pour la préparation d'une législation européenne sur le devoir de vigilance), les violations ne sont pas de leur fait (la plupart du temps), mais plutôt celles des entreprises dont la maison mère est située sur leur territoire et les activités conduites sur le territoire d'États moins robustes pour faire face aux entreprises. Il convient donc de réfléchir, notamment, au travail à faire en direction des entreprises, d'autant qu'elles ont un pouvoir d'influence certain dans la création normative nationale et internationale.

⁵ Cf. infra la discussion préparatoire pour la première session du 14 décembre 2023.

⁶ Cette question sera abordée lors de la deuxième session du 14 décembre 2023.

Espace extra-atmosphérique

La crise du multilatéralisme et le bouleversement des rapports de force entre Etats d'un côté, et entre Etats et acteurs privés de l'autre, sont parfaitement exemplifiés par les activités dans l'espace extra-atmosphérique. Aujourd'hui, l'« aventure spatiale » (l'expression est probablement encore exacte) voit surgir de nouveaux acteurs alors que le droit a été fixé à une époque où ces acteurs n'existaient pas.

Le droit, dans ce domaine, a été d'une stabilité remarquable puisque les activités spatiales sont encore régies par le Traité de 1967 (et les traités subséquents) et le principe de non-appropriation qui a fondé tout le droit de l'espace jusqu'à aujourd'hui. Des voix s'élèvent cependant pour dire que ce principe a été tellement fragilisé (notamment par l'exploitation privée des ressources de l'espace extra-atmosphérique) qu'il est peut-être devenu obsolète, ce qui fait l'objet d'une discussion très vive parmi les spécialistes. De plus, on remarque que deux acteurs majeurs dans le domaine cherchent à remodeler le droit de l'espace par des accords bilatéraux (cf les accords *Arthemis* proposés par les Etats-Unis d'Amérique) en marge ou à l'encontre du multilatéralisme.

Ici également est discuté la place de la *soft law*, les Etats pouvant intervenir seulement en édictant des lignes directrices fondatrices, alors que les acteurs (y compris les acteurs privés ?) participeraient à la création d'un droit régulatoire secondaire.

État civil

Ce sujet avait été inclus dans la réflexion collective du 150^{ème} anniversaire car il est constaté depuis de nombreuses années que l'universalité de l'état civil et le droit fondamental de chaque individu à bénéficier d'un état civil ont été remis en cause. Deux phénomènes au moins sont à l'origine de cette situation : le premier d'ampleur grandissante, concerne les migrants ou plus largement les personnes déplacées (souvent par la force) et vivant dans des camps de réfugiés pour des durées incertaines ; le second concerne le genre et les transitions que peuvent vivre certaines personnes, ainsi que les changements profonds que subit la famille qui n'est plus composée comme elle l'a été durant de nombreux siècles. La première hypothèse énoncée ci-dessus concerne les enfants nés durant la migration ou dans les camps déjà mentionnés et qui n'ont pas été enregistrés à la naissance faute de système en place pour recueillir ces enregistrements. Ces enfants sont, en quelque sorte, sans identité et la proie de nombreux trafics non sanctionnés. Dans la deuxième hypothèse, moins nombreuse certes, ce sont les droits fondamentaux de la personne humaine de voir son état civil conforme à son être réel qui sont bafoués.

Le travail devrait être entrepris au moins sur ces deux hypothèses.

Finance internationale

La finance est au cœur de tous les débats internationaux, qu'ils soient économiques, sociaux, géopolitiques, environnementaux ou autres. Les experts ont noté un possible changement de paradigme historique quand la discipline a cessé de s'appeler « droit monétaire » pour adopter l'intitulé de « finance internationale ».

Les défis identifiés sont multiples et tous n'ont pas pu être traités. Notamment, les experts ont insisté sur le fait que la prévention et, donc, les normes prudentielles, sont essentielles dans ce domaine. Les ODD ont une influence majeure sur le financement des investissements et la responsabilité des institutions financières ne devrait pas présenter d'exception lorsqu'il est question de déterminer leur rôle dans les violations des normes applicables dans le cadre de la conduite responsable des affaires (exigences de *due diligence*, notamment). Le rapport public-privé a aussi été discuté car il influence la capacité de nos sociétés à faire face aux nombreux défis économiques et climatiques (pour ne citer que deux domaines où la finance joue un rôle majeur). L'intervention du numérique est également marquante en incitant les banques centrales à créer leur propre monnaie électronique, avec les conséquences que cela peut entraîner notamment lorsque cela a pour conséquence une société sans numéraire (*cash-less society*). La complexité de la restructuration de la dette publique de certains pays a également fait l'objet d'une première discussion, cependant, de l'avis de tous, cette question mérite de plus amples études et réflexions.

Si la gouvernance des institutions financières a été relevée comme faisant partie des défis du XXIème siècle, la discussion a plutôt été centrée sur la collaboration/coopération entre institutions (notamment les institutions non financières), sachant que le mandat des principales institutions leur permet de s'adapter aux principaux défis du moment ou des réformes sont déjà en cours de discussion. Certains experts ont aussi insisté sur la mise en place d'un mode de règlement des différends robuste. De plus, à l'heure où les Nations Unies appellent à une refonte du système financier international, notamment pour prendre en considération les besoins des pays les plus pauvres qui ont subi de plein fouet les crises à répétition, il n'est pas certain que les institutions qui encadrent ce système soient particulièrement actives en la matière.

Quant au droit applicable aux activités/contrats financiers, il a été noté que la vaste majorité de ces activités est soumise au droit de l'Etat de New York ou au droit anglais, résultat d'une conjonction historique et de la croyance que ces systèmes de droit sont plus flexibles et mieux adaptés aux besoins de la pratique. On voit cependant une percée du droit de Singapour (appartenant également à la catégorie des droits de *common law*) pour les transactions de la région asiatique.

Fiscalité

La fiscalité est une autre question transversale mentionnée par un grand nombre des livres blancs comme un outil indispensable pour l'accomplissement des politiques publiques et la possibilité pour les Etats de mener à bien la redistribution à la fois interne et internationale exigée par les disparités de revenus des différents groupes sociaux et les défis économiques, climatiques ou autres.

A été particulièrement discutée la question de l'institution la plus légitime pour créer la norme internationale et mettre en œuvre les réformes, notamment par rapport à l'inclusivité, sachant cependant que le premier législateur en la matière demeure l'Etat. On constate que l'OCDE a été l'institution historique en matière de fiscalité et a fait preuve d'ouverture envers l'intégralité des Etats constituant la société internationale,

membres ou non membres de l'organisation. La réforme de 2013 a été adoptée par plus de 140 Etats. L'organisation des Nations Unies s'est emparée du sujet de la fiscalité dans des conditions controversées. Il n'existe pas de coopération officielle entre les deux organisations, même si un dialogue pratique semble avoir lieu.

Plus techniquement, les défis actuels concernent le lieu d'imposition des activités, à savoir le lieu où la valeur est créée ; le maintien éventuel du principe de pleine concurrence, notamment, pour les prix de transferts intra-groupes entraînant des pertes de revenus fiscaux du fait des choix effectués par les entreprises ; la fiscalité des activités numériques qui peuvent échapper à toute fiscalisation. Il a été rappelé que le temps est passé de lutter seulement contre la double imposition sans se préoccuper de la non imposition où que ce soit.

Gouvernance mondiale

Quatre facteurs (au moins) nous obligent à penser à une éventuelle réforme de la gouvernance mondiale : (a) Le constat indéniable que le droit international que nous connaissons aujourd'hui a été fondé à une époque où la moitié au moins de la planète n'était pas indépendante et n'a pas participé à sa création constitue le point de départ de toute réflexion sur la gouvernance mondiale. (b) Si l'on ajoute à cela que les Etats ne sont plus les seuls à créer la norme internationale si bien que nous sommes passés d'un « multilatéralisme » à un « *multistakeholderism* », la gouvernance mondiale gagne en complexité. (c) Un troisième facteur doit également pris en considération qui prend sa source dans la remise en cause de la mondialisation fondée sur l'ultralibéralisme au profit d'un nouveau protectionnisme. (d) Le quatrième facteur identifié concerne les régimes politiques des Etats dont beaucoup privilégiennent des systèmes illibéraux au détriment de la démocratie.

Ayant dit cela, certains rappellent néanmoins, que la « gouvernance fonctionnelle », c'est-à-dire la formation de groupes d'intérêt mouvants selon les sujets ou « plurilatéralisme », peut être acceptable à condition d'être clairement identifiée.

Par ailleurs, un certain nombre d'OI spécialisées ont su se réformer, intégrer d'autres acteurs que les Etats et modifier leurs formules de vote avec diverses pondérations. Les normes créées par ces Organisations sont acceptées par tous les acteurs dans le domaine concerné et sont appliquées à la satisfaction de tous. Les exemples donnés concernent notamment l'OIT et son pendant le BIT, le couple formé par l'OACI et IATA, l'OMI.

Investissements

Le droit des investissements étrangers a connu un essor sans précédent durant la seconde moitié du XXème siècle et se poursuit encore aujourd'hui. Le poids économique de ces investissements est considérable et ne pourra qu'augmenter compte tenu du coût de la transition énergétique à laquelle la société internationale doit faire face.

De nombreuses voix s'élèvent pour dire que le droit développé au mi-temps du XXème siècle, qui demeure encore la boussole en vertu de laquelle les relations entre les

investisseurs et les États hôtes sont régulées en 2023, a fait son temps et n'est plus adapté aux besoins contemporains. Certes, ce discours est partiellement nuancé par le fait que le droit en lui-même n'est peut-être pas si mauvais mais que ce sont les méthodes de règlement des différends qui posent problème, d'où les efforts de réforme entrepris par la CNUDCI en 2017 et toujours en cours en 2023. Tant que le diagnostic ne sera pas posé de manière précise et exacte, les remèdes ne seront pas adéquats.

En outre, la pensée en silo a également été critiquée pour ce sujet car le droit de l'investissement ne peut pas être séparé du respect des droits de la personne humaine par les Etats et les entreprises qui est souvent remis en cause par les projets d'investissement. Il en va de même pour la protection de l'environnement, la santé et d'autres défis systémiques sur lesquels le droit de l'investissement peut avoir un impact négatif⁷.

Si la protection des investisseurs est remise en cause et, avec elle, le véhicule qui porte cette protection, c'est-à-dire les traités bilatéraux d'investissement, il conviendra probablement de créer un autre véhicule qui pourrait être le « contrat d'investissement » destiné à remplacer le vieux « contrat d'Etat » qui a été à l'origine de la protection des investisseurs. Des travaux sont en cours à cet égard.

Migrations

Le livre blanc et le webinaire ont mis en avant plusieurs difficultés qui sont de première importance dans la réglementation des migrations⁸. Tout d'abord, un certain nombre de différenciations doivent être prises en considération notamment en raison de l'âge, du genre, de la provenance géographique etc. des migrants. D'un autre côté, il a été mis en lumière l'impossibilité de différencier entre les migrants dits « économiques », les migrants « climatiques » ou les migrants « politiques » qui seuls pourraient avoir le droit au statut de réfugiés.

Par ailleurs, a été critiqué le renversement de priorité opéré, notamment, par la CEDH qui, désormais, fonde sa jurisprudence sur la souveraineté des Etats et leur droit de « réguler » les migrations entrantes sur leur territoire alors que la politique de migration devrait être fondée sur la protection. Ce renversement de valeurs se traduit à l'intérieur des Etats par une « politique de sécurité » qui prend le dessus sur la politique d'accueil.

La discrimination, notamment raciale, ainsi que le passé colonial des pays d'immigration, sont deux autres obstacles majeurs à un droit international protecteur et équilibré et nécessite une réforme urgente du système international.

⁷ Voir également ce qui a été *supra* sur l'Anthropocène.

⁸ Quand on parle de « migration » ici, l' « expatriation » n'est pas incluse car il s'agit d'une migration choisie, encadrée par des normes favorables aux expatriés qui bénéficient d'un certain nombre de droits protecteurs sans aucune commune mesure avec les migrations forcées ou non voulues.

Un nouveau comité international a été créé au sein de l'ADI qui a déjà commencé ses travaux en intégrant certaines des discussions du livre blanc et du webinaire.

Numérique

Les défis que nous lance la numérisation de la société touchent tous les aspects de la vie en société : relations personnelles, protection des données, information, éducation, politique, économie, relations internationales, guerre, etc. Le livre blanc a dû faire des choix, ne pouvant tout traiter, mais les enseignements à tirer tant du livre blanc que du webinaire qui en a discuté sont transversaux.

Il a été rappelé, à juste titre, qu'avant d'appeler à l'établissement de nouvelles normes juridiques, il convient de faire un état des lieux précis et complet de l'existant si bien que, la plupart du temps, les normes déjà en vigueur peuvent suffire à réguler l'évolution au numérique. Et lorsque des normes nouvelles sont nécessaires, elles doivent être neutres du point de vue de la technique car celle-ci évolue beaucoup trop rapidement si bien que toute norme juridique non neutre devient obsolète à peine édictée.

De l'avis de la plupart des orateurs, la fracture numérique est une question pressante et doit être éradiquée ou, à tout le moins, fortement restreinte. Dans le cas contraire, ce sont la gouvernance mondiale et l'Etat de droit qui peuvent être remis en cause. De la même manière, les menaces hybrides doivent faire m'objet d'une attention toute particulière.

Compte tenu des intérêts en présence, une approche territoriale (comme nous la connaissons aujourd'hui) est probablement vouée à l'échec. La coopération entre Etats, et avec les acteurs privés est donc indispensable si l'on veut faire face aux défis, surtout par la prévention et le respect des droits de la personne humaine.

Océan

L'océan est l'exemple paradigmique de l'évolution des relations internationales⁹, de la marchandisation des ressources naturelles et de la dégradation du milieu due à l'homme¹⁰. Pendant trop longtemps l'Océan était considéré comme inépuisable, mais l'on sait maintenant qu'il n'en est rien.

Plusieurs participants au webinaire ont estimé que le droit de la mer, tel que règlementé par la Convention de 1982, définit le cadre juridique dans lequel doivent s'inscrire toutes les activités menées dans l'océan et les mers ; elle doit à cette fin être d'une part interprétée de manière inventive et d'autre part complétée par des nouveaux instruments tels que BBNJ pour efficacement faire face aux nouveaux défis du droit de la mer. Si une réforme plus ample du système était envisagée, elle devrait inclure un rôle pour le vigilance (*due diligence*)¹¹.

⁹ 90% du transit mondial de marchandises passe par l'Océan.

¹⁰ Cf. aussi le livre blanc et le webinaire sur l'Anthropocène.

¹¹ Il a aussi été dit qu'aucune réforme ne devait être entreprise tant que le TDIM n'avait pas rendu son avis en matière de changement climatique.

Le rôle des acteurs non-étatiques a également été mentionné comme faisant partie d'une nouvelle orientation de la réglementation à élaborer. De la même manière le droit international privé a été mentionné comme un élément indispensable dans la régulation des activités maritimes.

Le rôle de la science a également été mis en avant comme facteur central dans l'évaluation des besoins et des remèdes aux défis.

Les ODD après 2030

Les objectifs de développement durable constituent, peut-être, un exemple de renouvellement de la régulation internationale tant les objectifs, la structure et le vocabulaire employés peuvent inspirer les travaux futurs, y compris des juristes.

Immédiatement, il a été reconnu que les ODD ne sont pas formulés en termes d'obligations juridiques. Les 17 objectifs sont destinés à une application inclusive, ne laissant personne de côté, témoignage d'un « contrat social universel » qui doit prendre en considération l'Anthropocène, une nouvelle gouvernance mondiale ainsi que les impératifs d'un financement, y compris par l'impôt. Les défis d'acceptation d'une fiscalité orientée vers les ODD ont été discutés durant le webinaire et font partie des travaux d'ores et déjà entrepris par les Nations Unies pour préparer la prochaine étape des ODD après 2030. Plusieurs voix se sont élevées pour demander une meilleure prise en considération des savoirs autochtones et, plus généralement, de la science qui constitue à la fois le problème et partie de la solution.

L'éthique, notamment vis-à-vis de la jeunesse et des femmes, a été mentionnée comme une valeur fondamentale qui devait guider les prochains travaux des NU. Cette valeur doit être présente y compris en droit privé. Elle doit guider nos actions et nos modes de vie et faire des 4 R une règle d'évaluation de notre pouvoir d'améliorer nos habitudes de consommation : Renoncer, réduire, réutiliser, recycler.

Enfin l'accès à la justice doit être préservé, alors même que les ODD ne sont pas des normes juridiques.

Patrimoine culturel

Le patrimoine culturel n'existe que par l'être humain, ainsi a été posé l'axe essentiel autour duquel le droit du patrimoine culturel devrait s'articuler, alors même qu'il est à la frontière d'un grand nombre de disciplines juridiques et l'objet d'intérêts contradictoires. Ainsi, le patrimoine culturel peut être vu par le prisme de l'économique, comme il peut-être considéré comme révélateur de croyances mystiques ou religieuses ou qu'il appartient aux fondamentaux politiques et symboliques d'une société. En cela, en cas de déplacement, il peut ne pas être appréhendé de la même manière par l'Etat d'origine et par l'Etat où l'artefact a été retrouvé. Les demandes de restitution font donc l'objet de négociations souvent délicates.

Ce domaine est aussi celui où les intérêts publics et les intérêts privés sont particulièrement enchevêtrés, si bien qu'il est essentiel de ne pas avoir une vision uniquement étato-centrée de la règle de droit.

Quant aux normes juridiques applicables, si des réformes sont parfois envisagées (par exemple pour prendre en considération la perspective postcoloniale), il a néanmoins été souligné, qu'avant toute chose, il convient de s'assurer de l'effectivité de la norme existante qui, dans bien des cas, est suffisante à condition qu'elle soit pleinement mise en œuvre. S'il est envisagé de créer de nouvelles normes, une coopération entre les organisations internationales existantes apparaît comme indispensable.

Propriété intellectuelle

A peu près 150 ans après la création de la propriété intellectuelle moderne, tous les participants au webinaire ont été d'accord pour appeler de leurs vœux un nouvel équilibre entre les titulaires de droits et les besoins de l'intérêt public, notamment en temps de crise ainsi que l'a montré une fois encore la pandémie de Covid 19. L'accès à la santé est probablement le plus grand défi lancé à la propriété intellectuelle et nous ne sommes pas encore parvenus au nouvel équilibre qui semble indispensable à créer.

Dans cette matière, comme dans beaucoup d'autres étudiées au cours des années 2021-2023 dans le cadre du 150^{ème} anniversaire de l'ADI, les défis environnementaux, la justice sociale, les déséquilibres géopolitiques et l'efficacité des normes ont été évoqués au titre des défis lancés à la propriété intellectuelle telle que conçue jusqu'à maintenant.

Les conséquences du post-colonialisme ont également été invoquées notamment en ce qui concerne les savoirs des peuples autochtones, notamment en matière de santé. Plusieurs orateurs ont affirmé que ces savoirs devaient être traités de manière radicalement différente que les autres « innovations ».

Enfin la coopération entre Organisations internationales (notamment l'OMC et l'OMPI) devrait être renforcée.

Règlement des différends¹²

Le livre blanc extrêmement riche a traité non seulement des cours et tribunaux internationaux, mais aussi de certains aspects de droit international privé du règlement des différends. Le webinaire, quant à lui, c'est concentré sur trois sujets fondamentaux : (a) l'influence disproportionnée de certaines cultures ; (b) la justice comme marché ; (c) la justice des changements climatiques.

Sur le premier point, les orateurs se sont demandés comment les cultures régionales pouvaient être mieux respectées alors que la plupart des pays se dotent de législations calquées sur celles de l'Occident. Beaucoup de procédures sont longues et coûteuses parce qu'elles épousent le modèle de procès de *common law* et plus encore de *common*

¹² On note que la plupart des livres blancs et un grand nombre de webinaires ont appelé la création ou l'amélioration de modes robustes de règlement des différends.

law des Etats-Unis d'Amérique. Si une « transnationalisation » du procès a été évoquée par certains, il n'est pas clair qu'elle apporte la solution au problème identifié car elle peut cacher une occidentalisation de la procédure et un trop grand éloignement par rapport au justiciable. On le voit par exemple dans les arbitrages d'investissement qui mettent en cause les intérêts des populations locales.

La concurrence entre normes, entre institutions, entre « places », entre personnels participant au règlement des différends (notamment pour les postes dans les juridictions internationales et entre les arbitres) est révélatrice de ce que la justice est devenue un vrai marché, transnational et utilisé en tant que tel par les parties pour maximiser leurs stratégies contentieuses. On voit d'ailleurs de plus en plus de contentieux dits « stratégiques » notamment dans le domaine environnemental.

Quant à la justice climatique, elle révèle diverses difficultés pour lesquelles la justice internationale n'est pas bien équipée : (i) la prise en compte des intérêts de personnes tierces au procès ; (ii) le déséquilibre, notamment économique, des parties ; (iii) le financement par un tiers ; (iv) la mise en cause d'une « éthique » procédurale ; (v) l'exécution difficile des décisions.

Santé

Les discussions autour du livre blanc sur la santé ont insisté surtout sur la prévention, en lien, notamment, avec l'alimentation ainsi que la santé au travail (notamment dans l'agriculture). La coopération ainsi que l'éthique ont été également mentionnés très souvent durant le travail préparatoire du livre blanc et la discussion du webinaire. Enfin la justice sociale, y compris une répartition juste et équitable des médicaments et des soins de santé, a fait l'objet de plusieurs interventions durant le webinaire.

La coopération entre les organisations intergouvernementales a été prise comme exemple des relations parfois problématiques entre ces institutions. Dans le cas des médicaments et de la possibilité d'en protéger la propriété intellectuelle, notamment par le brevet, il a été démontré que les relations entre l'OMC, l'OMS et l'OMPI n'avaient pas toujours été optimales, même si, dans les dernières années, une amélioration avait été constatée. Cet exemple pourrait être instructif notamment pour la discussion de la première session de travail du 14 décembre 2023.

Travail

« Pas de paix sans justice sociale » a été la devise sur laquelle l'OIT a été constituée en 1919 et continue d'oeuvrer pour des normes internationales du travail adaptées au défi du temps. On doit cependant remarquer que le droit international du travail est très incomplet, par exemple en ce qui concerne les migrants¹³ ou les travailleurs en mer. A cet égard, a été discutée la question de l'autonomie du droit du travail et son éventuelle

¹³ Ce point a également été discuté lors du webinaire migrations.

remise en cause pour mieux protéger les salariés quelles que soient les conditions dans lesquelles ils sont employés¹⁴.

Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, les conséquences postcoloniales ont été discutées avec en parallèle la question de savoir si la protection des salariés pouvait être universelle, la difficulté de l'harmonisation des normes du travail ayant été soulignée par plusieurs intervenants. On constate notamment une régression dans certains traités régionaux de protection des investissements. Par exemple, il convient de s'assurer que les obligations de due diligence mises à la charge des entreprises englobent les droits des salariés. Dans la négative, cela irait à l'encontre de la protection qui a été voulue depuis le début du XXème siècle et constitue ce qui devrait être considéré comme un acquis.

De la même manière, il semble désormais acquis que les opérations soutenues par le FMI s'engagent à ne pas entraîner une réduction de l'éducation, la santé et la protection sociale (acquis du G7 social). Toutefois, on note que le droit de l'OMC ne fait aucune place aux normes sociales. Le nouveau Directeur général de l'OIT semble décidé à lancer une coalition mondiale (à vocation universelle) qui renforcerait ces droits.

¹⁴ On note qu'environ 50% des travailleurs dans le monde appartiendraient à l'économie informelle, ce chiffre atteignant 90% en Afrique.

Partie II – Éléments préparatoires pour les discussions du 14 décembre 2023

Plusieurs thèmes sont apparus comme une préoccupation transversale quasi universelle de toutes les discussions qui ont eu lieu en 2023. Ces thèmes ont été regroupés pour constituer les 4 sessions proposées pour le 14 décembre. Chaque session sera introduite par un ou deux intervenants puis la discussion se développera avec toutes les personnes présentes.

Les éléments reproduits ci-dessous ne veulent pas remplacer l'introduction qui sera faite le 14. Ils ne sont donnés ici que pour préparer la discussion collective.

Session 1

La création normative internationale – Qui et comment ?

Depuis au moins la survenance du droit international moderne, c'est l'État qui est en charge de la création normative internationale, qu'il agisse bilatéralement¹⁵ ou à titre régional ou plus largement à un niveau multilatéral plus universel. L'État peut agir par lui-même ou par le truchement des organisations internationales intergouvernementales auxquelles il participe.

De plus, au sein de l'État, c'est la branche exécutive du gouvernement qui participe à la création normative, les parlements étant, soit exclus complètement lorsque la norme discutée n'est pas destinée à devenir un traité, soit appelés à intervenir a posteriori lorsqu'ils doivent approuver la ratification d'un traité, sans pouvoir intervenir au stade de la négociation¹⁶. La première conférence du cycle de webinaires pour le 150^{ème} anniversaire, ayant eu lieu le 12 janvier 2023, a tenté de réfléchir à une meilleure implication des Parlements nationaux dans la création normative internationale. De nombreux défis doivent être surmontés pour mieux faire de la place aux Parlements. Parmi les questions qui se posent, comment les Parlements peuvent être impliqués lorsque les normes négociées sont des normes de *soft law* ? Quelles procédures doivent être mises en place pour ne pas ralentir indûment les négociations ?

Plusieurs idées transversales ressortent des livres blancs et des webinaires qui en ont discuté. L'une d'entre elles concerne les inconvénients identifiés de la pensée « en silo » qui se retrouve dans les mandats limités (en substance) de la plupart des organisations intergouvernementales qui sont habilitées à créer des normes uniquement dans le domaine qui leur a été attribué et pour lequel elles ont développé leur expertise. Il est possible que la coopération entre organisations puisse pallier (au moins en partie) l'inconvénient qui résulte de ces mandats limités. La coopération est au cœur du système juridique international mis en place avec la Charte des Nations Unies en 1945.

¹⁵ L'Etat peut agir unilatéralement pour régir toutes sortes d'activités y compris celles qui sont sans lien significatif avec son territoire, ce qui est considéré comme une sorte d'abus de pouvoir, parfois appelé « extraterritorialité ».

¹⁶ Il existe des mécanismes, au niveau régional (notamment pour les normes européennes) pour que les parlements des États membres puissent être consultés durant le processus de négociation.

Toutefois, la complexité de plus en plus grande des questions et défis que la société internationale doit confronter, ne devons-nous pas renforcer la coopération en la transformant en méthode privilégiée de fonctionnement des organisations plutôt que de la maintenir comme une aspiration entre les États membres¹⁷.

Au-delà de la question du rôle des organisations intergouvernementales créatrices de normes, une autre question tout aussi importante concerne les méthodes de négociation et de production de la norme. Des sous-questions peuvent être identifiées parmi lesquelles la ou les langues de négociation, les méthodes de vote (on ne négocie pas de la même manière quand le but est d'obtenir un consensus ou une majorité de votes), etc. La question des observateurs autorisés à prendre part dans la discussion est aussi au cœur de la présence ou l'absence de la société civile dans les négociations. De la même manière, les observateurs peuvent permettre d'amener des compétences complémentaires dans le cours des négociations (par exemple des compétences scientifiques). Devons-nous développer des « *best practices* » pour la participation de la société civile ?

Session 2

La création normative internationale – Quelles normes ?

Il s'agit là d'une autre question transversale qui a été évoquée par un grand nombre de livres blancs et de webinaires ainsi que durant le Symposium de juin.

Sans prétendre donner une liste exhaustive des questions que l'on doit discuter durant cette session, la première sous-question pourrait concerner les normes primaires et les normes secondaires, non pas forcément dans le sens où ces catégories sont entendues généralement, mais en suggérant que des principes généraux de « *hard law* » soient adoptés pour encadrer, si possible de manière universelle, les activités concernées. Ces normes générales seraient complétées par des normes secondaires qui sont plus détaillées, qui pourraient différer de région en région et de culture en culture et qui pourraient être de « *soft law* ».

La dichotomie *hard law/soft law*¹⁸ continue d'être prégnante en droit international, d'autant que les Etats font face à de plus grandes difficultés pour s'entendre sur des normes de « *hard law* ». Cette dichotomie, n'est pourtant pas toujours invoquée à juste titre. Par exemple, une norme non contraignante du droit international peut parfaitement être transformée en norme contraignante par le truchement d'un contrat qui la viserait, et ce grâce à la volonté des parties.

Mais à supposer que cette dichotomie soit opérationnelle, encore faudrait-il que l'on cartographie les conséquences de l'utilisation des normes de *soft law* afin de mieux en appréhender l'efficacité et un progressif « durcissement » qui pourrait s'avérer

¹⁷ V° à cet égard la discussion du panel sur la coopération qui s'est tenue lors du Symposium de juin. V° également le livre blanc sur la Gouvernance mondiale et le webinaire qui lui est attaché. Un grand nombre de livres blancs et de webinaires ont déploré l'absence ou l'insuffisance de coopération entre organisations internationales

¹⁸ Une discussion préliminaire a été conduite lors du Symposium de juin.

nécessaire en cas de difficulté. De plus, il est possible de réfléchir à la complémentarité du *soft law* par rapport au *hard law*. Ne pourrait-on imaginer un système par lequel le *hard law* comprendrait les grands principes structurant du système international, alors que le *soft law* pourrait relever de la liberté des Etats ou des acteurs privés sans pouvoir être « moins-disant » que les principes de *hard law*. Alternativement, si l'on ne veut pas laisser les Etats agir unilatéralement sans aucun autre cadre, la partie *soft law* de l'instrument international pourrait proposer des options parmi lesquelles les Etats devraient choisir.

Session 3

L'efficacité de la norme juridique

Le concept d'« efficacité » est l'un des concepts qui se retrouve le plus souvent dans les livres blancs. C'est une préoccupation constante des juristes qui, souvent reconnaissent qu'ils ont à leur disposition toutes les normes dont ils ont besoin, mais que leur application pratique n'est pas « efficace », soit qu'elle soit trop difficile, trop onéreuse, trop compliquée. L'efficacité est aussi remise en cause lorsque la sanction est insuffisante ou non appliquée, voire inexistante. Pourtant, le droit se développe de plus en plus sous forme de « *soft law* », ou s'accompagne de normes éthiques, si bien que l'on puisse douter que l'efficacité soit seulement fonction de la sanction, contrairement aux idées communément reçues.

Il nous appartiendra de mieux comprendre comment s'apprécie l'efficacité, comment elle s'évalue, se contrôle. L'efficacité doit-elle fonctionner seule ou en complémentarité d'autres processus ? Quelle est la part de l'efficacité dans la légitimité de la norme ?

Le lien entre la légitimité et l'efficacité doit être exploré. Parmi les enseignements que l'on peut tirer des travaux de Max Weber, rappelons qu'une norme légitime est mise en application par le sujet de la règle sans contestation, même si la norme n'est pas assortie de sanction, par le seul fait qu'elle correspond aux besoins des sujets auxquels elle est destinée et qu'elle est donc légitime aux yeux de ses sujets. Le lien entre légitimité et efficacité est également utile dans l'autre sens, c'est-à-dire qu'une norme sera légitime si elle est efficace. Les deux concepts sont donc intimement liés.

Session 4

Le règlement des différends

Cette session aurait pu être intitulée « le rôle du juge » en prenant le concept de juge dans le sens de « *adjudicator* » (tous les tiers qui sont saisis pour trancher un différend y compris les arbitres).

Mais cette session est plus large que le « juge », car elle doit aussi réfléchir à la place des modes alternatifs de règlement non juridictionnels.

Il est indéniable que la société devenant plus complexe, plus changeante, plus incertaine¹⁹, le juge est appelé à intervenir plus souvent dans les interactions humaines (au sens large, c'est-à-dire y compris la nature) et dans des hypothèses plus complexes. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter (liste non exhaustive) :

- 1) La norme peut exister et être apte à traiter de la situation dont le juge est saisi. Mais le juge doit appliquer cette norme aux circonstances spécifiques de l'affaire dont il est saisi, au besoin en l'adaptant.
- 2) La norme existe mais n'a pas visé le type de litige dont le juge est saisi. Le juge devra donc décider le litige en adaptant la norme aux circonstances de l'affaire dont il est saisi au besoin en se servant des raisonnements habituels à la disposition des juristes (par analogie, a fortiori, a contrario, etc.).
- 3) La norme n'existe pas et le juge devra donc se servir des principes généraux pour résoudre le litige (cette hypothèse se fonde sur deux principes qui sont parfois contestés : (a) il n'existe pas vraiment de « vide juridique » ; (b) le juge ne peut « refuser » de juger et donc se rendre coupable d'un déni de justice. Une question se pose immédiatement pour cette hypothèse : le système juridique international n'a pas vocation à la complétude, si bien que le juge devra peut-être avoir recours à un droit national applicable en complètement ou à la place de la norme internationale inexistante.

Concernant l'éventail des modes de règlement des différends, le foisonnement est de règle entraînant des conflits positifs de compétence et des hypothèses de litispendance. Moins souvent, malgré le foisonnement, il pourrait y avoir un risque de déni de justice si aucune compétence ne peut être trouvée ou ne peut raisonnablement être exercée par la demanderesse. Des coopérations pourraient donc être mises en place, notamment grâce au dialogue des juges²⁰.

De nombreuses cours et tribunaux régionaux existent dont la compétence doit s'harmoniser avec les cours à vocation universelle et les juridictions nationales. Là aussi des coopérations pourraient probablement être mises en place selon des modalités à créer.

Enfin, la place des modes alternatifs non juridictionnels doivent être repensés pour être utilisés non seulement avant tout litige ou toute saisine d'une juridiction, mais aussi durant la procédure (particulièrement les juridictions arbitrales) pour mieux gérer cette procédure, de manière plus efficace, moins longue et donc moins onéreuse.

Durant les discussions sur la réforme du règlement des différends entre un investisseur et un Etat (l'Etat hôte dans lequel l'investissement s'est fait), il a été particulièrement signalé l'incompétence partielle des arbitres en ce qui concerne les méthodes d'évaluation des dommages. Cette question appelle probablement des travaux futurs, comme par exemple la création de sessions de formation des arbitres, qui pourraient être conjoints avec les experts, de manière à ce que les présentations des experts au

¹⁹ Un panel du Symposium de juin 2023 a été consacré à cette question. Cf. des conclusions temporaires de ce panel en annexe 2 ci-dessous.

²⁰ Toutefois, le panel du Symposium de juin 2023 qui a discuté de cette question s'est conclu sur une note très dubitative pour une coopération entre juges.

cours des audiences sur le calcul des dommages soient adaptées aux besoins des experts.

ANNEXE 1
Programme du symposium de juin 2023
Paris – 18-20 juin 2023

Ce qui suit est une liste succincte des sujets traités et des personnes qui ont participé aux panels.

Pour l'intégralité du programme, voyez le lien ci-après
<https://www.ilaparis2023.org/paris-2023-evenement-hybride/>

Le Symposium se tiendra à la Cité internationale universitaire de Paris, Maison internationale, 17 boulevard Jourdan, 75014 Paris.

Lundi 19 juin 2023 (matin)

Deux sessions en parallèle vous sont proposées pour chaque plage horaire

9h-10h45

Le droit international confronté à l'incertitude, l'imprévisible ou l'impensable (Présidence : Christina Voigt – Oratrices et Orateurs : Philippe Sands ; Paulo Canelas, Florian Couveinhes-Matsumoto, Susan Karamanian, Leila Sadat)

La nouvelle relation entre « droit dur » et « droit souple » (Présidence : Gabrielle Marceau – Oratrices et Orateurs : Juan Antonio Dorantes, Sabine Lochmann-Beaujour, Tajana Sachse, Bezahinibé Micheline Somda)

10h45-11h15 Pause (avec le soutien de McDermott)

11h15-13h00

Les entreprises comme acteurs du droit international (Présidence : Julie Bédard et Laure Lavorel – Oratrices et Orateurs : Geneviève Dufour, Damilola Olawuyi, Maria Pernas, Valérie Pironon) (*Panel co-organisé avec Skadden*)

Repenser les institutions internationales (Présidence : Anne-Thida Norodom et August Reinisch – Oratrices et Orateurs : Vilawan Mangklatanakul, Sheila Braka Musiime, Aniruddha Raiput, Yejoon Rim)

Lundi 19 juin 2023 (après-midi)

14h00- 15h45

Coopération (Présidence : Laurence Boisson de Chazournes et Jason Rudall – Oratrices et Orateurs : Hannah Birkenkötter, Pascal Lamy, Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, Natalie Morris-Sharma, Alejandro Rodiles Breton)

La responsabilité des cours et tribunaux (Présidence : Lucy Reed – Oratrices et Orateurs : James T. Gathii, Anthea Roberts, Christian Tams, Geir Ulfstein, Marina Weiss) (*Panel co-organisé avec PluriCourts et Bredin Prat*)

15h45-16h15 Pause (avec le soutien de Paris Place d'Arbitrage)

16h15-18h00

Vigilance (*due diligence*) (Présidence : Pierre d'Argent – Oratrices et Orateurs : Shinichi Ago, Marie-Anne Frison-Roche, Phoebe Okowa, Alice Ollino, Nassib Ziadé)

L'arbitrage est-il adapté aux différends de nature mixte ou asymétriques ? : (Présidence : Yas Banifatemi et Anne van Aaken – Oratrices et Orateurs : Kun Fan, John Kadelburger, Ndanga Kamau, Manuel Tomas) (*Panel co-organisé avec Paris Place d'Arbitrage*)

Mardi 20 juin (matin)

9h00 – 10h45

Les nouvelles armes de la guerre (Présidence : Nehal Bhuta – Oratrices et Orateurs : Thompson Chengeta, Nadia Marsan, Gregor Noll, Daniel Trusilo)

L'éthique dans les relations économiques internationales (Présidence : Chantal Ononaiwu et Andreas Ziegler – Oratrices et orateurs : Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Joshua Castellino, Sandrine Clavel, Iliana Rodriguez Santibanez, (*Panel co-organisé avec l'IERDJ, coordonné par Sarah Albertin*)

11h15 – 13h00

Médiation (Présidence : Diana Paraguacuto-Maheo et Steven Sengayen – Oratrices et Orateurs : Majda Dabaghi, Paul Fauteux, Matthias Fekl, Judith Knieper) (*Panel co-organisé avec la CNUDCI*)

L'abus de droit international (Présidence : Wanshu Cong et Marie Lemey – Oratrices et Orateurs : Payam Akhavan, Freya Beatens, Kateryna Busol, Constantinos Salondis)

Mardi 20 juin (après-midi)

14h00 – 15h45

Sanctions (Présidence : Régis Bismuth et Jan Dunin-Wasowicz – Oratrices et Orateurs : Sara Brimbeuf, Genevra Forwood, Chimène Keitner, Arman Sarvarian, Nathanael Tilahun)

Le dialogue des juges (y compris avec les arbitres) (including arbitrators) : (Présidence : Andrea Bjorklund et Yueming Yan – Oratrices et Orateurs TBC) (*Panel co-organisé avec la Chaire Fortier de l'Université McGill*)

16h15-18h00

Immunités (Présidence : Aziz Tuffi Saliba – Oratrices et Orateurs : Carla Baker-Chiss, Noura Kridis, Franck Elong Mboule, Juliette Morel-Maroger, David Pavot) (*Panel co-organisé avec la Chaire du droit du sport de l'Université de Sherbrooke*)

Le droit des générations futures (Présidence : Maria Gavouneli – Oratrices et Orateurs : Arthur Capella, Sonya Djemni-Wagner, Babatunde Fagbayibo, Jennifer Tridgell) (*Panel co-organisé avec l'IERDJ, coordonné par Sarah Albertin*)

ANNEXE 2

Conclusions temporaires du Panel sur l'incertitude – juin 2023 – Symposium

Le Droit international confronté à l'incertain, l'imprévisible et l'impensable

Note rédigée par Florian Couveinhes Matsumoto

Maître de conférences en Droit public, École normale supérieure (Paris, Ulm), Université PSL (Paris Sciences & Lettres)

- 1) La probabilité d'événements cataclysmiques (par exemple de migrations absolument massives dues au dérèglement climatique), aux conséquences imprévisibles mais inquiétantes pour les garanties mêmes de l'application du Droit, est grande dans le cas où les tribunaux internationaux conservent une interprétation du Droit international visant uniquement à rendre des décisions prévisibles au regard de leur attitude antérieure. Par conséquent, il **convient sans doute de tempérer ce souci de sécurité juridique étroite et de court terme**, en vue de garantir une **sécurité juridique minimale globale et sur le long terme qu'on peut appeler « résilience juridique »**. Tandis que la sécurité juridique traditionnellement entendue invite à appliquer un Droit que les parties au litige et plus largement les parties prenantes pouvaient anticiper, la seconde notion invite à déterminer le Droit applicable, en tout ou partie, au regard de ce qui paraît nécessaire pour préserver la légitimité et l'efficacité du Droit, des institutions, de grands principes juridiques sur le long terme. Tandis que la première notion fait écho au formalisme, aux attentes légitimes, à la prévisibilité, la seconde rime avec préservation, cohérence, *common sense* ou raisonnable, et surtout long terme. **Des travaux plus nombreux pourraient être consacrés à la résilience juridique et à la manière dont elle doit tempérer ou englober la sécurité juridique.**
- 2) L'une des principales sources d'incertitude actuelle, concerne l'articulation des règles ayant des finalités écologiques ou sanitaires ou sécuritaires ou de droits humains, et des règles ayant pour finalité la croissance, la concurrence ou la rentabilité des investissements. De grands changements sont à venir, alors que les institutions chargées de se livrer à ce type d'articulation sont introuvables ou sous-dimensionnées ou inadéquates. De ce point de vue, il serait pertinent
 - a) À court terme, que les tribunaux internationaux et transnationaux **déterminent le Droit applicable en s'appuyant** moins sur la clause compromissoire (ce qui tend à limiter les considérations prises en compte par les juges ou les arbitres) que **sur la clause de Droit applicable** (qui renvoie souvent au Droit international tout entier).
 - b) A moyen terme, que soient mises en place des **juridictions internationales capables de traiter les contentieux mixtes** (investissement-santé, commerce-environnement, etc.) en appliquant plusieurs *corpus* de règles (Droits internationaux de l'investissement et de la santé, Droits internationaux de l'OMC et de l'environnement, etc.). Cela implique de revoir les modes de nomination/élection des membres des juridictions existantes.

- c) À moyen terme, que les États travaillent à la mise en place d'une **organisation mondiale de l'écologie (ou de l'environnement, de la nature, etc.)** ou au moins de procédures permettant par exemple d'identifier le dumping environnemental, de faire reconnaître internationalement les mécanismes d'ajustement carbone aux frontières correctement calibrés, ou encore de dégager des standards qui, mis en œuvre par des législations nationales, les immuniseraient des contentieux de commerce et d'investissement.
- 3) **Les crises actuelles et à venir sont nombreuses** (pandémies, séries d'incendies, d'inondations ou de sécheresses, éclatement de bulles financières, disparition d'îles ou de côtes, probablement guerres civiles et migrations de masse, possiblement guerre mondiale) **sans que les institutions et procédures existantes paraissent à même d'y faire face**. Afin d'anticiper les crises ou événements extrêmes dans les domaines environnemental, sanitaire, migratoire, etc., il faut à la fois **renforcer les procédures d'urgence existantes et en créer d'autres** (on peut penser à des mécanismes assurantiels notamment), et établir des **modes de négociation et de coordination permettant de dépasser les clivages idéologiques et géopolitiques** – éventuellement en s'inspirant de ce qui existait durant la Guerre froide.
- 4) Afin de permettre la conclusion d'accords internationaux à la fois ambitieux, conformes aux attentes des populations et susceptibles d'être effectivement exécutés, il convient **d'accroître la transparence et la participation de la société civile, des parlementaires et des citoyen-ne-s aux négociations internationales**, par exemple en organisant des débats parlementaires et citoyens dès le stade des négociations, ou de la réflexion sur l'opportunité et le contenu d'un mandat de négociation.