



2023 PARIS

Lettre d'information
N° 19, novembre 2023



Entretien avec Andrea Kay Bjorklund

Professeur et titulaire de la Chaire L. Yves Fortier en arbitrage international et droit du commerce international, Faculté de droit, Université McGill

1) Dans votre domaine d'expertise, pourriez-vous décrire les deux ou trois défis les plus urgents auxquels, selon vous, les juristes internationaux devraient s'attaquer ?

Dans mes principaux domaines d'étude – le droit international économique et l'arbitrage, en particulier arbitrage d'investissement – de nombreuses évolutions sont déjà en cours. Les contestations de la légitimité de l'arbitrage entre investisseurs et États ont inspiré le processus de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI. Le mandat de ce groupe porte sur la réforme des procédures, les innovations les plus probables étant la création d'une cour internationale d'investissement à deux niveaux ou d'un organe d'appel. Il convient toutefois d'accorder une plus grande attention à la question de savoir si les préoccupations liées à l'arbitrage d'investissement peuvent être satisfaites par des innovations procédurales uniquement, ou si une plus grande attention doit être accordée aux dispositions de fond également.

La question spécifique des recours en cas de violation des obligations découlant des traités d'investissement semble faire l'objet d'un examen bienvenu et attendu depuis longtemps. Une grande attention a été accordée au règlement des différends lui-même, ainsi qu'à certaines obligations substantielles contractées par les États. Pourtant, la question des réparations a souvent été négligée – en fait, elle est souvent renvoyée à la procédure arbitrale elle-même, de sorte qu'il y a une deuxième ou troisième étape relative au *quantum* qui est dissociée du reste de la procédure. Cependant, la CNUDCI et d'autres instances accordent aujourd'hui une attention croissante à la question plus générale des réparations, y compris, mais sans s'y limiter, à celle de la compensation monétaire et à d'autres qu'y sont liées, telles que l'applicabilité de la doctrine de la négligence contributive et le pouvoir (ou l'absence de pouvoir) des tribunaux d'ordonner des réparations autres que la compensation monétaire habituelle. Il s'agit là d'une évolution bienvenue qui devrait améliorer à la fois la compréhension générale de l'arbitrage d'investissement de la part des critiques et la capacité technique des avocats et des décideurs.

Dans ce numéro

Entretien avec
Andrea Kay Bjorklund

Rapport du webinaire
sur les crimes de
masse et l'impunité

Rapport du webinaire
sur le droit au service
de la démocratie et de
l'état de droit

Rapport du webinaire
sur les droits de la
personne humaine

Clôture du
150^e anniversaire de
l'ADI

Enfin, et d'une manière plus générale, les préoccupations concernant le changement climatique et les réponses gouvernementales que celui-ci requiert, y compris l'adoption des énergies propres, sont au premier plan de nombreuses discussions sur le droit international économique. Il existe un certain danger que les critiques du droit international des investissements conduisent à présumer que la protection des investissements est inévitablement un ennemi de la transition énergétique. Une telle approche risque d'ignorer la nécessité de l'investissement privé pour réaliser cette dernière et les contributions qu'une protection des investissements bien conçue peut lui apporter. Un traité sur la Charte de l'énergie modernisé, par exemple, pourrait bien favoriser la transition vers les énergies vertes au lieu de l'entraver.

2) *Que pensez-vous de la multiplicité des forums qui ont pour mandat de travailler sur des questions similaires ?*

Tout d'abord, l'idée de forums multiples n'est pas problématique en soi. D'un plus grand nombre d'esprits peuvent émerger des idées plus nombreuses et plus diversifiées. En fait, conférer un monopole à une seule institution risque d'étouffer l'innovation. Cela suppose, bien sûr, que les ressources soient suffisantes pour soutenir les différents forums et leur permettre de prospérer. Dans certaines circonstances, le nombre excessif d'organisations qui tentent de s'impliquer se traduit par une dispersion de ressources, qu'elles soient monétaires ou simplement personnelles, qui empêche le bon déroulement des initiatives. En outre, lorsque plusieurs forums parviennent à fonctionner de manière efficace, à un certain stade – celui de la mise en œuvre, d'habitude – les différentes idées générées par les différentes organisations doivent de toute façon être réunies et des décisions doivent être prises quant à celles qui doivent être prioritaires, du moins à court terme. Cela ne signifie pas que les contributions non retenues doivent nécessairement être gaspillées : elles peuvent inspirer d'autres solutions dans des domaines apparentés ou être reprises plus tard.

3) *Quelle serait votre recommandation concernant les travaux futurs à entreprendre par l'ADI en coopération (ou non) avec d'autres organismes ?*

Un projet dont nous avons parlé lors de la célébration du 150^e anniversaire de l'ADI à Paris était celui de la coopération judiciaire. La facilitation d'un dialogue transnational entre les juges fait l'objet de discussions depuis plusieurs décennies. Que ce soit dans les affaires de droit de la famille ou dans les procédures d'insolvabilité, nous avons constaté la nécessité pour les juges basés dans différents pays et traitant des affaires similaires, ou siégeant dans la même affaire, de se coordonner, de discuter et, parfois même, de prendre des décisions ensemble.

Au cours de la même période, nous avons assisté au développement des « juges de liaison », c'est-à-dire des juges situés dans un pays étranger pour favoriser la compréhension interculturelle et juridique entre les deux pays. Le réseau des juges de liaison, qui a d'abord été mis en place dans le domaine pénal, a développé une capacité plus large de coopération judiciaire qui pourrait être élargie et renforcée de manière bénéfique.

Plus récemment, des appels ont été lancés pour réfléchir à la problématique des chevauchements qui peuvent exister entre les activités des juges et celles des arbitres sur des questions telles que la concurrence dans l'exercice de la compétence, l'obtention de preuves, la coordination des mesures provisoires et d'autres questions similaires.

Explorer les moyens d'étendre ces innovations et de développer de nouvelles techniques de dialogue est un projet que l'ADI pourrait entreprendre en coopération avec les instituts judiciaires de différents pays, par exemple, ou avec des organisations impliquées dans la réforme du droit telles que l'American Law Institute.

RAPPORT DU WEBINAIRE SUR LES CRIMES DE MASSE ET L'IMPUNITÉ

Karla Lucero, *Doctorante à l'Université Paris Panthéon Assas*

Réunis à Buenos Aires en 1922, convaincus de la nécessité d'une juridiction pénale internationale, les membres de l'ADI ont proposé une version préliminaire des statuts d'une future cour. Il n'est ainsi pas surprenant que, dans le cadre de la célébration des 150 ans de l'association, ait été présenté un [Livre blanc](#) dont le titre « Crimes de masse et impunité » accroche inévitablement l'intérêt.

Coordonnée par Mme Raphaëlle Nollez-Goldbach, la contribution se distingue par sa méthodologie. En insistant sur la procédure, le Livre blanc fait en effet le choix d'une démarche à droit constant. En ce sens, il procède à une évaluation de l'efficacité du règlement tel qu'il existe devant la Cour pénale internationale, avant de conclure par une série de quatre questions : quels pouvoirs pour les juges, quels délais de procédure, quelles méthodes pour l'enquête pénale internationale et, enfin, quelle place pour les victimes ? Celles-ci et les propositions opérationnelles y afférentes ont été au cœur du webinaire du 12 octobre 2023, présidé par la Professeure Leila Sadat.

Pour ce qui est du pouvoir des juges, le débat s'est rapidement orienté sur les propositions du Livre blanc visant à développer une culture juridique commune. Si celles-ci ont été saluées par les panélistes, certains ont insisté sur la nécessité, pour optimiser la légitimité de la Cour, de trouver un équilibre entre favoriser une culture juridique commune et tirer le meilleur profit de la diversité. Par la suite, plusieurs intervenants se sont accordés sur le rôle primordial des juges tout au long de la procédure, et en particulier sur leur importance en matière de réparation, leur rôle ne s'arrêtant pas à la seule condamnation.

Les délais de procédure ont également occupé une grande partie de la discussion. Dans l'ensemble, les participants ont insisté sur les particularités allongeant la procédure devant la Cour : le nombre de victimes, les besoins de traduction, d'interprétation, entre autres. Des pistes de réflexion absentes du Livre blanc ont également été esquissées. Premièrement, la nécessité de poser la question de l'excessivité des délais en tenant compte non seulement du préjudice qui peut être causé aux victimes, mais également au prévenu acquitté après une longue période de détention. Deuxièmement, l'importance de nuancer les critiques : si les délais sont assurément très longs, ils ne le sont pas plus que devant les juridictions nationales. Il suffit de penser aux procès *Barbie* et *Papon*. Dès lors, si une justice tardive est une forme d'injustice, une bonne justice n'est pas pour autant une justice rapide. Toute la difficulté est alors de parvenir à trouver un juste milieu.

Abordant la troisième question et relativement à la proposition du Livre blanc de privilégier la preuve documentaire, plusieurs intervenants ont fait remarquer que celle-ci n'est pas adaptée à tous les terrains. De plus, les participants ont unanimement affirmé que, plus largement, il est essentiel de régler le « problème de la preuve », talon d'Achille du Bureau du Procureur. Pour ce faire, il conviendrait non seulement d'améliorer la collecte des preuves, mais également les procédures de gestion de l'ampleur de celles-ci.

Concernant la place des victimes, les intervenants ont commencé par saluer les innovations de la Cour pénale internationale, par exemple sur la question des enfants nés de viols. Pour autant, il est clair pour eux que du chemin reste à faire. Au-delà des propositions du Livre blanc – parmi lesquelles on trouve la création d'une radio internationale pour la diffusion des audiences et le développement de la justice foraine –, accueillies favorablement par les membres du panel, certains ont insisté sur la nécessité de tirer profit d'une fertilisation croisée, en s'appuyant, entre autres, sur la jurisprudence interaméricaine. Toutefois, au moins un participant a rappelé que la Cour pénale internationale ne fait que du droit pénal, une meilleure place pour les victimes devant dès lors être trouvée ailleurs. Il a ajouté que, de son point de vue, certaines propositions du Livre blanc étaient parfois humanitaires.

Enfin, dépassant le Livre blanc, la discussion a également été l'occasion, d'une part, d'explorer la question de la complémentarité entre juridictions internes et internationales. Si pour les participants la complémentarité est la meilleure approche, il est indispensable de la renforcer, de bâtir des alliances et d'intégrer à la réflexion l'amélioration des procédures devant les juridictions internes. D'autre part, le webinaire a également permis aux participants d'apporter leurs propres recommandations. Pour beaucoup, il paraît indispensable de perfectionner le partage d'informations, mais aussi d'associer davantage la société civile et de remédier à l'image d'éloignement de la Cour. Enfin, tout en saluant la méthode retenue par le

Livre blanc, au moins un participant a tenu à poser la question de savoir s'il était possible de délaisser l'approche holistique. Peut-on penser les aspects procéduraux sans intégrer des questions d'ordre plus global, liées à la légitimité et à l'acceptabilité de l'institution ?

RAPPORT DU WEBINAIRE SUR LE DROIT AU SERVICE DE LA DEMOCRATIE ET DE L'ÉTAT DE DROIT

Apolline Marichez, Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le 25 septembre 2023, les Professeurs Maurice Kamto, Lauri Mälksoo et Arthur Roberto Capella Giannattasio avec Mesdames Maria Isabel Cubides, Kwamou Eva Feukeu et Emilie Palamy Pradichit ont animé le webinaire « Démocratie », sous la présidence de la Professeur Catherine Kessedjian.

Le débat s'est ouvert sur les conclusions du [Livre blanc](#), présenté par son rapporteur, le Professeur Capella Giannattasio. Un premier constat fait l'unanimité : la démocratie est menacée et il est donc nécessaire de fortifier les outils juridiques pour en assurer sa défense. Il est rappelé que la protection des règles démocratiques est déjà prévue dans de nombreux instruments juridiques internationaux contraignants, mais reste amoindrie par le manque d'effectivité de ceux-ci. Néanmoins, les intervenants regrettent que le Livre blanc soit majoritairement inspiré de la pensée occidentale et soulignent la nécessité d'élargir l'analyse aux réflexions et aux instruments développés sur les autres continents. Un autre aspect important du Livre blanc est la place accordée au futur. Or, pour construire l'avenir, il est nécessaire d'abord d'analyser le passé. Ce dernier permet en effet de comprendre pourquoi la démocratie est devenue un enjeu en droit international et d'établir le rapport entre belligérance et État démocratique. Ensuite, pour penser le futur, on souligne le devoir d'écouter notamment les revendications des jeunes et le devoir de comprendre, non seulement les standards et les valeurs, mais également les personnes, afin de ne pas créer de déconnexion entre la théorisation de la démocratie et les problématiques pratiques. Ces dernières révèlent en particulier le besoin, pour préserver les normes démocratiques, de réduire les inégalités sociales. Mais, si l'insertion de la justice sociale dans les réflexions entourant la démocratie est nécessaire, cela doit se faire avec prudence : le nonaccès à la justice sociale est un argument utilisé par les populistes contre la démocratie.

Concernant le rôle que peut jouer le droit international dans la gouvernance des États, les intervenants s'accordent sur la nécessité d'aborder la démocratie de manière globale : droit international et droit interne ne peuvent pas être dissociés. Il faut fortifier les ponts entre ces deux ordres qui peuvent mutuellement s'influencer. Par exemple, le projet de traité sur les entreprises et les droits de la personne humaine, malgré l'absence d'avancée majeure, inspire des législations nationales. Une telle influence est notamment permise grâce aux pressions exercées par la société civile, qui constituent dès lors un moyen pour assurer le respect des principes démocratiques et l'effectivité du droit international, même si d'autres outils doivent être développés pour contrebalancer la souveraineté des États.

Cependant, la difficulté pour les juristes internationalistes reste l'absence d'une définition universelle de la démocratie. Les échanges ont dès lors permis de faire émerger plusieurs critères pour identifier une société démocratique : le respect des droits de la personne humaine, l'accès à la justice, la liberté d'opinion et de réunion, le respect de la norme juridique, la répartition des pouvoirs, la liberté de choisir les dirigeants par des élections libres, la possibilité du changement, la participation de la population et enfin la reconnaissance des partis politiques et du rôle de la société civile. L'importance d'identifier des critères communs est fondamentale, car permet de rejeter l'idée que tous les États seraient démocratiques à leur façon.

La juridictionnalisation de l'ordre juridique international permet, elle aussi, de soutenir la démocratie. Si la mise en place d'une Cour constitutionnelle internationale semble être un projet utopique face à la souveraineté des États, renforcer les mécanismes existants est une solution plus réaliste qui permettrait tout de même de raffermir la démocratie. Il faudrait notamment consolider les mécanismes de suivi, la révision par les pairs ou encore les juridictions supranationales, en octroyant par exemple une compétence interprétative sur les principes démocratiques par des protocoles additionnels. La Commission de Venise illustre ce propos : se rapprochant d'un mécanisme de révision par les pairs, elle assure un dialogue entre

les États et avec des experts sur le respect des normes démocratiques et exerce une certaine pression par la publicité de ses avis juridiques.

En guise de conclusion, des recommandations sont avancées. Le souci de l'effectivité des mécanismes juridiques de protection des principes démocratiques doit rester au cœur de la réflexion. Face à notre société globalisée et interconnectée, il pourrait être pertinent de mener une analyse comparée de l'influence des changements législatifs étatiques lorsque les régimes évoluent dans un sens plus ou moins démocratique. La codification d'une liste regroupant des signaux d'alerte d'un glissement vers le populisme ou encore la codification des règles démocratiques pourrait assurer une meilleure compréhension de ce qu'est la démocratie. Surtout, le panel s'accorde sur le fait que la démocratie doit continuer à être théorisée et pensée de façon pluridisciplinaire, à travers un dialogue collectif, comme l'a permis le Livre blanc.

RAPPORT DU WEBINAIRE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE

Eva Neuilly, *Doctorante à l'Université Paris Panthéon Assas*

Le 14 septembre 2023, dans le cadre des célébrations du 150^e anniversaire de l'Association de droit international, s'est tenu un webinaire portant sur les droits de la personne humaine, présidé par le Professeur Willem van Genugten.

La Professeure Laurence Burgorgue-Larsen, coordinatrice du [Livre blanc](#) afférent, a ouvert le débat en soumettant aux membres du panel une contradiction d'importance, qu'ils se sont attachés à analyser et à résoudre : les droits de la personne humaine se veulent, de par leur nature même, consensuels, universels et fonctionnels, mais force est de constater qu'ils peinent à l'être.

Les leçons d'hier, les difficultés d'aujourd'hui et les défis de demain sont tour à tour moteur, menace et préoccupation de cette branche du droit international caractérisée tant par son expansion et sa sophistication que, envers du décor, par son isolement et son manque d'effectivité. Les intervenants soulignent que le contexte actuel est particulièrement défavorable, régressif et aggravé par un désintérêt croissant pour l'idéalisme des droits de la personne humaine ; ce désintérêt est pourtant concomitant à des défis globaux sans précédent. La coordinatrice du Livre blanc fait remarquer une remise en question de l'histoire même de ce droit et de la place qu'y aurait la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. À cette controverse, doctrinale, s'en ajoute une plus prégnante, d'autant plus épineuse qu'elle ne touche plus seulement l'histoire, mais la nature même des droits de la personne humaine : pour les uns universels, pour les autres le simple fruit d'une bien-pensance hégémonique occidentale. En tout état de cause, force est de constater que si le substrat humain est partagé par tous, les cultures diffèrent : le mot d'ordre qui émerge des débats est donc celui de l'inclusion, qui nécessite un dialogue sincère, afin de découvrir un fond commun tremplin d'un régime juridique pleinement consensuel et universel.

Toutefois, consensus et universalité, si nécessaires pour former la lettre de ce régime et assurer sa lisibilité commune, ne garantissent pas son effectivité ; et c'est sur ce point ardu que se sont ensuite penchés les experts réunis. Plusieurs difficultés se posent, tant propres à cette *lex specialis* qu'au droit international dans lequel elle s'insère et, aussi, à l'environnement pratique dans lequel elle opère.

Certaines difficultés sont propres à cette *lex specialis* : droit à portée unificatrice et pourtant lui-même toujours objet d'une *summa divisio* – celle des droits civils et politiques d'un côté et des droits économiques, sociaux et culturels de l'autre – déplorée comme obscurcissant sa logique, posant le risque de concurrence ou d'une hiérarchisation entre ces deux catégories de droits qui devraient au contraire être alliées et, enfin, ralentissant le déploiement harmonieux de ce droit. Les membres conseillent donc que cette division s'efface, d'autant plus qu'elle est plus théorique que pratique, ces deux catégories n'étant pas si distinctement séparées en réalité.

D'autres obstacles émanent de la place que cette *lex* occupe dans le droit international : les intervenants regrettent que les droits de la personne humaine y soient toujours réduits à une branche spéciale, au lieu

d'irriguer l'ensemble de celui-ci et particulièrement sa sphère économique. Cela renvoie au problème plus large de la fragmentation du droit international, qui nuit à son effectivité.

Des pierres d'achoppement jalonnent aussi l'environnement dans lequel les droits de la personne humaine opèrent, qui devrait donc être retravaillé, afin de renforcer tant la légitimité que l'effectivité de ces droits. Ainsi, plus d'inclusivité est jugée nécessaire au niveau des acteurs qui en assurent la création, la mise en œuvre et le suivi. Il conviendrait d'intégrer tous les concernés, dont la société civile, afin de remédier à une dynamique jugée trop centrée sur l'État, mais aussi au manque de légitimité qui peut parfois accompagner les juridictions des droits de la personne humaine. Ces dernières sont critiquées par des acteurs divers, allant des États à l'opinion publique, comme trop ou omni- présentes, formant alors à leurs yeux une « juristocratie » éloignée de la réalité ou à l'impartialité douteuse.

Au souci de l'inclusivité accrue des acteurs s'ajoute le souci de leur conformité, ou *compliance*, aux droits de la personne humaine. Celle-ci passe bien évidemment par l'application des décisions juridictionnelles, mais aussi, plus en amont, par la prise en compte de ces droits par toutes les autres branches du droit international, qui affectent, *in fine*, ces acteurs. Dans cette optique, la responsabilité des acteurs économiques privés doit aussi être retenue : ces derniers ne doivent plus être protégés par l'écran de la responsabilité étatique. Les acteurs privés ne peuvent donc pas être ignorés, ce d'autant plus que certains deviennent juges de fait des droits de la personne humaine ; ainsi l'illustre le Conseil de surveillance de META, anciennement Facebook, qui pose plus généralement la question de la place des GAFAM. Au-delà des acteurs privés, ce sont bien sûr les États qui doivent renforcer leur implication et application, mais aussi leur coopération. En effet, la crise sanitaire a démontré l'urgence de plus de coopération internationale face aux défis humains globaux.

Enfin, les panélistes ont tenu à souligner que, si les droits de la personne humaine sont un formidable terreau de justice sociale et de développement humain, ils ne peuvent pas être une réponse à tout et encore moins une arme contre la mondialisation ou le capitalisme. Ils ne seraient donc pas un outil de changement d'organisation sociale ou de redistribution économique, bien qu'ils ne se limitent pas à la seule garantie d'un minimum nécessaire. Des membres du panel recommandent de tracer une voie médiane, où les droits de la personne humaine, sans être synonymes de changements drastiques, pourraient être le catalyseur d'améliorations économiques plus profondes dans le futur.

Clôture du 150^e anniversaire de l'ADI – 14 décembre 2023

Le 14 décembre 2023, nous tirerons les conclusions de deux ans et demi de travail consacrés à penser le droit international de demain, dans le cadre du 150^e anniversaire de l'ADI.

L'événement se déroulera exclusivement en ligne et en format « réunion », de manière à donner la parole au plus grand nombre. Il débutera à 9h00 (CET) et se terminera à 18h00 (CET).

Le programme provisoire est disponible [ICI](#).

Toutes les personnes d'ores et déjà inscrites pour les événements en ligne des 150 ans peuvent participer à la journée. Aucune démarche d'enregistrement supplémentaire n'est requise.

Pour ceux qui ne sont pas encore inscrits, mais qui souhaitent participer à la journée ou à une partie de celle-ci, il est encore temps de [s'inscrire](#).