

livre blanc 21

règlement des différends



coordinateurs

Hélène Ruiz Fabri

Professeure, Directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg
pour le Droit Procédural

Jean-Baptiste Racine

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

rapporteur

Dr Olivier Baillet

Chercheur Senior à l'Institut Max Planck Luxembourg
pour le Droit Procédural

membres du comité de pilotage

João Bosco Lee

Avocat associé au Cabinet Lee, Taube e Gabardo Sociedade
de Advogados

Caroline Devaux

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Van Dai Do

Professeur à l'Université de Hochiminh-Ville

Fabien Gélinas

Professeur titulaire de la chaire Sir William C. Macdonald
en droit à l'Université McGill

Chiara Giorgetti

Professeure de droit, École de droit de Richmond



Burkhard Hess

Professeur, Directeur de l'Institut Max Planck Luxembourg
pour le droit procédural

Fabien Marchadier

Professeur à l'Université de Poitiers

Alina Miron

Professeure à l'Université d'Angers

Mohamed Mahmoud Mohamed Salah

Professeur à l'Université de Nouakchott

Thomas Schultz

Professeur de droit au King's College de Londres et professeur
d'arbitrage international à l'Université de Genève

Dire Tladi

Professeur à l'Université de Pretoria

1. état des lieux _____ page 7

- A - Contentieux de droit privé
- B - Contentieux « publics » ou « mixtes »

2. les défis _____ page 39

- A - La volonté
- B - La machine
- C - La morale
- D - L'argent
- E - La stratégie
- F - L'harmonie

3. les questions _____ page 97

- A - Préservation des modes de règlement des différends
- B - Renouvellement des modes de règlement des différends
- C - Contentieux nouveaux

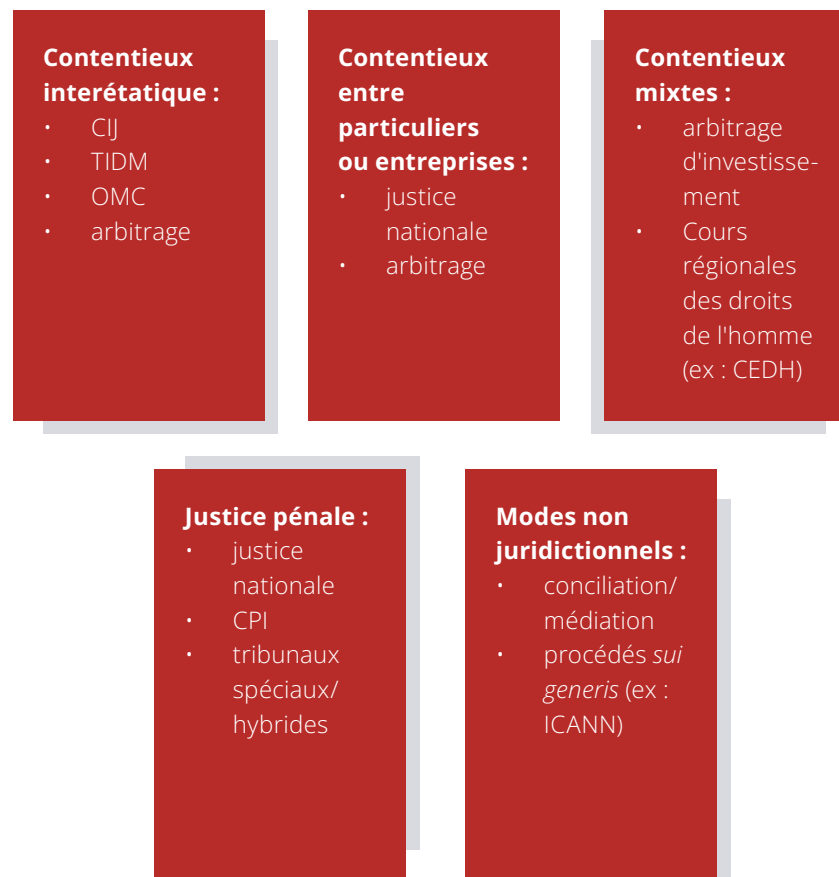
annexes _____ page 117

1.

état des lieux

Le règlement des différends est une question clé de l'évolution du droit international. En effet, aux côtés des normes substantielles, l'accès à un mode de règlement des différends est une question décisive en termes d'effectivité des droits et du droit. Plus encore à l'échelle internationale, le recours à un mode de règlement des différends est un enjeu central tant il apparaît parfois difficile. Il convient alors de réfléchir à l'évolution des modes de règlement des différends tant du côté du droit privé (pour les litiges entre particuliers ou entre entreprises) que du droit public (en particulier à propos des litiges entre États), sans oublier les contentieux mixtes (comme en matière de droit international des investissements ou de droits humains). Pour les fins du présent rapport, l'arbitrage est considéré comme un mode juridictionnel de règlement des différends.

Le tableau suivant résume la diversité des modes de règlement des différends dans l'ordre international :



A - Contentieux de droit privé

Pour le contentieux de droit privé, le règlement des différends internationaux est multiple et polarisé. En effet, dans ce type de contentieux, il n'existe pas de juridiction internationale de nature publique habilitée à trancher un litige au fond de nature civile ou commerciale. La détermination de la juridiction compétente se fait donc selon des alternatives simples, soit saisir une juridiction nationale, soit saisir un tribunal arbitral si les parties ont conclu une convention d'arbitrage, outre la possibilité de recourir à un mode amiable de règlement des différends tel que la médiation.

Les difficultés d'une coordination entre justices nationales

Le recours au juge étatique implique de traiter deux questions majeures qui mettent toutes deux en cause le **degré de confiance accordé à la justice d'autrui**, très élevé dans le contexte de l'Union européenne (UE) et moins en dehors.

La première est la **détermination du juge internationalement compétent**. Il existe à ce propos des règles spécifiques qui résultent soit du droit national du juge saisi, soit d'instruments

régionaux (comme le règlement européen Bruxelles I bis en matière civile et commerciale), soit, éventuellement, de conventions internationales, qui sont le plus souvent bilatérales.

La logique du système hérité du droit international privé vise autant que faire se peut à coordonner les justices étatiques entre elles au stade de la détermination de la juridiction compétente. À l'échelle internationale, s'accorder sur des critères de compétence directe communs s'avère particulièrement difficile, ce qui a expliqué l'échec du premier projet de convention de La Haye à la fin du XXe siècle (mais les travaux ont repris en vue d'aboutir à un texte sur la compétence dans les litiges civils ou commerciaux transnationaux). Les difficultés qu'il y a à trouver un accord au plan international sur ce point sont diverses. Il y a bien sûr la difficulté de trouver des règles communes entre les droits de *common law* (qui connaissent par exemple la doctrine du *forum non conveniens*) et les droits issus de la tradition civiliste. Cependant, le fait que des accords globaux aient pu être trouvés sur d'autres sujets et dans d'autres enceintes (par exemple en matière de vente internationale) oblige à identifier des difficultés supplémentaires. Parmi celles-ci, il y a sans doute la volonté, sous-jacente, des États de protéger le marché de la justice (et plus particulièrement de leur justice). D'autre part, la détermination du for compétent a une incidence

sur le fond du litige et donc sur la substance de la décision rendue. Enfin, les États sont réticents à abandonner des chefs de compétence considérés comme exorbitants, même si une évolution se fait jour dans ce domaine.

Par ailleurs, certains chefs de compétence s'avèrent problématiques. Il en va particulièrement ainsi des options de compétence dans les domaines contractuel et délictuel au titre du règlement Bruxelles I bis. La détermination de ce qui relève de la matière contractuelle et de la matière délictuelle est problématique. Il existe un contentieux pléthorique sur ce point, retardant d'autant la solution donnée au fond du litige. La multiplication des chefs de compétence permettant au demandeur de saisir ses juridictions (*forum actoris*) est aussi un trait caractéristique du droit contemporain (ce qui ne pose pas de problème lorsqu'il s'agit de protéger une partie faible comme un salarié ou un consommateur, mais qui devient plus problématique dans d'autres domaines, notamment en matière de cyber-délits).

La seconde est l'**effet des jugements étrangers**. L'idée est d'améliorer leur efficacité. Là encore, la question est traitée soit par le droit national, soit par des instruments régionaux (comme le règlement Bruxelles I bis, qui a supprimé l'exequatur), soit par des conventions internationales. Notons à ce titre la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exé-

cution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale. Celle-ci a été ratifiée par l'Union européenne le 29 août 2022 et entrera ainsi en vigueur dans les États membres, à l'exception du Danemark, le 1^{er} septembre 2023. Le fait que le Royaume-Uni soit sorti de l'Union européenne engendre par ailleurs une incertitude quant aux conditions d'accueil des jugements britanniques.

Notons à cet égard que la circulation des jugements étrangers fonctionne mieux que l'harmonisation des critères de détermination de la juridiction compétente. Dans le domaine de la circulation des jugements étrangers, il est en effet beaucoup plus simple pour les États de se mettre d'accord sur des règles communes qu'à propos des chefs de compétence directe au sujet desquels, comme vu précédemment, un accord est difficile à trouver. L'une des difficultés qui se pose néanmoins est relative à l'autorité de la chose jugée, qui mériterait de faire l'objet d'une définition, ne serait-ce que dans le contexte de l'Union européenne.

Une autre tendance forte mérite d'être soulignée : **la création de chambres internationales auprès des juridictions nationales** (Paris, Singapour, Amsterdam, etc.). Il s'agit d'adapter la justice nationale au traitement des affaires internationales, notamment par un aménagement des règles procédurales. La logique

poursuivie est de rendre la justice nationale attractive (dans un marché globalisé de la justice où le droit et la justice sont créateurs de valeur dans le sens économique du terme). Le but de la démarche est aussi de tenter de faire revenir dans le giron de la justice étatique un contentieux qui s'est tourné vers l'arbitrage, même si plus que d'une concurrence véritable avec l'arbitrage, il s'agit sans doute en réalité de complémentarité entre les deux modes de résolution des différends.

Création de cours régionales dans le champ du droit privé

Ont émergé également des cours régionales exerçant des compétences dans le domaine du droit privé. C'est le cas de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Elle exerce une fonction judiciaire par laquelle elle se substitue aux Cours suprêmes nationales pour connaître seule, en dernier ressort, des pourvois dirigés contre les décisions nationales appelant l'application du droit OHADA. Elle possède aussi une fonction d'organisation de l'arbitrage (elle exerce les fonctions de centre d'arbitrage institutionnel dont le fonctionnement est régi par le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999). C'est éga-

lement le cas de la Cour de justice des Caraïbes (CCJ), cour unique en son genre car elle fonctionne comme deux tribunaux en un. La CCJ est le tribunal judiciaire régional des Caraïbes créé le 14 février 2001 par l'Accord portant création de la Cour de justice des Caraïbes. La CCJ est une institution hybride : une cour municipale de dernier ressort et une cour internationale investie d'une compétence originale, obligatoire et exclusive en ce qui concerne l'interprétation et l'application du Traité révisé de Chaguaramas. Dans le cadre de sa compétence d'appel, la CCJ entend et détermine les appels en matière civile et pénale provenant des tribunaux de *common law* situés dans les juridictions des États membres de la Communauté (12) et qui sont parties à l'accord établissant la CCJ. Dans sa juridiction d'appel, la CCJ est la plus haute cour municipale de la région pour les États qui y adhèrent.

Transnationalisation et privatisation de la justice internationale par le recours à l'arbitrage

L'arbitrage est en effet devenu, de longue date, la justice de droit commun dans le domaine des **affaires internationales**. 80 à 90 % des contrats internationaux sont réputés contenir une clause d'arbitrage. Le système de résolution des différends

commerciaux internationaux a, de fait, été privatisé, libéralisé et renvoyé, avec l'accord des parties, à l'arbitrage. En cela, il rend des services irremplaçables pour les entreprises, mais aussi pour les États (qui ne sont pas obligés de prendre en charge un système de justice internationale financé sur fonds publics). Cette forme de justice est désormais largement acceptée par les États, même ceux qui y étaient autrefois hostiles (comme en Amérique latine ou dans les pays arabo-musulmans). La justice arbitrale est de la sorte une justice mondialisée (la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ayant eu un fort effet modélisateur). La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est à ce jour ratifiée par 170 États. L'arbitrabilité des litiges est aujourd'hui largement admise, même lorsque l'ordre public est concerné (par exemple en droit de la concurrence). On note aussi une expansion de l'arbitrage au-delà des affaires purement commerciales, à l'instar de la prévalence de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs (*via* l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport).

L'arbitrage est aussi une solution récemment proposée pour les litiges relatifs au respect des droits humains par les entreprises (cf. *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, décembre 2019).

Certes, les États n'expriment pas le même degré de libéralisme à l'égard de l'arbitrage et certains particularismes demeurent. De plus, l'usage d'*anti-suit injunctions* pour tenter de bloquer des procédures d'arbitrage montre que les juges étatiques interfèrent parfois à la requête d'une des parties. Mais il est incontestable que l'arbitrage, dans les affaires privées, est un mode de règlement des différends à la fois accepté et promu à l'échelle globale.

De manière générale, l'arbitrage pour les litiges entre entreprises est en effet le seul mode de règlement des différends authentiquement international et neutre (outre les autres avantages attachés à l'arbitrage, notamment au regard de la confidentialité qu'il permet de garantir en matière commerciale). Il offre la possibilité d'être jugé selon des règles et modalités intégrant la spécificité d'un litige international. Le recours au juge étatique, sous réserve de la création de chambres internationales devant les juridictions nationales auxquelles il a déjà été fait allusion, ne permet pas un traitement internationalisé de la question litigieuse, au contraire de l'arbitrage. C'est ce qui explique non seulement le succès de cette forme de justice, mais aussi la nécessité d'y recourir ressentie par les entreprises.

Il ne faut cependant pas masquer que cette forme de justice fait l'objet de critiques, notamment pour son coût et sa longueur,

son institutionnalisation et sa sophistication. Après que les États ont largement libéralisé le régime de l'arbitrage, la balle est dans le camp des acteurs du monde de l'arbitrage, pour que celui-ci continue de répondre aux attentes de ses utilisateurs. Il existe par ailleurs un marché de l'arbitrage, corollaire du caractère privé, et donc rémunéré, de cette forme de justice.

Libéralisation du régime des modes de règlement des différends

Une tendance générale favorise les accords destinés à choisir de façon anticipée le mode de résolution d'un litige, qu'il s'agisse de clauses d'élection de for (cf. Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005), ou bien sûr de l'arbitrage. De ce point de vue aussi, le droit positif reflète un grand libéralisme.

Celui-ci se manifeste même dans le domaine de la justice pénale. Il existe en effet un phénomène d'ouverture progressive de tous les systèmes de justice pénale à un rôle modifié du tiers impartial qu'est le juge sous l'effet de la *compliance*. Celle-ci implique une *gestion ex ante* de risques identifiés (comme en matière d'anti-corruption). Le traitement pénal d'un certain nombre de différends, souvent internationaux, se fait désormais

plus couramment par des « *deals de justice* » qui sont des accords conclus entre le contrevenant et l'organe de poursuite. Le rôle du juge est relégué au stade de l'homologation de l'accord, même dans les systèmes juridiques qui y étaient réticents. La *compliance* implique une intervention *ex ante*, dans une logique de prévention, alors que le rôle classique du juge se situe dans l'*ex post*, au stade de la sanction et de la réparation.

Outre les modes juridictionnels de règlement des différends, les modes non juridictionnels connaissent un certain regain d'intérêt, essentiellement la médiation, mais ils sont encore l'objet d'appréciations contrastées. Ainsi, la conclusion de la convention de Singapour sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation du 20 décembre 2018 est sans doute une étape importante en vue d'assurer l'efficacité des accords conclus consécutivement à une médiation fructueuse. Pour l'instant signée par 55 États, elle n'a cependant été ratifiée que par 10 et l'Union européenne et certains de ses États membres semblent extrêmement réticents pour des raisons difficiles à comprendre.

Les modes amiables de manière générale sont à la fois un moyen autonome de résolution des différends et un moyen complémentaire aux modes juridictionnels (une combinaison des deux étant possible et même courante en matière internationale).

L'existence de mécanismes *sui generis*

À tout cela s'ajoutent des processus qui échappent aux qualifications habituelles. Ils ont en commun d'être de nature privée en ce qu'ils sont mis en place par des entités transnationales, telles que l'ICANN ou Facebook. Ces instances *ad hoc* sont mises en place volontairement par chaque entité qui en fait le choix et qui, dans une certaine mesure, internalise ainsi les différends qui la concernent. C'est le cas de l'ICANN qui a adopté un règlement de procédure pour la résolution des litiges liés aux noms de domaines. Il peut néanmoins être administré par des fournisseurs de services de règlement des différends accrédités par l'ICANN tel que le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI, en attendant le *Standing Panel* permanent prévu de longue date mais pas encore en place. La logique d'internalisation peut encore être poussée plus loin comme l'illustre le Conseil de surveillance de Facebook. Celui-ci est une entité qui, bien qu'étant présentée comme bénéficiant d'une certaine indépendance, reste établie par Facebook pour régler des différends relatifs à la modération des contenus publiés sur les réseaux sociaux qui sont la propriété de l'entreprise.

Les évolutions techniques

Les nouvelles technologies ont favorisé l'évolution des modes de règlement des différends. Tous connaissent désormais un certain degré de **dématérialisation** qui a été accéléré par la pandémie de Covid-19, mais il ne s'agit que d'un premier stade. Des algorithmes ou des outils d'intelligence artificielle commencent eux aussi à faire irruption dans le règlement des différends, par exemple pour le calcul des dommages et intérêts. Plus encore, de nouveaux modes émergent, liés par exemple à la *blockchain*, et révolutionnent la figure du tiers. Par exemple, le système Kleros organise un mécanisme dit d'« arbitrage » qui repose sur l'intervention de « jurés » chargés de voter pour la solution qu'ils considèrent optimale (solution proposée en application de la théorie des jeux). Ceux qui sont majoritaires reçoivent une récompense à travers des *tokens*, alors que les minoritaires en perdent. Un système dit d'« appel » est mis en place. Il ne s'agit en réalité pas d'arbitrage, mais d'un système *sui generis* de règlement des différends administré au sein d'une *blockchain*. La technique transforme ici radicalement la figure du tiers « impartial ».

Cette dispersion des initiatives dans le règlement des différends privés peut faire écho au débat relatif à la fragmentation du droit international provoqué notamment par ce que l'on a appelé la « prolifération » des juridictions internationales.

B - Contentieux publics ou « mixtes »

Le droit international public connaît depuis longtemps la distinction entre les modes dits « diplomatiques » de règlement des différends et les modes juridictionnels. La figure de la juridiction permanente est quand même très récente, puisqu'elle date d'un siècle. Et ce n'est encore que beaucoup plus récemment, dans le dernier quart du XXe siècle, que les modes juridictionnels ont connu un développement exponentiel qui en accroît la diversité dans un cadre qui ne forme pas un système institutionnel unifié et reste toujours tributaire du consentement des États.

Diversité

Selon la nature

Cette diversité s'exprime en premier lieu dans la **nature extrêmement variée des modes de règlement des différends dans l'ordre international**, plus encore que dans l'ordre interne. Aux modes non juridictionnels, historiquement précurseurs et eux-

mêmes variés – conciliation, médiation, bons offices – sont venus s'ajouter des modes juridictionnels. Ces derniers ont eux-mêmes évolué. L'arbitrage a précédé le modèle de la juridiction permanente. Mais il existe également une multiplicité d'organes qui n'appartiennent pas au modèle pur de la juridiction en raison de l'absence de caractère formellement obligatoire de leurs décisions. Parce qu'ils ont un rôle et un fonctionnement qui les en rapprochent malgré tout singulièrement (possibilité de saisine par des États ou des acteurs privés, décisions fondées sur le droit par un tiers indépendant et impartial), on les qualifie généralement d'**organes « quasi juridictionnels »**. Il en existe aussi bien dans le domaine économique (Mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce - OMC) que dans le domaine des droits humains, où ils sont particulièrement nombreux (neuf comités dits « principaux » et deux sous-comités existent actuellement au sein de la seule ONU).

Cette diversité est d'autant plus significative que ces nouveaux modes ne viennent pas se substituer aux modes préexistants, mais s'y ajoutent. Les **modes amiables**, en particulier la négociation, demeurent le mode ordinaire et dominant de règlement des différends internationaux. Ils se combinent même régulièrement aux modes juridictionnels. L'accès à ces derniers est souvent conditionné à une obligation de négociation ou consul-

tation préalable, notamment dans le domaine économique (OMC, arbitrage d'investissement) et y recourir après le déclenchement de la procédure juridictionnelle demeure le plus souvent une faculté offerte aux parties (cours régionales des droits humains, arbitrage).

Il est difficile de quantifier le recours *ad hoc* aux modes amiables, car il est le plus souvent secret mais la médiation récente d'Israël puis de la Turquie entre la Russie et l'Ukraine souligne qu'il est courant, même lorsque le différend se transforme en conflit armé. En revanche, les tentatives d'institutionnalisation de ces modes amiables sont en général peu fructueuses, les États n'y recourant pas (Cour de conciliation et d'arbitrage de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe - OSCE), à l'exception peut-être du cadre de l'Union africaine.

Dans l'espace

La multiplication des juridictions internationales se produit dans des cadres spatiaux multiples. Certaines ont une **vocation mondiale**, en ce sens que tous les États sont susceptibles d'en reconnaître la compétence (Cour internationale de Justice - CIJ, OMC, Cour pénale internationale - CPI, Tribunal international du droit de la mer - TIDM, Centre international pour le règlement

des différends relatifs aux investissements – CIRDI, même si, dans ce dernier cas, les tribunaux arbitraux trouvent le plus généralement leur compétence dans un traité bilatéral). En général, le cadre spatial se reflète dans le champ de compétence de ces juridictions, à l'exception notable des juridictions pénales spécialisées, dont plusieurs ont été créées au niveau mondial pour exercer des compétences plus localisées (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie - TPIY, Tribunal pénal international pour le Rwanda - TPIR, etc.).

Le nombre de modes juridictionnels a aussi explosé dans les **cadres régionaux**. Les juridictions permanentes se sont multipliées pour la protection des droits humains (Cour européenne des droits de l'homme - CEDH, Cour inter-américaine des droits de l'homme - CIADH, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples - CADHP) comme pour l'intégration économique européenne (Cour de justice de l'Union européenne - CJUE, Cour de l'Association européenne de libre-échange - AELE), américaine (Cour de justice de la communauté andine, Cour de justice des Caraïbes) et particulièrement africaine (Cour de justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest – CEDEAO, Instance judiciaire de l'Union du Maghreb Arabe - UMA, Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale - CEMAC, Cour de justice du

Marché commun de l'Afrique orientale et australe - COMESA, Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale - CEEAC, Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest-africaine - UEMOA, le Tribunal de la Communauté de développement d'Afrique australe - CDAA). Les mécanismes *ad hoc* sont encore plus nombreux (plus d'une centaine). Malgré quelques échecs (Cour arabe des droits de l'homme) ou disparition (Tribunal de la South African Development Community - SADC), le cadre régional a donc été un moteur du développement des modes juridictionnels. Il se conjugue désormais avec l'institution de modes de règlement des différends interrégionaux, comme en témoigne la multiplication du nombre d'accords externes conclus par l'UE qui en contiennent.

Au regard des justiciables

La diversité de la justice internationale se manifeste aussi par celle de ses justiciables. Certains mécanismes sont strictement *interétatiques* – au moins formellement – tandis que d'autres sont de nature *mixte* et impliquent des personnes privées (contentieux des droits humains, des investissements, pénal ; contentieux administratif au sein des organisations internationales). Ces mécanismes mixtes sont tout sauf nouveaux, si l'on

se souvient que les 39 tribunaux arbitraux mixtes institués dans l'entre-deux-guerres ont été saisis de près de 70 000 litiges essentiellement de droit privé. Mais ils se sont doublement multipliés : il en existe davantage et la plupart traitent un nombre croissant, voire exponentiel, d'affaires (CEDH ; investissement).

Lorsque les modes de règlement sont mixtes, *l'accès des personnes privées* dépend en premier lieu des choix effectués par les États (principe de l'accès, modalités de l'accès). Cette volonté n'est pas immuable : si une tendance à l'ouverture a marqué la fin du XXe siècle, on constate parfois un certain resserrement (cf. réforme du système CEDH). Cette volonté n'est pas le seul facteur déterminant. Parfois, l'accès a été permis ou encouragé par les organes juridictionnels eux-mêmes. En témoignent, par exemple, l'explosion des cas soumis au CIRDI dans les années 1990 à la suite de la sentence *AAPL c. Sri Lanka* et l'acceptation du jeu de l'« *arbitration without privity* » ou le choix de la CIADH d'intégrer les victimes dans la procédure alors que les traités ne leur donnent accès qu'à la Commission inter-américaine des droits de l'homme. À l'inverse, certaines juridictions neutralisent les modifications opérées par les États visant à une plus grande ouverture du prétoire et résistent à la pression de la société (CJUE et recours en annulation à la suite du traité de Lisbonne, notamment en matière environnementale).

Sur le plan substantiel

Enfin, cette diversité se caractérise par la grande variété des champs de compétence *ratione materiae* attribuée aux modes juridictionnels. La plupart sont spécialisés (principalement droits humains, investissements, responsabilité pénale, droit international du commerce, droit de la mer), voire hyper spécialisés, comme les comités onusiens, divisés selon la catégorie de droits protégés (Comité des droits de l'homme - CDH, Comité des droits économiques, sociaux et culturels - CDESC, Comité contre la torture - CAT, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale - CERD, etc.), voire selon la nature de leurs titulaires (Comité des droits de l'enfant, Comité pour le droit des personnes handicapées, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes - CEDEF, etc.). Quelques-uns disposent de compétences mixtes, à mesure que s'étendent les traités qui les instituent, notamment dans le contexte des intégrations régionales qui cumulent parfois une compétence en matière économique et de droits humains (ex. Cour de justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest - CEDEAO) et encore davantage dans le cadre particulier de l'UE (CJUE). La seule juridiction permanente dont le champ de compétence matériel n'est pas limité *a priori* demeure, à ce jour, la CIJ.

Ces différents facteurs de diversité se conjuguent pour former un paysage institutionnel d'autant plus complexe qu'il ne forme pas un système organisé.

Absence de système

Cette multiplication des modes de règlement des différends ne forme pas un système unifié permettant de parler d'« une justice internationale » au sens systémique. Le règlement juridictionnel international des différends reste largement archipélagique.

Tout différend ne trouve donc pas nécessairement un mode juridictionnel de règlement. Il n'existe pas, dans l'ordre international, un droit d'accès au juge au sens où le connaît le droit interne, alors que, dans ce dernier contexte et paradoxalement, ce droit apparaît souvent sous la pression de normes internationales. Certaines zones géographiques continuent d'échapper au phénomène de juridictionnalisation (l'Asie notamment). De même, alors que certaines branches de l'ordre international sont l'objet d'une juridictionnalisation multi-niveaux (régional/multilatéral), d'autres sont, délibérément et/ou par manque de consensus, pas ou peu juridictionnalisées, comme l'environnement. Cela conduit à des stratégies contentieuses, voire une

forme de tourisme juridictionnel, de la part d'acteurs qui cherchent quel forum existant est susceptible d'accueillir ces questions orphelines. Le contentieux climatique en est un exemple significatif. Les individus se tournent fréquemment vers les juridictions internationales des droits humains (CEDH, Comité des droits de l'enfant notamment), voire pénales (CPI), mais aussi vers les juridictions nationales, à qui ils demandent d'interpréter et d'appliquer les engagements pris par les États dans l'ordre international.

Cet éclatement institutionnel peut générer des **situations de conflits**. Ceux-ci sont parfois directs, mais plus rarement que ce que le débat sur la fragmentation du droit international et la prolifération des juridictions internationales avait pu laisser craindre. Les conflits de jurisprudence, portant sur le contenu du droit, sont ainsi restés limités. La divergence entre le TPIY et la CIJ quant à la notion de « contrôle » en droit de la responsabilité internationale apparaît à cet égard aussi topique qu'isolée (voir aussi le cas de la crise économique argentine devant les tribunaux arbitraux de l'investissement). Les juridictions évitent de s'enfermer dans un « isolement clinique » (Organe d'appel de l'OMC) et se livrent spontanément à un exercice de « *cross-referencing* », ou « fertilisation croisée ». Celui-ci n'est pas systématique et reste contextuel, voire stratégique, mais il est

attractif en ce qu'il permet, entre autres, de renforcer l'acceptabilité des décisions prises.

L'absence d'unité génère donc, davantage que des conflits ouverts, des **situations de concurrence**. L'activité du TIDM, par exemple, reste extrêmement limitée et souvent cantonnée au contentieux de l'urgence (prompte mainlevée), tandis que la plupart des contentieux de délimitation maritime sont portés devant la CIJ. De même, une logique concurrentielle au sens strict, c'est-à-dire économique, s'est installée entre les différents centres d'arbitrage. Ceux-ci modifient leurs règles de procédure et leur fonctionnement de manière à attirer davantage d'affaires. Cette logique est l'un des avatars du *forum shopping* permis par l'absence de système organisé, à l'instar de ce qui se passe pour les contentieux privés soumis aux juridictions nationales. Les personnes ou entités impliquées dans un différend se tournent vers le mode de règlement des différends perçu comme le plus favorable à leurs intérêts, soit en raison du contenu des règles matérielles qui seront appliquées, soit en raison de la procédure selon laquelle le règlement sera opéré.

L'existence d'obligations de se tourner vers tel ou tel mode de règlement, notamment les clauses de **compétence exclusive** au profit de certaines juridictions, ne suffit pas à pallier l'absence d'intégration des modes de règlement entre eux. La réticence

de la CJUE à l'égard des mécanismes externes en témoigne. La Cour réitère avec constance l'incompatibilité entre le droit de l'Union et le recours à des mécanismes externes de règlement pour des différends intra-UE (affaire de l'usine *Mox* ; déclaration d'incompatibilité entre l'arbitrage d'investissement intra-UE et le droit européen dans l'affaire *Achmea*, solution prolongée par l'arrêt *Komstroy* au sujet de la Charte de l'énergie et la jurisprudence subséquente). Lorsqu'un acteur n'a pas respecté la clause de juridiction exclusive, il s'expose, dans le meilleur des cas, à des sanctions *ex post* mais, cette clause n'étant pas opposable aux tiers, elle n'empêche pas les mécanismes externes d'aboutir.

De plus, cette réticence s'intègre dans une logique de concurrence et de pouvoir. Même lorsque l'Union et les États tentent d'organiser par traité l'articulation entre les divers modes de règlement des différends, la Cour rejette parfois par peur de perdre son pouvoir de dernier mot (voir l'avis 2/13 sur le protocole d'adhésion à la CEDH ; contra, par exemple, l'avis sur le CETA). Ces blocages altèrent l'évolution des modes de règlement des différends. L'avis 2/13 a empêché l'adhésion de l'UE à la CEDH, tandis que la décision *Achmea* a conduit les États à se détourner de certains modes de règlement des différends afin d'éviter que la concurrence ne les place dans une situation de conflit d'obligations (dénonciation des traités bilatéraux d'in-

vestissement - TBI intra-européens en raison de l'incompatibilité déclarée par la CJUE de l'arbitrage avec le droit de l'UE ; disparition de la clause d'arbitrage pour les États européens dans le projet de réforme du Traité de la Charte de l'énergie – TCE, voire dénonciation de ce même Traité).

Car, en définitive, le recours comme l'efficacité des modes de règlement des différends internationaux dépendent toujours aujourd'hui du consentement des États.

Consensualisme

Il n'existe toujours pas, en droit international, de recours obligatoire à un mode de règlement des différends au sens où il s'imposerait à un État qui n'y aurait pas consenti, même lorsque lui sont reprochés des actes d'une particulière gravité, voire constitutifs de violations du *jus cogens* (CIJ, *Congo c. Rwanda*, 2006).

Le recours à un mode de règlement des différends est qualifié **d'obligatoire** lorsque le consentement est donné avant la naissance du différend, soit pour une catégorie donnée de différends, souvent relative au traité qui contient la clause compromissaire correspondante, soit unilatéralement pour tout différend sauf

ceux qui font l'objet d'une réserve (quand c'est possible) comme dans le cadre d'une clause « facultative de juridiction obligatoire », à l'instar de la CIJ (où seuls 73 États maintiennent une telle acceptation à ce jour). Les autres cas de règlement sont **facultatifs** au sens où le consentement n'est donné qu'après la naissance du différend. Plus le lien entre l'expression du consentement et l'exercice par une juridiction de sa compétence est distant, plus le risque de contestation augmente. Dans le cas particulier – et rare – de l'exercice par la CPI de sa compétence sur le fondement d'une résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU, certains États ont invoqué, entre autres, l'absence de consentement à sa compétence pour refuser d'exécuter des décisions (mandat d'arrêt contre *Al Bashir*).

De même, les juridictions nationales, dont on a vu qu'elles jouent un rôle en matière de règlement des différends internationaux, ne peuvent exercer leur compétence à l'égard d'un État étranger et se heurtent à l'**immunité de juridiction** dont il bénéficie et auquel il ne renonce quasiment jamais. Quelques juridictions nationales semblent enclines à outrepasser cette absence de consentement en cas d'atteinte aux valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale (juridictions italiennes à propos des actes de l'Allemagne nazie, Cour suprême ukrainienne au sujet de l'agression de l'Ukraine par la Russie), mais

la CIJ maintient pour sa part l'idée que le principe du consensualisme vaut même face à de telles situations. Il existe une justice internationale, mais pas de droit à en obtenir la mise en marche.

Même lorsqu'un mécanisme est disponible et aboutit à une prise de décision obligatoire, l'**exécution** reste aussi tributaire du consentement étatique. Le constat, quoique simpliste, d'une justice sans police demeure valable. Dans la majeure partie des cas, le suivi de l'exécution est confié à des organes de nature politique. Les exceptions sont rares, comme au sein de l'OMC ou dans des systèmes intégrés comme l'Union européenne (et même là, pour certains différends structurels comme l'État de droit, il a été nécessaire de recourir à l'arme budgétaire pour tenter de forcer la Pologne et la Hongrie à exécuter certains arrêts de la Cour). On note cependant un intérêt et une implication croissante des juridictions internationales dans le suivi de l'exécution de leurs propres décisions, permise soit grâce à une révision des traités qui les instituent (CEDH), soit par un certain activisme de leur part (CIADH et doctrine du contrôle de conventionnalité, CADHP et acceptation des recours sur recours). Le risque est là encore d'un phénomène circulaire : les juridictions peuvent constater le défaut d'exécution sans pouvoir y remédier. Dans le cadre arbitral, même le régime

particulièrement intégré du CIRDI qui impose la reconnaissance des décisions sans exequatur (article 54) est toujours susceptible de se heurter à l'immunité d'exécution, qui reste invocable (article 55).

Cette nature consensuelle expose particulièrement la justice internationale au phénomène de *backlash* que l'on constate de la part de certains États à l'encontre de certaines juridictions. Peu de champs sont épargnés (arbitrage d'investissement, CPI, systèmes régionaux d'intégration ou de protection des droits humains, OMC) et les manifestations en sont multiples : retrait de l'acceptation de la compétence de la juridiction en cause (Russie et CEDH ; Etats africains et CPI, Royaume-Uni et UE ; dénonciations multiples du protocole de la CADHP), menace du retrait pour tenter d'obtenir un infléchissement de la jurisprudence (Royaume-Uni et CEDH), multiplication des occurrences de « *default* »/non-comparution au stade du procès ou de l'exécution, réduction du budget (CPI), paralysie du processus de nomination des membres (Organe d'appel de l'OMC) ou modification des traités (CEDH). Ce phénomène n'est pas le produit exclusif de l'action des États. L'arbitrage d'investissement est par exemple la cible d'un *backlash* non seulement de la part d'États, mais aussi de la part de la société civile, suscitant un mouvement de réforme (travaux du Groupe de travail III de la

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États ; nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI mis en vigueur en 2022) ou la proposition de créer une Cour multilatérale des investissements.

Ce mouvement de rejet ou de retrait n'est pas le fait de tous les États, mais il inclut aussi certains États qui ont pourtant historiquement fortement contribué à la construction du cadre actuel de règlement des différends (États-Unis, Royaume-Uni notamment).

2.

les défis

A -La volonté

Scénario de la préservation de l'existant

Le problème structurel qui se pose n'est-il pas la **sauvegarde de l'existant dans un contexte général de « détricotage » du multilatéralisme ainsi que d'attaques frontales portées contre la fonction juridictionnelle** dans l'équilibre des pouvoirs au sein de la société interne comme internationale ? On n'oubliera pas que les juridictions internationales tirent leur légitimité et leur compétence de l'acte qui les crée, le plus généralement un traité international.

Les cours doivent prendre en considération la résistance des États, ce qui conduit à plusieurs adaptations. Certaines juridictions ont des stratégies que l'on peut qualifier de « diplomatie judiciaire » et qui se manifestent de différentes façons. Elles peuvent rechercher une attractivité accrue qui permet de démontrer leur utilité sociale. Elles cherchent également à assurer l'acceptabilité des décisions rendues, ce qui peut créer un sentiment de contrainte chez les juges et conduire à une jurisprudence peu audacieuse, voire à des reculs. Enfin, elles sont parfois contraintes de chercher à obtenir ou conserver des

moyens correspondant à leur charge de travail. Le budget est un instrument de contrôle par les États et certaines juridictions doivent convaincre les États d'octroyer des contributions volontaires supplémentaires, avec les risques que cela implique en termes d'indépendance et d'impartialité.

À ce défi d'éviter le démantèlement des mécanismes de règlement des différends internationaux, s'ajoute celui de l'exécution des décisions de justice. Cela concerne bien sûr la reconnaissance des jugements étrangers (v. Harmonie – coordination des justices nationales) et de l'exécution des sentences arbitrales, y compris quand elles sont dispensées d'exequatur. À ce sujet, le maintien de l'homogénéité actuelle de la mise en œuvre de la Convention de New York de 1958 est un défi.

Scénario du repli

Il serait possible que les États se désengagent des systèmes juridictionnels multilatéraux pour opérer un repli soit sur des systèmes régionaux, soit sur le système juridictionnel national. Les systèmes multilatéraux semblent globalement en danger du fait du recul de la participation des États, dont témoigne d'ailleurs la multiplication des défauts de comparution de certains États devant les juridictions internationales (arbitrage

interétatique – *Artic Sunrise, Mer de Chine du Sud* – et règlement judiciaire interétatique – *Ukraine c. Russie* et *Iran c. États-Unis*) et de la coopération des États avec la justice internationale, notamment pénale (CPI et mandat d'arrêt *Al Bashir*). Or, dans ce dernier cas, la coopération est cruciale dans la mesure où la Cour pénale internationale ne peut pas juger par contumace.

Le repli sur la justice nationale est une hypothèse plausible. Le juge national est aussi juge du droit international et du droit régional. La jurisprudence *Achmea* et ses suites montrent que c'est désormais le juge national qui est chargé de connaître des litiges intra-européens de protection des investisseurs en application du droit de l'Union européenne.

En arbitrage d'investissement, des propositions prônent le retour vers l'épuisement des voies de recours internes, pour limiter des recours internationaux dont la supposée rapidité, la dépolitisation et la mise sur un pied d'égalité des parties sont pourtant les principaux motifs d'existence.

Scénario de l'éclatement

L'arbitrage d'investissement est un laboratoire particulièrement pertinent du scénario de l'éclatement. Cette forme d'arbitrage

vit peut-être sinon un déclin inexorable, du moins une transformation durable. Néanmoins, l'arbitrage trouve ici son fondement dans des traités internationaux et dépend ainsi du bon vouloir des États. Il se peut alors que le contentieux de l'investissement soit extrêmement diversifié à l'avenir. L'arbitrage n'a plus droit de cité pour les litiges intra-européens, les juridictions nationales étant alors normalement compétentes. À l'échelle internationale, ce contentieux pourrait être traité par une nouvelle juridiction internationale si une cour multilatérale d'investissement devait être créée. Mais rien n'empêcherait des États de ne pas accepter la compétence de cette cour et de continuer à recourir à l'arbitrage *via* des TBI. À cela s'ajoutent les procédures dites d'arbitrage dans les nouveaux traités de libre-échange et de protection des investissements (ex. CETA), sans compter le sort incertain de l'arbitrage au titre de la Charte de l'énergie. On peut donc envisager un système encore plus complexe et imprévisible qu'à l'heure actuelle.

Scénario de la déjuridictionnalisation

Dans ce scénario, les États se détournent durablement du mode de règlement juridictionnel des différends au profit de modes amiables/diplomatiques dont la caractéristique est d'être très

faiblement contraignants. La récente paralysie de l'Organe d'appel de l'OMC illustre bien cette hypothèse de déjuridictionnalisation puisque les propositions de réforme s'orientent vers un retour vers la conciliation judiciaire du GATT. Les objectifs de protection par l'internationalisation de valeurs considérées comme supérieures, ou de dépolitisation du règlement des différends se trouvent alors fortement compromis. Le défi est de sensibiliser au fait que le règlement juridictionnel des différends est le corollaire de l'interdiction du recours à la force et contribue à égaliser les chances en mettant à distance les rapports de puissance.

La déjuridictionnalisation a également un côté prospectif. De nos jours, quand les États négocient des systèmes conventionnels, ils tendent à y insérer plutôt des mécanismes de conformité (« *compliance* ») ou de suivi de la mise en œuvre (« *monitoring* ») que des mécanismes juridictionnels de règlement des différends. L'Accord de Paris sur le changement climatique l'illustre bien, qui, à la suite de l'opposition de certains États, ne crée plus qu'un « mécanisme pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions » de l'Accord.

Scénario de la création de nouvelles juridictions

De nouvelles juridictions internationales seraient envisageables, à la condition d'une volonté politique en ce sens. Dans cette perspective, devant le constat d'un monde particulièrement divisé, seuls des États partageant les mêmes convictions et convaincus des bienfaits et mérites du droit international pourraient trouver un accord entre eux. Cela favoriserait les juridictions régionales, niveau où il est aisé de trouver une certaine homogénéité.

Il serait ainsi possible de proposer la **création de juridictions internationales dans le domaine du droit privé**. La proposition a été faite récemment par Maya Steinitz en matière civile (*The Case for an International Court of Civil Justice*, Cambridge University Press, 2019). On pourrait aussi imaginer la création d'une juridiction internationale pour les affaires commerciales, une forme de tribunal de commerce international. Il faudrait cependant s'entendre sur le champ de compétence de telles cours et leur donner les moyens matériels, financiers et humains de fonctionner. Cette voie semble difficile à explorer car l'arbitrage répond, en l'état, à ces enjeux, dispensant ainsi les États de s'engager dans un processus complexe et coûteux de création de nouvelles juridictions internationales dédiées au droit privé.

La création d'une **cour internationale chargée du contrôle des sentences arbitrales rendues en matière commerciale** pourrait également être imaginée. Cette cour serait compétente pour apprécier les recours contre les sentences et pourrait délivrer un exequatur à effet international. L'avantage serait d'uniformiser le contrôle, en ne le faisant plus dépendre des particularismes nationaux. Outre la question des moyens (matériels et humains), il faudrait cependant s'accorder sur des chefs de contrôle commun et des modalités de contrôle uniformisées.

La création d'une **cour internationale des droits humains** est une idée désormais ancienne. Pour l'heure, seules des cours régionales fonctionnent en la matière. Un système juridictionnel de protection des droits humains à l'échelle internationale serait ainsi un pas vers l'effectivité de ces droits. Il faudrait cependant, là encore, un accord politique fort, au moment même où la démocratie tend à reculer dans certaines zones géographiques et où les cours régionales elles-mêmes sont critiquées par certains États qui ont pourtant accepté de se soumettre à leur juridiction.

La création d'une **juridiction internationale en charge du contentieux environnemental** a également déjà été envisagée. Là encore, il faudrait se mettre d'accord sur le champ de compétence d'une telle juridiction. Le défi serait alors de surmonter

la réticence des États, dont témoigne l'absence d'utilisation de la chambre spéciale pour les questions d'environnement à la CIJ (créée en 1993 et mise en sommeil en 2006) et le très faible recours au TIDM pourtant doté de compétences explicites en la matière. En toute hypothèse, les enjeux environnementaux sont transversaux et, en cela, ne méritent pas nécessairement une juridiction spécialisée. Au contraire, l'environnement étant désormais présent dans à peu près toutes les disciplines juridiques, c'est peut-être plus une logique d'intégration dans le contentieux existant qu'il convient de privilégier.

La création d'une **cour multilatérale des investissements** est une hypothèse sérieuse, car elle est portée notamment par l'Union européenne. Si cette cour devait voir le jour, se poserait un problème d'articulation avec les autres systèmes juridictionnels de protection des investissements (v. *supra*, le scénario de l'éclatement).

Le déclin des régimes multilatéraux risque d'entraîner une réduction du règlement juridictionnel à des **organes ad hoc**, sous forme de tribunaux spéciaux. Dans le même temps, la création de juridictions *ad hoc* (régulièrement utilisées en matière pénale) est une voie sans doute plus praticable que la création de cours permanentes.

Scénario d'une paupérisation de la justice nationale

La coordination entre justices nationales et le degré de confiance accordé à la justice d'autrui dépendent du bon fonctionnement du système judiciaire. Il est possible que la justice nationale se paupérise, tant dans les États développés que dans les États en développement. Dans les États développés, les budgets de la justice sont contraints et on assiste à une forme de privatisation larvée par le recours à des modes non juridictionnels destinés à désengorger les tribunaux, outre une déjuridictionnalisation dans certaines matières. Dans les États en développement, la capacité des États d'instaurer une justice, tant sur le terrain civil que pénal, apte à inspirer une confiance légitime, base de la coopération judiciaire, est sujette à questionnement. Certes, il existe à ce jour des programmes de développement de la justice et un rapporteur spécial des Nations unies sur l'indépendance des juges et des avocats a été nommé. Malgré les efforts entrepris, il y a un risque de marginalisation de certaines justices nationales dans le contexte d'une justice globalisée.

De manière générale, la confiance dans la justice étrangère ne peut reposer que sur une justice fiable, indépendante et mise à l'abri de la corruption. C'est pourquoi pour renforcer à l'échelle internationale une coopération judiciaire digne de ce nom, il

semble nécessaire d'investir massivement dans des programmes de formation des magistrats et dans des programmes d'amélioration, voire de refonte de la justice. À défaut, le contre-scénario serait un délitement de la justice nationale, une justice au rabais et délaissée, incapable d'assurer les défis d'une bonne justice, spécialement dans les matières internationales.

Scénario d'une litigiosité accrue

Les procédures internationales risquent de devenir de plus en plus contentieuses et âpres. On assiste à une multiplication des défauts d'États défendeurs dans le contentieux interétatique (par exemple celui de la Russie dans le contentieux porté devant la CIJ par l'Ukraine ou celui de la Chine dans le contentieux soumis à arbitrage par les Philippines). Dans l'arbitrage, les tactiques de « guérilla » se sont également multipliées. Les difficultés d'exécution d'une décision de justice à l'échelle internationale sont sérieuses et risquent de s'aggraver. C'est ici un problème d'effectivité du système juridictionnel qui est posé.

B - La machine

Scénario de la numérisation des modes de règlement des différends

L'usage du numérique ne va cesser de se développer dans tous les domaines du contentieux international. L'avenir est assurément à une dématérialisation, du moins partielle, des procédures. La pandémie de Covid-19 a montré qu'il était possible de basculer vers des solutions procédurales numériques qui ont permis d'assurer la continuité du règlement des différends (avec l'apparition de nouveaux prestataires de services spécialisés dans des techniques d'audience en ligne). Il existe des **avantages**, surtout en matière internationale (le procédé simplifie les échanges et dispense de voyages longs et coûteux, à forte empreinte carbone). Le numérique facilite aussi la production de documents. Certaines cours internationales ont d'ailleurs dès l'origine décidé d'être « sans papier » (*paperless courts*, comme la CCJ ou la CPI).

Néanmoins, des **risques** existent (outre des inconvénients pratiques liés, par exemple, au décalage horaire). Tout d'abord, la réunion physique des intervenants à un procès semble irrem-

plaçable, notamment au moment de l'audience (et en particulier lors de l'interrogation des témoins). La dématérialisation porte atteinte à la dimension symbolique de la justice et à sa visibilité.

Ensuite, l'usage du numérique pour la production de pièces incite les parties et leurs conseils à une production massive de documents. L'usage du numérique pour la phase probatoire pourrait donc être encadré et faire par exemple l'objet d'un protocole en début de procédure. Des procédures hybrides (mi-virtuelles, mi-présentielles) sont peut-être envisageables, sous réserve d'assurer strictement l'égalité des parties, mais aussi l'égalité entre les juges ou arbitres.

Dans la mesure où le numérique se développe dans le règlement des différends internationaux, il convient de réfléchir à la mise en place de protocoles de cybersécurité, comme ont dû le faire par exemple les cours internationales « sans papier » (qui ont également dû équiper leurs juges et leur personnel des outils informatiques adéquats). Dans cette perspective, le *ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration* de 2019 est une initiative intéressante. Il serait également souhaitable d'accroître la sensibilité des acteurs des procédures internationales aux risques liés à la communication numérique.

Scénario du juge robot

Les outils de l'intelligence artificielle ne vont cesser de se développer dans le domaine du contentieux international. Dans ce contexte, le « juge robot » a deux facettes. D'une part, va-t-on vers un **remplacement de l'être humain par la machine** ? Il y aurait à l'avenir des juges robots (ou des arbitres robots), l'intelligence artificielle se substituant à l'être humain et rendant à sa place une décision, notamment dans les contentieux de masse et/ou répétitifs. Outre la faisabilité pratique qui fait l'objet d'un questionnement sévère, le risque est celui d'une dés-humanisation de la justice avec des solutions rigides reproduisant à l'infini des biais antérieurs. L'autre possibilité est celle d'une **combinaison entre l'être humain et la machine**, l'intelligence artificielle étant alors conçue comme une aide à la décision. Il est en toute hypothèse nécessaire de produire de la connaissance et de l'expertise sur ce sujet, notamment en invitant juristes et informaticiens (plus largement, tous les métiers liés à l'intelligence artificielle) à travailler de concert. La nouvelle figure du tiers impartial remplacé ou aidé par la machine transfigure dans tous les cas les cadres classiques du procès, notamment par l'atténuation, voire la disparition de l'oralité.

Il est néanmoins possible que l'action aille plus vite que la réflexion. Les **mécanismes de résolution des litiges en ligne** (ODR), qui répondent au caractère ubiquitaire du web et concernent essentiellement le commerce électronique pour des transactions de faible valeur et des parties géographiquement éloignées, se sont développés très rapidement. Ils incluent des processus aussi divers que les programmes d'ombudsman, la gestion de conflits, la négociation assistée, la négociation automatisée, l'expertise arbitrale et la simple évaluation par une tierce partie, la médiation, la médiation-arbitrage, l'arbitrage, les cybertribunaux et les programmes de consommateurs, qui font, dans de nombreux cas, appel à l'assistance d'un ordinateur et à un certain degré d'automatisation.

L'autre facette du juge robot est plus indirecte. Elle découle du **développement de bases de données** grâce auxquelles on peut déjà établir un profilage dans le cadre du choix des arbitres (de manière à aider les parties à sélectionner le « meilleur » arbitre ou à adapter leurs plaidoiries aux arbitres désignés en tenant compte des décisions qu'ils ont précédemment rendues). Ces pratiques sont susceptibles de se généraliser à d'autres modes de règlement. En l'état actuel des choses, ces bases de données sont mises en place par des sociétés privées (des *legaltechs*, qui

s'apparentent à des *start-ups* de la justice), ce qui engendre un risque supplémentaire de privatisation de la justice.

Dans le même temps, des recherches sont conduites sur l'intelligence humaine. En effet, les sciences cognitives s'intéressent à la fonction de juger et tentent de révéler les biais cognitifs pouvant affecter la liberté de jugement d'un juge ou d'un arbitre. Une meilleure compréhension du fonctionnement du cerveau (conscient et inconscient) permettrait sans doute d'améliorer la fonction de juger.

C - La morale

Scénario de la diversité

Le droit international en général et le règlement des différends en particulier sont largement une construction occidentale. Cette histoire pèse encore, notamment au regard des enjeux en termes de diversité. Devant le constat sociologique de l'absence de diversité des acteurs de la justice internationale (juges, arbitres, conseils, etc.), la voie est ouverte vers des politiques visant à accroître cette diversité. Le but est de lutter contre le modèle du « *white old Western men's club* » (ou de l'arbitre « *pale,*

male and stale ») et contre l'endogamie de cercles qui s'avèrent en définitive assez petits et difficiles à pénétrer. La diversité se conçoit à ce titre de manière multiple : selon le genre, l'origine géographique, l'âge, la situation de handicap, etc.

La question de l'**origine géographique** se pose différemment selon que l'on considère les juridictions permanentes dont les statuts comportent une exigence de représentativité, ou l'arbitrage, sous réserve de prendre également en compte l'éducation, la culture, la compétence et l'expérience (ce qui implique, en parallèle, la possibilité de programmes de formation).

La question de l'**âge** s'avère délicate car soumise à des impératifs contradictoires. Il y a un intérêt à nommer des juges relativement seniors dont le mandat marquera la fin de leur activité professionnelle, ce qui est considéré comme favorisant une plus grande indépendance. Se pose alors la question d'une éventuelle limite d'âge – à l'instar de la limite de 70 ans introduite dans l'article 21 de la CEDH par le Protocole 11, remplacée par une limite de 65 ans pour les candidats (Protocole 14). Ce dispositif reste néanmoins isolé. À l'inverse, on note une tendance à nommer des juges jeunes, qui est supposée favoriser un certain pluralisme, mais qui peut poser le problème de leur reconversion, en particulier en cas de mandat non renouvelable.

Plus généralement, il est ainsi possible de prévoir des engagements des acteurs de terrain, par exemple les centres d'arbitrage, en vue de diversifier les profils des juges et des arbitres. L'*arbitration pledge* en vue d'accroître la place des femmes dans l'arbitrage (<http://www.arbitrationpledge.com>) est un exemple d'initiative qui va se développer à l'avenir. La forme la plus radicale serait l'instauration de quotas, notamment en raison du **genre**. Il est possible d'assigner en toute hypothèse un objectif de parité de genre de 50 % chez les juges internationaux et les arbitres comme le prône la campagne GQUAL. Les institutions d'arbitrage font des efforts réels pour nommer des femmes, parvenant en moyenne à en nommer entre 15 et 20%, mais les parties s'avèrent beaucoup plus conservatrices – environ 5%.

Mise à part la CPI dont le statut inclut une règle d'équilibre des genres dans la composition et la CADHP qui est soumise à une règle d'égalité des genres appliquée strictement, augmenter la diversité est un défi pour toutes les juridictions internationales permanentes (nombre de femmes par rapport au nombre de juges (en septembre 2022) : CEDH : 14/46 ; CJUE : 6/27 juges et 3/10 avocats généraux ; CIJ : 4/15 ; CIADH : 1/7). Même dans les cours dans lesquelles il existe une phase internationale de procédure de nomination comme la CEDH, la lutte reste permanente pour que les États proposent des candidates, dont

peu deviennent des juges. Les constats sont encore plus frappants lorsque l'on examine les bureaux et présidences des juridictions (par exemple entièrement masculins à la CPI alors que la Cour est paritaire après l'élection de 2021). Un défi supplémentaire sera la prise en compte des identités de genre au-delà de la distinction binaire hommes/femmes.

Enfin, le défi de la diversité est également linguistique. **Les langues** du contentieux international sont l'anglais, de façon dominante, le français, en décroissance, et l'espagnol. Beaucoup d'acteurs de la justice internationale ne travaillent pas dans leur langue maternelle, ce qui donne un avantage implicite à ceux dont la langue maternelle est langue de travail. Or, il est difficile de raisonner dans toutes les langues avec les mêmes concepts juridiques. À travers la langue sont véhiculées des significations en lien avec des systèmes juridiques spécifiques, certains d'entre eux voyant ainsi leur influence surdimensionnée, en dépit de toute règle de représentativité. Cela contraint largement les parties à choisir des conseils qui maîtrisent les langues de travail des juridictions et des tribunaux arbitraux.

Même lorsque les juridictions offrent la possibilité de plaider dans plusieurs langues, voire sa langue maternelle comme la CJUE, cela génère des coûts et des difficultés pratiques considérables (recrutement de traducteurs ou interprètes possédant

aussi les connaissances juridiques nécessaires). En pratique, certaines langues de travail sont donc évincées au profit d'autres (CPI, CADHP), à l'exception de la CJUE mais au prix d'un investissement financier considérable. Certains contentieux, comme le domaine pénal, multiplient le nombre de langues impliquées au sein d'une même procédure (témoins, accusés, langues de travail de la Cour), rendant illusoire une diversité linguistique permanente.

Scénario du renforcement de l'éthique

La lutte contre les **conflits d'intérêts** est devenue un sujet majeur du statut des juges/arbitres internationaux (de manière à préserver la figure du tiers « impartial et désintéressé » au sens donné par Kojève). Dans l'arbitrage d'investissement, cette question est au cœur même des préoccupations des acteurs, comme le montre le projet de Code de conduite préparé sous l'égide conjointe du CIRDI et de la CNUDCI. Des pratiques comme les « portes tournantes » (« *revolving doors* ») et les doubles-casquettes (« *double-hatting* ») suscitent d'importants débats, tout comme les conflits d'intérêts intellectuels (« *issue conflicts* »). Les universitaires engagés dans la pratique ont tendance à neutraliser leurs écrits scientifiques pour éviter d'être exposés

à des demandes de récusation. Cela entraîne une perte pour la recherche quand ils le font, et génère à l'inverse des conflits d'intérêts intellectuels quand ils ne le font pas.

Dans l'arbitrage comme devant les juridictions permanentes, la question des **standards éthiques** se pose aussi pour les conseils qui ne sont soumis à aucune règle s'ils n'appartiennent pas à un barreau national (à l'exception de la CPI).

La question des standards éthiques se pose aussi pour les membres des juridictions permanentes. Certaines juridictions se sont dotées de codes éthiques qui correspondent à ce qu'on peut considérer comme les normes contemporaines. Un certain nombre d'entre elles imposent une exclusivité à leurs juges et soumettent leurs activités secondaires, comme la publication d'articles ou la participation à des conférences, à autorisation, mais de telles obligations sont difficiles à imposer aux juges qui n'ont pas un mandat à temps complet et doivent simplement rester à la disposition de la juridiction (TIDM). Certaines juridictions permanentes, comme la CIJ, et l'arbitrage interétatique en restent à des règles anciennes, sur le déport ou la récusation, et des pratiques qui ne sont plus adaptées (même si la CIJ a en 2018 entendu mettre fin à la pratique de certains de ses juges en matière d'arbitrage d'investissement). Par exemple, des

progrès pourraient être réalisés en matière de communications *ex parte* et de respect du secret du délibéré. Toutes ces questions trouvent écho dans la problématique d'endogamie déjà évoquée.

Va-t-on vers un renforcement des préoccupations éthiques ? Dans l'affirmative, comment améliorer les règles existantes ? L'une des pistes serait de doter les juges/arbitres de règles éthiques, voire d'un véritable statut (plusieurs juridictions internationales ont des codes de conduite : Règles de conduite pour le Memorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) - 1996, Code d'éthique judiciaire de la CPI - 2005, Code de conduite des membres et anciens membres de la CJUE - 2016, Résolution de la CEDH sur l'éthique judiciaire - 2008, Code de conduite des juges du Tribunal administratif des Nations unies et du Tribunal d'appel des Nations unies - 2011, Code de conduite judiciaire de la CCJ - 2013, Code du Mécanisme résiduel international pour les tribunaux pénaux internationaux - 2015, modifié en 2018). Dans le même temps, l'obligation de révélation est, peut-être, allée trop loin en matière d'arbitrage pour ce qui a trait à l'étendue des informations à révéler pour prévenir et gérer les conflits d'intérêts. Une plus grande précision des standards en matière d'éthique devrait être accompagnée d'une meilleure définition,

voire d'une réforme, des mécanismes de contrôle de leur respect et d'une clarification des éventuelles sanctions, face aux limites évidentes d'un contrôle par les pairs pas toujours suffisamment exigeant. Un juste milieu est à trouver, d'autant plus difficilement dans l'optique d'une pratique internationalisée.

À la frontière des questions éthiques se trouve aussi le défi de l'écriture des décisions de justice et sentences arbitrales. Le **rôle des acteurs invisibles de la justice** – greffiers, secrétaires de tribunaux, assistants de juges et référendaires, secrétariat des institutions – devrait être mieux défini et plus transparent. La question a été récemment publicisée concernant les sentences arbitrales (cf., par exemple, le cas du secrétaire de tribunal qui aurait été « le quatrième arbitre » dans l'affaire *Yukos*), mais elle s'étend à d'autres contentieux. L'explosion du nombre des affaires auxquelles sont confrontées certaines instances juridictionnelles conduit structurellement les juges ou les arbitres à déléguer l'élaboration des projets de décision à ces acteurs qui acquièrent ainsi une influence non prévue et dont les parties ne sont pas nécessairement conscientes. On retrouve le problème de l'altération de la figure du tiers impartial, de confiance dans la justice, et un risque de conservatisme d'autant plus grand que les juges ou arbitres ne le sont pas par profession ou de façon permanente, ou sont surchargés. Le problème

est poussé à son paroxysme avec le recours aux algorithmes, le tiers devenant machine. Toute aide à la rédaction qu'elle soit humaine ou artificielle ne doit bien sûr pas être rejetée, mais le défi est de trouver l'équilibre qui préserve l'intégrité du tiers impartial.

Scénario d'une écologisation de la pratique

Les parties prenantes au contentieux international réfléchissent à l'impact environnemental de leur activité. En particulier, une initiative a été lancée : *Greener arbitrations* de manière à réduire l'impact négatif de l'activité arbitrale sur l'environnement (notamment en privilégiant les solutions numériques au lieu de la production papier). Les préoccupations sociétales des personnes impliquées dans le règlement des différends internationaux (juges, arbitres, avocats, centre d'arbitrage, etc.) vont aller croissant. Les mêmes évolutions vont sans aucun doute affecter les juridictions permanentes. Le défi consistera alors à éviter que **l'écologisation des procédures** ne soit en réalité de l'écoblanchiment/blanchiment écologique. La numérisation qui est prise comme exemple d'un progrès écologique, si elle permet effectivement une économie de papier et une réduction de l'empreinte environnementale des transports, reste très coûteuse

en énergie et polluante (en raison, par exemple, de l'impossibilité de recyclage des batteries ou de la surexploitation des terres rares indispensables pour fabriquer les outils numériques).

Scénario d'une responsabilité sociétale des acteurs du règlement des différends

Les scénarii précédents (diversité, éthique, écologisation) se rapportent à l'idée commune d'une forme de responsabilité sociétale des différents acteurs du règlement des différends à l'échelle internationale. Ces acteurs, principalement les juges, les arbitres et les conseils, auront ainsi une conscience accrue du rôle sociétal qu'ils jouent dans une activité humaine d'un type particulier : rendre la justice. Cela implique des changements dans les pratiques, et donc dans les habitudes et les mentalités. C'est une prise de conscience globale du rôle sociétal joué et de la responsabilité qui en découle (le terme anglais *d'accountability* étant ici approprié) qui devrait animer les acteurs. Elle doit être mise en balance, dans une certaine mesure, avec les exigences d'indépendance et d'impartialité.

Au-delà, cette prise de conscience ne devrait-elle pas conduire à une **transformation du rôle des juges/arbitres**, spécialement des arbitres ? Ne deviendraient-ils pas ainsi des « régulateurs »,

au-delà du seul rôle de juges des parties ? Les tâches de régulation se réfèrent à des enjeux sociétaux, comme le respect de l'environnement ou des droits humains (ce qui est particulièrement sensible dans les litiges relatifs à l'industrie extractive). C'est dans la substance des décisions, et non pas seulement dans les pratiques suivies, que cette transformation pourrait se réaliser. Elle pourrait ainsi se faire par une prise en compte accrue des enjeux sociétaux dans la solution donnée au fond (par exemple par l'usage de l'ordre public transnational). Elle pourrait également impliquer une ouverture accrue du prétoire à l'intervention des tiers intéressés (ONG, communautés locales, États tiers, etc.).

Ce défi se heurte à des résistances, notamment la critique que les juges/arbitres deviendraient ainsi implicitement des agents de mise en œuvre des politiques étatiques. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement en particulier, le fait de ne pas prendre en compte la transversalité des problématiques liées à l'environnement ou aux droits humains pourrait conduire à une forme de discrimination à rebours par rapport aux investisseurs soumis au juge national.

Dans la mesure où les juges/arbitres ont une responsabilité sociétale, peut-être ne doivent-ils pas être seulement des ju-

ristes, comme l'illustre la nomination d'un spécialiste de l'eau dans l'affaire *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan / Inde).

D - L'argent

Scénario d'une maîtrise des coûts des procédures

Les procédures internationales coûtent cher. Concernant l'arbitrage, il est sans doute possible de laisser faire dans une logique de marché permettant de trouver un équilibre entre l'offre et la demande. Mais c'est précisément cette logique de marché qui, selon certains points de vue, vicie l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage est critiqué pour son coût, et l'hypothèse d'une désaffection des utilisateurs sur ce fondement est plausible. L'enjeu financier se traduit notamment par une production exagérée de pièces et conclusions et une complexification artificielle des procédures par les conseils des parties, auxquelles les arbitres ne mettent pas de frein. Cela semble moins problématique pour l'arbitrage commercial en ce qu'il ne met pas aussi directement l'intérêt général en cause, puisqu'il n'implique en principe que des intérêts et parties privés. Toutefois, l'action

croissante des États à travers des « entités appartenant à l'État » (« *State-owned entities* ») contribue à brouiller les distinctions. En définitive, ces phénomènes sont un facteur de réflexion sur l'opportunité d'une judiciarisation accrue du règlement de ce type de différends au soutien de laquelle l'UE développe une méthode incrémentale à travers ses accords externes.

De plus, des efforts sont d'ores et déjà faits pour **réduire les coûts d'un arbitrage** (ex. par la nomination d'un arbitre unique, essentiellement en arbitrage commercial), mais des efforts supplémentaires seraient envisageables (ex. plafonnement des honoraires des arbitres, mise en place d'un forfait, etc.). Dans le même temps, les coûts principaux d'une procédure d'arbitrage concernent surtout les honoraires des conseils. Une étude conduite sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a ainsi montré que les coûts globaux d'un arbitrage étaient représentés à 83 % par les frais engagés les parties (dont les frais de conseils, mais également ceux des experts, etc.), les honoraires des arbitres représentant 15 % et les frais administratifs des centres d'arbitrage 2 % (*ICC Arbitration and ADR Commission Report on Decisions on Costs in International Arbitration*, 2015). Est-il dans cette perspective possible de trouver une solution sans remettre en cause la logique de marché ? En toute hypothèse, cette logique de marché ne signifie pas pour

autant qu'un procès devant les juridictions internes serait moins coûteux, notamment lorsqu'il implique de se familiariser avec un système juridictionnel étranger, outre les coûts d'accès à certaines justices nationales qui peuvent être très élevés.

Les juridictions permanentes sont toutes contraintes de maîtriser leurs coûts en raison des limites posées à leur **budget** par les États. Le défi est pour elles de garder la qualité de la justice rendue, tout en aménageant les procédures pour les rendre plus économiques alors que le contentieux explose en raison du « droit » à l'accès à la justice. La contrainte est si forte pour les juridictions des droits humains qu'elle conduit à une diminution, voire une quasi-disparition des audiences avec l'effet paradoxal d'une moindre présence de l'humain dans un contentieux pourtant dédié à sa protection.

Scénario d'une amélioration des conditions d'accès à la justice internationale.

Les situations d'impécuniosité des parties ne sont plus des hypothèses d'école. Elles affectent le **droit d'accès à la justice**, par ailleurs droit fondamental. Il serait possible de ne rien faire et considérer la situation comme non problématique (par exemple en matière d'arbitrage en considérant que les parties

restent liées par la convention d'arbitrage qu'elles ont conclue, au nom de la force obligatoire de celle-ci). L'autre possibilité serait d'accroître les possibilités concrètes d'accès à la justice internationale. La création de **fonds d'assistance** (comme il en existe devant le TAS ou la CPA, mais aussi devant la CIJ - Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice – ou le TIDM – Fonds d'affectation spéciale pour le TIDM – et dans le cadre de l'OMC, au moyen d'une organisation internationale distincte comme le Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC) est une hypothèse d'évolution. Dans l'arbitrage commercial, les centres d'arbitrage pourraient réfléchir sérieusement à la création de tels fonds.

La question des coûts liés à l'accès des tiers aux procédures est aussi importante. Si, dans la justice interétatique, la règle est que chacun supporte ses propres coûts, cela reste un défi dans les contentieux mixtes et le problème se pose avec acuité pour l'arbitrage d'investissement, notamment dans les affaires qui impliquent les intérêts des populations locales. Parmi les possibilités envisagées, figure la répartition des coûts de telles interventions à parts égales entre l'investisseur et l'État.

Le phénomène de financement par un **tiers financeur** (« *third-party funding* ») génère un certain nombre de difficultés, notamment

de pratiques prédatrices de la part de certains tiers financeurs qui cherchent à maximiser leur « investissement » dans le différend au détriment des parties qu'ils financent. Cela conduit certains acteurs à souhaiter introduire un cadre de règles obligatoires (Rapport Voss, approuvé par le Parlement européen, qui prévoit de plafonner la rémunération des tiers financeurs) tandis que d'autres États continuent une politique de libéralisation (par exemple Singapour). Des obligations de transparence apparaissent également, de manière à révéler l'intervention d'un tiers financeur (ex. dernière version du règlement d'arbitrage de la CCI et du règlement d'arbitrage du CIRDI). La généralisation d'une telle transparence pourrait permettre une économie de procédure, en particulier lorsqu'une partie demande cette révélation et que l'autre partie s'y refuse.

Scénario d'une amélioration de l'effectivité des décisions de justice

Lorsqu'un juge ou un arbitre condamne à payer une somme d'argent, l'exécution et le paiement effectif de cette somme sont problématiques à l'échelle internationale. Il est ainsi possible de réfléchir à des voies d'amélioration de l'effectivité des condamnations à payer des sommes d'argent. Les arbitres, par

exemple, pourraient utiliser, au moins lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la technique des « *securities for claims* ». Les **technologies nouvelles**, à l'instar de la *blockchain*, pourraient aussi être utilisées en vue de mettre en place un paiement automatisé. Mais, dans le même temps, ne doit-on pas limiter l'effectivité d'une décision de justice, si elle s'avère injuste ? Le thème de l'effectivité des décisions de justice doit être rapporté à celui des voies de contestation possibles.

Concernant les juridictions permanentes, la question de l'effectivité des décisions se pose de plusieurs manières. Certaines juridictions disposent de **fonds d'indemnisation des victimes**, comme le Fonds de la CPI au profit des victimes. Celui-ci se substitue à des accusés très généralement devenus indigents, de façon souvent organisée. L'objectif de réparation n'est alors atteint que grâce à des contributions étatiques purement volontaires.

D'ailleurs, même quand ce sont les États qui sont directement condamnés à réparer les dommages causés, la justice internationale se heurte au problème de la volonté comme de la capacité de ces derniers à s'acquitter de leurs obligations (outre l'obstacle bien connu des immunités d'exécution). La récente prise de conscience autour des indemnisations disproportion-

nées par rapport aux moyens des États concernés (« *crippling compensation* ») va jusqu'à remettre en cause le principe de réparation intégrale sur lequel est fondée la responsabilité internationale.

Scénario d'une maîtrise de la sophistication des procédures

La sophistication des procédures est à la fois quantitative et qualitative. Du point de vue qualitatif, elle conduit à faire une place croissante aux batailles de procédure. Du point de vue quantitatif, cela conduit à des dérives inflationnistes. Penser des mesures qui permettraient de les contenir reste un défi. Une option serait de **réduire les plaidoiries écrites** en considérant que le second tour a généralement une faible valeur ajoutée par rapport à son volume. S'il est maintenu, il devrait être limité à des clarifications ou ajouts indispensables. Une autre option serait de **limiter les audiences** aux questions que les arbitres ou juges souhaitent encore poser (la CIJ a récemment décidé de limiter l'audience à la réponse à deux questions dans l'affaire de la délimitation maritime *Nicaragua c. Colombie*). Il est en outre difficile d'amener les parties à réduire le volume des documents produits en raison de l'intérêt financier, notamment

des conseils, ou de la susceptibilité des parties (notamment dans le contentieux interétatique). Cet aspect quantitatif recoupe la question de la maîtrise des coûts.

L'arbitrage est critiqué par ses utilisateurs. Outre qu'il est coûteux, il est devenu également long et complexe, les procédures d'arbitrage étant gagnées par un processus de « sophistication ». L'avenir de l'arbitrage passe nécessairement par une remise à plat des méthodes procédurales, en revenant à une logique de souplesse. Les arbitres et les conseils trouveraient avantage à travailler non pas sur des méthodes standardisées, mais au plus près des spécificités du cas. L'objectif serait de « désencastrer » les procédures par rapport aux habitudes prises et de les personnaliser plus. L'articulation avec les modes amiables est aussi une question sur laquelle il est utile d'insister. Enfin, cette sophistication dans tous ses aspects est défavorable à l'accès des parties faibles (comme les petites et moyennes entreprises dans l'arbitrage). En contrepoint, le développement du règlement des différends en ligne (ODR) s'explique bien, en termes d'accessibilité, de simplicité et de rapidité.

Enfin, s'ajoute la question des **contentieux complexes**, soulevant des questions techniques qui suscitent l'augmentation de l'appel à des experts (qui serait probablement encore plus nécessaire dans les contentieux climatiques). Si les **experts** prennent

tous un engagement d'impartialité, il subsiste néanmoins des doutes s'agissant des experts amenés par les parties, dont le rôle est logiquement d'appuyer le point de vue de la partie qui les a embauchés. Les cours et tribunaux arbitraux peuvent eux-mêmes recourir à des experts qu'ils choisissent. Mais ces choix doivent généralement être longuement justifiés (le règlement des différends de l'OMC en fournit de nombreux exemples, notamment en matière sanitaire) et sont facilement contestés par l'une ou l'autre partie. Un recours à la fois plus aisé et bien encadré du recours à des experts par les juges et les arbitres pourrait être envisagé, même si l'exemple du règlement des différends de l'OMC, qui est doté d'un protocole sophistiqué, montre que cela n'empêche pas les contestations des parties.

Les experts du quantum en arbitrage méritent également que l'on s'intéresse à eux, dans la mesure où ils sont ressentis comme rendant encore plus complexes des questions déjà complexes. Les débats sur les méthodes de calcul confirment le malaise.

Cela pose de façon plus générale le problème d'un comportement plus actif des juges et arbitres qui tendent à ne pas utiliser les pouvoirs d'instruction dont ils sont pourtant dotés. Le manque ou l'insuffisance de procédures d'établissement **des faits** (*fact-finding*) dans un certain nombre de juridictions internationales est largement débattu. Pourtant, le développement

de telles attributions pourrait sans doute être justifié par la théorie des pouvoirs inhérents.

Scénario d'une professionnalisation accrue

La professionnalisation de l'arbitrage est une réalité, de plus en plus d'arbitres en faisant un véritable métier. Cette tendance va assurément se renforcer à l'avenir. Il y a des points positifs et négatifs. Parmi les premiers, notons la compétence des arbitres dans la conduite de procédures, généralement à forts enjeux financiers. Parmi les seconds, relevons une tendance à reproduire des schémas standardisés. Le pendant de la professionnalisation se trouve probablement dans l'éthique professionnelle.

La montée de l'intolérance à certaines pratiques, comme la double casquette, favorise cette professionnalisation, qui conduit à des stratégies de positionnement de la part des arbitres. De plus, la diversification des contentieux, y compris par le surgissement de questions transversales, implique l'acquisition par les juges/arbitres de compétences variées.

Être juge ou arbitre international n'est pas une carrière (pré-)établie. Pour les arbitres, la professionnalisation

implique d'attirer les nominations, parfois au prix d'un profilage – par exemple « pro-État » ou « pro-investisseur » en arbitrage d'investissement. La situation n'est pas fondamentalement différente pour les membres des juridictions permanentes, qui doivent avoir des stratégies de réélection quand leur mandat est renouvelable ou de positionnement pour la suite de leur parcours professionnel. La réflexion quant à ces défis implique de prendre en compte les débats sur des mandats plus longs mais non renouvelables.

E - La stratégie

Scénario d'une maîtrise du *forum shopping*

La question du *forum shopping* peut désormais sembler ancienne. Elle demeure néanmoins actuelle au regard de stratégies de sélection du for qui sont toujours à l'œuvre. Il en a été particulièrement ainsi en matière d'actions de groupe qui ont été portées devant des fors accueillants, notamment le for américain. Il en va de même au sujet du contentieux du respect des droits humains par les entre-

prises, où la saisine du juge est particulièrement stratégique. On note ici une tendance au repli du juge américain qui refuse désormais d'accueillir des actions sans lien avec les États-Unis (arrêt *Morrison* de 2010 pour les *foreign-cubed actions* et arrêt *Kiobel* de 2013 pour la mise en œuvre de l'*Alien Tort Statute*). La stratégie procédurale est de l'essence du procès et elle a tendance à s'accroître dans les affaires transnationales (du fait d'une « égalisation du terrain de jeu » - « *levelling the playing field* »). Elle n'est pas nécessairement mauvaise lorsqu'elle est la mise en œuvre de simples options de compétence. Il est impossible d'imaginer sa disparition. Il est néanmoins possible de travailler sur des **instruments de régulation** (fraude, abus, litispendance, connexité, dialogue des juges, etc.).

La question du *forum shopping* est par ailleurs ravivée par le **contentieux climatique** en quête d'un forum international, même si d'assez nombreuses juridictions nationales en ont également été saisies. Les contentieux climatiques sont utilisés par la société civile pour faire pression sur les États et les entreprises. Néanmoins, si on a recensé près de 1500 requêtes climatiques présentées en justice dans le monde depuis le début des années 2000, moins d'une centaine a donné lieu à une décision favorable aux demandeurs, mais

le 6^e rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) évoque une « dynamique progressive » (dernier volet publié en avril 2022). De plus, les actions nationales sont aussi un moyen d'accéder à des procédures internationales après épuisement des voies de recours internes (CEDH, Comité des droits de l'enfant, etc.), ou par action directe (CJUE).

D'esprit assez différent, les **restructurations de sociétés** destinées à obtenir la protection d'un TBI visent néanmoins également à sélectionner le forum le plus favorable aux intérêts d'un demandeur potentiel (*treaty shopping*), si bien que les tribunaux arbitraux ont dû développer une jurisprudence visant à neutraliser les restructurations manifestement trop opportunistes. On note aussi l'accroissement de procédures parallèles portées devant des fors différents (ex. l'arbitrage d'investissement et la CEDH, comme dans l'affaire *Yukos*), ce qui pose le problème de la litispendance et de l'autorité de la chose jugée.

Il convient également de mentionner les choix d'opportunité que les États font entre le règlement des différends de l'OMC et celui contenu dans des accords bilatéraux ou régionaux de libre-échange. Un certain nombre de différends ont ainsi été soumis, alternativement ou cumulati-

vement, par une partie ou l'autre en fonction de ses intérêts, à l'OMC et aux procédures de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA/NAFTA).

Scénario de l'urgence

Les requêtes de mesures d'urgence sont devenues de plus en plus courantes dans la plupart des contentieux. Si elles visent avant tout à éviter une aggravation du différend et des dommages irréparables, elles ne suscitent en principe qu'une procédure incidente. On peut néanmoins se demander, dans un certain nombre de cas, si la demande principale n'a pas aussi pour objectif de pouvoir demander des mesures conservatoires qui, si elles ne sont pas censées affecter la solution au fond, donnent néanmoins déjà des indications solides et rapides sur la compétence du juge ou de l'arbitre.

Mais une question reste controversée, celle de la **valeur obligatoire des mesures d'urgence/conservatoires**. La plupart des statuts ou règlements de procédure des juridictions étant muets sur la question, ce sont des juridictions elles-mêmes qui, en réaction au non-respect des mesures provisoires édictées ou pour leur donner de l'importance, ont affirmé le caractère obligatoire des mesures conservatoires, à commencer par la

CIJ (affaire *LaGrand*, 2001), suivie par la CEDH (affaire *Mamatkulov*, 2005). Un tel caractère obligatoire reste néanmoins discuté concernant l'arbitrage. Il faut en effet se demander quelle forme doit revêtir la décision ordonnant des mesures provisoires et conservatoires. La qualification de sentence est controversée, la pratique empruntant généralement la voie des ordonnances de procédure. Elle pourrait néanmoins être explorée en vue de donner plus d'efficacité à la décision (notamment par l'octroi d'un exequatur).

On rappellera que les mesures d'urgence peuvent d'autant plus se justifier que les contentieux sont longs et complexes.

Scénario du temps

Le temps est une composante essentielle des procédures juridictionnelles, le modèle du procès équitable incorporant d'ailleurs une exigence de délai raisonnable. Celui-ci semble pourtant assez peu respecté, y compris par les juridictions des droits humains pourtant chargées d'en assurer le respect par les juridictions nationales ou à l'OMC dont le Mémoire de règlement des différends prévoit un calendrier contraignant. Cela peut être dû, notamment pour les juridictions des droits humains mais aussi en arbitrage, à leur encombrement (massification

des recours, acceptation d'un trop grand nombre de nominations par les arbitres) mais doit aussi beaucoup aux **stratégies des parties**, dont certaines ne sont pas nécessairement pressées et peuvent même avoir intérêt à faire traîner le règlement de l'affaire. Elles peuvent ainsi multiplier les procédures incidentes qui peuvent amener à une bifurcation (demandes de mesures d'urgence, contestation de compétence et/ou de recevabilité, demandes reconventionnelles, etc.). Les avocats des inculpés tendent également à multiplier les objections de procédure devant les juridictions pénales internationales. Il n'est donc pas rare que les procès pénaux, en ce compris leur instruction, durent plus d'une dizaine d'années, contribuant à alimenter le débat sur une justice déterritorialisée dont on avance qu'elle devrait vraiment rester exceptionnelle.

Les juridictions internationales, y compris arbitrales, contrarient peu ces stratégies des parties dans lesquelles elles peuvent elles-mêmes trouver un intérêt mais aussi parce qu'elles ne souhaitent donner prise au reproche de n'avoir pas respecté l'égalité des armes (ce qu'on a pu appeler en arbitrage la « *due process paranoia* »).

Elles peuvent également concourir à l'allongement des procédures, par exemple en optant en arbitrage pour une trifurcation. Néanmoins, les institutions arbitrales contrent les retards crois-

sants en se dotant de **délais contraignants** éventuellement assortis de sanctions financières à l'encontre des arbitres (par une réduction du montant de leurs honoraires). Les retards des juridictions permanentes ne sont en revanche pas directement sanctionnables. Si la lenteur permet de donner une chance supplémentaire au règlement amiable, il reste difficile d'établir une corrélation statistique. Il pourrait néanmoins être opportun de réfléchir à l'imposition de calendriers qui fournirait également un moyen de pression pour réduire le volume des procédures.

Dans le même temps, des efforts ont été réalisés en vue d'un traitement du contentieux de l'urgence. Notamment, en matière d'arbitrage, il existe désormais un arbitre d'urgence (cf., par exemple, le règlement de la CCI). L'une des pistes d'évolution est la généralisation de la solution de l'arbitre d'urgence et ainsi la pérennisation d'une procédure duale : une relative aux mesures fondées sur l'urgence et l'autre à la résolution du litige au fond.

Scénario de l'instrumentalisation de la procédure

L'instrumentalisation des procédures juridictionnelles peut prendre de nombreuses formes. Une phénomène assez récent

devant les juridictions nationales se manifeste dans les « **procédures-bâillons** », ou « poursuite stratégique contre l'engagement public » (*strategic litigation against public participation – SLAPP*), c'est-à-dire des actions (ou menaces d'action) en justice destinées à intimider et/ou à réduire au silence journalistes ou lanceurs d'alerte, ou à inhiber la participation et l'activisme politiques, le plus souvent d'un procès civil pour diffamation, intenté contre une personne ou une organisation qui a pris parti dans une affaire publique. L'objectif réel n'est alors pas tant une victoire au tribunal que le fait d'intimider et/ou d'épuiser financièrement le défendeur (celui qui est attaqué) pour qu'il se taise.

L'instrumentalisation peut prendre des formes moins ouvertement agressives mais pas moins coûteuses, comme la multiplication des **procédures incidentes** devant les juridictions internationales.

Il existe aussi des **actions « torpilles »** qui, par la saisine d'un for approprié au but poursuivi, permettent de rendre plus difficile la résolution d'un litige. Il est par exemple possible qu'une partie prenne l'initiative de saisir, en premier, des juridictions nationales réputées pour leur lenteur d'une action déclaratoire (en visant par exemple à faire déclarer qu'elle n'est pas respon-

sable d'un dommage) pour, en réalité, ralentir le processus de règlement du litige. Une meilleure articulation des procédures est à cet égard nécessaire.

F - L'harmonie

Scénario de la cohérence

La cohérence renvoie au défi d'assurer un meilleur **dialogue des juges**.

Cela suppose d'abord d'assurer la **cohérence interne de la jurisprudence** pour les juridictions qui comportent plusieurs formations de jugement et qui rendent plusieurs centaines ou milliers de décisions par an. Ce défi est accentué par la question de l'articulation des compétences. L'expansion du champ des contentieux génère un problème de formation des juges (cela a donné lieu à la pratique, critiquée puis abandonnée, des « experts fantômes » à la CIJ). De même, la pluralité linguistique conduit parfois à la séparation des formations de jugement par compétence linguistique, avec un risque de divergence des jurisprudences selon la langue utilisée. C'est par exemple le cas

au sein de la CEDH. Les divergences entre chambres francophones et anglophones ont rendu nécessaire la mise en place de méthodes d'harmonisation.

Il faut aussi pouvoir assurer la **cohérence externe tant horizontale que verticale**, entraînant un défi commun d'affiner les méthodes de dialogue judiciaire. En termes de cohérence verticale, il s'agit d'assurer la reprise de la jurisprudence par les tribunaux nationaux lorsque le système repose sur une coopération entre juridictions nationales et internationales (droits humains, CJUE).

Une évolution des critères et du degré de contrôle par les juridictions internationales induit un déplacement de l'objet de ce contrôle de la substance vers la procédure. Cela contribue à redéfinir l'articulation entre juridictions nationales et modes de règlement des différends internationaux. On assiste dans un certain nombre de cas à une « procéduralisation » de l'examen par les juges internationaux des décisions nationales. Cet examen porte davantage sur le processus décisionnel interne que sur le contenu de la décision adoptée. Si le premier est jugé satisfaisant, la décision en cause est considérée comme valable. Ce phénomène de procéduralisation participe à l'accentuation du caractère subsidiaire de certaines juridictions internationales (droits humains). Le défi est de ne pas faire aboutir cette re-

cherche de cohérence à un transfert de compétences.

La cohérence horizontale concerne l'harmonisation des jurisprudences des différents mécanismes de règlement des différends internationaux. La CEDH qui traite, notamment sous l'angle du droit au respect des biens, d'un très grand nombre de différends entre investisseurs et États en fournit un bon exemple. Un dialogue judiciaire, même informel, doit permettre la prise en compte de jurisprudences internationales qui traitent de sujets identiques sous une perspective différente. Les questions transversales, comme la protection de l'environnement, rendent d'autant plus nécessaire un certain niveau d'harmonie. Cela peut se traduire par un plus grand nombre de références croisées, mais suppose bien sûr que les juridictions aient connaissance de la jurisprudence de leurs congénères.

Les modes juridictionnels ont un caractère antagoniste qui produit des effets ambivalents. Les États qui acceptent ce mode de règlement doivent assumer le risque de perdre, ce qui peut expliquer une partie des décisions de faire défaut car il devient alors encore plus facile de critiquer la décision. Les modes amiables ne remédient que très imparfaitement à ce risque dans la mesure où l'État, en particulier lorsqu'il est démocratique, devra assumer les choix politiques des concessions qu'il aura faites. Dans certains cas même, un État peut avoir intérêt

à accepter un règlement juridictionnel qui le conduit à perdre pour se constituer un levier pour obtenir au plan interne ce qu'il ne pourrait imposer de sa propre volonté (CIJ, *Djibouti c. France*, 2008).

Scénario d'un développement des modes amiables

La résolution des différends doit être pensée comme un continuum. À ce titre, les modes amiables de résolution des différends gagnent à être activement promus. La culture asiatique de l'« harmonie pacifique » est à cet égard un modèle. Cette promotion passe avant tout par la formation des juristes et plus généralement des intervenants en la matière. La **formation** est donc un enjeu crucial (non pas uniquement la formation au droit, mais également aux techniques de conduite de ces modes amiables, médiation en tête). En particulier, les arbitres pourraient y être formés.

La **combinaison entre modes amiables et règlement juridictionnel** doit être travaillée avec acuité. Une idée largement partagée est de développer la complémentarité des modes amiables et juridictionnels de règlement des différends en laissant aux premiers un temps d'opportunité à l'intérieur des procédures juridictionnelles. À cet égard, l'emboîtement, qui laisse une

fenêtre aux modes amiables au sein des procédures juridictionnelles, semble préférable à la succession, qui conduit du mode amiable au mode juridictionnel. En effet, en pratique, les clauses à étages (d'abord un mode amiable et, en cas d'échec, un règlement juridictionnel) ont une efficacité limitée. En particulier, la combinaison de la médiation et de l'arbitrage doit être appréhendée en offrant notamment en cours d'arbitrage des fenêtres pour permettre aux parties, avec l'aide d'un tiers, de rechercher un règlement amiable. Cette pratique est favorisée par le règlement de certaines juridictions internationales (CADHP), voire systématiquement proposée comme à la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans cette perspective, les *CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration* sont une base intéressante pour notre réflexion.

En outre, les modes amiables ont un intérêt particulier dans le contentieux du respect des droits humains par les entreprises. Dans le contexte de l'OCDE, il existe des Points de Contact Nationaux (PCN), qui s'assimilent à des instances de médiation (même si les pratiques dans les différents États sont très diverses). De plus, la médiation pourrait être assidument utilisée en complément des *Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* de 2019.

Scénario d'une concurrence accrue entre les différents modes de règlement des différends

La concurrence des places d'arbitrage est une réalité contemporaine, qui ne va cesser d'être présente. L'arbitrage est désormais multipolarisé dans le sens où il a en partie quitté son berceau initial qui était l'Europe et l'Amérique du Nord. Il est désormais activement présent en Asie et au Moyen-Orient ainsi qu'en Afrique et en Amérique Sud. Ce phénomène va sûrement s'amplifier. L'existence de 70 centres d'arbitrage en Afrique montre aussi la réalité du risque d'établissement de centres dépourvus de cas.

La multiplication des juridictions internationales peut s'avérer bénéfique pour le règlement des différends lorsqu'elle conduit à un certain alignement par le haut. En témoigne la question du caractère obligatoire des mesures conservatoires, en ce qu'elles ont vocation à empêcher l'aggravation du différend. De la même manière, elle favorise le règlement juridictionnel d'affaires qui n'auraient pas, autrement, été portées devant une juridiction, comme le différend entre les Maldives et Maurice qui a été porté devant le TIDM alors qu'une requête devant la CIJ semblait vouée à l'échec en raison de sa jurisprudence relative aux États tiers.

La concurrence peut néanmoins avoir un effet existentiel sur certaines juridictions, avec par exemple le contentieux de la délimitation maritime qui n'a jamais vraiment quitté la CIJ malgré la création du TIDM.

Scénario d'une meilleure coordination des justices nationales

S'agissant de la justice étatique, les défis, à l'échelle internationale, consistent en la possibilité à la fois de s'accorder sur des critères communs de compétence directe et de renforcer l'efficacité des jugements étrangers.

En ce qui concerne la possibilité de **trouver un accord général sur les critères de compétence directe**, un espoir doit être placé dans les travaux actuels de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (projet concernant la compétence en matière civile et commerciale). De deux choses l'une : soit le projet trouve une issue positive via la conclusion d'une convention ou d'un protocole, soit, à l'instar du projet précédent, il se solde par un échec. La réussite est bien entendu à souhaiter, sous réserve du nombre de pays entendant par la suite ratifier le texte.

En ce qui concerne l'efficacité des jugements étrangers, il convient de faire raisonnablement confiance à la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, sachant qu'il n'est pas possible de prévoir quel sera son destin. Dans le contexte européen, la coopération judiciaire est un principe de base. Elle a vocation à se renforcer encore plus à l'avenir (l'adoption d'un règlement Bruxelles I ter est en projet).

La coopération judiciaire pénale est par ailleurs un enjeu majeur de manière à lutter efficacement contre le crime internationalisé (ex. terrorisme, criminalité organisée, etc.). La coopération doit aussi s'envisager avec des acteurs comme Interpol. À l'échelle internationale, une reconnaissance du principe *ne bis in idem* est une voie d'évolution envisageable.

Scénario d'une internationalisation de la justice nationale

La multiplication de chambres internationales près les juridictions étatiques est une tendance de fond, qui va sans doute se développer à l'avenir. Ont déjà émergé et émergeront encore plus à l'avenir des juridictions phares (des « spots de justice ») choisies pour leur compétence et leur adéquation aux besoins

des acteurs privés. La possibilité de conclure et de plaider en anglais pourrait se généraliser. La faculté de choix de n'importe quel droit applicable au fond, au moins en matière contractuelle, permettrait ainsi aux parties de choisir les juridictions de l'État X (à travers les chambres internationales), en demandant l'application de la loi de l'État Y.

Ce scénario comporte des risques. L'un est la création d'une justice à deux vitesses, ces chambres internationales étant, pour des raisons notamment d'attractivité, dotées d'une procédure plus efficace que la justice dédiée aux affaires internes. Un autre défi est la transplantation d'une loi étrangère dans un cadre procédural et juridictionnel qui n'est pas le sien, notamment au regard de sa maîtrise et sa bonne compréhension par les juges nationaux. Il reste la possibilité de recourir aux experts, lesquels doivent être soumis au contradictoire et risquent de générer des coûts altérant le modèle économique de ces chambres.

Ce phénomène dépasse en outre le contentieux commercial. Une des formules explorées pour assurer la poursuite de crimes internationaux particulièrement graves et qui ne peuvent être jugés par la CPI a conduit à la création de chambres internationales ou spéciales au sein des tribunaux nationaux ou de juridictions nationales à participation internationale. Ce schéma a

également été utilisé pour les cours constitutionnelles ou suprêmes avec participation internationale, comme celle de Bosnie, en général pour soutenir un processus de paix dans la société.

Scénario d'une transnationalisation accrue de l'arbitrage

La pratique de l'arbitrage est gagnée, parfois, par des réactions idiosyncrasiques qui ont tendance à donner une prévalence à la loi du siège (comme en matière de détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage ou d'effet à octroyer à des *anti-suit injunctions*). Pour que l'arbitrage soit et reste une justice inter-nationale et trans-nationale, le scénario de la transnationalisation invite les arbitres à se projeter à la fois dans l'application et l'élaboration d'un authentique droit transnational, dégagé des particularismes nationaux, notamment par l'usage du droit comparé. Il s'agit tout à la fois d'un droit transnational de l'arbitrage et d'un droit transnational de fond, permettant de donner une solution au litige. L'arbitrage est le lieu d'une fusion entre systèmes juridiques différents et doit le rester.

Scénario de la transnationalisation des règles de procédure

En 2004, l'*American Law Institute* (ALI) et UNIDROIT ont présenté les Principes de procédure civile transnationale. En 2020, l'*European Law Institute* (ELI) et UNIDROIT ont adopté des règles modèles européennes de procédure civile. Il existe ainsi un mouvement de modélisation des règles de procédure civile de manière à faire émerger des règles communes tant à l'échelle régionale qu'à l'échelle internationale. Ces efforts tendent à montrer qu'il est possible de dépasser les particularismes nationaux en matière de procédure civile dans l'objectif de constituer un corpus de règles communes. Au-delà de ce phénomène, notons également la forte dynamique du standard du procès équitable qui s'est imposé en tant que modèle à suivre en vue de garantir une bonne justice. Le scénario de la transnationalisation des règles de procédure fait le pari que le processus de modélisation va se poursuivre et que les règles nationales vont progressivement se rapprocher, voire fusionner.

Scénario de la collectivisation des recours

En vue d'accroître l'effectivité du recours au juge, il est envisageable de réfléchir à des voies de collectivisation des recours

en matière internationale. La saisine d'un juge national est souvent problématique car elle engendre des débats sur sa compétence et sur les effets à donner à sa décision. Il serait dès lors possible de créer des recours collectifs d'un genre nouveau, aptes à traiter de contentieux internationaux. La voie de l'arbitrage pourrait être explorée. Il existe d'ores et déjà des « *class arbitrations* », notamment aux États-Unis. De même, certaines procédures en matière d'arbitrage d'investissement ont permis de traiter d'actions de groupe. Enfin, ce serait une voie appropriée pour traiter du contentieux du respect par les entreprises des droits humains (cf. *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, décembre 2019).

Scénario de la participation

Il y a deux visions procédurales du différend qui s'opposent : celle, bilatérale ou fermée, dans laquelle il est considéré comme la chose des parties et celle où il intéresse plus largement le groupe social au nom duquel la justice est rendue. Cela se traduit notamment dans la question de l'accès des tiers intéressés, qu'il s'agisse d'interventions, d'*amici curiae*, ou de participation des victimes ou des parties civiles dans le procès pénal.

Certains modes de règlement des différends ont déjà dû s'adapter, comme l'arbitrage d'investissement ou le règlement des différends de l'OMC, qui se sont ouverts aux *amici curiae* et aux interventions de tiers. Il reste des juridictions internationales peu ouvertes à cet égard, comme la CIJ. Celle-ci n'a pendant longtemps pas été confrontée à des demandes, mais elle fait désormais face à un accroissement des interventions. Le caractère facultatif ou obligatoire de la juridiction semble expliquer ces réactions variées.

La justice, internationale comme nationale, devient le réceptacle d'intérêts qui se cherchent un forum d'expression. Aujourd'hui, le défi est même de trouver des modes de représentation d'intérêts qui, à défaut et même s'ils sont proclamés par le droit, resteraient purement virtuels. On peut penser ici aux générations futures, mais aussi à tout le mouvement en faveur des droits des animaux ou d'autres entités comme la nature ou les rivières.

3.

les questions

A - Préservation des modes de règlement des différends

1. Quel est l'effet du contexte délétère actuel sur les modes juridictionnels de règlement des différends ?

Cette question vise notamment :

- l'incitation à un comportement de déférence ou d'autolimitation des juges /arbitres,
- les perspectives de l'arbitrage d'investissement, y compris les réformes en cours ou souhaitables et les risques sur sa pérennité,
- la réforme du système de règlement des différends de l'OMC.

2. Comment et dans quelle mesure le développement des modes non-juridictionnels de règlement des différends est-il une réponse pertinente à ce contexte ?

Il s'agit ici de réfléchir sur les perspectives de développement des modes amiables en se demandant notamment :

- s'il faut se contenter d'améliorer le dispositif juridique ou bien développer également une culture du règlement amiable,
- si les modes amiables doivent être conçus comme des alternatives strictes, ou de manière complémentaire à, et/ou combinée avec les modes juridictionnels, et, si oui, comment,
- quel peut-être l'apport des mécanismes régionaux en ce sens (comme dans le cadre de l'Union africaine) ?

3. Le détricotage du multilatéralisme doit-il conduire à favoriser l'intégration et le règlement des différends au niveau régional ?

Il s'agit de réfléchir au niveau adéquat de la juridictionnalisation.

4. Dans un contexte d'uniformisation porté par une logique utilitariste/économique croissante, comment peut-on repenser l'apport et la préservation du multilinguisme au sein des modes de règlement des différends internationaux ?

La question appelle à se pencher aussi bien sur les aspects qualitatifs (diversité, représentativité, le fait que le droit est lui-même un langage) que quantitatifs (coûts de la traduction et de l'interprétation).

5. Comment assurer la survie de certains modes de règlement des différends, soit parce qu'ils sont submergés par les affaires (droits humains et investissement), soit parce qu'ils sont en manque d'affaires (TIDM) ?

La question appelle à tenir compte notamment des moyens alloués, mais aussi du risque d'un contrôle de plus en plus formel, externe et sélectif.

6. De manière générale, faut-il laisser place à une logique de subsidiarité ?

Il s'agit ici de réfléchir notamment sur l'alternative entre :

- privilégier le recours au juge national comme juge de droit international et ne permettre de saisir un tribunal international qu'en cas d'impossibilité de résoudre le litige devant un juge national,
- et accroître l'accès direct aux modes juridictionnels internationaux de règlement des différends.

7. Qui va stabiliser les attentes normatives si la figure du tiers impartial s'efface, voire disparaît ?

La stabilisation des attentes normatives est une fonction particulièrement importante de la justice internationale en raison de l'indétermination du droit et du caractère décentralisé de l'ordre international. Il s'agit ici de réfléchir sur les conséquences de son éventuel affaiblissement.

8. Comment lutter efficacement contre les stratégies de blocage des procédures ?

Il s'agit ici de s'interroger notamment sur la pensabilité et la faisabilité de sanctionner les stratégies de blocage ou d'obstruction des plaideurs (ex. la non-comparution des États) et, plus largement, sur les moyens qui pourraient permettre aux juges et arbitres d'être plus directifs.

B - Renouvellement des modes de règlement des différends

9. Est-il possible de trouver un accord international sur les critères de compétence directe ?

L'objectif est de s'interroger sur le processus actuellement engagé devant la Conférence de La Haye de droit international privé portant sur une convention internationale relative à la compétence juridictionnelle. Il faut notamment se demander s'il est possible de trouver des solutions communes entre les systèmes de *common law* (ex. *forum non conveniens*) et les systèmes de droit civil.

10. Faut-il encourager la ratification de la Convention de Singapour de 2018 ?

Il s'agit ici de s'interroger sur les mérites de la Convention et sur sa portée éventuelle en vue d'assurer l'efficacité des accords issus d'une médiation.

11. Est-il envisageable de supprimer l'exequatur des jugements étrangers et de leur donner un effet exécutoire de plein droit ?

Dans l'optique d'une confiance accrue entre justices nationales et d'amélioration du fonctionnement de chaque justice, l'objectif est de s'interroger sur les possibilités de suppression à terme de la nécessité d'un exequatur (au-delà d'un cadre régional).

12. Est-il envisageable de permettre un choix de loi en matière procédurale ?

Le propos est de s'interroger sur les possibilités de dénationalisation/internationalisation des règles de procédure devant le juge national chargé d'un contentieux international. Il serait ainsi possible de remettre en cause le principe de l'application de la *lex fori* en la matière. Dans la même veine, il convient de s'interroger sur la possibilité d'introduire devant les juridictions

étatiques une liberté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure (ex. en permettant d'introduire, devant des juridictions qui ne le connaissent pas, le contre-interrogatoire des témoins).

13. La transnationalisation des règles de procédure civile est-elle envisageable ?

La question se ramène à l'opportunité et à la faisabilité d'un rapprochement, voire d'une fusion des règles de procédure civile, à l'échelle régionale ou internationale.

14. Quels programmes d'aide au développement des justices des pays pauvres mettre en place ?

En vue d'améliorer la coopération judiciaire (à la fois en matière civile et pénale) plus que nécessaire face aux défis actuels, le propos est de se demander comment concrètement apporter un soutien (logistique, financier, etc.) aux pays en développement pour améliorer leur système de justice.

15. Comment assurer en général la diversification des juges/arbitres en termes de genre, d'origine culturelle/géographique et d'âge, et quelle place donner aux non-juristes (y compris experts) dans certains contentieux ?

Il s'agit notamment de s'interroger sur le type de mécanisme (ex. quotas) et de normes (souples/dures) qu'il serait souhaitable d'employer.

16. Comment assurer efficacement la régulation de l'activité des juges/arbitres et des conseils en matière d'éthique et de conflits d'intérêts ?

Il s'agit ici de s'interroger notamment sur :

- les types de mesures et d'instruments qui devraient être privilégiés,
- les meilleures méthodes pour gérer les conflits d'intérêts, y compris concernant les personnes et organes chargés de ce contrôle,
- la possibilité et la nature de sanctions,
- la nécessité de rendre le rôle des assistants, secrétaires,

membres de greffe plus transparent, voire obligatoirement révélé, en particulier en arbitrage.

17. Quelle place donner à l'intelligence artificielle dans le règlement des différends ?

Il s'agit ici de réfléchir notamment à la mesure dans laquelle :

- l'intelligence artificielle peut aider à la décision (aide aux parties pour leur permettre de trouver un accord amiable ; aide aux juges et aux arbitres pour rendre leur décision) et avec quels moyens,
- une telle aide est compatible avec les règles du procès équitable, en cherchant à en identifier les limites techniques et éthiques.

18. Quels avantages et quels risques la numérisation pose-t-elle pour l'efficacité et la légitimité du règlement des différends ?

Il s'agit ici d'essayer d'imaginer cette « nouvelle normalité » en s'interrogeant sur jusqu'où aller dans la dématérialisation, y compris en prenant en compte les enjeux en termes de cybersécurité. L'articulation entre arbitrage et *blockchain* doit égale-

ment être considérée, pour mesurer si la *blockchain* est l'avenir de l'arbitrage ou, au contraire, un outil critiquable, voire dangereux ?

19. Comment assurer un plus grand et meilleur accès (et ces deux idées sont-elles réellement synonymes, voire compatibles ?) à la justice internationale, en termes de coûts et de leur répartition, comme en termes de création et encadrement de mécanismes de saisine et de participation (*amicus curiae*, intervention) ?

La question concerne les moyens financiers et humains, mais aussi procéduraux, outre des choix politiques ou de politique judiciaire.

20. La création de chambres internationales près les juridictions étatiques doit-elle être soutenue ?

Il s'agit de réfléchir notamment sur le risque de créer une justice à deux vitesses (l'une, d'excellence, pour les affaires internationales au nom de l'attractivité et pour un contentieux qui génère de la valeur, et l'autre, plus miséreuse, pour les affaires internes,

autrement dit pour des contentieux « encombrants », sur l'opportunité d'étendre le mécanisme des chambres internationales à la matière personnelle et familiale, et sur la rivalité potentielle des chambres internationales avec l'arbitrage (en axant la réflexion sur le couple concurrence/complémentarité).

21. Comment améliorer la formation des magistrats/juges ?

Il s'agit ici de considérer notamment :

- la nécessité d'intensifier la formation - initiale et continue - au droit international, mais aussi au droit comparé de manière à dénationaliser l'apprentissage du droit,
- la nécessité de prendre en compte le système dans lequel ils ont été formés, afin d'éviter, notamment pour les juges internationaux, une homogénéisation cachée.

22. L'arbitrage est-il adapté aux litiges impliquant des parties faibles (consommateurs, salariés, petites entreprises) ?

Historiquement, l'arbitrage a prospéré dans les affaires commerciales internationales. Il est désormais pratiqué en présence

de litiges impliquant des parties faibles. Il s'agit ici de se demander si l'arbitrage est adapté à ce type de litiges et s'il ne faut pas ériger des règles spéciales (si oui, lesquelles).

23. Faudrait-il réformer la Convention de New York de 1958 ou au contraire ne pas y toucher ?

Des propositions ont été faites pour réformer la Convention de New York et un débat a été lancé sur cette question. Il s'agit de s'interroger sur l'opportunité d'une réforme de ce texte.

24. Comment améliorer l'efficacité des procédures juridictionnelles et lutter contre leur lourdeur ?

Il s'agit de s'interroger notamment :

- sur un rôle plus actif des juges/arbitres dans le contrôle de la procédure (en particulier, en imposant une limite dans le nombre de pages des mémoires et dans le nombre de pièces produites) et dans l'usage de leurs pouvoirs d'instruction.
- sur l'imposition de calendriers de procédure, sans doute adaptables, mais créant un cadre contraignant.

25. Comment assurer la maîtrise des coûts de l'arbitrage ?

Outre les mesures de contrôle de la procédure déjà évoquées, il s'agit ici de s'interroger notamment sur les modalités de financement d'un arbitrage, sur l'opportunité de révéler la présence et l'identité de tiers financeurs et de plafonner leur rémunération, sur la faisabilité de la création de fonds d'assistance, par exemple auprès des institutions d'arbitrage.

26. Quel rôle tient la concurrence entre places d'arbitrage ?

Il s'agit ici de se demander notamment si cette concurrence est un facteur de vivification du droit et de la pratique de l'arbitrage et pousse à renouveler les approches, ou si elle ne risque pas, au contraire, d'entraîner un nivellement par le bas.

27. Les parties prenantes au règlement des différends internationaux (juges, arbitres, conseils, centres d'arbitrage, etc.) ont-elles une responsabilité sociétale dans la conduite de leurs activités et, si oui, quelles formes prend-elle ?

Le thème de la responsabilité sociétale des acteurs du règlement des différends est nouveau. Il convient de se demander si la question est pertinente et, si oui, quels contours une telle responsabilité sociétale peut prendre.

28. Comment améliorer le fonctionnement de la justice pénale internationale ?

Il s'agit ici de réfléchir notamment :

- sur les voies d'évolution possibles de la Cour pénale internationale et sur la place que doit tenir le principe de complémentarité (subsidiarité) en la matière,
- sur la pensabilité/possibilité de création d'une police internationale ou, à défaut, sur les moyens et méthodes qui permettraient de renforcer la coopération des États avec la Cour pénale internationale (arrestation, transfert, incarcération).

29. Comment améliorer la coopération judiciaire pénale entre justices nationales et admettre internationalement le principe *ne bis in idem* ?

Le thème de la coopération judiciaire en matière pénale est majeur à l'heure de crimes globalisés. Il est utile de s'interroger sur les moyens d'une meilleure coopération (en incluant dans la réflexion le rôle d'Interpol). En vue d'améliorer le fonctionnement d'un système pénal globalisé, une reconnaissance du principe *ne bis in idem* est à cet égard envisageable.

C - Contentieux nouveaux

30. Peut-on encore imaginer ou espérer la création de nouvelles juridictions ou mécanismes spécialisés ?

Il s'agit ici de réfléchir sur l'opportunité de telles créations mais aussi sur leurs possibles modalités et sur l'éventuel apport de la régionalisation, en tenant compte de propositions plus ou moins avancées pour créer :

- une ou des cours internationales dédiées au droit privé (en matière civile et/ou commerciale),

- une cour internationale chargée du contrôle des sentences arbitrales, l'alternative étant de laisser chaque État maître de l'accueil qu'il réserve aux sentences (qu'elles soient rendues sur son territoire ou présentées à l'exequatur),
- une cour internationale des droits humains,
- une cour internationale de l'environnement,
- un tribunal spécial pour juger le crime d'agression (conflit ukrainien),
- des mécanismes pour traiter les questions de responsabilité sociale des entreprises.

31. Faut-il pousser à la création de mécanismes *sui generis* de résolution des différends (type ICANN) ?

Dans la mesure où de tels mécanismes existent déjà, il s'agit surtout de s'interroger sur les domaines où ils pourraient, voire devraient, se développer ou non, en tenant compte d'un éventuel risque de capture par des pouvoirs privés.

32. Les juridictions internationales existantes sont-elles à même de faire face aux « nouveaux » contentieux, notamment environnementaux et climatiques ?

Il s'agit ici de considérer :

- les questions de compétence, la situation de fragmentation et l'éventuelle conflictualité des régimes à travers lesquels ces problèmes sont abordés – investissement, commerce, droits humains, pénal – si bien que les acteurs de contentieux climatiques notamment sont contraints à la recherche d'un for,
- la question de l'articulation avec l'intervention croissante des juridictions nationales agissant sur le fondement du droit international,
- la question de savoir si le contentieux environnemental et climatique serait traité de façon plus adaptée grâce à la création d'une juridiction internationale spécialisée ou grâce à l'adaptation du contentieux aux enjeux environnementaux et climatiques,
- la question de savoir si l'arbitrage est un forum adéquat pour les litiges relatifs aux droits humains, spécialement lorsqu'ils impliquent des entreprises.

33. Comment penser à l'échelle internationale les actions de groupe ?

L'objet de la question est de se demander comment faire pour permettre l'exercice d'actions de groupe de dimension internationale et d'apprécier la pertinence du recours à l'arbitrage dans ce contexte.

34. Faut-il développer de nouveaux mécanismes permettant l'accès des tiers aux juridictions (intervention, soumissions d'*amici curiae*, etc.) ?

Il s'agit ici de s'interroger notamment sur l'opportunité et la faisabilité d'une ouverture plus grande des prétoires aux tiers intéressés, en particulier pour intégrer efficacement les problématiques nouvelles ou ne disposant pas d'un mode de règlement des différends spécifique au sein des mécanismes existants, et sur les difficultés ou dangers qui pourraient en résulter.



annexe 01

les personnes
auditionnées

Nota Bene :

Les entretiens ont tous été menés sous la Chatham House Rule. Les propos repris dans le rapport ci-dessus ne sont donc pas attribués.

Certaines personnes auditionnées n'apparaissent pas dans la liste ci-dessous car elles ont souhaité demeurer anonymes.

- **Yas Banifatemi**, docteur en droit, avocate associée, fondatrice de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes
- **Lawrence Boo**, professeur associé de droit, Universités de Bond et de Singapour, Head of the Arbitration Chambers, Singapour, médiateur et arbitre
- **Bruno Deffains**, professeur d'économie, Université Paris-Panthéon-Assas
- **Martin Doe**, conseiller juridique principal à la Cour permanente d'arbitrage (CPA)
- **Silvia Fernandez de Gurmendi**, ancienne présidente de la CPI, présidente de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome
- **Hélène Gaudemet-Tallon**, professeure émérite de droit privé de l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Shotaro Hamamoto**, professeur de droit international à l'Université de Kyoto, conseil et avocat du gouvernement japonais
- **Meg Kinnear**, Secrétaire générale du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)
- **Pierre Mayer**, professeur émérite de droit privé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, arbitre et conseil
- **Natalie Morris Sharma**, conseillère juridique du gouvernement auprès de la Chambre du procureur général de Singapour
- **Namira Ngem**, docteur en droit, ambassadrice, conseillère juridique de l'Union africaine
- **Achille Ngwanza**, docteur en droit, avocat, arbitre, membre du comité des litiges de l'*Association of International Petroleum Negotiator*, président du groupe de travail OHADA du Comité Français de l'Arbitrage.
- **Nilufer Oral**, *Senior Fellow* à l'Université nationale de Singapour, membre de la Commission du droit international.

- **Allan Rosas**, ancien professeur de droit international public, ancien juge à la CJUE.
- **Claudia Salomon**, présidente de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, arbitre
- **Philip Sands**, professeur de droit international à l'Université ULC, arbitre et conseil
- **Bruno Simma**, professeur émérite de droit international, Juge au Tribunal irano-américain des différends, ancien juge de la CIJ et membre du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, arbitre
- **Robert Spano**, professeur de droit, président de la CEDH
- **Geir Ulfstein**, professeur de droit international public à l'Université d'Oslo, co-directeur de *Pluricourts*
- **Fuad Zarbiyev**, professeur associé de droit international public à l'Institut universitaire de Genève, conseil

DANS LA MÊME COLLECTION

Alimentation / Agriculture

Anthropocène

Lutte contre la corruption

Crimes de masse et impunité

Démocratie et état de droit

Droits de la personne humaine

Énergie

Entreprises et droits de la personne humaine

Espace extra-atmosphérique

État civil

Finance internationale

Fiscalité

Gouvernance mondiale

Investissements internationaux

Migration

Défis du numérique pour le droit international

L'océan

Les ODD au-delà de 2030

Patrimoine culturel

Propriété intellectuelle

Règlement des différends

Santé

Travail

Villes en droit international

www.ilaparis2023.org

Consultation publique jusqu'au 31 janvier 2023.

adi.ila2023.RDD@gmail.com

