



2023 PARIS

Lettre d'information

N°5, mars 2022

Dans ce numéro

Entretien avec
Philippe SandsInvestissements
internationauxActualité : La
proposition de directive
européenne sur le
devoir de vigilance des
entreprises

Partenariats

Entretien avec Philippe Sands¹*Professeur à l'University College London,
Membre de Matrix Chambers*

1) Vous êtes connu comme chercheur et auteur prolifique en droit international, comment choisissez-vous les sujets sur lesquels vous allez écrire ?

Je pense qu'il est important d'écrire sur des sujets que vous connaissez et qui vous tiennent à cœur. Même si je suis passé d'une écriture uniquement à destination des juristes à des publications pour un public plus large, je continue

d'écrire sur des questions de droit international : l'illégalité de la guerre d'Irak (2003) ; l'adoption de la torture après les attentats du 11 septembre ; plus récemment, les origines du crime de génocide et des crimes contre l'humanité (Retour à Lemberg, 2016) ou encore les conséquences de l'absence de justice (La filière, 2020).

Ces dernières années, mes écrits se sont inscrits dans un projet plus global, à savoir présenter les éléments clés du droit international à un public plus large, au grand public.

Le public est là, comme en témoignent la traduction de mes livres dans de nombreuses langues. Je crains que l'acquis de ce moment révolutionnaire qu'est 1945 - à savoir que le pouvoir de l'État n'est pas illimité, que les individus et les groupes ont des droits en vertu du droit international, etc. - ne soit sujet à une menace existentielle.

En relevant ce défi, nous devrions être honnêtes et reconnaître qu'une grande partie de notre propre travail est conduit dans un certain entre-soi - nous nous parlons à nous-mêmes, cherchons à nous persuader les uns les autres, et perdons de vue la lutte plus large dans laquelle nous sommes engagés.

C'est pourquoi, depuis un certain nombre d'années, j'ai choisi d'écrire sur des sujets qui pourraient changer cela - je crois en la valeur des idées pour elles-mêmes, mais je crois encore plus aux idées qui peuvent améliorer notre bien-être. La loi n'est pas une fin en soi, mais plutôt un moyen.



¹ Cet éditorial a été préparé avant la déclaration de guerre de la Russie contre l'Ukraine le 24 février 2022. A la suite de l'article paru dans le [Financial Times](#), Philippe Sands a proposé la formation d'un [tribunal spécial destiné à juger du crime d'agression](#).

2) L'année 2023 verra la célébration du 150e anniversaire de l'ILA. Qu'attendez-vous de ces célébrations ?

« Il vaut mieux ne pas trop espérer pour ne pas être déçu » - c'est la devise que j'aime appliquer à ma vie universitaire, aux dossiers qui me sont confiés et à mes livres (même si, en vérité, je parviens d'une manière ou d'une autre à conserver un certain optimisme).

J'ai peu d'attentes pour un 150e anniversaire, mais beaucoup d'espoirs. En tête de liste, il y a certainement l'espoir que nous puissions établir des liens avec d'autres disciplines et avec le grand public, afin que davantage de personnes réalisent à quel point ce projet que nous appelons "droit international" est crucial. Il y a quelques années, à La Haye, j'étais assis à côté d'Aung San Suu Kyi alors qu'elle défendait l'indéfendable, lorsque la Gambie a poursuivi le Myanmar pour crime de génocide. Elle développait alors beaucoup d'argument avec lesquels j'étais en profond désaccord. Mais elle a également déclaré à la Cour que "le droit international pourrait bien être notre seul système de valeurs communes", et sur ce point, elle a peut-être touché du doigt une vérité puissante, que l'ILA pourrait vouloir approfondir.

3) Si vous aviez un pouvoir magique, que changeriez-vous immédiatement dans le droit international ?

Je me débarrasserais des hommes et de leur ego. Puis, je m'emploierais à réinventer notre conception de la souveraineté.

LIVRE BLANC —LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Coordinateurs :

Claire Crépet-Daigremont,
Université Paris Panthéon-Assas (France)

Assistant/Rapporteur
Elise Ruggeri Abonnat

Arnaud de Nanteuil,
*Universités Paris Panthéon-Assas et de Genève
Université Paris Est Créteil (France)*

Comité de pilotage :

Andrea K. Bjorklund
Université McGill (Canada)

Diana Corea
Université externado de Colombie, Avocate en arbitrage international (Colombie)

Maria Filatova
Ecole supérieure d'économie, Université de Moscou (Russie)

Jean Ho Qing Ying
Université de Singapour (Singapour)

Gérard Niyungeko
Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Burundi, Membre du panel d'arbitres CIRDI (Burundi)

August Reinisch,
Université de Vienne, Membre de la Commission du droit international (Autriche)

3 questions posées à Claire Crépet-Daigremont et Arnaud de Nanteuil



1) Le droit des investissements est devenu central dans les relations économiques internationales. A quoi attribuez-vous ce fait ?

La question de la protection juridique internationale des investissements étrangers tient une place majeure dans les relations économiques depuis fort longtemps. A proprement parler, le droit international des investissements a vu le jour récemment, dans les années 1960, avec la création du CIRDI dans le cadre de la Banque mondiale et la conclusion de centaines puis de milliers de traités bilatéraux de promotion et de protection réciproques des investissements étrangers. Mais ce droit trouve ses origines dans des règles anciennes, cristallisées au cours du XVIIème siècle, qui faisaient peser sur



les souverains une obligation de protection des étrangers et de leurs biens. Ainsi les anciens traités de commerce, puis les conventions d'établissement, ont-ils inspiré le régime juridique international consacré aux investissements étrangers, qui n'a cessé de gagner en importance avec l'essor global de l'économie mondiale, l'apparition des problèmes de développement des pays issus de la décolonisation, la question de l'insertion des pays en transition dans l'ordre économique mondial et aujourd'hui la multiplication des accords de libre-échange. En outre, ces dernières décennies ont été marquées par un phénomène puissant de privatisation dans de très nombreux secteurs économiques ayant entraîné un accroissement important des flux d'investissements. Nombreux sont les pays dans lesquels certaines activités de service public sont gérées ou administrées par des investisseurs étrangers. Cette évolution a rendu nécessaire la mise en place d'un cadre de protection des investissements internationaux notamment au cours des décennies 1980 et 1990.

2) De nombreuses critiques sont énoncées contre ce droit et le règlement des différends qui y est attaché, voyez-vous déjà ces critiques transparaître dans vos travaux ?

Réservé jusqu'à peu à un club restreint de spécialistes, le débat sur les enjeux du droit international des investissements a fait une entrée spectaculaire dans la sphère publique au moment des négociations du CETA entre l'Union européenne et le Canada. Les critiques se sont concentrées sur l'arbitrage international comme mode de règlement des différends entre un Etat et un investisseur étranger, mais au-delà des questions techniques qui peuvent être résolues en améliorant notamment la transparence des procédures et la cohérence de la jurisprudence, les attaques portées ont été le reflet de clivages toujours présents dans ce domaine des relations économiques : le clivage Nord-Sud, jamais véritablement réglé, le clivage Nord-Nord portant sur le niveau de libéralisation des investissements internationaux, et aujourd'hui un clivage intérêt public-intérêt privé qui transparaît dans le débat sur la sauvegarde du pouvoir de l'Etat de réglementer dans l'intérêt général. Chacun des acteurs du droit des investissements, États, entreprises multinationales, ONG, défend une certaine conception des enjeux de la matière, qui se trouve dès lors confrontée au véritable défi de tenter de les concilier.

3) Le droit international de demain est au cœur de notre réflexion en 2023. Quelles sont les premières évolutions que vous percevez à ce stade précoce de vos travaux ?

Il n'est pas exagéré de penser que le droit international des investissements étrangers se situe à un tournant de son histoire. Les échecs successifs des tentatives d'adoption d'un grand accord multilatéral sur les investissements, ainsi que la crise actuelle du multilatéralisme, hypothèquent les chances de multilatéralisation de ce droit. C'est donc dans le cadre toujours bilatéral ou plurilatéral restreint que les évolutions ont lieu, en particulier, dans le cadre de la négociation des accords de commerce et d'investissements dits de nouvelle génération. C'est là que de nouveaux équilibres doivent être trouvés pour la protection juridique non plus seulement des investissements en provenance de pays du Nord vers les pays du Sud, mais pour encadrer également les investissements Sud-Nord, Sud-Sud et Nord-Nord.

Actualités : La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises : la Commission déçoit.

Par Lisa Aerts

Le 23 février 2022, la Commission européenne a adopté la très attendue [proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité](#). Le retard subi par cette publication serait en partie dû à la nature hautement politique de la proposition, les entreprises ne voyant pas d'un très bon œil l'imposition de nouvelles obligations. Ce texte se veut donc être un compromis entre l'intérêt particulier des entreprises et l'intérêt général dont la protection devrait être le but visé par les Etats membres (EM). Compromis, certes, mais est-il équilibré ? A la lecture du texte, il semble être nettement à l'avantage des premières.

Si on peut saluer une nouvelle étape vers des obligations contraignantes uniformes concernant le devoir de vigilance des entreprises, le nouveau texte ne fait pas l'unanimité. En effet, le choix fait est celui de la « compliance » dans un cadre contractuel établi la notion « *established business relationships* ». Faisant fi de la terminologie reconnue par les Principes directeurs de l'OCDE ou de l'ONU de « relation d'affaire » ou « commerciale », la Commission européenne brouille les pistes en introduisant cette nouvelle notion plus restrictive. Si l'on avait critiqué l'utilisation de la notion de « sphère d'influence » dans le Global Compact car celle-ci donnait trop d'importance à la proximité physique entre la société mère et les entités de sa chaîne de valeur, la notion de « *established business relationships* » se concentre sur la durabilité et l'intensité de la relation entre les entités, et pourrait ainsi encourager les relations courtes, éphémères, pour permettre aux entreprises d'échapper à leurs obligations. De plus, c'est au début d'une relation commerciale que les entreprises doivent faire preuve d'une particulière vigilance alors même qu'elles ne savent pas, à ce stade, si celle-ci deviendra pérenne. En troisième lieu, les intérêts des tiers affectés ne sont pas pris en considération par le texte.

C'est aussi le champ d'application du texte qui est critiqué. Selon les seuils fixés par la proposition de directive (voir article 2(1)(a)et(b)), et contrairement aux Principes directeurs de l'ONU, les petites et moyennes entreprises ne sont pas visées par le texte. Concernant les entreprises exerçant dans des secteurs à risque, seuls trois domaines – le textile, l'agriculture et l'extraction minière – sont concernés. Ainsi, à titre d'exemple, seul 5% des compagnies de textiles des Pays-Bas seraient couverts par cette directive.

Si nous applaudissons la mise en place de sanctions civiles et administratives et la volonté de créer des autorités nationales en charge de veiller à la mise en œuvre de plans de vigilance, on ne peut que déplorer l'absence de toute disposition dédiée à l'accès à la justice par les tiers affectés ainsi que l'absence totale des salariés. Certes, le Commissaire Reynders a annoncé que la Commission travaille sur un [texte consacré au travail décent](#). Mais il est fort possible que ce futur texte ne soit pas aussi complet qu'il devrait. De plus, le réel danger avec l'approche « *compliance* » prise par la Commission est de transformer le devoir de vigilance en un simple exercice dit « *ticking the box* », ce qui serait à l'opposé de l'attente de ce que souhaitait la société civile.

LES PARTENARIATS

La liste à jour des institutions ayant conclu un partenariat avec la Branche française de l'Association de droit international pour participer, selon des formes propres à chaque institution, aux travaux préparatoires et aux discussions qui auront lieu à l'occasion du 150ème anniversaire de l'ADI/ILA en 2023, est disponible sur le site internet de l'événement :

<https://www.ilaparis2023.org/>

La lettre d'information ADI/ILA 2023 n°6 sera publiée en mai 2022.