

Groupe de recherche sur l'intégration continentale



**Continentalisation
Cahier de recherche 01-13**

Droits et devoirs des investisseurs :

Existe-t-il un espace juridique transnational ?

Anik Veilleux

Rémi Bachand



Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville
Montréal, H3C 3P8

Tel.: (514) 987-3000 #3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

GROUPE DE RECHERCHE SUR L'INTÉGRATION CONTINENTALE
<http://www.unites.uqam.ca/gric>

INTRODUCTION

La crise de la dette¹ qui, à partir des années 70 et 80, a plongé les pays du Sud dans un gouffre sans fond est essentielle à la compréhension de la dynamique actuelle de l'économie politique internationale et de ce que d'aucuns appellent la « mondialisation ». En effet, elle a permis aux banquiers possédant les dettes de forcer, par le biais des Programmes d'ajustement structurels et de leurs conditionnalités, les pays endettés du Sud à ouvrir leurs marchés et à accepter les capitaux des investisseurs du Nord. Ce processus s'est mis en place au même moment que s'est développée l'idéologie néo-libérale. C'est celle-ci qui fut à l'origine du dogme selon lequel seule la croissance soutenue par des capitaux privés, la libéralisation des marchés et l'ouverture aux capitaux étrangers pouvait mener au développement d'un pays. Portés par cette idéologie et grevés d'une grande partie de leurs ressources financières qui s'envolaient pour rembourser cette dette, les pays en développement (tout comme les pays développés d'ailleurs) se sont donc activement mis à la recherche de capitaux privés étrangers².

C'est donc avec ces deux éléments comme toile de fond qu'ont été lancés plusieurs projets libre-échangistes tels que les négociations devant mener aux accords de Marrakech et à la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que celles qui feraient naître l'*Accord de libre-échange* entre le Canada et les États-Unis, père de l'*Accord de libre-échange Nord-américain* (ALÉNA). Ces deux accords sont des pierres angulaires de ce que plusieurs appellent la mondialisation. Ce dernier concept mérite, dès maintenant, une définition. Plusieurs l'ont déjà expliqué avec l'aide de définitions principalement économiques. Toutefois, et puisque notre travail est principalement juridique, nous allons en donner une définition relevant du droit. Nous désirons par contre d'emblée nous démarquer des « anti-mondialisations » en expliquant que pour nous, la mondialisation n'est pas qu'économique mais contient de nombreux éléments politiques (l'immigration), culturels (le tourisme), voire scientifiques (l'expansion des technologies de l'information permettant, notamment, la multiplication rapide des gens ayant accès à Internet et ce, partout dans le monde), éléments que nous considérons comme étant extrêmement positifs. La définition que nous donnerons ne sera donc pas celle de la mondialisation, mais bien celle de la mondialisation économique. Partant du droit, nous expliquerons donc celle-ci comme étant la mise en place d'un cadre juridique régulant les rapports économiques inter-étatiques et privés. Nous avons, au cours des dernières années, assisté au renforcement d'un droit international du commerce et de l'investissement, à la naissance d'un véritable espace transnational qui fait passer sous le régime de la règle de droit les relations économiques entre les différents acteurs du système économique international.

La mondialisation économique qui se caractérise par l'ouverture des marchés, est à l'origine de plusieurs phénomènes. L'abaissement des barrières douanières et le comportement de plus en plus accueillant des pays envers les investissements étrangers permet à ces derniers de pouvoir s'installer dans les États où l'environnement est le plus favorable. Fidèles à l'idée reçue selon laquelle il n'y a point de développement possible sans un apport important d'investissements étrangers, les pays sont prêts à tout pour attirer les investisseurs³. De là, se crée une concurrence entre les pays. Dès lors, on a de plus en plus tendance à rendre le marché du travail national le plus attrayant possible pour les investisseurs étrangers, à ne pas imposer de normes environnementales et bureaucratiques trop contraignantes, voire à attirer ceux-ci avec des incitatifs fiscaux. S'il est difficile de *prouver* hors de

¹ C. Deblock et S. Kazi Aoul, *La dette extérieure des pays en développement: La négociation sans fin*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2001; P-P. Kuczinsk, "The Outlook for Latin America Dept" (1987) 66 *Foreign Aff.* 129 et J. Schatan, *El Saqueo de Latina America*, Santiago de Chile, LOM Edicion, Universidad Arcis, 1998.

² Pour comprendre, par exemple, le cas du Mexique, voir: G.L. Sandrino, "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" (1994) 27:2 *Vanderbilt J. of Transnat'l L.* 259, à la p. 264; G.E. del Toro, "Foreign Direct Investment in Mexico and the 1994 Crisis: A Legal Perspective" (1997) 20 *Hous.J. Int'l L.* 1, à la p. 15 et aux pp. 65 et ss.

³ G.L. Sandrino, *supra* note 2, à la p. 264.

tout doute l'existence d'une course vers le bas en matière de normes du travail et environnementales par exemple, car on ne peut démontrer scientifiquement quel serait le comportement des États sans cette dynamique de mondialisation économique, de sérieuses indications peuvent nous diriger vers une telle interprétation.

L'ouverture des frontières permet à une firme de profiter de la totalité d'un marché à partir d'une seule unité de production installée à l'endroit le plus favorable, c'est-à-dire à l'endroit qui lui permettra de maximiser son taux de profit. Une firme pourra, dès lors, délocaliser une telle unité parce que ses employés menacent de se syndicaliser, ou préférer investir dans un État dont les normes de travail sont laxistes à propos du travail des enfants ou du nombre d'heures maximales qu'un ouvrier peut travailler en une semaine par exemple. En d'autres mots, ce processus d'intégration économique régionale et internationale augmente l'élasticité du facteur travail dans la mesure où: "les employeurs et les consommateurs peuvent substituer le travailleur étranger au travailleur national plus facilement - à la fois en investissant à l'étranger ou en important des produits faits par des travailleurs étrangers"⁴. Cette ouverture des frontières a amélioré le rapport de force des investisseurs dans leurs relations avec les employés et les États d'accueil⁵. Ainsi, alors que se forme un espace juridique transnational des droits des investisseurs, la création parallèle d'un même espace juridique transnational qui imposerait des devoirs aux firmes transnationales pourrait corriger cette dynamique poussant les États à ne pas trop hausser ses propres normes nationales. Malheureusement, comme nous le verrons, la création d'un tel espace juridique transnational se heurte à de multiples obstacles.

Ainsi, parallèlement à l'apparition d'un cadre juridique international assurant la consécration des droits des investisseurs et des commerçants, nous constatons un vide juridique lorsque vient le temps de consacrer les devoirs de ceux-ci ou, autrement dit, consacrant la protection des peuples dont les droits sont parfois en contradiction avec ceux des firmes. Les États doivent alors compter sur leur droit national pour réguler le comportement des firmes mais, paradoxalement, doivent maintenir leurs normes nationales les moins sévères possibles à défaut de voir les firmes quitter le pays en direction de ceux plus cléments pour elles. C'est ce double phénomène que ce cahier de recherche cherchera à analyser, à savoir l'émergence de normes juridiques contraignantes confirmant les droits des investisseurs, et cette absence de droit contraignant (absence de droit qui nous semble, par ailleurs, être un phénomène juridique extrêmement significatif) qui pourrait encadrer les devoirs des investisseurs. Ces questions nous mèneront tout droit vers des questionnements concernant la nature de cette mondialisation économique et de sa relation avec l'État, producteur de normes, et avec la souveraineté ou, plus précisément, avec la présumée perte de souveraineté de celui-ci.

Ce cahier de recherche sera divisé en trois parties. Dans la première, nous ferons une mise au point juridique sur les différentes sources de droit international. Ce sera l'occasion de rappeler que l'apparition d'un cadre juridique quelconque en droit international ne peut être que le produit de l'État car c'est lui qui, comme en droit national, est le législateur. La deuxième partie sera consacrée à l'étude d'une des formes de régulation des firmes imaginées, les codes de conduite. La dernière partie sera utilisée afin de faire une analyse de la progression du droit des investisseurs en prenant deux exemples précis, l'évolution des mécanismes de règlement des différends et de la définition d'expropriation en droit international. Nous concluons avec quelques réflexions sur cette double évolution, réflexions qui nous mèneront directement à nous questionner sur la nature de l'État.

⁴ D. Rodrick, *Has Globalization gone too far?*, Washington, Institute for International Economics, 1997 à la p. 16.

⁵ M. Weisbrot, "Globalization for Whom", (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 631, à la p. 639.

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

Afin de bien comprendre la dynamique des droits et des devoirs accordés aux investisseurs en vertu du droit international, il est pertinent de faire une brève analyse des sources du droit international. Il est habituellement reconnu parmi les internationalistes que l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁶ cite les sources du droit international. Cet article fait mention des traités, de la coutume, des principes généraux du droit et, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les décisions judiciaires et la doctrine. Certains auteurs ajoutent à cette liste les résolutions d'organisations internationales telles que l'ONU. Avant d'en arriver au corps de notre argumentation, nous allons brièvement expliquer en quoi consiste chacune de ces sources.

Le traité est sûrement la source de droit la plus simple à conceptualiser. Sa définition fait l'objet d'un large consensus parmi les publicistes⁷. La meilleure façon de le définir toutefois est sûrement de citer la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui en parle comme étant: "un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un document unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière"⁸. De par sa définition même, il est extrêmement difficile de ne pas reconnaître l'État comme étant son fondateur. Il est, de loin, l'instrument le plus important et le plus commun en droit international public⁹. Ainsi, le coeur de la mondialisation économique est constitué de ce type d'actes juridiques, que ce soit par le biais des accords régionaux de libre-échange tels que l'ALÉNA ou encore des traités multilatéraux tels que les *Accords de Marrakach* qui ont donné naissance à l'OMC.

La coutume, elle-aussi, se constitue à partir d'actions posées par les États. Il peut être nécessaire de rappeler que cette source se constitue de deux éléments: un élément matériel et un élément psychologique. Le premier élément se constate à partir d'actes répétitifs que pose l'État dans une circonstance donnée. Le second est appelé *opinio juris sive necessitatif* et demande, pour constater la formation d'une norme, que l'on prouve que l'acte ou le précédent qui était posé par l'État l'était bien parce que celui-ci croyait être dans l'obligation d'agir de cette façon. Ainsi, une fois de plus, "c'est dans l'accord entre États qu'il faut rechercher l'essence du processus de création par voie coutumière et de la norme en droit international"¹⁰.

On arrive à ce point à un concept qui est plus malaisé à délimiter, celui de principes généraux de droit. Comme le fait remarquer Carreau, il existerait au moins cinq conceptions différentes de ce concept. Cet auteur préfère, parmi ces conceptions, celle qui définit les principes généraux de droit comme étant "l'ensemble des principes communs aux grands systèmes de droit contemporains et applicables à l'ordre international"¹¹. Ils se rapprochent de la coutume à propos de leurs éléments constitutifs car, selon Carreau, ils se composent également d'un élément matériel et d'un élément psychologique, en ce sens qu'ils doivent être reconnus par l'État comme étant une règle de droit obligatoire en droit international¹². Il s'agirait, par exemple, de certaines règles d'interprétation des

⁶ Statut de la Cour internationale de justice, annexe de la Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, C.N.U.C.I.O. vol 15, 365, art. 38.

⁷ N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1992, à la p. 115.

⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980), art. 2(1)(a) [c'est nous qui soulignons].

⁹ R.Y Jennings, "Les traités" dans M. Bedjaoui, *Droit international: Bilan et perspectives, tome 1*, Paris, Pedone, 1991, 143, à la p. 144.

¹⁰ G. Tunkin, *Droit international public: problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, à la p. 80.

¹¹ D. Carreau, *Droit international*, 5^e édition, Paris, Pedone, 1997, à la p. 280.

¹² *Ibid*, à la p. 284.

traités (*lex specialis derogat generali, lex posterior derogat priori*, etc). P.M. Dupys fait mention de règles relatives à l'administration de la justice telles que celle consacrant l'égalité des Parties ou des principes d'interprétation reconnus par les systèmes juridiques les plus importants, tels que la règle de la force majeure¹³. Même si elles ont été placées sur un pied d'égalité avec le traité et la coutume, il semble bien que les principes généraux de droit ne rempliraient qu'un rôle subsidiaire parmi les sources du droit et qu'elles devraient céder devant un traité ou une règle coutumière contraire¹⁴. Ce qu'il faut comprendre, c'est le rôle des États dans leur formation. Afin d'être reconnu par les systèmes juridiques, ces principes ont dû être mis en place par les États.

L'article 39 fait bien mention des décisions judiciaires et de la doctrine comme sources de droit mais uniquement comme sources subsidiaires, c'est-à-dire uniquement comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Ce qui fait dire à Sourang qu'"il est unanimement admis que ni la jurisprudence ni la doctrine ne peuvent créer des règles de droit"¹⁵. Le seul rôle qui est accordé à ces deux sources est donc celui d'interpréter les règles de droit déjà mis en place.

Les résolutions d'organisations internationales, pour leur part, sont le centre de bien des polémiques parmi les publicistes. Certains affirment qu'elles peuvent créer une norme de droit dans certaines circonstances, d'autres nient ce fait. Quoi qu'il en soit, et si on garde le même prisme d'analyse, on doit affirmer que ce débat nous importe peu puisque d'une manière ou d'une autre, une organisation internationale est, de par sa définition, composée d'États. Si d'aventure les défenseurs de l'idée que ces organisations internationales peuvent être créatrices de droit avaient raison, notre idée de départ n'en serait pas modifiée.

Enfin, ce qu'il est pertinent de cerner dans ce processus d'élaboration du droit international, c'est le rôle central que l'État possède dans cette dynamique de formation de la norme. Comme le rappelle Tunkin, "la spécificité du droit international [...] réside en particulier dans le fait que ce sont les sujets de droit qui sont en même temps ses créateurs. Les États ont beau être liés par le droit international en vigueur, cela n'exclut nullement la faculté pour eux de créer de nouvelles règles, différentes, soit par traité, soit par voie coutumière"¹⁶. En effet, outre le débat faisant rage entre ceux qui croient qu'il ne peut y exister de hiérarchie entre les sources de droit¹⁷ et ceux qui, à l'inverse, admettent l'existence d'une telle hiérarchie¹⁸, il y a lieu de rappeler que les sources incluses dans l'article 38 de la Cour Internationale de Justice (C.I.J.) et qui ne naissent pas directement du comportement des États ne sont considérées que comme étant subsidiaires, c'est-à-dire qu'elles ne servent qu'à interpréter les traités, la coutume ou les principes généraux de droit créés par le comportement des acteurs étatiques. C'est cette relation existant entre les différentes sources de droit et le caractère subsidiaire des dernières qui fait dire à Mullerson que: "[I]es décisions des cours internationales et des arbitrages internationaux, les résolutions des organisations internationales et la doctrine sont considérées comme étant des sources qui, par elles-mêmes, ne créent pas de normes en droit international mais qui font partie du processus de création du droit international"¹⁹.

¹³ P.M. Dupuy, *droit international public*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1998, aux pp. 303-305.

¹⁴ D. Carreau, *supra* note 11, à la p. 299.

¹⁵ M. Sourang, "La jurisprudence et la doctrine", dans: M. Bedjaoui, *Droit international: Bilan et perspectives, tome 1*, Paris, Pedone, 1991, 295, à la p. 295.

¹⁶ G. Tunkin, *supra* note 10, à la p. 81.

¹⁷ Voir par exemple: N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *supra* note 7, aux pp. 112 à 114.

¹⁸ Par exemple: D. Carreau, *supra* note 11, aux pp. 64 et ss..

¹⁹ R.A. Mullerson, "New Thinking by Soviet Scholars: Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking" (1989) 83 *A.J.I.L.* 494 à la p. 499 [notre traduction].

Propos d'étape

D'abord, la mondialisation économique n'est sur le plan juridique, que le chevauchement de normes juridiques favorisant l'homogénéisation des normes régissant les relations économiques sur un plan régional ou international. Le seul acteur capable de créer de telles normes est l'État, État agissant de façon souveraine. La mondialisation économique ne représenterait donc pas, tel que le soutiennent plusieurs, une perte de souveraineté de celui-ci dans la mesure où c'est lui qui l'a créé d'une façon souveraine du point de vue juridique²⁰. Ainsi, l'analyse de faits généraux ou particuliers se rapportant à la mondialisation ne doit pas mener à la constatation qu'il y a une perte de souveraineté de l'État mais doit plutôt tenter de comprendre les causes et les effets de l'utilisation souveraine des pouvoirs étatiques allant dans le sens de la création d'espaces économiquement intégrés. Ainsi, et comme nous allons le voir, cette souveraineté est actuellement utilisée par les États afin de créer un espace juridique transnational (ou global) qui cherche à accroître les droits des investisseurs, alors qu'ils ne l'utilisent pas afin de créer parallèlement un espace juridique transnational qui établirait des obligations pour ces mêmes investisseurs. Plutôt que de voir là une perte de souveraineté, nous serions beaucoup mieux de discerner une utilisation de la souveraineté qui va dans le sens des intérêts des investisseurs.

²⁰ C'est d'ailleurs ce que conclut la C.P.I.J. dans l'affaire du *Wimbledon*; *Affaire du vapeur "Wimbledon"* (1923), Arrêt, C.P.I.J. (Sér.A) no 1, à la p.6.

LES DROITS DES INVESTISSEURS

Les firmes multinationales ont des pratiques qui traversent les frontières nationales, ces activités sont fragmentées et segmentées, ce qui signifie que la fabrication d'un produit se fait dans plusieurs pays et touche à plusieurs juridictions. Les États souverains ont la capacité d'imposer des devoirs juridiques uniquement sur leurs territoires nationaux. Le problème qui se pose aujourd'hui avec la mondialisation trouve son origine dans l'inadéquation entre les frontières territoriales des États et l'espace des activités économiques des FMN. En effet, alors que l'État agit dans la sphère nationale, les firmes évoluent dans un espace transnational

Se pose alors une question fondamentale, en droit international, comment imposer des devoirs à ces acteurs transnationaux que sont les firmes ? La mise en place de codes de conduite pourrait constituer une solution au problème de régulation. Cependant, les codes de conduite élaborés depuis les années 70 sont tous volontaires, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas de portée juridique. Ainsi, nous nous retrouvons, d'un côté, avec des droits qui sont garantis aux firmes multinationales grâce à des mécanismes contraignants relevant d'une autorité et, de l'autre, avec des devoirs moraux qui sont suggérés aux firmes et ne relevant d'aucune autorité extérieure, si ce n'est que de la conscience des acteurs.

Nous examinerons trois types de codes de conduite. Tout d'abord les codes de conduite publics qui ont pour but de réguler l'espace transnational en imposant des devoirs juridiques aux firmes. Ensuite, les codes de conduite privés qui permettent aux FMN de s'autoréguler en respectant des devoirs moraux. Finalement, le *Global Compact* qui n'est pas un code de conduite mais une entente conclue entre des acteurs publics et privés. Le *Global Compact* encourage les firmes à s'autoréguler tout en favorisant la création d'un forum de discussion afin de promouvoir le dialogue. Nous allons présenter ces trois types de codes et nous conclurons en nous demandant si les codes de conduite constituent réellement un type de devoirs, à l'échelle internationale, pour les firmes multinationales.

Première proposition : Les codes de conduite publics et la régulation politique internationale

Les premiers codes de conduite ont été élaborés dans les années 70. La puissance des firmes ainsi que leurs abus, le non-respect des droits de l'Homme, la pollution, le rapatriement de profits, etc., ont amené plusieurs acteurs à remettre en cause la conduite des entreprises et à vouloir leur imposer des devoirs juridiques. Les revendications des États et des organisations syndicales ont conduit à la création de codes de conduite négociés au sein d'institutions internationales afin de leur donner une portée qui transcende les juridictions nationales. Les codes de conduite publics se définissent ainsi comme étant une série de principes et de normes adoptés par les institutions internationales pour mieux contrôler les activités des firmes multinationales²¹.

Selon le Conseil économique et social des Nations Unies : « le but de tout code de conduite est de réglementer la conduite des entités auxquelles il s'applique. La réglementation pourra être plus ou moins rigoureuse selon les objectifs particuliers recherchés et selon que ses auteurs seront ou non disposés à promulguer des règles spécifiques plutôt que des directives générales et à faire un effort résolu pour appliquer ces règles quel que soit leur caractère juridique officiel »²². Ainsi, selon cette logique, les codes de conduite ont comme but principal de réglementer la pratique de certains acteurs,

²¹ G. Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, diffusés par les Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 10.

²² Conseil Économique et Social des Nations Unies, *Sociétés transnationales : l'élaboration d'un code de conduite et les questions qu'elle soulève. Rapport du secrétariat*, New York, ONU, 1976, p. 12.

cette réglementation peut être contraignante ou non, l'objectif étant de faire la promotion de certaines règles et d'encourager les firmes à les respecter.

Toutefois, les codes de conduite qui se voulaient au départ des codes obligatoires sont devenus, avec les négociations entre les pays industrialisés et les pays en développement des codes de conduite volontaires. Ainsi, les devoirs des firmes ne sont pas juridiques, c'est-à-dire imposés par une autorité mais bien moraux, c'est-à-dire relevant de la conscience. Les codes de conduite ont donc un aspect hybride, ils se présentent comme un instrument de réglementation des comportements sans pour autant avoir force de loi, du fait de leur nature volontaire²³. Ils sont mis en place afin de réguler le comportement de certains acteurs mais en même temps, ils ne sont pas juridiquement contraignants.

Les premiers codes de conduite ont ainsi été mis en place afin de répondre aux demandes conjointes des pays industrialisés et des PED²⁴. Ainsi, en 1966, le gouvernement canadien alors préoccupé par le rapatriement massif de capitaux vers les États-Unis, élaborait les Principes directeurs de bonne conduite des sociétés. Ce code de conduite international devançait les codes actuellement existants par sa nature non contraignante et par sa grande souplesse d'interprétation²⁵. Le Code du Pacte Andin, mis en place le 31 décembre 1970, avait pour but de contrôler le comportement des firmes. La Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou ont adopté la décision 24, qui réglementait les investissements étrangers et excluait les investissements directs étrangers (IDE) dans certains secteurs clés de leurs économies respectives²⁶.

À la même époque, les pays en développement ont voulu que le comportement des firmes, sur leur territoire, soit conforme à leurs attentes et à leurs juridictions nationales. Ainsi, plusieurs résolutions, au sein de l'ONU, sont adoptées en faveur des pays en voie de développement (PED)²⁷. Lors de l'Assemblée générale du 1^{er} mai 1974, les PED votent et adoptent la Déclaration et le programme d'action sur l'établissement d'un nouvel ordre économique international (résolution 3201 et 3202). Le nouvel ordre économique international (NOEI) devra permettre l'intégration des pays en voie de développement dans l'économie mondiale et ce, grâce à une diversification et à une expansion de leurs échanges. Au travers du NOEI, il s'agissait de mettre en place une nouvelle division internationale du travail, dont l'objet aurait été de réorganiser le pouvoir économique à l'échelle mondiale²⁸. Les pays en voie de développement, qui avaient obtenu leur indépendance politique au cours des années 60, étaient alors toujours dépendants économiquement des pays colonisateurs, leurs économies étant structurées en fonction des besoins des anciennes métropoles.

Le programme d'action concernant l'instauration du nouvel ordre économique international consacre la section V à la : « Réglementation et contrôles des activités des sociétés transnationales » et exige la mise en place d'un code de conduite afin de :

- a) éviter toute forme d'ingérence dans les affaires intérieures du pays où elles agissent et empêcher toute forme de collaboration avec les régimes racistes et les administrations coloniales ;

²³ P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, p. 88.

²⁴ *Ibid.*, p. 46.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ G. Hamilton, *supra* note 21, p. 16.

²⁷ Par exemple, l'article 2 de la Charte des droits et des devoirs des États (résolution 3281, 12 décembre 1974), adopté par la CNUCED, stipule que « chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer », Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international ?*, Paris, Economica, 1983, p. 58.

²⁸ B. Stern, *ibid.*

- b) régler leurs activités dans les pays d'accueil afin d'éliminer toute pratique commerciale restrictive et de se conformer aux plans nationaux et aux objectifs de développement de ces pays, en facilitant si nécessaire dans cet esprit la révision des accords précédemment conclus ;
- c) accorder une assistance, aide en gestion et transfert de technologie aux pays en développement à des conditions équitables et favorables ;
- d) régler la question du rapatriement des profits en tenant compte des intérêts légitimes de toutes les parties ;
- e) promouvoir le réinvestissement de ces profits dans les pays en développement²⁹.

Un des moyens de valider ce nouvel ordre économique était de réglementer et de contrôler les activités des firmes par la mise en place d'un code de conduite obligatoire, ce code allait permettre aux PED de s'affirmer sur la scène politique et économique internationale tout en conservant leur souveraineté pleine et entière sur leurs ressources naturelles et sur leurs activités économiques. Cependant, aucun code de conduite obligatoire n'a été élaboré.

Plusieurs codes publics ont été élaborés à cette période, cependant, nous avons préféré retenir ceux de l'OCDE, de l'OIT, de la CNUCED et de l'ONU³⁰.

1. Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) :

Code : *Les Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales* sont mis en place le 21 juin 1976 par l'OCDE.

But du code : Protéger les investissements des grandes firmes et favoriser le développement du commerce international.

Contenu du code : Principes généraux, publications d'informations, emplois et relations professionnelles, environnement, lutte contre la corruption, intérêts des consommateurs, science et technologie, concurrence et fiscalité.

Nature juridique du code : Volontaire.

Mécanisme de surveillance : *Comité sur l'investissement international et les entreprises multinationales* (CIME).

Le code de conduite de l'OCDE comprend plusieurs instruments : la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, les *Principes directeurs à l'intention des firmes multinationales* et les *quatre Décisions du Conseil de l'OCDE* portant sur la mise en oeuvre des Principes, le traitement national, les stimulants et obstacles aux investisseurs internationaux, et les obligations contradictoires. Les *Principes directeurs* ont été révisés à quatre reprises, 1979, 1984, 1990, 2000, et ils sont désormais adoptés par l'Argentine, le Brésil et le Chili.

²⁹ Résolution 3202 de l'ONU- Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, 1^{er} mai 1974, cité dans B. Stern, *ibid*, p. 10.

³⁰ Plusieurs autres de codes de conduite publics ont été élaborés : Code de la CEE pour les activités des FMN en Afrique (1970), Code pour la commercialisation des substituts du lait maternel de l'OMS (1981), Code International de Conduite pour la Distribution et l'Utilisation des Pesticides de la FAO (1985), Lignes directrices sur le traitement de l'investissement étranger de la Banque mondiale (1992), U.S. Model Business Principle (1996), Code de conduite des entreprises européennes qui opèrent dans les PED (1999).

Le code de l'OCDE résulte d'une volonté, de la part de pays tels que le Canada, les Pays-Bas, les pays Scandinaves ainsi que plusieurs syndicats, de réglementer les investissements étrangers. Les milieux d'affaires des États-Unis, quant à eux, voulaient que soit élaborée une protection multilatérale des investissements³¹. Les *Principes directeurs* sont le résultat d'un compromis entre les intérêts divergents des deux groupes. Aux *Principes directeurs* sont donc ajoutées des propositions visant à protéger les intérêts des firmes étrangères ; le « traitement national des firmes étrangères » et les « stimulants et obstacles à l'investissement international ».

Les *Principes* de l'OCDE avaient pour objectif « de faire en sorte que les activités des entreprises multinationales s'exercent en harmonie avec les politiques des gouvernements, à renforcer la confiance mutuelle entre les entreprises et les sociétés dans lesquelles elles exercent leurs activités, à améliorer l'environnement pour l'investissement étranger et à accroître la contribution des entreprises multinationales au développement durable »³². Ainsi, en bout de ligne les *Principes* n'avaient pas pour objectif de contrôler le comportement des firmes, car la majorité des FMN provenaient des pays membres de l'organisation, mais bien de les protéger et d'éviter que soient mis en place des codes de conduite plus contraignants, comme celui des Nations Unies, par exemple³³. Les négociations des *Principes* se sont fait assez rapidement, de 1974 à 1976, et reflétaient le désir des membres de l'OCDE d'élaborer leur propre réglementation au lieu de « s'en faire imposer une par le tiers monde »³⁴.

Les *Principes Directeurs* sont des principes assez généraux et ils ne sont pas contraignants juridiquement : « les *Principes directeurs* [...] sont des recommandations adressées conjointement par les pays membres aux entreprises multinationales. [...] Le respect des *Principes directeurs* est volontaire et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionnée juridiquement »³⁵.

Les *Principes directeurs* touchent à plusieurs aspects³⁶. Les principes généraux portent sur le développement durable, les droits de l'Homme, les transferts de connaissance, etc. Ensuite concernant la publication d'informations, les firmes doivent révéler publiquement leurs activités globales, incluant leurs investissements, la provenance et l'utilisation des fonds. Pour ce qui est des emplois, les firmes doivent respecter les droits des salariés ; elles ne doivent pas non plus employer d'enfants, obliger le travail ou empêcher la formation de syndicat. Les firmes doivent respecter l'environnement, lutter contre la corruption en s'abstenant de faire des contributions aux membres des gouvernements et aux partis politiques. Les FMN doivent contribuer à transmettre aux pays du tiers-monde leurs connaissances tout en protégeant l'industrie de la propriété industrielle et intellectuelle. Enfin, l'OCDE tient à empêcher que les entreprises détiennent des positions dominantes sur les différents marchés et souhaitent que les firmes acquittent régulièrement les impôts qu'elles doivent aux pays d'accueil.

La supervision des *Principes directeurs* se fait par un organe subsidiaire du *Conseil de l'OCDE*, le *Comité sur l'investissement international et les entreprises multinationales* (CIME). Il se compose de délégués gouvernementaux, de représentants des milieux d'affaires et des syndicats qui sont regroupés respectivement dans le *Comité consultatif économique et industriel* (BIAC) et la *Commission syndicale consultative* (TUAC). Lorsque des problèmes surgissent quant à l'application des *Principes directeurs* ou bien quand des firmes multinationales violent les *Principes*, les cas peuvent être portés devant le CIME. Depuis 1976, les syndicats ont porté une trentaine de cas devant

³¹ G. Hamilton, *supra* note 21, à la p. 22

³² OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, p. 2 : (en ligne) OCDE < <http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetextf.htm>> (date d'accès: 15 septembre 2001).

³³ G. Hamilton, *supra* note 21, p. 25.

³⁴ P. Merciai, *supra* note 23, p. 102.

³⁵ OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1979.

³⁶ OCDE, *supra* note 32.

le CIME, cependant, il est important de mentionner que le CIME « doit s'abstenir de tirer des conclusions sur le comportement d'entreprises déterminées, et qu'en conséquence les clarifications soient rédigées en termes généraux et abstraits, l'intervention du CIME a pour but de régler des différends concrets par une interprétation circonstanciée des *Principes directeurs* »³⁷. En ce sens, le CIME a pour mandat d'interpréter les *Principes* et ne peut imposer de sanctions.

Le code de l'OCDE est le seul code de portée générale encore en vigueur. Ce code à une portée restreinte car il s'adresse à 30 pays uniquement. Les *Principes directeurs* s'appliquent autant aux firmes multinationales qu'aux États nationaux et le langage utilisés lors de la rédaction des principes sont flous et laissent une grande marge manœuvre pour l'interprétation. Finalement, si les *Principes* ne sont pas respectés par les firmes, aucune sanction s'impose même si un mécanisme de surveillance a été créé pour surveiller les activités des firmes.

2. Organisation Internationale du Travail (OIT) :

Code : *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* mise en place depuis 1977 ;

But du code : Protéger les travailleurs du monde entier.

Contenu du code : Politique générale, emploi, formation, conditions de travail et de vie, relations professionnelles.

Nature juridique du code : Volontaire.

Mécanisme de surveillance : La *Commission sur les entreprises multinationales*.

À la différence de l'OCDE, l'Organisation internationale du travail est dotée d'une structure tripartite, ses activités relevant de la collaboration des gouvernements, des employeurs et des salariés. Pour cette organisation, les solutions aux différents problèmes rencontrés se trouvent grâce au consensus.

Le code de l'OIT résulte d'une demande des syndicats et des PED afin de les soutenir dans leur lutte contre les mauvais comportements des firmes, notamment concernant les conditions de travail. Plusieurs recommandations ont découlé d'une étude effectuée sur les FMN entre 1972 à 1976, dont l'introduction d'une *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*. Cette *Déclaration* est effective depuis 1977 et elle s'adresse aux FMN, aux gouvernements et aux syndicats. Selon l'OIT, cette *Déclaration* a pour but d'encourager les firmes multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social³⁸.

La *Déclaration* est volontaire, c'est-à-dire qu'elle n'est pas contraignante juridiquement. Elle stipule que tous les acteurs doivent respecter la souveraineté des États et observer les législations nationales³⁹. En ce qui a trait à l'emploi, les FMN doivent créer des emplois et veiller à leur stabilité, coopérer avec les autres entreprises locales, faire de la formation pour les employés tout en respectant

³⁷ P. Merciai, *supra* 23, p. 106.

³⁸ OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, p. 1 (en ligne) OIT < <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/tridecl/download/tri-fr.pdf> > (date d'accès: 15 septembre 2001)

³⁹ *Ibid*, p. 3 :

l'environnement dans lequel elles évoluent. Les firmes doivent offrir un salaire et des conditions de travail adéquates aux employés, elles doivent respecter l'âge minimum d'admission au travail. Finalement, les firmes doivent permettre aux employés de se regrouper et de s'associer, elles ne doivent pas menacer les employés de fermer l'entreprise s'ils tentent de créer un syndicat.

Le *Mécanisme institutionnel de surveillance des principes* de l'OIT a été élaboré en mars 1978 et il a été confié à un organe subsidiaire du conseil d'administration, la *Commission sur les entreprises multinationales* qui a été créée à cet effet et qui se compose de 15 membres qui proviennent respectivement des gouvernements, des représentants des travailleurs et des employeurs⁴⁰. La *Commission* a deux fonctions. Tout d'abord, elle participe au réexamen des principes, et ensuite, elle supervise l'application des principes suite aux demandes des États ou des syndicats afin de régler certains différends. Il est important de noter que le *Conseil* n'a pas le mandat d'émettre un jugement sur la conduite des FMN⁴¹.

La *Déclaration tripartite* s'adresse à tous les travailleurs de la planète ainsi qu'aux entreprises multinationales, aux syndicats et aux gouvernements. Ainsi, elle n'est pas discriminatoire envers les FMN. De plus, la déclaration est volontaire et même si un mécanisme de surveillance a été élaboré, aucune sanction ne peut être imposée aux firmes si les principes ne sont pas respectés.

3. Commission des Nations Unies pour le développement et le commerce (CNUCED) :

Code : Le *Code de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives* (PCR) est effectif depuis 1980 ;

But du code : Éviter que les PCR ne constituent un obstacle à la libéralisation du commerce, atteindre une efficacité accrue du commerce international et du développement, promouvoir le bien-être social, éliminer les inconvénients résultant des PCR des firmes multinationales, et proposer des règles susceptibles d'être adoptées au niveau national ou international⁴².

Contenu du code : Pratiques commerciales restrictives et les pratiques monopolistiques, principes à l'intention des FMN et principes à l'intention des États.

Nature juridique du code : Volontaire.

Mécanisme de surveillance : Le *Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives*.

Au début des années 70, un groupe a été chargé d'étudier les différentes pratiques commerciales restrictives (cartel, monopoles, etc.), afin de formuler des principes et des règles qui permettraient d'étendre le droit de la concurrence au niveau international⁴³. La CNUCED était l'institution qui devait se charger d'étudier les pratiques commerciales restrictives⁴⁴.

⁴⁰ P. Merciai, *supra* note 23, p. 140.

⁴¹ *Ibid*, p. 141.

⁴² CNUCED, *L'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, New York, Nations Unies, 1981, p. 1.

⁴³ P. Merciai, *supra* note 23, p. 128.

⁴⁴ « L'expression pratiques commerciales restrictives s'entend d'actes ou de comportements d'entreprises qui, par l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante de force sur le marché, limitent l'accès aux marchés ou d'une autre manière, restreignant indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce international,

En 1980, le code est approuvé par l'Assemblée générale de l'ONU (résolution 35/63)⁴⁵. Ce code correspond aux demandes des États-Unis et des pays industrialisés. Il s'applique à toutes les entreprises, privées ou publiques, et il est rédigé en trois parties. La première définit les pratiques commerciales restrictives et les pratiques monopolistiques, cependant rien dans la déclaration n'interdit formellement l'application de ces pratiques. La seconde partie met en relief les actions que doivent mettre en place les États afin de respecter le code. Finalement, dans la troisième partie, le texte recense toutes les mesures qu'il faut prendre, internationalement, pour enrayer ces pratiques⁴⁶. « L'essentiel du code est constitué par l'énumération et la description des pratiques auxquelles les entreprises doivent éviter de recourir et que les États doivent combattre »⁴⁷.

Un mécanisme de surveillance a été prévu pour ce code et il a été confié à un organe subsidiaire de la CNUCED, le *Groupe des pratiques commerciales restrictives*. Comme dans les mécanismes de surveillance, le groupe intergouvernemental d'experts n'a pas de pouvoir et il ne peut intervenir « dans un différend entre entreprises parties à une transaction commerciale spécifique »⁴⁸. De plus, ce mécanisme n'a jamais réellement fonctionné⁴⁹.

Ce code de conduite, comme celui de l'OCDE et de l'OIT, ne s'applique pas uniquement aux firmes multinationales mais aussi aux gouvernements et il est de nature volontaire, le non-respect n'entraîne aucune sanction. Le code a été révisé en 1985, de nouvelles propositions devaient être examinées, notamment la nature juridique du code. Les PED voulaient que le code devienne obligatoire, les pays industrialisés ont refusé et les négociations ont pris un autre tournant. Des réexamens du code ont eu lieu en 1990 et en 1995, cependant le code de conduite est de moins en moins utilisé.

4. L'Organisation des Nations Unies (ONU) :

Code : Le *Code de conduite des sociétés transnationales* a débuté ses négociations en 1976 et il ne verra jamais le jour.

But du code : Éliminer les effets négatifs des sociétés transnationales et favoriser la contribution positive de ces dernières aux efforts de développement des pays en voie de développement, conformément aux priorités et aux plans de développement de ces pays.

Contenu du code : Activités des sociétés transnationales, traitement des sociétés transnationales et coopération intergouvernementale.

Nature juridique : volontaire.

Mécanisme de surveillance : aucun car le code n'a jamais été effectif.

notamment à celui des pays en développement et au développement économique de ces pays, ou qui, en raison d'accords ou d'arrangements officiels, non officiels, écrits ou non écrits, entre entreprises, ont les mêmes répercussions », CNUCED, *supra* note 42, p. 7-8.

⁴⁵ *Ibid*, p. 1.

⁴⁶ Nations Unies, « The CTC Reporter », Volume 1, n°1, Décembre 1976, New York, Nations Unies, p. 26.

⁴⁷ P. Merciai, *supra* note 23, p. 131.

⁴⁸ *Ibid*, p. 133.

⁴⁹ *Ibid*.

En juillet 1972, une résolution est votée par le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) et elle est adoptée à l'unanimité. Le Conseil reconnaît l'importance des firmes multinationales et la possibilité d'actions prises par les Nations Unies, notamment par la négociation d'un code de conduite afin de contrôler leurs agissements. L'ECOSOC vote la résolution 1721 qui demande au Secrétaire Général de mettre en place un groupe de personnes éminentes qui étudieront le comportement des FMN et les conséquences de leurs actions sur le développement des pays, sur les relations internationales et sur la souveraineté des gouvernements⁵⁰. Le groupe des 20 personnes (représentants des pays occidentaux, des PED et des pays socialistes) est mis en place en septembre 1973 et le rapport final est remis aux Nations Unies au cours de l'été 1974. Les recommandations du groupe sont les suivantes : mise en place d'un code de conduite afin de mieux contrôler les actions des firmes multinationales et l'établissement d'une commission sur les FMN⁵¹.

En janvier 1978, la *Commission sur les corporations transnationales* présente un projet du code de conduite, il contient 55 paragraphes⁵². La procédure utilisée pour élaborer le projet est la suivante : chaque paragraphe est lu et les groupes débattent et donnent leurs opinions afin d'arriver à un consensus. Ainsi, la tâche du groupe de travail est très difficile car les intérêts des membres de la Commission divergent énormément. Les principaux négociateurs sont les PED et cinq pays industrialisés : les États-Unis, le Royaume-Uni, la France, la République Fédérale d'Allemagne et l'Italie. La rédaction du code de conduite est très longue et des rumeurs commencent à se faire entendre : certains pays commencent à se désintéresser des négociations.

Le code de conduite se divise en trois chapitres. Le premier chapitre porte sur les activités générales des FMN (respect de la souveraineté des États, aider aux développements du pays en question, respect des droits de l'Homme), les enjeux économiques, financiers et sociaux (les firmes doivent coopérer avec les gouvernements, les aider à se développer, etc.) et la divulgation des informations. Le second chapitre concerne le traitement des firmes multinationales par les gouvernements hôtes (le traitement national des firmes étrangères, la nationalisation, les compensations et la juridiction employée lors d'un conflit), et le troisième chapitre porte sur la coopération entre les États car elle est nécessaire afin de résoudre les multiples problèmes qui découlent des opérations des firmes à travers le monde.

Plusieurs raisons ont fait que le code de conduite de l'ONU est resté en suspend : «La lenteur liée au processus conventionnel va de pair avec la méfiance à l'égard de tout engagement trop précis, sans qu'on puisse avoir à ce stade de précision sur le caractère contraignant ou non contraignant du texte qui sera adopté»⁵³. Les PED voulaient que soient mis en place des lois pour réguler le comportement des firmes et les pays industrialisés voulaient un code de conduite volontaire. Cependant, ces derniers affirmaient que si le code était volontaire, des groupes de consultation seraient formés afin de surveiller les agissements des firmes et gouvernements. Les pays en voie de développement ne voulaient pas que les gouvernements soient inclus dans le code de conduite car cela impliquerait une perte de souveraineté de l'État, ils voulaient que le code s'applique uniquement aux firmes multinationales. Les pays industrialisés voulaient que des lois précises soient élaborées pour les FMN sur le territoire des pays hôtes. Ainsi, les revendications des pays du Nord et celles des pays du

⁵⁰ W. J. Feld, *Multinational Corporations and U.N. politics. The Quest for Codes of Conduct*, États-Unis, Pergamon Press, 1980, p. 35.

⁵¹ En automne 1974, le Secrétaire Général de l'ONU met en place la *Commission sur les firmes transnationales* avec 48 membres qui seront élus tous les trois ans et sous la direction de l'ECOSOC. De plus, il crée le *Centre de recherche et d'information (IRC)*, qui sera sous la direction de la *Commission sur les firmes transnationales* et sous l'administration du *Centre des firmes transnationales des Nations Unies*, établi en novembre 1975.

⁵² Pour avoir des détails sur le code de conduite général des Nations Unies : *Transnational Corporations : Code of Conduct*, dans « The CTC Reporter », Volume 1, n°6, Avril 1979, New York, Nations Unies, p. 5 à 8.

⁵³ E. Decaux, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite » dans, *A.F.D.I.*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1983, p. 85.

Sud étaient trop différentes pour voir l'élaboration d'un code qui reflète les aspirations des différents groupes : Il s'agissait de mettre en place un « instrument entre deux groupes d'États qui n'ont le même niveau de développement, les mêmes doctrines économiques, et qui remplissent les uns par rapport aux autres des fonctions différentes sans interchangeabilité en matière d'investissement, les pays développés étant des pays d'origine et les PVD des pays d'accueil »⁵⁴. En ce sens, les visions différentes des deux groupes ont posé des problèmes majeurs quant à la nature légale du code, la définition de la FMN, la définition du traitement national, les principes de compensation lors d'une nationalisation, etc.

En plus des nombreux points de discorde énoncés précédemment, au début des années 80 a débuté une fragmentation interne au sein des PED. Les nouveaux pays industrialisés (NPI)⁵⁵ ont commencé à avoir leurs propres FMN et étaient plus en accord avec les discours des pays industrialisés que ceux des pays en voie de développement⁵⁶.

Conclusion de la régulation politique internationale

Les codes de conduite que nous avons étudiés, dans cette première partie, ont été négociés au sein d'institutions internationales. Ces codes sont publics et ils reflètent les revendications de certains États, notamment celles des PED. Les institutions internationales ont tenté de créer un espace supranational qui régulerait les activités des firmes multinationales, notamment par la mise en place de codes. Les Codes de conduite mis en place à cette époque sont soit spécialisés (OIT et ONU) ou touche à un nombre limité de pays (OCDE). L'ONU a négocié deux autres codes, le *Code des sociétés transnationales* et le *Code sur les transferts de technologie*, mais ils n'ont jamais abouti, les négociations se sont poursuivies jusqu'au début des années 90 pour ensuite être mises de côté. Le *Code des sociétés transnationales* a été le seul code général qui a fait l'objet de négociations. Enfin, il est important de noter que les codes mis en place à cette époque sont à la base de plusieurs codes qui ont été élaborés par la suite.

Lors des premières négociations, les PED voulaient que les codes de conduite mis en place soient des instruments multilatéraux ayant force obligatoire et ils voulaient que les codes s'appliquent uniquement aux firmes afin que les États conservent leur pouvoir souverain. Mais tel ne fut pas le cas puisque les codes de conduite sont volontaires et s'appliquent autant aux FMN qu'aux pays d'accueil. Plusieurs compromis ont donc été faits lors des négociations et nous constatons que ce sont les pays industrialisés qui bénéficient d'avantage de cette situation. De plus, soulignons le paradoxe selon lequel même si les codes de conduite sont volontaires, des mécanismes de surveillance sont mis en place afin de s'assurer que les principes sont bien respectés.

Les firmes multinationales ont été associées aux négociations des codes de conduite car les États industrialisés ont représenté de manière indirecte mais active leurs intérêts⁵⁷. Or comme les FMN proviennent majoritairement des pays industrialisés, ces derniers ont empêché la mise en place de codes de conduite obligatoires pour ne pas restreindre les activités transnationales de leurs firmes. Et comme il n'existe pas de gouvernement mondial pour réguler les firmes multinationales et que les codes élaborés ne sont pas des traités multilatéraux, les codes de conduite mis en place ne sont pas contraignants. Selon Tru, à cause de leur nature volontaire, les règles d'un code de conduite ne sont pas réellement respectées par les firmes multinationales : « livrées à elles-mêmes, les règles ne

⁵⁴ N'Guyen Huu Tru, « Les codes de conduites – un bilan », dans *R.G.D.I.P.*, Paris, Pedone, 1992, p. 51.

⁵⁵ La Corée du Sud, Hong Kong, Singapour, Brésil, Mexique, l'Inde et la Turquie.

⁵⁶ W. J. Feld, *supra* note 50, p. 125.

⁵⁷ François Rigaux, « Les sociétés transnationales » dans Mohammed Bedjaoui, *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, p. 136.

semblent pas avoir un poids appréciable auprès des sociétés transnationales »⁵⁸. Par exemple, les règles en matière de publication d'information sont respectées par les firmes lorsqu'elles sont incorporées dans le droit national ou quand elles font parties des pratiques nationales, sinon les firmes n'en tiennent tout simplement pas compte.

Les États se sont engagés à ce que leurs firmes respectent les principes qu'ils ont élaborés conjointement. Ces principes sont des ententes de bonne foi en droit international, c'est-à-dire du *soft law*⁵⁹. En ce sens, le *soft law* ou les actes concertés non conventionnel sont des sources du droit international, cependant ils n'ont pas de force de loi. Lors des négociations, les parties s'engagent moralement à respecter les règles du code de conduite. En plus de la nature volontaire des codes, ils sont souvent ambigus car « ils disposent d'une formulation plutôt imprécise, qui n'est pas dénuée de tout avantage : elle leur assure une flexibilité accrue lors de leur application »⁶⁰.

Deuxième proposition : les codes de conduite privés et l'autorégulation des entreprises

À partir des années 70, les dirigeants des FMN ont commencé à mettre en place des codes de conduite au sein de leurs entreprises. Un des premiers code de conduite privé à avoir été élaboré est celui de la Chambre de Commerce International (CCI) en 1972⁶¹. Ces codes introduisent une forme par le respect de devoirs moraux. Les États n'interviennent pas, ce sont les firmes qui élaborent et qui appliquent les normes.

Selon Jean-Baptiste Racine, les codes de conduite privés se définissent comme étant « un ensemble d'engagements adoptés par une entreprise ou un groupe d'entreprises privées, rassemblés dans un document unique appelé indifféremment code, charte ou guide et qui présente la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire »⁶². Les codes de conduite privés ont pour but d'autoréglementer la vie quotidienne de la firme ou de certains secteurs d'activité⁶³. Les firmes sont donc à la fois les conceptrices et les réceptrices de ces normes et de ces règles⁶⁴.

Les codes de conduite privé ont deux fonctions importantes⁶⁵. Tout d'abord, ils procurent un avantage concurrentiel aux firmes. En ce sens, l'adhésion à un code de conduite privé permet à l'entreprise d'améliorer son image auprès du public. Ainsi, les codes de conduite apparaissent essentiellement comme un instrument de promotion économique. Par exemple, les firmes qui adhèrent à des codes de conduite dans le domaine de l'environnement cherchent à vendre leurs produits ou services aux consommateurs qui prennent à cœur le respect de l'environnement. Ensuite, ils permettent d'éviter la mise en place de législations plus coercitives. Les FMN préfèrent mettre en place des règles et des normes pour éviter que l'État élabore des lois plus contraignantes, c'est donc une forme de

⁵⁸ N'Guyen Huu Tru, *supra* note 54, p. 53.

⁵⁹ Le *soft law* ou les actes concertés non conventionnels se définissent comme étant « des instruments issus d'une négociation entre personnes habilitées à engager l'État et appelées à encadrer les relations de ceux-ci, *sans pourtant avoir un effet obligatoire* ». Ce même auteur définit les *gentlement agreement* comme « un accord entre dirigeants politiques qui ne lie pas les États qu'ils représentent sur le plan du droit, mais dont le respect s'impose à ses signataires comme une question d'honneur ou de bonne foi ». N. Q. Dinh, *supra* note 7, p. 382.

⁶⁰ S. S. Metaxas, *Entreprises transnationales et code de conduite*, Thèse de doctorat (non publiée), 1995, p. 138.

⁶¹ W. J. Feld, *supra* note 50, p. 109

⁶² J.-B. Racine, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *R.J.E.*, 1996, p. 410.

⁶³ P. Merciai, *supra* note 23, p. 91.

⁶⁴ J.-B. Racine, *supra* note 62, p. 410.

⁶⁵ *Ibid*, p. 412.

régulation privée qui émerge : l'État souverain cède à des acteurs privés les privilèges qu'il avait auparavant dans de nombreux domaines.

Certains mécanismes de surveillance sont mis en place afin de s'assurer que les FMN respectent leurs propres codes de conduite. L'opinion publique peut constituer un mécanisme de surveillance indirect, c'est-à-dire que si les agissements de la firme ne sont pas conformes au code de conduite, le public pourra boycotter ou refuser d'acheter son produit. Un autre moyen de surveillance est la mise en place d'un comité de professionnels qui surveille les pratiques et les sanctionnent. Par exemple, la *Charte professionnelle de l'industrie des granulats* a mis en place un Comité national chargé de veiller à l'application du code. Le Comité attribue des labels aux firmes qui agissent comme le code le prescrit et celles qui ne le respectent pas n'obtiennent pas de labels. Comme le label peut constituer un avantage concurrentiel pour une entreprise, le fait de ne pas pouvoir l'obtenir constitue une sanction importante⁶⁶. Cependant, ce ne sont pas toutes les entreprises qui prévoient de tels mécanismes et qui acceptent d'adhérer à des codes pouvant entraîner des sanctions. Certaines entreprises créent aussi des organismes n'ayant pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires.

Après avoir présenté les codes de conduite privés, nous nous proposons d'analyser une étude effectuée récemment par l'OCDE. Nous allons examiner le contenu des différents codes de conduite privés et tenter de voir s'ils constituent une forme de régulation des firmes multinationales.

Étude de l'OCDE ⁶⁷

Les codes de conduite privés ont commencé à être mis en place dans les années 70. Une étude faite par le *Centre des corporations transnationales* (ONU) a recensé 150 codes de conduite d'entreprises élaborés entre 1974 et 1978, 129 codes provenaient des États-Unis, 13 du Canada et 8 de l'Europe⁶⁸.

Une étude plus récente, effectuée par l'OCDE en 2000, a répertorié 246 codes de conduites dans la zone de l'OCDE. Les codes de conduite se définissent comme étant des engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités, qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché⁶⁹. Les codes étudiés sont différents les uns des autres (certains sont plus précis, d'autres ont un contenu plus restreint, etc.).

Cette étude avait pour but d'étudier deux questions essentielles : quels sont les objectifs que visent les codes de conduite et en quoi ils rejoignent les préoccupations du grand public ? Et que disent les codes de conduite sur les actions menées par les organisations pour faire appliquer les engagements ou les principes qu'elles énoncent ? La méthodologie comporte plusieurs limites car les codes n'ont pas été choisis au hasard et ne sont donc pas nécessairement représentatifs de l'ensemble des codes de conduite existants. La collecte d'informations s'est fait soit par l'analyse du code de conduite (la version papier) ou par des entrevues téléphoniques.

Les résultats de l'étude sont les suivants : les entreprises individuelles, qui sont majoritairement des firmes multinationales, sont à l'origine de 118 codes de conduite, les associations professionnelles et syndicales sont à l'origine de 92 codes, les ONG et les syndicats ont élaboré 32 codes et les institutions internationales sont à l'instigation de seulement 4 codes de conduite⁷⁰. Ainsi,

⁶⁶ Racine, *supra* note 62.

⁶⁷ OCDE, *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, Paris, OCDE, 2000.

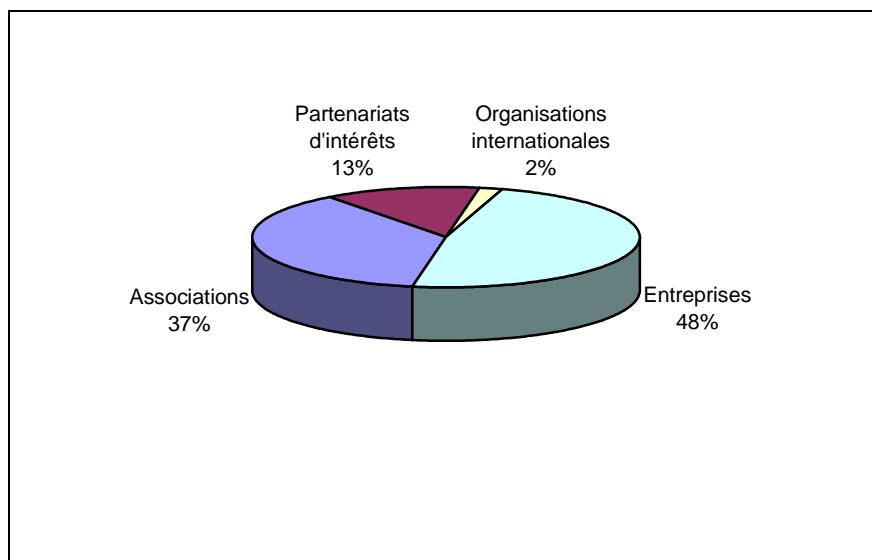
⁶⁸ ONU, « Corporate Guidelines », *CTC Reporter*, Septembre 1978, Volume 1, n°5, pp. 16 et 32.

⁶⁹ OCDE, *supra* note 67, p. 6.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 8.

la majorité des codes de conduite élaborés à l'aube du XXI^e siècle proviennent des firmes multinationales.

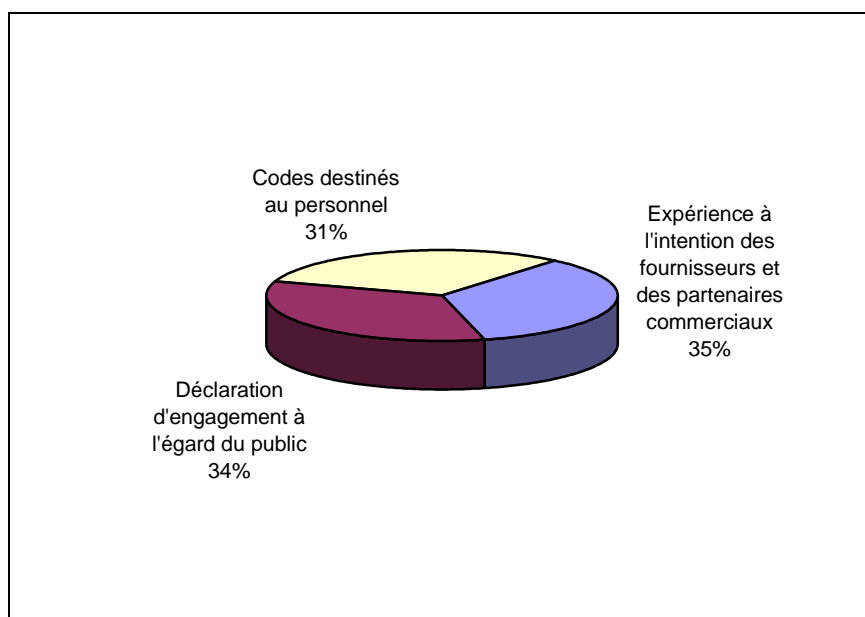
Graphique 1 : Répartition des codes par type d'émetteur



Source : OCDE, *Les codes de conduite des entreprises – Étude approfondie de leur contenu*, Paris, OCDE, 2000.

Les codes de conduite sont destinés à des publics variés. Pour ce qui est des codes de conduite privés, donc élaborés par les entreprises, ils sont mis en place soit pour uniformiser les pratiques des fournisseurs et des partenaires commerciaux, soit pour démontrer la bonne volonté des entreprises envers le public, soit encore pour démontrer l'engagement des firmes envers leurs employés.

Graphique 2 : Types de codes mis en place par les entreprises



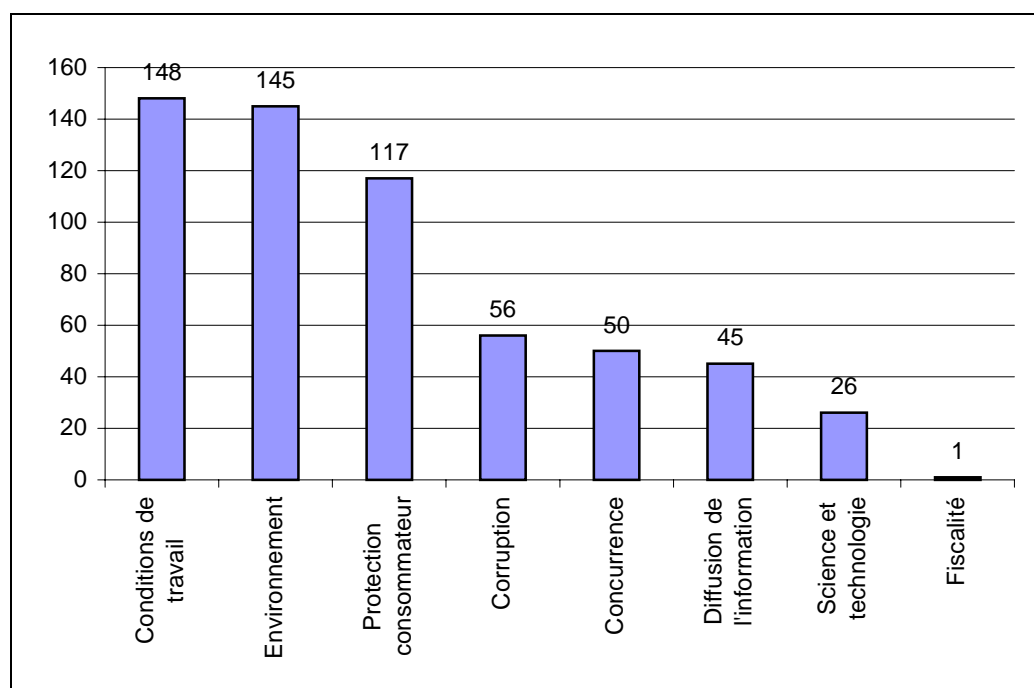
Source : OCDE, *Les codes de conduite des entreprises – Étude approfondie de leur contenu*, Paris, OCDE, 2000.

1. Le contenu des codes de conduite :

Les 246 codes étudiés touchent aux domaines suivants : la gestion de l'environnement (145 codes), les conditions de travail (148 codes), la diffusion d'informations (45 codes), la concurrence (50 codes), la fiscalité (un seul code), la corruption (56 codes), les sciences et la technologie (26 codes) et la protection des consommateurs (117 codes).

Sur l'ensemble des codes recensé par l'OCDE, 24 codes de conduite ont des clauses qui touchent uniquement à l'environnement (mono thème), et 121 codes possèdent des éléments relatifs à l'environnement. Les codes de conduite sur l'environnement font souvent mention du respect de lois environnementales (68 %), de l'écoute des préoccupations de la communauté (40 %), de l'utilisation de produits et de services qui respectent l'environnement (38 %), des instructions, de la sensibilisation et de la formation du personnel (36 %), de la transparence des actions de la firme à l'égard du public (36 %), du choix de partenaires, fournisseurs et sous-traitants qui respectent aussi l'environnement (35 %), etc.⁷¹.

Graphique 3 : Le contenu des codes de conduite



Source : OCDE, *Les codes de conduite des entreprises – Étude approfondie de leur contenu*, Paris, OCDE, 2000.

Pour ce qui est des conditions de travail, 148 codes de conduite en font mention, ce qui représentent quasiment la moitié des codes étudiés. 76 % des codes sont favorables à un cadre de travail raisonnable, 66 % font mention du respect des lois, 61 % des codes interdisent le harcèlement ou la discrimination, 45 % des codes sont en faveur d'une rémunération adéquate des employés, 43 % interdisent le travail des enfants, 41 % souhaitent que les partenaires commerciaux et les fournisseurs adhèrent au code, 39 % des codes interdisent le travail forcé, 32 % sont favorables à des horaires de travail convenables, 30 % des codes font la promotion de la liberté d'association, 25 % des codes incluent les droits de l'Homme et 10 % des codes adhèrent au code de l'OIT⁷².

⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

⁷² *Ibid.*, p. 15.

Les politiques de diffusion d'informations ont pour but de rendre l'entreprise responsable de ses actes à l'extérieur de l'entreprise. Trois concepts sont utilisés : la diffusion d'informations sur le produit (41 % des codes le mentionne), la diffusion d'informations financières (18 % le mentionne) et la diffusion d'informations quant aux engagements souscrits dans les codes (seulement 39 % en parlent).

Seulement 20 % des codes ont des clauses relatives à la concurrence, un seul code porte sur la fiscalité et 23 % des codes ont des clauses relatives à la corruption. Les sujets les plus touchés sont la corruption des personnalités publiques (62.5%), la corruption d'acteurs privés (64.3 %), les pots de vin aux personnalités publiques (17.9 %), les employés proposant des pots de vin (41 %) ou le financement des partis politiques (32.1 %).

Seulement 11 % des codes se préoccupent de la science et des nouvelles technologies et 48 % des codes étudiés sont favorables à la protection des consommateurs. Les trois aspects traités sont la fourniture de produits et de services de qualité (par exemple sur l'environnement), la fourniture d'informations sur des produits et services fiables et de qualité et la protection des données personnelles concernant les consommateurs.

Certains autres aspects sont mentionnés dans les codes de conduite étudiés : l'éthique publicitaire, le commerce électronique, la sécurité et la santé publique, le droit des animaux, le génie génétique et la protection des populations indigènes.

Pourquoi les entreprises élaborent-elles des codes de conduite ? 51 des codes étudiés souhaitent améliorer leur réputation par le biais des codes de conduite, 21 codes souhaitent renforcer la fidélité de leurs clients envers leurs produits ou services, 15 codes mentionnent l'amélioration de certaines de leurs activités, seulement 9 codes parlent de renforcement de la loyauté de leurs employés et 14 codes de conduite souhaitent minimiser les risques juridiques.

2. Les mécanismes de surveillance

Les codes élaborés par les entreprises et les associations précisent que les dirigeants et les employés ont pour responsabilité de respecter le code de conduite. 27 % des codes mentionnent l'élaboration d'un organe spécialisé ou d'un engagement de créer un organe de ce type, « ces dispositions sont plus courantes dans les codes édictés par des partenariats d'intérêt et des groupements d'entreprises que par des entreprises individuelles »⁷³. Les organes créés ont pour mandat de but de surveiller et vérifier l'application du code de conduite et de constamment adapter le code à l'évolution de l'entreprise. Ils peuvent aussi traiter des plaintes émises par les employés, faire des enquêtes et mettre en place des sanctions disciplinaires.

Concernant les mécanismes de surveillance des codes de conduite, 66 % des codes en font mention et 71 % des codes émanant des firmes individuelles en font mention. Dans la majorité des cas, la surveillance se fait à l'intérieur de l'entreprise, « la surveillance interne est considérée comme faisant partie du processus régulier de gestion, des cadres supérieurs étant chargés de faire respecter les normes, dans le cadre de leurs tâches quotidiennes »⁷⁴. Dans 79 % des cas, les entreprises font une surveillance active des codes de conduite pouvant aller jusqu'à demander aux employés, de signer chaque année, un contrat validant le code de conduite et son respect dans l'entreprise.

En ce qui concerne le comportement des fournisseurs et des partenaires commerciaux, 45 codes de conduite en font mention et plus du deux tiers de ces codes « précisent que la surveillance,

⁷³ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

devra ou pourra, impliquer des inspections sur le terrain. Parmi les autres codes concernant les approvisionnements, quelques-uns précisent que la surveillance s'exercera par un examen et une sélection des fournisseurs avant le placement de toute commande »⁷⁵. Finalement, 42 % des codes d'entreprises et 78 % des codes émis par des partenariats d'intérêts font mention de sanctions si les employés, les partenaires commerciaux ou les membres de groupement professionnels ne respect pas le code de conduite.

Ainsi, comme nous pouvons le constater, plusieurs codes ont été élaborés, les domaines inclus dans les codes diffèrent et ne font pas l'objet d'un consensus. Le langage utilisé pour la rédaction des codes est assez flou et peu normative. Les entreprises prennent position et favorisent certains agissements, cependant, est-ce que ces pratiques sont réellement mises en application ? Seulement la moitié des codes d'entreprises énoncent la possibilité d'un suivi de l'application du code et la plupart des codes restent muets quant aux sanctions possibles si les employés, les partenaires commerciaux ou autres ne respectent pas le code de conduite de l'entreprise.

À propos de l'autorégulation des entreprises, la question essentielle que nous devons soulever est la suivante : Les firmes ont-elles réellement envie de modifier leur comportement ou veulent-elles uniquement légitimer leurs actions par le biais de codes de conduite ? Comme l'affirme Jean-Baptiste Racine, il serait « angélique de penser qu'une entreprise prenne des engagements sans que ceux-ci lui rapportent un profit quelconque »⁷⁶. Par la mise en place de codes de conduite, les firmes souhaitent augmenter leur compétitivité, améliorer leur réputation et éviter que des lois plus contraignantes soient élaborées. L'étude de l'OCDE que nous venons d'étudier confirme ces propos, « on peut déduire des déclarations présentes dans certains codes que les motivations économiques liées à la volonté des organisations d'être fortement compétitives sur le marché peuvent aussi jouer un rôle dans la décision d'élaborer un code de conduite. La sauvegarde ou la promotion de la réputation d'une organisation et la recherche d'une fidélisation de la clientèle sont des considérations assez souvent mentionnées »⁷⁷. Ainsi, les firmes mettent en place des codes de conduite afin de légitimer leurs activités auprès de leurs clients, leurs fournisseurs, les ONG et les gouvernements.

Les codes de conduite que nous avons présentés dans la première partie avaient pour but de créer un espace transnational de régulation. Cet espace transnational a été créé, cependant il accorde uniquement des droits aux entreprises, il n'impose pas de devoirs juridiques aux firmes multinationales. Désormais, ce sont les firmes qui décident de mettre en place les codes et de moins en moins les États et les institutions internationales. En 2000, l'OCDE a recensé plus de 250 codes de conduite, dont près de la moitié sont mis en place par des acteurs privés. Ainsi, dans nos sociétés régies par la démocratie parlementaire, ce sont désormais les firmes multinationales qui décident du contenu de leur propre code de conduite et donc des droits qu'elles s'engagent à respecter. Dans de nombreux cas, les codes sont connus uniquement des hauts dirigeants de l'entreprise et les employés ignorent leur existence. Enfin, ces codes ne font pas toujours l'objet d'une traduction pour les filiales étrangères et bien souvent seule la maison-mère connaît l'existence du code de conduite de l'entreprise. À l'aube du XXI^e siècle, nous nous retrouvons avec des codes de conduite, comme nous l'avions mentionné en introduction, qui constituent une forme de devoirs pour les firmes multinationales. Cependant ces codes sont volontaires et désormais, ils sont mis en place par des acteurs privés et non pas des acteurs publics. Les États ont la capacité juridique de mettre en place des codes de conduite, pourquoi ne le font-ils pas ? Le mandat initial des codes de conduite était de réguler le comportement des firmes. Aujourd'hui, ils servent à légitimer leurs pratiques.

Enfin, selon la pensée néo-libérale, les États encouragent la privatisation et la déréglementation des marchés et laissent de plus en plus le soin aux acteurs privés de réguler certains domaines, comme l'Internet, les nouvelles technologies, l'environnement, etc. Les codes de conduite

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ J.-B. Racine, *supra* note 62., p. 413.

⁷⁷ OCDE, *supra* note 67, p. 4

privés permettent aux firmes multinationales de mettre en place des normes et des règles. Nous assistons ainsi à une régulation privée avec une portée publique puisque les normes sont élaborées dans la sphère privée mais reprises dans la sphère publique.

Troisième proposition : autorégulation et forum de discussion au sein d'une institution internationale (le *Global Compact*)

Les firmes multinationales font actuellement face à la contestation sociale de leurs activités au sein même des pays développés et, de plus en plus, dans les pays en voie de développement. Ces mouvements sociaux, qui émergent notamment des groupes d'opposition, sont contre la mondialisation économique, la déréglementation, la libéralisation du commerce, le non-respect des droits de l'Homme, etc. Ils se sont manifestés à Seattle (du 30 novembre au 3 décembre 1999) lors des négociations du cycle du millénaire de l'organisation Mondiale du Commerce, à Prague (du 26 au 28 septembre 2000) lors du sommet annuel du Fond Monétaire International et de la Banque Mondiale, à Québec (du 20 au 22 avril 2001) lors du Sommet des Amériques et à Gênes (20 au 22 juillet 2001) lors de la réunion du G-8 pendant laquelle un manifestant a été abattu par la police italienne. La solution trouvée à ce problème est d'adhérer à des codes de conduite afin de favoriser une mondialisation plus humaine et ainsi charmer l'opinion publique mondiale.

Le *Global Compact*⁷⁸ n'est pas un code de conduite mais bien un ensemble de valeurs proposées aux firmes multinationales. Ainsi, le *Global Compact* demande aux firmes de s'autoréguler, comme dans la seconde proposition. Sa particularité toutefois est la différence étant que l'ONU intervient par la création d'un forum de discussion international qui valorise le dialogue et la transparence. Le but du *Global Compact* est, comme pour les codes privés, de procurer un avantage concurrentiel aux firmes et d'éviter la mise en place de législations plus coercitives, la nouveauté étant de légitimer les pratiques des firmes par le biais de l'ONU.

C'est en 1999, au Forum économique de Davos, que le Secrétaire général de l'ONU a proposé de créer un partenariat entre l'ONU et le secteur privé afin de créer une mondialisation «plus humaine». De nombreuses rencontres ont eu lieu entre l'ONU et les différents acteurs impliqués dans ce processus. L'entente créant *Global Compact* a finalement été conclue le 26 juillet 2000 entre l'ONU, 50 firmes multinationales, des organisations non gouvernementales (ONG) et des syndicats afin, selon son discours, de lancer une initiative conjointe permettant de développer une citoyenneté corporative responsable. Ainsi, le *Global Compact* souhaite encourager et promouvoir les bonnes pratiques sociales des firmes multinationales, notamment concernant le respect des droits de l'Homme, du travail et de l'environnement. Cette initiative est dirigée par le Secrétaire générale de l'ONU ainsi que par trois organes onusiens : le Haut Commissariat aux droits de l'Homme, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et l'Organisation des Nations Unies pour l'Environnement s'appuyant respectivement sur la Déclaration universelle des droits de l'Homme, sur les Principes fondamentaux du droit du travail de l'OIT et sur les Principes de Rio sur l'environnement et le développement.

Le *Global Compact* n'a pas comme pour finalité de se substituer aux États, car ces derniers ont toujours la responsabilité de faire respecter les valeurs universelles proposées par l'ONU. La nouveauté véhiculée par le *Global Compact* est que désormais, les firmes multinationales doivent-elles aussi respecter et promouvoir les valeurs universelles de l'ONU⁷⁹.

Selon Kofi Annan, tous les acteurs du *Global Compact*, les États, les FMN, les ONG, les syndicats et l'ONU ont un rôle spécifique à jouer. Les États interviennent indirectement dans ce

⁷⁸ La majorité des informations de cette troisième partie proviennent du site du Global Compact : <<http://www.unglobalcompact.org>>

⁷⁹ John Ruggie and Georg Kell, « Global markets and social legitimacy : the case for the Global Compact », dans *Transnational Corporations* (UN/UNCTAD), vol. 8, n°3, décembre 1999, p. 104.

processus, les principes incorporés dans la Charte proviennent de conventions et de traités ratifiés antérieurement par les États membres de l'ONU. Les dirigeants des FMN s'engagent à promouvoir le *Global Compact* auprès de leurs homologues afin que ces derniers y adhèrent. Selon eux, les syndicats et les ONG devraient être en mesure de fournir une défense efficace des neuf principes, de s'engager à optimiser le processus d'apprentissage des principes, de participer au développement et à l'exécution des projets et de mener des campagnes publiques afin de créer le contexte dynamique nécessaire à l'épanouissement de ce projet⁸⁰. Enfin, l'ONU agit en tant que forum global de discussion. Tous les participants se donnent pour objectif de rallier au *Global Compact* 100 FMN ainsi que 1000 compagnies affiliées provenant de toutes les régions du monde d'ici 2002. Toutes les entreprises du monde, petites ou grandes, peuvent se joindre au *Global Compact* ; l'entente est ouverte et progressive. Moins d'un an après la mise en place du partenariat, plus de 300 entreprises, en majorité européenne, se sont engagées à respecter les neuf principes du *Global Compact*.

Encadré 1 : Les neufs principes fondamentaux de *Global Compact* :

Droits de l'homme :

Principe 1 : Les entreprises doivent promouvoir et respecter les droits de l'homme reconnus sur le plan international.

Principe 2 : Les entreprises ne doivent pas se faire complices de violations des droits fondamentaux.

Normes du travail :

Principe 3 : Les entreprises devraient respecter l'exercice de la liberté d'association et reconnaître le droit à la négociation collective.

Principe 4 : Élimination de toutes les formes de travail forcé et obligatoire.

Principe 5 : Abolition effective du travail des enfants.

Principe 6 : Élimination de la discrimination en matière d'emploi et d'exercice d'une profession.

Environnement :

Principe 7 : Promouvoir une approche prudente des grands problèmes touchant l'environnement.

Principe 8 : Prendre des initiatives en faveur de pratiques environnementales plus responsables.

Principe 9 : Encourager la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.

Source : ONU, Directives concernant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et les entreprises.

Les entreprises ou les associations désirant adhérer au *Global Compact* doivent envoyer une lettre de motivation au Secrétaire Général de l'ONU afin de démontrer leurs engagements. De plus, les firmes doivent informer les employés, les actionnaires, les fournisseurs et les clients de leur participation au *Global Compact*, respecter les neuf principes contenus dans la Charte, incorporer les principes du *Global Compact* dans les objectifs de l'entreprise et démontrer leurs engagements à travers leurs rapports annuels et dans leurs communications publiques⁸¹.

De plus, les firmes doivent une fois par année, par le biais du site internet du *Global Compact* (www.unglobalcompact.org), énoncer les progrès réalisés ou les leçons apprises grâce à l'application

⁸⁰ Site du *Global Compact* : <<http://www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/faq.htm>>

⁸¹ Site du *Global Compact* : <<http://www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/participate.htm>>

des nouveaux principes. Ces progrès seront commentés par les membres de la société civile. Grâce aux expériences vécues des entreprises membres, le *Global Compact* veut créer un forum d'apprentissage en mettant sur son site Internet les résultats de l'application des principes et ainsi inviter les firmes à utiliser le site comme instrument de référence et de dialogue. Une rencontre annuelle est prévue afin d'échanger sur les nouvelles pratiques des firmes. En dehors du cadre de discussion du *Global Compact*, les ONG et les syndicats peuvent uniquement conseiller les firmes, ils ne peuvent pas dénoncer leurs pratiques car ils n'en ont pas le pouvoir⁸².

Le *Global Compact* demande aussi aux entreprises de s'engager dans un partenariat avec d'autres organisations de l'ONU pour défendre certaines causes ou pour assister les pays en difficulté grâce à la mise en place d'une cybercoopération, aide à la création de conditions nécessaires à une croissance durable, etc. Enfin, comme le dialogue est privilégié au sein du *Compact*, des forums de discussions sont organisés afin de répondre à des questions complexes, notamment le rôle des entreprises dans les zones de conflits⁸³.

Pour adhérer au *Global Compact*, les firmes doivent respecter certaines conditions :

elles doivent faire preuve de sens civique en appuyant des causes de l'ONU et les valeurs fondamentales inscrites dans la Charte et d'autres conventions et traités pertinents ; dans leur sphère d'influence, les entreprises privées envisagées devraient avoir fait la preuve de leur détermination à mettre en œuvre les principes du Pacte, voire à aller au-delà de ce qu'ils exigent, en les transposant dans leurs activités de tous les jours ; et finalement, les entreprises qui se font complices de violation des droits de l'Homme, tolèrent le travail forcé ou obligatoire ou le recours au travail des enfants, sont impliquées dans la vente ou la fabrication de mines antipersonnel ou de leurs composants ou qui ne remplissent pas les obligations ou responsabilités pertinentes établies par l'Organisation n'entrent pas en ligne de compte pour un tel partenariat⁸⁴.

En ce sens, une firme qui se joint au *Compact* doit avoir les mêmes valeurs que l'ONU, soit de respecter les droits de l'Homme, respecter l'environnement, promouvoir la paix, démocratie, la liberté, l'égalité, etc.

Cependant, le *Global Compact* n'est pas un code de conduite qui vérifie, assiste, voire sanctionne les pratiques corporatives. Il n'est qu'une simple entente de principe formalisée dans une charte, une entente morale. Lorsque les firmes adhèrent au *Global Compact*, elles n'ont pas de documents à signer. Il n'existe donc pas d'engagement formel qui stipule que les firmes doivent respecter les principes de la charte et les obligations mentionnés précédemment. L'entente est volontaire, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de portée juridique. Ce partenariat est donc symbolique car aucune institution, indépendante ou émanant du *Global Compact*, ne surveille l'application des principes⁸⁵. Une des valeurs prônées par le *Global Compact* est la transparence. De plus, si une firme n'agit pas comme la *Charte* le prescrit, l'opinion publique sera, selon les défenseurs du *Global Compact*, défavorable envers cette dernière et celle-ci sera sanctionnée indirectement. De plus, l'ONU dit ne pas avoir le pouvoir de mettre en place un système de surveillance afin de vérifier si les firmes qui ont adhéré au *Global Compact* respectent leurs engagements⁸⁶. Finalement, le Secrétaire général

⁸² Site du Global Compact : < <http://www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/faq.htm>>

⁸³ Site du Global Compact : < <http://www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/whatitis.htm>>

⁸⁴ ONU, *Directives concernant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et les entreprises*, Article 12, p. 2 en ligne ONU <http://www.un.org/french/partners/business/guidef.htm> (date d'accès: 20 octobre 2000).

⁸⁵ John Ruggie, *Globalization, the Global Compact and Corporate Social Responsibility* : <http://www.uia.org/uiata/ruggie.htm> (date d'accès: 15 septembre 2000).

⁸⁶ Joshua Karliner et Kenny Bruno, USA : " The United Nations sits in suspicious company ", *International Herald Tribune*, 10 Août 2000 (en ligne) Corpwatch < <http://www.corpwatch.org/news/2000/306.html>> (date d'accès: 15 septembre 2001).

conclut que la Charte du *Global Compact* encouragera les FMN à s'autoréguler et ainsi, à devenir de bonnes citoyennes.

Encadré 2 : Les participants de Global Compact lors de la rencontre du 26 juillet 2000

Les firmes multinationales :

ABB Ltd., Aluminium Bahrain, Aracruz Celulose S.A., Aventis, BASF, Bayer Corporation, BP Amoco Corporation, British Telecommunications, Charoen Phokpand Group, Concord, Credit Suisse, DaimlerChrysler, Deloitte Touche Tohmatsu, Deutsche Bank AG, Deutsche Telekom AG, Dupont, Eskom, Esquel Group, France Telecom, Gerling Group, Organizações Globo, Group Suez Lyonnaise des Eaux, Healthon/WebMD, International Service System, LM Ericsson, Martina Berto Group, Minas Buenaventura, Natura Cosméticos, Nike Inc., Norsk Hydro A.S.A., Novartis, Pearson plc., Placer Dome Inc., Power Finance Corporation, Rio Tinto plc., SAP, Seri Sugar Mills Ltd., Royal Dutch/Shell Group, ST Microelectronics, Statoil, The Tata Iron and Steel Company Ltd., UBS AG, UNE One World, Unilever, Volvo Car Corporation.

Les associations :

Business for Social Responsibility, Instituto Ethos, International Chamber of Commerce, International Organisation of Employers, The Prince of Wales Business Leaders Forum, The World Business Council for Sustainable Development.

Les syndicats :

International Confederation of Free Trade Unions, ICEM.

Les acteurs de la société civile :

Amnesty International, Conservation International, Global Reporting Initiative, Human Rights Watch, International Institute for Environment and Development, Lawyers Committee for Human Rights, Regional International Networking Group, The Save the Children Alliance, The World Conservation Union, Transparency International, World Resources Institute, World Wide Fund International.

Source : Site du Global Compact : www.unglobalcompact.org

Propos d'étape : autorégulation et forum de discussion au sein d'une institution internationale

Plusieurs types de codes de conduite ont été élaborés pour tenter de réguler le comportement des FMN et leurs imposer des devoirs internationaux. Les États et les institutions internationales, dans les années 70, ont tenté de créer un espace supranational afin de contrôler le comportement des firmes. Plusieurs codes de conduite publics ont été et continuent d'être élaborés. Cependant, leur portée et leur nature sont restreintes puisqu'ils relèvent du *soft law*, c'est-à-dire qu'ils reposent sur la bonne foi des participants.

À la même époque, des codes de conduite privés ont été mis en place par les firmes elles-mêmes. Ceux-ci sont volontaires et peu de mécanismes de surveillance semblent être efficaces pour sanctionner les pratiques des firmes. Les normes et règles ont permis et permettent encore de combler les vides juridiques des États, mais nous assistons à l'émergence d'une régulation privée. En ce sens, les codes de conduite ne permettent pas de réguler le comportement des firmes mais permettent aux firmes de s'autoréguler et surtout de faire parti du processus de l'élaboration de la norme. Nous nous retrouvons donc avec des normes et des règles qui, initialement, provenaient d'acteurs privés mais qui ont été repris par les acteurs publics.

Finalement, le *Global Compact* est la première entente morale de ce type à avoir été créée. Les firmes se régulent d'elles-mêmes et l'ONU constitue le cadre d'échange et de dialogue. La régulation des firmes résulte d'une coopération entre acteurs privés et publics. Il y a une régulation publique car l'entente se fait dans le cadre de l'ONU et il y a une régulation privée car ce sont les firmes qui ont choisi les principes du *Global Compact* et, par le fait même, incitent les États à ne pas légiférer dans certains domaines. Le *Global Compact* ne possède aucun mécanisme de surveillance et il est important de noter que le langage utilisé dans la formulation de l'entente de principes est très flou et laisse toujours une grande place à l'interprétation.

Le *Global Compact* a été mis en place au sein de l'ONU ; elle rejoint notre première proposition de création d'un espace de régulation transnational. Cependant le *Global Compact* n'est pas contraignant, ce qui exclut donc la création d'un espace de régulation. Ensuite, l'ONU invite les firmes à s'autoréguler, comme dans la seconde proposition, et permet ainsi l'émergence d'une régulation privée. L'ONU a la capacité de mettre en place un code de conduite obligatoire qui serait ratifié par les États membres comme étant un traité international pour être ensuite incorporé dans les législations nationales. Pourquoi l'ONU et les États membres ne légifèrent-ils pas ? Pourquoi l'ONU et les États ne cherchent-ils pas à imposer des devoirs juridiques, au niveau international, aux firmes multinationales ?

Ainsi, après avoir fait un bilan des différents types de codes de conduite existants actuellement, il convient de s'interroger sur le rôle de ces codes de conduite. À quoi servent-ils réellement ? Nous avons vu précédemment qu'ils devaient réguler le comportement des firmes. Afin de jouer ce rôle toutefois, ils devraient être mis en place par les États et les institutions internationales et être accompagnés d'un mécanisme les rendant contraignants. Cependant, ce sont les acteurs privés qui mettent les en place, ils ne sont donc pas contraignants et ces codes ont comme fonction principale de légitimer les pratiques des firmes multinationales. En ce sens, les FMN adhèrent à des codes de conduite ou des ententes de principes, comme le *Global Compact* afin de charmer l'opinion publique, rehausser leurs images et démontrer qu'elles sont de bonnes citoyennes. Comme il n'existe pas de mécanisme de surveillance au sein du *Global Compact* qui pourraient rendre ses principes contraignants, les firmes n'ont pas nécessairement besoin de modifier leurs comportements.

Nous croyons que les codes de conduite devraient constituer un corpus minimal de devoirs pour les firmes. Cependant, pour être efficaces, ces codes devraient être obligatoires. En ce sens, un espace transnational devrait être créé afin d'imposer des devoirs aux firmes. Les codes de conduite pourraient prendre la forme de traités internationaux qui seraient ensuite incorporés dans les législations nationales. Les États utilisent bien leur souveraineté afin de conclure des traités qui garantissent les droits de leurs investisseurs comme nous allons le voir à l'instant. Pourquoi ne l'utilisent-ils pas afin de mettre également en place des devoirs à ceux-ci sur le plan international ?

LES DROITS DES INVESTISSEURS

Il s'agit dans cette partie de cerner l'évolution des droits des investisseurs à partir de deux questions. La définition à donner d'une expropriation, tout d'abord. Ce débat, malgré son aspect doctrinaire, a été influencé, et particulièrement au cours des dernières années, par la formulation qu'on a donnée à ce concept dans différents traités qui concernaient les investissements. Les mécanismes de règlement des différends entre un État hôte et un investisseur étranger, ensuite.

La pertinence d'approfondir ces deux questions vient du fait que la transformation que subissent à la fois le concept d'expropriation et les mécanismes de règlement des différends tendent ou tentent de se propager afin de devenir la norme généralement admise en droit international. En effet, de nombreux traités d'investissement ou de libre-échange mettent en place des normes visant à promouvoir et à protéger les investissements étrangers⁸⁷. Si on en croit les données de la CNUCED, ce serait déjà 1856 traités bilatéraux d'investissement qui auraient été en vigueur en 1999⁸⁸. À l'intérieur de l'espace hémisphérique américain, un compendium mis à jour en octobre 1999 sur le site web de la Zone de libre-échange des Amériques⁸⁹ laissait voir que déjà 58 traités bilatéraux d'investissement avaient été conclus entre les différents 34 pays intégrés dans le processus de négociation devant mener à la mise en place de cet espace de libre-échange. De plus, on mentionnait cinq accords d'intégration et de commerce et six accords bilatéraux de libre-échange, pour un total de 69 accords traitant d'investissements, ou encore des accords régissant 75 relations bilatérales entre différents pays (puisque certains de ces accords concernaient plus que deux pays). De ces accords, deux seulement se distinguaient des normes ALÉNA en ce qui concerne les définitions du concept d'expropriation et du mécanisme de règlement des différends investisseurs-États (soit le Pacte Andin et le Caricom). En effet, et tel que nous l'avons déjà montré précédemment⁹⁰, il existe une grande homogénéité entre les différents accords concernant les investissements dans les Amériques. De plus, jusqu'à la fin de 1998, les pays de l'OCDE dont font partie le Canada, les États-Unis et le Mexique étaient engagés dans les négociations, qu'ils souhaitaient voir déboucher sur un *Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)* mais qui ont finalement avorté comme chacun le sait. Or, cet accord reprenait, lui aussi, les règles ALÉNA en matière d'investissements. Même si ce cahier de recherche traite principalement de ce dernier accord donc, il est bien essentiel de garder en vue qu'un pourcentage grandissant des relations d'investissements entre les différents pays des Amériques est régi par de telles normes, et que la période actuelle se caractérise par leur mise en place de normes à l'échelle internationale.

Dans la même veine, nous pouvons également souligner les efforts des pays exportateurs de capitaux à l'intérieur du forum de l'OMC afin de mettre en place des normes contraignantes qui pourraient prendre la forme de celles qui existent dans les accords précédemment discutés. Même si certains pays importateurs de capitaux s'y opposent⁹¹, on dénote une volonté de plus en plus arrêtée d'agrandir cet espace transnational de protection des investissements.

⁸⁷ Sur les différentes formes que prennent ces accords, voir: R. Dattu, "A Journey From Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment" (2000) 24 *Fordham Int'l L.J.* 275.

⁸⁸ CNUCED, *Rapport sur les investissements dans le monde 2000*, New York et Genève, Nations Unies, 2000, à la p. 3.

⁸⁹ Free Trade Area of the Americas, *Investment Agreements Compendium*, en ligne FTAA <http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_bits/english99/listagrs.asp> (Mise à jour: octobre 1999).

⁹⁰ R. Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques: existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA?*, Montréal, GRIC, Notes et études 01-2, 2001, en ligne <<http://www.unites.uqam.ca/GRIC>>.

⁹¹ E.M. Burt, "Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization, (1997) 12 *Am. U.J. Int'l L. & Pol'y* 1015.

L'évolution de la définition d'expropriation

Le premier point sensible concernant les débats sur l'évolution des droits des investisseurs se rapporte à la définition à donner au concept d'expropriation. Au plan historique, comme nous l'expliquions déjà plus tôt⁹², on peut voir dans la doctrine une évolution qui va dans le sens d'une extension du concept. En effet, certains ont affirmé jusqu'à tout récemment que la prise de possession de la propriété de l'investisseur était un élément constitutif essentiel de l'expropriation. Laviee, par exemple, et malgré le fait qu'il évoquait la question de savoir si une action gouvernementale privant un investisseur de sa propriété ne pourrait pas être considérée comme étant une expropriation, insistait pour dire que deux éléments formaient une expropriation, à savoir un acte de l'État et *un transfert de propriété*⁹³. Carreau *et al.*, dans l'édition 1980 de leur classique *Droit international économique*, abondaient dans le même sens: "Le transfert de propriété trouve toujours sa cause dans un acte souverain de la puissance publique"⁹⁴ et "[l]e transfert de propriété a toujours pour but de conférer à la collectivité nationale, considérée dans son entier, le contrôle des biens nationalisés. C'est là, très précisément, la signification concrète et immédiate du terme nationalisation: il s'agit de substituer à la responsabilité concrète de quelques-uns la responsabilité de tous"⁹⁵. De plus, et lui-même faisant référence à un article de B.A. Wortlet datant de 1959, Ganguly fait remarquer que: "[h]istoriquement, selon le droit international, les mesures régulatrices posées par un gouvernement qui causent des effets négatifs à l'investissement d'un étranger sans invasion physique ou sans prise de possession de la propriété (expropriation indirecte ou rampante) ne nécessitent pas automatiquement de compensation"⁹⁶. Toutefois, ces interprétations ne faisaient pas, déjà à l'époque, l'unanimité. En effet, certains auteurs affirmaient que n'importe quel acte d'un État étranger qui aurait pour conséquence de priver l'investisseur de la jouissance de sa propriété serait une expropriation⁹⁷. Déjà à ce moment, la position démontrée par les auteurs cités ne faisait pas l'unanimité mais la position inverse ne réussissait cependant pas à convaincre chacun non plus.

Cette définition a été modifiée progressivement à partir des années 80. Déjà, le tribunal ayant à statuer sur les présumées mesures de dépossession par l'Iran au dépend des États-Unis après la révolution de 1979 faisait évoluer ses commentaires vers une définition plus large du concept. Selon George Aldrich qui était membre de ce tribunal, l'ensemble des sentences laissaient à penser que "[l]a responsabilité [de l'État] existe dès qu'un acte attribuable à un État prive un étranger de ses droits de propriété de valeur, indépendamment du fait que l'État ait, de cette façon, obtenu une quelconque valeur de son acte" et que "[l]a responsabilité ne requiert pas le transfert du titre de propriété"⁹⁸. Néanmoins, une certaine ambiguïté persistait à cet égard.

À partir de 1983, le gouvernement américain a commencé à conclure des traités avec certains pays au sujet du traitement et de la protection à accorder aux investissements étrangers. Un des premiers traités conclus par eux est celui signé (mais non ratifié donc, non entré en vigueur) avec Haïti. Ce projet d'accord offrait une couverture aux mesures suivantes: "Une expropriation, une

⁹² R. Bachand, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: Quelles leçons en tirer?* Montréal, GRIC, cahier de recherche 2000-13, en ligne <<http://www.unites.uqam.ca/GRIC>>.

⁹³ J.P. Laviee, *protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p. 161 à 165.

⁹⁴ D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, *Droit international économique, 2^e édition*, Paris, LGDJ, 1980, à la p. 542.

⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 543 [les italiques dans l'original].

⁹⁶ S. Ganguly, "The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health" (1999) 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 113, aux pp. 137, 138.

⁹⁷ Voir notamment G. Gainer "The Dichotomy Between Western and Third world Perspectives in International Law" (1983) *Hou. L.J.* 1547, à la p. 1551.

⁹⁸ G.H. Aldrich, "What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of The Iran-United-States claims Tribunal" (1994) *A.J.I.L.* 585, à la p. 609 [notre traduction].

nationalisation ou toute autre mesure ou série de mesures directes ou indirectes, équivalent à une expropriation (incluant la levée de taxes, la vente obligatoire en tout ou en partie de l'investissement, ou une détérioration ou une privation de son administration, de son contrôle ou de sa valeur économique)⁹⁹. On voit dans ce traité une définition sans aucune ambiguïté. Qu'on assiste ou non à un transfert de propriété en faveur de l'État ou de la collectivité, si une mesure empêche un investisseur de jouir pleinement de sa propriété, il s'agit d'une expropriation. Par la suite, c'est une série d'autres traités qui seront conclus avec différents pays et qui incluront des provisions semblables.

Ces traités ont bien établi une norme entre les États-Unis et certains autres États, mais il s'agissait de pays très peu importants dans la stratégie des investisseurs américains. Le premier traité conclu avec un partenaire important des États-Unis et qui incluait une telle norme fut l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALÉ)*. Ce dernier prévoyait que:

[n]i l'une ni l'autre partie ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur leur territoire respectif par un investisseur de l'autre Partie, ni adopter une mesure ou une série de mesures équivalent à une expropriation dudit investissement, sauf

- a) pour une raison d'intérêt public,
- b) en conformité de l'application régulière de la loi,
- c) de manière non discriminatoire, et
- d) moyennant le prompt versement d'une compensation adéquate et effective, qui corresponde à sa juste valeur marchande¹⁰⁰

L'*ALÉNA*, entré en vigueur en 1994, a repris les mêmes dispositions:

Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement ("expropriation"), sauf:

et s'ensuivent les quatre conditions incluses également dans l'*ALÉ*¹⁰¹.

Ces traités ont donc tenté de mettre fin à l'incertitude qui planait autour de la définition d'expropriation. La doctrine a évidemment dû s'adapter. Carreau et Juillard, malgré une certaine ambivalence une fois de plus, laissent entrevoir une modification de la définition d'expropriation dans la 4^e édition du volume cité plus haut. Les auteurs continuent de soutenir qu'il doit y avoir un transfert de propriété mais on ne parle plus clairement de transfert de propriété vers la collectivité. De plus, on insiste pour dire que "peu importe les modes de réalisation de ce transfert [...] il suffit que, contre sa volonté, l'investisseur se voie dépouillé des attributs essentiels du droit de sa propriété sur son investissement, c'est-à-dire du droit d'utilisation et du droit de disposition"¹⁰² pour qu'on puisse conclure à une expropriation. Cette définition ouvre la possibilité à une expropriation *sans transfert de propriété vers la collectivité*. C'est là que semble se confirmer l'idée qu'une expropriation rampante

⁹⁹ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 13 décembre 1983, en ligne: Organization of American States <<http://www.oas.org/bits/usa.grent.stm>> (date d'accès: 19 septembre 1999) (instrument non ratifié et non en vigueur au premier novembre 2000) [nos italiques].

¹⁰⁰ *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 31 décembre 1988, R.T.Can 1989 no 3 (entrée en vigueur: premier janvier 1989), art. 1605 [ci-après : *ALÉ*].

¹⁰¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.Can 1994 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994), art. 1110 [ci-après : *ALÉNA*].

¹⁰² D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, 4^e édition*, Paris, LGDJ, 1998, à la p. 522.

(*creeping expropriation*) est bien une expropriation et qu'une mesure réglementaire qui n'entraîne pas un transfert de propriété peut s'avérer être une expropriation si le résultat de cette mesure est une perte de la jouissance de cette propriété par son propriétaire initial.¹⁰³

Cette évolution, menée par la formulation des traités, a par la suite été concrétisée par des poursuites que des investisseurs ont intenté contre les trois États Parties de l'ALÉNA. Parlons d'abord de la poursuite d'Éthyl contre le Canada. Dans ce cas, l'investisseur américain soutenait dans son mémoire¹⁰⁴ que l'interdiction imposée par le Canada de faire le transport trans-provincial de MMT, un additif ajouté dans l'essence, devait être considérée comme étant une expropriation parce qu'elle faisait perdre à son pays la possibilité de commercer à sa guise. Les avocats du Canada, jugeant que les risques de perdre une telle cause devant un tribunal arbitral étaient substantiels, ont jugé bon de régler la question hors-cour en accordant 13 millions de dollars à la compagnie américaine, laissant craindre pour la première fois les effets de cette transformation de la définition d'expropriation.

À propos de la poursuite que la compagnie Pope & Talbot a intenté contre le Canada, un tribunal a eu, pour la première fois, à interpréter la définition d'une expropriation donnée par l'ALÉNA. Rappelons que cette poursuite fait suite à un accord conclu entre le Canada et les États-Unis et qui établissait des quotas d'exportation de bois d'oeuvre du premier pays vers le second. La compagnie soutient que dans la division de ces quotas, le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont agi de façon discriminatoire à son égard et que leur manière de faire équivaldrait à une expropriation. Dans son jugement, le panel a rendu plusieurs commentaires intéressants. D'une part, il a statué que l'accès à un marché, le marché américain dans ce cas, est un aspect de la propriété protégé par l'article 1110 de l'ALÉNA et que, par conséquent, une restriction à l'accès à un marché doit être considérée comme étant une expropriation car elle affecte la jouissance de la propriété. Il a jugé que le régime de contrôle des exportations, tout comme tous les autres actes de puissance publique exercés par l'État, peut être considéré comme étant une forme d'expropriation rampante si cette action a les mêmes effets qu'une expropriation. Il a aussi ajouté que la définition d'une expropriation s'étend aux "taxes, régulations, ou autre mesure confiscatoire, ou qui interfère avec, ou retarde indûment la *jouissance effective* de la propriété d'un étranger ou qui entraîne son retrait du territoire de l'État"¹⁰⁵. En conclusion, le tribunal a toutefois soutenu que dans le cas particulier qui le concerne, l'interférence n'a pas été suffisamment importante pour être considérée comme étant une expropriation.

Le panel ayant à se pencher sur la poursuite de Metalclad a également eu à réfléchir à la définition d'une expropriation. Dans son jugement, il a précisé que:

l'expropriation, selon l'ALÉNA, n'inclut pas seulement les prises de propriété ouvertes, délibérées et connues, telles que le transfert de titres obligatoire ou formel ou la prise complète de ceux-ci en faveur de l'État hôte, mais aussi les interférences accidentelles ou cachées avec l'utilisation de la propriété qui a l'effet de priver le propriétaire de la totalité ou d'une partie significative de l'utilisation des bénéfices de la propriété pouvant être raisonnablement espérés même si le transfert ne se fait pas au bénéfice évident de l'État hôte¹⁰⁶.

¹⁰³ C.N. Brower et L.A. Steevens, "Who then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA chapter 11" (2001) 2 *Chi.J. Int'l L.* 193.

¹⁰⁴ *Ethyl corp. contre le Canada, Statement of claim*, en ligne Ministère des affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ethyl3.pdf>> (date d'accès: 12 novembre 2001).

¹⁰⁵ *Pope & Talbot contre le Canada, Final Award* (2001), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf> (Date d'accès: premier octobre 2001) (arbitres: L. Dervaird, B.J. Greenberg et M.J. Belman) §99 [notre traduction, nos italiques].

¹⁰⁶ *Metalclad v. United States of Mexico Final Award* (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1, (2000) (Arbitres: E. Lauterpacht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros) §103 [notre traduction].

Ensuite, dans un raisonnement surprenant qui a poussé les autorités mexicaines à chercher à faire briser le jugement devant la Cour Suprême de Colombie-Britannique, là où le tribunal arbitral s'était réuni, le tribunal explique que la violation de l'article 1105 concernant la règle du standard minimum de traitement doit aussi être interprétée comme étant une expropriation¹⁰⁷. Un tel raisonnement doit sûrement être vu comme étant une interprétation très large de l'accord.

Enfin, le troisième panel à s'être, jusqu'à maintenant, penché sur une poursuite concernant une possible expropriation en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA est celui qui a eu à statuer du différend entre S.D. Myers et le Canada. Ce panel a accepté l'explication de l'investisseur selon laquelle des droits autres que les droits de propriété peuvent être expropriés. On soutient qu'une expropriation est habituellement comprise comme étant "le retrait de l'habileté d'un propriétaire d'utiliser ses droits économiques même si, dans certains contextes ou certaines circonstances, il pourrait être approprié de voir une perte comme équivalent à une expropriation, même si celle-ci n'est que temporaire ou partielle"¹⁰⁸. Il s'agit donc d'une vision également assez large de la définition d'expropriation. Toutefois, au moment de la sentence, le panel surprend en statuant que, puisque le Canada n'a pas fait de profit grâce à ces mesures, et puisque celles-ci n'ont nui que temporairement à l'investisseur et qu'on ne peut conclure à un transfert de propriété, il n'y a donc pas lieu de statuer dans le sens d'une expropriation contre Myers¹⁰⁹.

On peut donc comprendre par ces derniers commentaires que les débats auxquels on assistait jusqu'au début des années 80 concernant la définition de l'expropriation ont disparu aujourd'hui. Les termes *directement ou indirectement* ainsi que *mesures équivalent à une expropriation* insérés dans les différents traités ont confirmé que les expropriations rampantes étaient bien incluses dans le concept d'expropriation. Suite à cette insertion, la jurisprudence a dû réagir et conclure à l'expropriation dans des cas où la mesure reprochée ne représentait pas un transfert de propriété vers l'État ou la collectivité. Cette disparition du débat, cette victoire de la définition que voulaient donner les investisseurs à cette notion signifie bel et bien une évolution allant dans le sens des intérêts du capital international.

Cette nouvelle définition a suscité bien des craintes au sujet de la perte de souveraineté de l'État. Cette définition tellement élargie d'une expropriation fait croire à certains que l'État perde ainsi la capacité de prendre des mesures touchant la santé publique ou l'environnement, par exemple. Pour ces défenseurs de la souveraineté de l'État, une situation qui permettrait à un investisseur de poursuivre un État parce que celui-ci aurait pris une mesure qui le prive d'une partie de sa propriété, ou de toucher la totalité des profits qu'il aurait pu espérer gagner grâce à cette propriété, empêchera cet État de gouverner, d'exercer sa pleine souveraineté¹¹⁰. C'est toutefois le sens qu'ont donné les États à ce concept d'expropriation qui restreint d'une certaine manière cette utilisation de la souveraineté. Mais quoi qu'il en soit, le développement de cette définition n'est toutefois utile pour les investisseurs que dans la mesure où ceux-ci peuvent se prévaloir d'un mécanisme de règlement des différends efficace en cas de conflit avec l'État accueillant les investissements.

¹⁰⁷ *Ibid.*, §104. Voir aussi sur l'argumentation du Mexique concernant le recours à la Cour Suprême de la Colombie-Britannique: M. Romero Jimenez, "Considerations of NAFTA Chapter 11" (2001) 2 *Ch. J. Int'l L.* 243.

¹⁰⁸ *S.D. Myers c le Gouvernement du Canada (décision partielle)* (2000), en ligne Appleton et associés, <<http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf>> (date d'accès: 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) (Arbitres: B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter) §283.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ L.L. Herman, "Settlement of International Trade disputes - Challenges to Sovereignty- a Canadian Perspective" (1998) *Can-U.S. L.J.* 121, à la p. 135.

L'évolution des mécanismes de recours en cas de différends

Une autre problématique conflictuelle s'est constituée autour de la façon dont les éventuels différends seraient réglés. Avant l'arrivée des traités bilatéraux d'investissement (TBI), ancêtres de l'*ALÉNA*, un investisseur ayant l'impression d'avoir vu ses droits être violés par le pays hôte avait deux possibilités. La première consistait en un recours aux tribunaux nationaux, et le second était celui à la protection diplomatique. Les deux souffraient toutefois de graves défauts selon les investisseurs.

Le recours aux tribunaux internes de certains pays en développement ont causé du souci à bien des investisseurs. Au cours des années 60 et 70, certains pays (du Nord comme du Sud d'ailleurs faut-il préciser) pour des raisons idéologiques ou politiques n'ont pas eu pour la propriété privée des moyens de production le même respect que les investisseurs auraient voulu qu'on lui accorde. On était alors à une époque de réflexions intenses sur les questions entourant le développement et l'évolution des rapports Nord-Sud. L'idée du développement étatique, c'est-à-dire avec l'État comme moteur ou comme guide, faisait son chemin mené par les révolutions russe, chinoise et cubaine, par exemple. Il était alors, pour bien des États, hors de question de laisser le droit à la protection de la propriété privée prédominer sur ce droit qu'on disait alors *au* développement, en contradiction avec ce qui est devenu plus tard le droit *du* développement. De nombreuses mesures de dépossession ont alors eu lieu, certaines donnant lieu à des recours juridiques devant les tribunaux internes des pays prenant ces mesures. Plusieurs investisseurs touchés par ces mesures se sont toutefois sentis lésés lors de ces pourvois car, prétendaient-ils, ils étaient traités de façon discriminatoire par les tribunaux. Certains pays avaient la réputation de voir régulièrement leurs tribunaux pencher en faveur du gouvernement lors de différend avec l'investisseur¹¹¹. Nombre de ces investisseurs en ont alors appelé à la protection diplomatique de leur État.

Le principe de la protection diplomatique est le suivant: Le national d'un État dans un pays étranger est considéré comme étant l'extension de cet État. Lorsque ses droits sont violés, les droits de l'État d'origine le sont également et cet État peut donc intervenir diplomatiquement (voir militairement¹¹²) afin de faire respecter les droits de son national. L'"étatisation" ou la politisation des différends permet, on peut très facilement l'imaginer, aux nationaux ou aux investisseurs des pays plus puissants de profiter d'une protection diplomatique qui sera plus contraignante pour le pays hôte¹¹³.

La protection diplomatique est critiquée par les différents acteurs, autant de la part des investisseurs que de la part des pays recevant ces investissements. D'une part, les premiers critiquent ce processus, hautement politisé, parce que selon eux, il permet à leur État d'origine de refuser la défense d'un investisseur national pour des raisons diplomatiques. Puisque les négociations signifient toujours un certain dosage de *give and take*, un gouvernement sera tenté de défendre les intérêts de ses grosses entreprises avant ceux de compagnies moins importantes. Ainsi, "[l]e corps administratif du gouvernement des États-Unis, par exemple, sera probablement plus apte à défendre les intérêts de Coca-Cola ou de General Motors que de présenter une réclamation pour un producteur de fertilisants de Hanover, Indiana"¹¹⁴. De plus, de tels mécanismes ne réduisent pas le rapport de force existant entre les différents pays. Les pays les plus faibles ne voudront pas trop brusquer un partenaire

¹¹¹ Voir, par exemple, le cas du Mexique: S. Ganguly, *supra* note 96, à la p. 125.

¹¹² Ce genre d'intervention a fait naître l'expression de *gunboat diplomacy*. Nous pouvons citer comme exemple les interventions militaires de la France au Mexique en 1838 et en 1861 afin d'effectuer certaines réclamations que des citoyens Français avaient contre le gouvernement de ce pays; B. Fulkerson, "A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America" (2001) *Hous. J. Int'l L.* 537, aux pp. 547 et 548. Voir aussi G.L. Sandrino, *supra* note 2, aux pp. 266 et 267.

¹¹³ J. Dally, "Has Mexico Crossed the Border on the State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA" (1994) 25 *St. Mary's L.J.* 1147, à la p. 1163 et J. Byrne, "NAFTA Dispute Resolution: Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct access" (2000) 25 *Tex. Int'l L.J.* 415, à la p. 417.

¹¹⁴ J. Byrne, *ibid.*, à la p. 419.

important par de tels recours juridiques¹¹⁵. Les pays importateurs de capitaux soutiennent pour leur part qu'il introduit une inégalité entre les nationaux et les étrangers en permettant à ces derniers de profiter d'un recours supplémentaire, recours inexistant pour les nationaux. Ils sont également fortement échaudés par de nombreux abus de la part des différentes puissances impérialistes qui sont intervenues militairement contre eux sous prétexte d'exercer la protection diplomatique¹¹⁶. C'est d'ailleurs cette revendication qui a été à l'origine de la doctrine Calvo.

La doctrine Calvo a surtout eu des répercussions à l'intérieur des pays d'Amérique latine. Il s'agit de deux principes conceptualisés par le juriste Argentin Carlos Calvo en réaction aux ingérences fréquentes des puissances européennes en Amérique latine. Le premier de ces deux principes consiste à refuser d'offrir aux étrangers un meilleur traitement que celui qui est offert aux nationaux. À l'égard des investissements, ce principe peut être vu comme une réponse à la demande des pays exportateurs de capitaux qui revendiquaient (et continuent à revendiquer comme le prouve l'entrée du concept dans les traités d'investissement et de libre-échange) un standard minimal de traitement qui ferait office de niveau sous lequel ne peut tomber le traitement accordé à un investisseur étranger, même si ce traitement n'est pas discriminatoire, c'est-à-dire qu'il est offert de façon indifférenciée aux étrangers et aux nationaux. Le second principe s'articule, pour sa part, autour d'un refus à la protection diplomatique par les étrangers¹¹⁷. En effet, si on refuse d'accorder des avantages aux étrangers, pourquoi devrait-on leur permettre un recours (la protection diplomatique) que les nationaux n'ont pas?

Afin d'encadrer ce recours à la protection diplomatique, les États ont commencé, dès le début du siècle, à mettre en place certains tribunaux arbitraux auxquels ils pourraient éventuellement recourir lors de différends entre eux. La Cour permanente de justice internationale puis la Cour internationale de justice sont les premiers de ces exemples qui doivent être cités. Toutefois, et en vertu de la souveraineté des États, de tels tribunaux nécessitent le consentement de tous les États impliqués dans le différend afin d'être compétents à régler un litige. Les États qui acceptent de voir un différend avec un autre État être réglé en vertu de ces mécanismes ne le font que par choix souverain. De plus, ce consentement peut être retiré presque en tout temps. En ce qui concerne les conflits commerciaux et économiques, nous pouvons parler des organes de règlement des différends qui permettent, à l'OMC ou à l'intérieur de l'ALÉNA (via son chapitre 20), à un État d'en poursuivre un autre s'il croit que ses droits ont été bafoués. Dans tous ces cas, et que ce soit à la CIJ ou aux panels de l'OMC ou de l'ALÉNA, le problème d'inégalité entre les États qui influence les décisions persiste car il ne s'agit là que d'un encadrement, comme nous le disions, de la protection diplomatique. Ces différents mécanismes ont perdu une part de crédibilité concernant leur capacité à juger équitablement des différends qui leurs étaient confiés. Empiriquement, nous pouvons dire que le manque de capacité à imposer les jugements aux protagonistes a créé et continue de créer des situations pour le moins absurdes. On n'a à penser qu'à l'arrêt Nicaragua à la Cour internationale de justice¹¹⁸ où les États-Unis, insatisfaits du jugement, n'ont jamais respecté le jugement. Personne n'a pu forcer ce pays à exécuter ses obligations car celui-ci profitant d'une relative immunité étant donné son rapport de force tant sur le plan diplomatico-politique, qu'économique ou militaire. Dans le domaine économique, rappelons que dès 1955, et grâce à leur puissance hégémonique, les États-Unis ont réussi à convaincre leurs partenaires membres du GATT de retirer certaines de leurs obligations relatives aux normes sur l'agriculture des mesures qui pouvaient être réglées devant le panel d'arbitres du GATT¹¹⁹. On pourrait encore citer la fameuse Commission Dole qui doit réviser tous les jugements impliquant les États-Unis

¹¹⁵ *Ibid*, à la p. 419.

¹¹⁶ J. Dally, *supra* note 113, aux pp. 1161 et 1162.

¹¹⁷ *Ibid*, à la p. 1150.

¹¹⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, [1984] C.I.J. Rec. 392.

¹¹⁹ G.T. Schleyer, "Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System" (1997) 65 *Fordham L. Rev.* 2275, à la p. 2284.

à l'OMC et qui, en cas de trois jugements où le panel aurait semblé dépasser ses compétences et qui paraîtraient incompatibles avec les intérêts américains et ce, dans n'importe quelle période de cinq ans, pourrait permettre le retrait de ce pays de l'OMC¹²⁰

Afin de contourner les recours aux tribunaux internes, qu'ils ne considéraient pas équitables en leur faveur, ainsi que la protection diplomatique, qui souffraient de graves défauts comme on pu le voir, les investisseurs ont commencé à revendiquer des recours directs, à un niveau international, contre les États recevant leurs investissements. Assez tôt au cours du siècle, des mécanismes de règlement des différends ont été mis en place tels que celui mis en place par la Chambre de commerce internationale (CCI) puis, plus tard, par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Mais un recours à ces tribunaux devait être négocié à l'intérieur des contrats d'exploitation liant l'investisseur à l'État. Les investisseurs en sont donc arrivés à formuler des revendications pour un recours à ces mécanismes en tout temps.

De tels recours ont commencé à être introduits à l'intérieur des traités de protection et de promotion des investissements puis, plus tard, de l'ALÉNA et des autres accords de libre-échange de l'hémisphère. Ils permettent maintenant, et en tout temps, à un investisseur de contourner le recours au droit interne, et d'éviter d'avoir recours à la protection diplomatique. Il s'agit, en d'autres mots, de mettre en place un ordre juridique qui serait sous l'autorité de normes universelles et définies avant le différend, à l'inverse d'un ordre où c'est principalement la puissance ou les ressources des parties au différend qui définissent le résultat de celui-ci¹²¹. Par le fait même, ils accordent aux investisseurs étrangers un droit (le droit d'avoir accès aux tribunaux arbitraux internationaux) que ne possèdent pas les investisseurs nationaux¹²².

Nous sommes ici en plein coeur de notre problématique dans la mesure où, malgré le bien fondé de certains arguments de tenants de cette position, de tels mécanismes signifient la mise en place de cet espace juridique transnational dont nous parlions précédemment. En effet, la dynamique d'intégration économique, dont ces recours sont une pièce importante, permet maintenant aux investisseurs de faire respecter leurs droits de façon uniforme indépendamment de l'endroit où ils sont installés et des préoccupations des gouvernements locaux. Sans vouloir se faire les détracteurs de la mise en place de la règle de droit, nous devons objectivement reconnaître que cette "dépolitisation" intentionnelle du processus de règlement des différends est d'abord et avant tout, avantageuse pour les investisseurs.

De tels mécanismes de règlement des différends ont la caractéristique de subordonner la mise en oeuvre du droit interne aux normes insérées dans le traité international. Ganguly émet l'opinion que craignant de se faire accuser d'avoir posé des mesures équivalentes à une expropriation, l'État sera plus timoré au moment d'exercer ses fonctions régulatrices lorsque celles-ci pourraient nuire aux intérêts d'investisseurs étrangers. Selon lui, "[c]es considérations démontrent que le mécanisme de règlement des différends accorde aux intérêts des investisseurs étrangers le privilège d'être aussi centraux dans le processus décisionnel étatique que les intérêts du public et de sa population"¹²³. La mise en place d'un nouvel espace dépolitisé semble bien être dans les intérêts du capital international qui bénéficie d'un

¹²⁰ Bill 1438 (S.1438) 104^e Cong., 1^{ère} Sess. (1995). Voir aussi: A.D. Herman, "The WTO Dispute Settlement Review Commission: An Unwise Extension of Extrajudicial Roles" (1996) 47 *Hasting L.J.* 1635; et M. Schaefer, "National Review of WTO Dispute Settlement Reports: In the Name of Sovereignty or Enhanced WTO Rule Compliance" (1996) 11 *St. John's J.L. Comm.* 307, aux pp. 341 et ss..

¹²¹ Il s'agit là des arguments de J. Byrne, *supra* note 113, à la p. 417.

¹²² B. Sepulveda Amor, "International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction" (1997) 19 *Hou J. Int'l L.* 565, à la p. 574.

¹²³ S. Ganguly, *supra* note 96, aux pp. 119 et 120.

accès privilégié envers les États hégémoniques, producteurs de normes dans les forums économiques importants.

Propos d'étape

Nous avons pu voir dans cette dernière partie que l'État, législateur en droit international, utilisait sa souveraineté afin de permettre aux investisseurs de jouir de la meilleure protection possible à propos des expropriations, et d'avoir les meilleurs recours en cas de différends avec un État étranger. Ce processus se met en place par le biais de traités bilatéraux d'investissement mais aussi d'accords de libre-échange. Ces accords ne se mettent pas en place uniquement, comme nous aurions pu l'imaginer, entre les pays exportateurs de capitaux ou entre un ou plusieurs de ceux-ci et un ou plusieurs pays importateurs de capitaux, mais également entre pays importateurs de capitaux eux-même. En effet, la Bolivie et le Pérou, l'Équateur et la République Dominicaine, le Paraguay et le Venezuela, pour ne citer que quelque uns des nombreux exemples existants, ont tous des traités bilatéraux d'investissement qui reprennent les provisions de l'*ALÉNA* concernant les expropriations et les mécanismes de règlement des différends. La mise en place de telles normes, de cet espace juridique, se poursuit activement. On voit les efforts qui sont mis par les États afin d'en arriver à la création de la *Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA)* pour 2005; on voit également les préoccupations que ceux-ci ont vis-à-vis des négociations portant sur les investissements à l'OMC; et on voit enfin la multiplication des différentes zones de libre-échange entre ces pays. Ces différents traités représentent la partie juridique de la mondialisation économique. Ces actes étatiques ne se mettent pas en place d'eux-mêmes; ils répondent d'abord et avant tout à satisfaire aux objectifs de la classe dominante de ces États ou, à tout le moins, à celles des États dominants dans ce système car ils mettent en place un ordre juridique transnational qui favorisent celles-ci.

CONCLUSION

Sur le plan juridique, la mondialisation est, disions-nous, la mise en place d'un espace juridique ayant comme fonction de réguler les relations transnationales économiques privées et inter-étatiques. En ce qui concerne les investissements directs, on peut discerner deux tendances à cette dynamique. D'abord, la mise en place de normes permettant d'assurer les droits des investisseurs internationaux. Ensuite, la non mise en place d'un tel espace qui permettrait de contrôler le comportement de ces investisseurs. Ainsi, alors que ces derniers peuvent dorénavant compter sur le droit international pour faire valoir leurs droits, les États ne peuvent compter que sur leur droit national. Cette absence de règles transnationales, jumelée à une dynamique politico-économico-idéologique qui pousse les États à se faire concurrence afin d'attirer les capitaux étrangers (et ainsi, à ralentir l'amélioration, voire à abaisser les normes sociales et environnementales) fait que le comportement des firmes transnationales est régulé par des règles de droit national qui sont de plus en plus faibles ou qui, pour le moins, ne voient pas leur corpus prendre autant de vigueur que celui concernant les droits de ces investisseurs. Ainsi se mettent en place:

[d]e nouveaux droits pour les corporations sans aucun droits correspondants pour les travailleurs ou le public et la limitation de l'habileté des gouvernements de mettre en place des politiques promouvant l'emploi ou le développement local ou même national. Les opposants à la mondialisation affirment qu'il s'agit exactement de ce genre de mondialisation qui a contribué à augmenter la pauvreté et les inégalités de revenu au cours des deux dernières décennies¹²⁴.

Cette dynamique doit-elle nous surprendre? Nous croyons que non.

Nous avons vu, dans la première partie, que les normes, en droit international comme en droit interne, avaient pour législateur l'État. Que ce soit par voie de traité ou de coutume, ce sont les États qui sont responsables de la création des règles de droit international. Ils sont donc, dans leur ensemble, la source juridique de la mondialisation économique de l'État. La mondialisation ne signifie pas, au plan juridique du moins, et malgré ce que certains peuvent en penser, un retrait de l'État. L'État demeure présent; il a un rôle encore extrêmement important à jouer, par exemple, de par son implication dans la mise en place de traités portant création des zones de libre-échange, pierres angulaires de cette mondialisation économique. Son adhésion à ces accords n'est que l'exercice plein et entier de cette souveraineté. D'ailleurs, la majorité de ces traités prévoit la possibilité de s'en retirer¹²⁵.

Nous sommes conscients qu'il existe de nombreuses situations où certains États hégémoniques peuvent soutirer, à leur profit, une partie de souveraineté à d'autres États moins puissants. Le meilleur exemple nous semble être les conditionnalités imposées par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale. Ces conditionnalités, en imposant aux nations débitrices la libéralisation commerciale et des investissements, représentent un appui juridique important pour la mondialisation économique. Elles sont une façon, pour les nations créancières qui ont une influence hégémonique à l'intérieur de ces deux organisations internationales, de faire entrer les nations débitrices dans le jeu de la mondialisation économique. Elles représentent donc bel et bien une perte de souveraineté pour les nations débitrices. Elles ne doivent toutefois pas être considérées comme une perte de souveraineté de l'État, mais plutôt un transfert de souveraineté de la part de *certaines* États (les États débiteurs) vers *d'autres* États (les États créditeurs profitant d'un rapport de force plus important dans ces forums). Mais est-ce vraiment nouveau? Les nations hégémoniques n'ont-elles pas toujours tenté d'influencer

¹²⁴ M. Weisbrot, *supra* note 5, à la p. 645.

¹²⁵ Voir, par exemple, l'ALÉNA qui permet à une Partie de s'en retirer six mois après en avoir informé ses partenaires, ALÉNA, *supra* note 101, art. 2205.

les décisions de leurs voisins plus faibles, que ce soit par la voie diplomatique ou par la voie militaire et ce, selon les intérêts de leurs classes dominantes?

Que pousse donc les États à s'engager dans des pourparlers concernant la formation de zones de libre-échange et autres accords de commerce? Que ce soit en droit interne ou en droit international, nous devons voir le droit comme étant le résultat des confrontations entre les différentes classes d'une collectivité, la forme juridique des intérêts matériels du groupe dominant celle-ci. Au niveau international, nous ne pouvons pas détacher la formation de la norme du désir des groupes dominant les États hégémoniques d'obtenir le libéralisation des échanges et, dans le cas qui nous intéresse, des investissements. Ainsi: "[l]es États-Unis, en tant que puissance hégémonique de cette période, ont incité/forcé les autres États à adopter [certaines] obligations envers le capital globalisé. Ce faisant, ils ont renforcé les forces économiques et les acteurs privés qui peuvent défier son pouvoir"¹²⁶. Comme le mentionne Simonovich, "[d]ans la conception traditionnelle, nous pouvons identifier plusieurs suppositions: Que seuls les États sont en charge de la création et de la mise en oeuvre du droit international, que le droit international est fait exclusivement avec le consentement des États [...]"¹²⁷. C'est ce qui nous fait parler de l'exercice souverain de la souveraineté¹²⁸.

En dernière analyse, il nous semblerait pertinent que les « anti-mondialisations » qui se battent pour défendre, entre autres, la souveraineté de l'État se posent les questions suivantes : Quelle est la dynamique interne de l'État et comment celui-ci exerce t-il sa souveraineté? À qui a profité, historiquement, l'exercice par l'État de sa souveraineté? Et enfin, la mondialisation économique signifie t-elle vraiment une perte de souveraineté de l'État ou n'est-elle pas plutôt un exercice de celle-ci, exercice allant de soi afin de défendre les intérêts des groupes dominants?

¹²⁶ S. Sassen, "The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law" (2000) 1 *Chi J. Int'l L.* 109, aux pp. 112-113 [notre traduction].

¹²⁷ I. Simonovic, "Are Some States More Equal?" (2000) 28 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 381, à la p. 384 [notre traduction].

¹²⁸ Voir Fried qui est aussi d'avis pour dire que les traités, parce qu'ils sont négociés librement par les États, représentent la meilleure protection pour la souveraineté des États. J. Fried, "Globalization and International Law -Some Thoughts for States and Citizens" (1997) 23 *Queen's L. J.* 259, à la p. 270.

ACCRONYMES DES REVUES UTILISÉES

<i>Am.U.J.Int'l.L. & Pol'y</i>	American University Journal of International Law and Policy
<i>A.F.D.I.</i>	Annuaire français de droit international
<i>A.J.I.L.</i>	American Journal of International Law
<i>Can-U.S. L. J.</i>	Canada-United-States Law Journal
<i>Chi. J. Int'l. L.</i>	Chicago Journal of International Law
<i>Colum. J. Transnat'l L.</i>	Columbia Journal of Transnational Law
<i>Cornell Int'l L. J.</i>	Cornell International Law
<i>Fordham Int'l L.J.</i>	Fordham International Law Journal
<i>Foreign Aff.</i>	Foreign Affairs
<i>Ga. J. Int'l & Comp. L.</i>	Georgia Journal of International and Comparative Law
<i>Hasting L. J.</i>	Hasting Journal International
<i>Hous. J. Int'l L.</i>	Houston Journal of International Law
<i>Queen's L. J.</i>	Queen's Law Journal
<i>R.G.D.I.P.</i>	Revue Générale de droit international public
<i>R.J.E.</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>St. John's J.L. Comm.</i>	St. John's Law Review
<i>St. Mary's L. J.</i>	St.Mary's Law Journal
<i>Tex. Int'l L. J.</i>	Texas International Law Journal
<i>Vanderbilt J. of Transnat'l L.</i>	Vanderbilt Journal of Transnational Law

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- J. Adda, *La mondialisation de l'économie. Genèse*, La Découverte, Paris, 1997.
- W. Andreff, *Les multinationales globales*, Paris, La Découverte, 1995.
- M. Bedjaoui, *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991.
- D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, *Droit international économique, 2^e édition*, Paris, LGDJ, 1980.
- D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, 4^e édition*, Paris, LGDJ, 1998
- C. Cutler, Virginia Haufler et Tony Porter, *Private authority and international affairs*, State University of New-York Press, 1999.
- C. Deblocq et S. Kazi Aoul, *La dette extérieure des pays en développement: La négociation sans fin*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2001
- N.Q. Dinh, *Droit international publics*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.
- P.M. Dupuys, *droit international public, 4^e édition*, Paris, Dalloz, 1998
- W. J. Feld, *Multinational Corporations and U.N. politics. The Quest for Codes of Conduct*, États-Unis, Pergamon Press, 1980.
- G. Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, diffusés par les Presses Universitaires de France, Paris, 1984.
- G. Kebabdjian, *Analyse économique et mondialisation : six débats dans Mondialisation: les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999.
- J.P. Lavieq, *protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985.
- P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- S. S. Metaxas, *Entreprises transnationales et code de conduite*, Thèse de doctorat (non publiée), 1995.
- J.L. Mucchielli, *Multinationales et mondialisation*, Paris, Éditions du Seuil, 1998.
- D. Rodrick, *Has Globalization gone too far?*, Washington, Institute for International Economics, 1997.
- J. Schatan, *El Saqueo de Latina America*, Santiago de Chile, LOM Edicion, Universidad Arcis, 1998.
- B. Stern, *Un nouvel ordre économique international ?* Paris, Economica , 1983.
- G. Tunkin, *Droit international public: problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965

Articles

G.H. Aldrich, "What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of The Iran-United-States claims Tribunal" (1994) *A.J.I.L.* 585

J. Ali, « From social responsibility to Global Compact : Toward inclusion policies and responsive business operations », (2000) *Competitiveness Review*, Indiana, 2000.

K. Annan, « Des marchés pour un monde meilleur », Discours prononcé au Forum économique mondial à Davos, Suisse, 31 janvier 1998.

K. Annan, « Business and the U.N.: A global compact of shared values and principles », dans *Vital speech of the day*, New-York, 15 février 1999.

K. Annan, « Open markets, open values », dans *UN chronicle*, New York, 2000.

R. Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques: existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA?*, Montréal, GRIC, Notes et études 01-2, 2001, en ligne <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

R. Bachand, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: Quelles leçons en tirer?* Montréal, GRIC, cahier de recherche 2000-13, en ligne <<http://www.unites.uqam.ca/gric>>.

R. Boyer, « Les mots et les réalités » dans *Mondialisation au-delà des mythes*, La découverte, Paris, 1999.

K. Bruno, « Perilous partnerships : The UN's corporate outreach program », *Multinational Monitor*, Washington, Vol. 21 (3), 2000.

K. Bruno and J. Karliner, *Tangled up in blue. Corporate Partnerships at the United Nations* (en ligne) Corpwatch www.corpwatch.org/trac/globalization/un/tangled.html.

C.N. Brower et L.A. Steevens, "Who then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA chapter 11" (2001) 2 *Chi.J. Int'l L.* 193.

E.M. Burt, "Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization, (1997) 12 *Am. U.J. Int'l L. & Pol'y* 1015.

J. Byrne, "NAFTA Dispute Resolution: Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access" (2000) 25 *Tex. Int'l L. J.* 415

C. Chavagneux, « Le pouvoir des multinationales », *Alternatives Économiques*, Paris, n° 189, Février 2001.

J. Dally, "Has Mexico Crossed the Border on the State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA" (1994) 25 *St. Mary's L.J.* 1147

R. Dattu, "A Journey From Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment" (2000) 24 *Fordham Int'l L.J.* 275.

E. Decaux, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite » dans *Annuaire Français de Droit International*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1983.

G.E. del Toro, "Foreign Direct Investment in Mexico and the 1994 Crisis: A Legal Perspective" (1997) 20 *Hous.J. Int'l L.* 1.

- J. Fried, "Globalization and International Law -Some Thoughts for States and Citizens" (1997) 23 *Queen's L. J.* 259.
- B. Fulkerson, "A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America" (2001) *Hous. J. Int'l L* 537
- G. Gainer "The Dichotomy Between Western and Third world Perspectives in International Law" (1983) *How. L.J.* 1547
- S. Ganguly, "The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health" (1999) 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 113.
- L.L. Herman, "Settlement of International Trade Disputes - Challenges to Sovereignty- a Canadian Perspective" (1998) *Can-U.S. L.J.* 121.
- A.D. Herman, "The WTO Dispute Settlement Review Commission: An Unwise Extension of Extrajudicial Roles" (1996) 47 *Hasting L.J.* 1635
- D. Knight, « United Nations ? The UN's growing alliance with multinational corporations », *Dollars & Sense*, Somerville, Jul/Aug 2000.
- Kolk, R. van Tulder et C. Welters, « International codes of conduct and corporate social responsibility : can transnational corporations regulate themselves ? » dans *Transnational Corporations* (UN/UNCTAD), vol. 8, n°1, avril 1999.
- P-P. Kuczynski, "The Outlook for Latin America Dept" (1987) 66 *Foreign Aff.* 129
- J. J. Maresca, « A New Concept of Business », *The Washington Quarterly*, Printemps 2000.
- R.A. Mullerson, "New Thinking by Soviet Scholars: Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking" (1989) 83 *A.J.I.L.* 494.
- E. Paine, « The Road to the Global Compact : Corporate Power and the Battle Over Global Public Policy at the United Nations », dans *UN Reform*, Octobre 2000 : www.globalpolicy.org/reform/papers/2000/road.htm.
- S. Sassen, "The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law" (2000) 1 *Chi J. Int'l L.* 109
- M. Schaefer, "National Review of WTO Dispute Settlement Reports: In the Name of Sovereignty or Enhanced WTO Rule Compliance" (1996) 11 *St. John's J.L. Comm.* 307.
- B. Sepulveda Amor, "International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction" (1997) 19 *Hou J. Int'l L.* 565
- M. Shaughnessy, « Human rights and the environment : The United Nations Global Compact and the Continuing Debate About the Effectiveness of Corporate Voluntary Codes of Conduct, dans *Colorado Journal of International Law and Policy*, Colorado, 2000.
- I. Simonovic, "Are Some States More Equal?" (2000) 28 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 381.
- A. M. Taylor, « UN Reports : The UN and the Global Compact », dans *New York Law School Journal of Human Rights*, New York, été 2001.

N.Hé Tru, « Les codes de conduites – un bilan », dans *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, Pedone, 1992.

J.B. Racine, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, 1996.

M. Romero Jimenez, "Considerations of NAFTA Chapter 11" (2001) 2 *Ch. J. Int'l L.* 243.

F. Sachwald, « Réseaux contre nations ? Les Multinationales au XXI^e siècle », dans *RAMSES 2000* : p. 165-179, Paris, Dunod pour IFRI, 1999.

G.L. Sandrino, "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" (1994) 27:2 *Vanderbilt J. of Transnat'l L.* 259.

G.T. Schleyer, "Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System" (1997) 65 *Fordham L. Rev.* 2275.

M.C. Tsai, "Globalization and Conditionality: Two sides of the Sovereignty Coin" (2000) 31 *Law & Pol'y Int'l Bus* 1317.

M. Weisbrot, "Globalization for Whom", (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 631.

Jurisprudence et autres documents juridiques

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis), [1984] C.I.J. Rec. 392.

Bill 1438 (S.1438) 104^e Cong., 1^{ère} Sess. (1995)

Ethyl corp. contre le Canada, Statement of claim, en ligne Ministère des affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ethyl3.pdf>> (date d'accès: 12 novembre 2001).

Metalclad v. United States of Mexico Final Award (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1, (2000) (Arbitres: E. Lauterpacht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros).

S.D. Myers c le Gouvernement du Canada (décision partielle) (2000), en ligne Appleton et associés, <<http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf>> (date d'accès: 14 novembre 2000), (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) (Arbitres: B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter).

Pope & Talbot contre le Canada, Final Award (2001), en ligne Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf> (Date d'accès: premier octobre 2001) (arbitres: L. Dervaird, B.J. Greenberg et M.J. Belman)

Wimbledon; Affaire du vapeur "Wimbledon" (1923), Arrêt, C.P.I.J. (Sér.A) no 1

Documents officiels

CNUCED, *L'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, New York, ONU, 1981.

CNUCED, *Rapport sur les investissements dans le monde 2000*, New York et Genève, Nations Unies, 2000

Conseil Économique et Social des Nations Unies, *Sociétés transnationales : l'élaboration d'un code de conduite et les questions qu'elle soulève. Rapport du secrétariat*, New York, ONU, 1976.

Statut de la Cour internationale de justice, annexe de la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, C.N.U.C.I.O. vol 15, 365

OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1979.

OCDE (A. Fatouros), *Les Principes Directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, Paris, OCDE, 1999.

OCDE, Promoting Global Corporate responsibility :
<www.multinationalguidelines.org/ocd/historycodes.htm>

OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 2000 : www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetextf.htm

OCDE, *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, Paris, OCDE, 2000.

Organisation des Nations Unies, « Corporate Guidelines » *The CTC Reporter* (New York), Volume 1, n°5, Septembre 1978, p. 16 et 32.

ONU, « Transnational Corporations : Code of Conduct », *The CTC Reporter* (New York), Volume 1, n°6, Avril 1977.

ONU, « The ILO Tripartite Declaration : ten years after » *The CTC Reporter* (New York), n°25, Printemps 1988.

ONU, *Directives concernant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et les entreprises* : www.un.org/french/partners/business/guidef.htm

ONU, *Les Nations Unies et le monde des affaires. Un partenariat mondial*, 1er juin 1998 : www.un.org/french/partners/business/fact.htm

ONU, *Nous les peuples. Le Rôle des Nations Unies au XXI^e siècle* : www.un.org/french/millenaire/sg/report/summ.htm

John Ruggie, *Globalization, the Global Compact and Corporate Social Responsibility* : www.uia.org/uiata/ruggie.htm

John Ruggie, « Sustaining the single global economic space », dans *UN Chronicle*, New York, 2000.

John Ruggie and Georg Kell, « Global markets and social legitimacy : the case for the Global Compact », dans *Transnational Corporations* (UN/UNCTAD), vol. 8, n°3, décembre 1999.

OIT, *Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales et la politique sociale*, Genève, OIT, 1977.

Traités et accords internationaux

Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 31 décembre 1988, R.T.Can 1989 no 3 (entrée en vigueur: premier janvier 1989).

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T.Can 1994 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994)

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980).

Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 13 décembre 1983, en ligne: Organization of American States <<http://www.oas.org/bits/usa.grent.stm>> (date d'accès: 19 septembre 1999) (instrument non ratifié et non en vigueur au premier novembre 2000)

Sites Internet

<http://www.unglobalcompact.org>

<http://www.un.org>

<http://www.unctad.org>

<http://www.ocde.org>

<http://www.ilo.org>

<http://www.icc.org>

Free Trade Area of the Americas <http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_bits/english99/listagrs.asp>