

Groupe de recherche sur l'intégration continentale

Note 01-10



**Droits et devoirs des investisseurs :
deux poids, deux mesures**

**Anik Veilleux
et
Rémi Bachand**

**Notes de la conférence donnée
le 16 novembre 2001**

Deux traits caractérisent l'époque actuelle au plan économique. D'une part, nous pouvons constater la libéralisation des marchés en ce qui a trait aux biens, aux services et aux investissements. Cette ouverture des marchés permet aux investisseurs de s'implanter là où ils veulent, c'est-à-dire là où les conditions sont rassemblées afin de maximiser leur taux de profit. D'autre part, nous voyons l'hégémonie, au plan idéologique, du néo-libéralisme qui s'élève presque au niveau du dogme, et qui assimile que le développement à la croissance économique, croissance économique évidemment portée par les capitaux privés. Ces deux traits superposés, forcent les États à se livrer compétition afin d'attirer les investisseurs qui leur permettront, toujours selon le discours néo-libéral, de se développer et participent à ce que d'aucun appellent la "mondialisation". Il nous semble dès maintenant important de souligner qu'il ne s'agit là que de caractéristiques de la "mondialisation économique", car la mondialisation, prise de façon générale, comprend également le tourisme, l'immigration, Internet, etc.

Mais puisque nous parlons de mondialisation économique et que cette idée est centrale à notre problématique, nous allons tenter une définition pour celle-ci. Comme notre travail est principalement (mais non exclusivement) juridique, nous définirons cette mondialisation économique d'une façon juridique, c'est-à-dire comme étant la mise en place d'un espace juridique servant à réguler les relations interétatiques et privées à l'intérieur de l'espace économique mondial. Ainsi, lors de l'analyse des tenants et des aboutissants de ce processus de mondialisation, il sera important de se questionner sur les sources du droit international et sur son législateur.

Nous aborderons deux points. Dans un premier temps, nous verrons comment se met en place un espace juridique assurant des droits pour les investisseurs puis, dans un deuxième temps, nous reviendrons sur les devoirs de ces investisseurs, ce qui nous permettra de souligner l'absence actuelle d'un tel espace.

LES DROITS DES INVESTISSEURS

Cet espace transnational dont nous parlions précédemment prend, à propos des investissements, la forme de traités bilatéraux et d'accords de libre-échange. L'augmentation fabuleuse de ces différents traités de promotion et de protection des investissements ainsi que la mise en place d'un nombre toujours plus grand d'accords de libre-échange nous forcent à constater que la mise en place de cet espace juridique se porte plutôt bien. Dans les Amériques, par exemple, il est inutile de rappeler que les négociations se poursuivent actuellement en vue de la création éventuelle de la *Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA)*.

Fait intéressant à souligner, les normes mises en place par les différents États concernant les droits accordés aux investisseurs sont passablement homogènes. En effet, nous devons souligner que les premiers accords bilatéraux d'investissement signés par les États-Unis avec des partenaires des Amériques sont les traités de protection et de promotion des investissements conclus au début des années 80 avec Panama et Haïti¹, (ce dernier n'est cependant jamais entré en vigueur). Ces traités

sont les précurseurs des normes établies en matière de droit de l'investisseur qui s'intéressent, notamment, aux expropriations et aux mécanismes de règlement des différends, normes qui servent de base pour les futures négociations, comme celles qui ont porté création de l'*Accord de libre-échange des Amériques (ALÉNA)* ou qui auraient pu déboucher sur un *Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)*. Les documents rendus publics concernant les négociations pour la *ZLÉA* nous forcent à penser que les normes concernant les investissements tireront racine de ces mêmes traités entre les Américains d'une part, et Panama et Haïti d'autre part. Nous évaluerons l'évolution de ces normes, à savoir celles concernant les expropriations et celles permettant la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends investisseurs-État.

La définition de l'expropriation

Le premier point sensible se rapportant aux débats relatifs à l'évolution du droit des investisseurs concerne la définition à donner au concept d'expropriation. Au plan historique, comme nous l'expliquions déjà plus tôt², 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. On prétendait, en effet, que le transfert de la propriété, du propriétaire vers l'État ou la collectivité, était un

¹ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement of Investment*, 13 décembre 1983, (en ligne): Organisation of American States <http://www.sice.oas.org/bits/jamus_e.stm> (Date d'accès 19 septembre 1999) (non en vigueur); et *Treaty between the Government of the United States of America and the Republic of Panama Concerning the Treatment and the Protection of Investment*, 27 octobre 1982, en ligne: Organization of American states <<http://www.oas.org/bits/panusatc.stm>> (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 30 mai 1991).

² 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>>

élément essentiel de cette expropriation³. Cette définition ne faisait pas l'unanimité toutefois car d'autres auteurs considéraient 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 expropriation⁴.

L'évolution de ce concept a eu tendance à donner raison au second groupe. D'une part, le tribunal ayant à se pencher sur les mesures de dépossessions des actifs américains en Iran après la révolution islamique de 1979 a souvent penché en faveur d'une définition "large" du concept dans la mesure où l'on considère que:

[I]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 "[I]a responsabilité ne requiert pas le transfert du titre de propriété⁵.

À partir de 1983, le gouvernement américain (mais aussi canadien, ainsi que certains gouvernements de pays d'Amérique latine) a commencé à conclure des traités de protection et de promotion des investissements. Ceux-ci ont eu, dès le départ, la particularité d'étendre la définition aux mesures privant l'investisseur de la jouissance effective de sa propriété même en

cas d'absence de transfert de la propriété vers l'État ou la collectivité. Les différents traités conclus par les États-Unis (et bientôt par la majorité des États des Amériques) ont, dès lors, toujours rendu illicite un acte de cette nature, sauf dans certains cas, et quand une compensation était versée à l'investisseur. Le traité le plus connu, voire le plus important, incluant de telles provisions est sûrement l'ALÉNA. L'article 1110 statue que:

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 équivalente à la nationalisation ou à l'expropriation* d'un tel investissement ("expropriation"), sauf:⁶

Et s'ensuit une liste de quatre conditions dont la plus importante est sûrement le versement d'une indemnité compensatrice.

Dans ce cas, il est clair que l'ajout des termes "directement ou indirectement" ainsi que "mesures équivalentes à l'expropriation" a pour effet de rendre non-nécessaire la prise de possession de la propriété de l'investisseur afin de conclure à une expropriation et de rendre nécessaire une compensation. Face à une telle définition libérée de toute l'ambiguïté qui habitait ce concept quelques années auparavant, la jurisprudence a dû s'ajuster.

À propos de la poursuite que la compagnie Pope & Talbot (tribunal CIRDI) 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

³ Voir à ce sujet: J.P. Lavie, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la p. 161 à 165 et D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, *Droit international économique*, 2e édition, Paris, LGDJ, 1980, à la p. 542.

⁴ Voir notamment G. Gainer "The Dichotomy Between Western and Third World Perspectives in International Law" (1983) *Hou. L.J.* 1547, à la p. 1551.

⁵ 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].

⁶ *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 [nos italiques].

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, comme tous les autres actes de puissance publique exercés par l'État, peuvent être considérés 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"⁷. En conclusion, le tribunal a toutefois soutenu que dans le cas particulier qui le concernait, 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 (institué en vertu des règles du CIRDI) 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 bénéficiaire évident de l'État hôte⁸.

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 expropriation⁹. Une telle interprétation doit sûrement être vue 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 (institué selon les règles de la CNUDCI). 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:

⁷ *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].

⁸ *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].

⁹ *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.

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 partielle¹⁰.

Il s'agit donc d'une définition 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 Myers.

On peut voir dans cette évolution du concept d'expropriation une évolution qui va dans le sens des intérêts des investisseurs. En effet, et les récentes poursuites intentées en vertu de la partie B du chapitre 11 de l'ALÉNA le prouvent, dès qu'un investisseur a le sentiment qu'une action du gouvernement d'accueil ne lui permet pas de maximiser ses profits, une poursuite peut être intentée en alléguant une expropriation.

Les mécanismes de règlement des différends

Un autre point important de cette évolution du droit international de l'investissement au cours des dernières années concerne les mécanismes mis en place afin de régler les différends entre les investisseurs et les États d'accueil.

Le moyen le plus traditionnel et le plus utilisé lorsqu'un investisseur croit que ses droits sont violés par l'État d'accueil demeure le recours au droit interne. Celui-ci est toutefois fortement remis en question dans certains cas car il est apparu, aux yeux des investisseurs, qu'il pouvait être discriminatoire envers les étrangers. Bien sûr, dans les cas de discrimination, l'investisseur national ou l'investisseur étranger peut toujours avoir recours à la protection diplomatique. 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 militairement¹¹) afin de faire respecter les droits de son national. Il s'agit toutefois d'un processus hautement politisé et rien ne garanti à l'investisseur étranger que son propre État va prendre sa défense. En effet, celui-ci peut très bien, dans certains situations, refuser de défendre celui-ci pour des raisons politiques et diplomatiques.

Afin de contourner ce recours aux tribunaux internes et à la protection diplomatique, des mécanismes de règlement des différends investisseurs-État ont été imaginés. Les règlements d'arbitrage qu'ont mis en place la Chambre de commerce internationale (CCI), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont permis aux investisseurs, lorsque le renvoi à ceux-ci était prévu à l'intérieur des contrats d'exploitation, de poursuivre l'État d'accueil lorsque des différends apparaissaient. Ce n'est toutefois qu'à partir des traités bilatéraux d'investissement que ces mécanisme ont été

¹⁰ *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.

¹¹ 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, aux pp. 266 et 267.

intégré afin de permettre aux investisseurs d'utiliser ceux-ci en tout temps lors de différends, confirmant, une fois de plus, une demande historique des investisseurs. Ces mécanismes donnent désormais aux investisseurs, tels que Metalclad, S.D.Myers et Pope & Talbot, la possibilité de contourner le droit et les tribunaux internes et de poursuivre les États devant des tribunaux internationaux. Ce sont eux aussi qui, de par leur caractère contraignant, permettent de parler de la mise en place d'un espace juridique transnational concernant les droits des investisseurs car ils permettent de forcer les États à respecter leurs engagements internationaux en matière de traitement et de protection des investissements d'une façon plus contraignante que les mécanismes qui existent dans d'autres domaines, tels que le respect des droits de l'homme, de l'environnement, ou encore lorsqu'on tente de mettre en place des normes imposant, cette fois-là, des devoirs aux investisseurs comme nous le verrons plus bas.

Propos d'étape

Des accords comprenant une telle définition "élargie" de l'expropriation et un tel mécanisme de règlement des différends deviennent actuellement de plus en plus communs. En plus des accords cités, rappelons que le projet *d'Accord multilatéral sur l'investissement* qui a provoqué tant de remous en 1998 comprenait de telles provisions. Mais parallèlement, elles apparaissent aussi dans des traités de protection et de promotion des investissements, ainsi que dans des accords de libre-échange que signent des pays d'Amérique latine. Pour ne prendre qu'un seul exemple, citons le protocole de Colonia qui est la pièce juridique encadrant le droit de l'investissement à l'intérieur du Mercosur et qui contient une définition de l'expropriation qui se rapproche de celle qui est proposée à l'intérieur de l'ALÉNA¹². Ces

différents instruments juridiques confirment donc la mise en place d'un espace transnational qui assure la défense des droits qu'ont, historiquement, revendiqués les investisseurs.

Mercosur, 17 janvier 1994, Mercosur/CMC/dec.no11/93:Anexo, art. 4 (pour les expropriations) et 9 (pour le mécanisme de règlement des différends investisseurs-État).

¹² *Protocolo de Colonia para la promocion y proteccion reciproca de inversiones en el*

LES DEVOIRS DES INVESTISSEURS

De plus en plus de droits sont donc reconnus aux investisseurs étrangers, autrement dit aux firmes multinationales (FMN), mais qu'en est-il de leurs devoirs ?

Nous pouvons distinguer deux types de devoirs: Les devoirs juridiques qui se définissent comme étant des obligations imposées par une autorité, et les devoirs moraux qui sont aussi des obligations mais qui ne relèvent d'aucune autorité extérieure, si ce n'est de la conscience des acteurs.

Comme nous le savons tous, 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 économique 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. Il faut donc trouver un moyen de réguler cet 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, au niveau international, nous nous retrouvons, d'un côté, avec des droits qui sont garantis aux firmes multinationales grâce à des mécanismes contraignants et, de l'autre, avec

des devoirs moraux qui sont suggérés aux firmes.

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., a 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 multinationales¹³.

Cependant, 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 morale, 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 volontaire¹⁴. Ils sont donc 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 PED¹⁵. En 1966, le gouvernement canadien était préoccupé par le rapatriement massif de capitaux vers les États-Unis et élabora les Principes directeurs de bonnes conduite des sociétés. Ce code de conduite international devançait les codes actuellement existants par sa nature non contraignante et par sa grande souplesse d'interprétation¹⁶.

À la même époque, les pays en voie de développement voulaient que soit instauré un nouvel ordre économique international. Un des moyens de valider ce nouvel ordre 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 économiques¹⁷. Cependant, aucun code de conduite obligatoire n'a été élaboré.

Plusieurs codes publics ont été élaborés à cette période, cependant, pour notre exposé, nous avons préféré retenir ceux de l'OCDE et de l'OIT.

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 élaboré une protection multilatérale des investissements¹⁸. Les *Principes directeurs* à l'intention des entreprises multinationales sont donc le résultat d'un compromis entre les intérêts divergents des deux groupes. Aux *Principes directeurs* se sont ajoutées des propositions visant à protéger les intérêts des firmes étrangères, notamment le « traitement national des firmes étrangères » et les « stimulants et obstacles à l'investissement international ». En bout de ligne, les *Principes* n'avaient plus 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 contraignant, comme celui des Nations Unies par exemple¹⁹. Les *Principes*

¹³ G. Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Paris, PUF, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, 1984, à la p. 10.

¹⁴ P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993, à la p. 88.

¹⁵ *Ibid*, à la p. 46.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ 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 », B. Stern, *Un nouvel ordre économique international ?*, Paris, Economica, 1983, p. 58.

¹⁸ G. Hamilton, *supra* note 13, à la p. 22

¹⁹ *Ibid*, à la p. 25.

directeurs sont des principes généraux car ils touchent à plusieurs aspects. De plus, comme le rappelle l'OCDE, "le respect des *Principes directeurs* est volontaire et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionnée juridiquement"²⁰. Enfin, pour ce qui est des mécanismes de surveillance, *le Comité sur l'investissement international et les entreprises multinationales (CIME)* a pour seul mandat d'interpréter les *Principes* et ne peut pas tirer de conclusions ou imposer des sanctions.

Le second code, celui 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 social²¹. Cependant, les principes proposés sont volontaires, c'est-à-dire que le non-respect n'entraîne aucune sanction. 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 des gouvernements, des représentants des travailleurs et des

employeurs²². 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 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 FMN²³.

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 ils 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.

Les firmes multinationales ont également été associées aux négociations des codes de conduite car les États industrialisés ont représenté de manière indirecte mais active leurs intérêts²⁴. 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 n'ont pas force de loi. Les États se sont simplement engagés à ce que leurs firmes respectent les principes qu'ils ont élaborés conjointement. Ces principes sont des ententes

²⁰ OCDE, Investissement international et entreprises multinationales, Paris, OCDE, 1979.

²¹ Organisation internationale de travail, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, (en ligne) O.I.T., <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/tridecl/download/tri-fr.pdf>> (Date d'accès: 15 septembre 2001).

²² P. Merciai, *supra* note 14, à la p. 140.

²³ *Ibid*, p. 140.

²⁴ François Rigaux, « Les sociétés transnationales » dans Mohammed Bedjaoui, *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, t.1, 1991, 129, à la p. 136.

de bonne foi en droit international, c'est-à-dire du *soft law*²⁵.

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. 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.

Deuxième proposition : Les codes de conduite privés et l'autorégulation

À partir des années 70, les dirigeants des FMN ont commencé à mettre en place des codes de conduite au sein de leurs entreprises. Ces codes introduisent une forme d'auto régulation 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 obligatoire²⁶.

²⁵ Le *soft law* ou les actes concertés non conventionnels se définissent, selon Dihn et al., 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 ». Ces mêmes auteurs définissent les *gentlemen 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 ». Dinh N.Q., et al., *Droit international publics*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, à la p. 382 [nos italiques].

²⁶ Jean-Baptiste Racine, La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement, (1996). 4 *RJE* 409, à la p. 410.

Les codes de conduite privés ont pour but d'auto réglementer la vie quotidienne des firmes et de certains secteurs d'activités. Les firmes sont donc à la fois les conceptrices et les réceptrices de ces normes et de ces règles.

Les codes de conduite privé ont deux fonctions importantes²⁷. 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. 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 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. Cependant, ce ne sont pas toutes les entreprises qui prévoient de tel mécanisme 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.

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 ?

²⁷ *Ibid.*, à la p. 413.

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 »²⁸. En plus, les codes de conduite privés sont élaborés par les firmes elles-mêmes, ce qui signifie qu'elles décident du contenu du code et 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.

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

Troisième proposition : L'autorégulation des firmes avec l'ONU comme forum de discussion

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. La solution trouvée à ce problème est d'adhérer à des codes de conduite afin de favoriser une mondialisation plus humaine.

Le *Global Compact* 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 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 celui des 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.

Le *Global Compact* a été conclu 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* dit 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.

Selon son discours, chacun des 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 processus, les principes incorporés dans la Charte proviennent de conventions et de traités ratifiés antérieurement par certains des 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

²⁸ *Ibid*

l'exécution des projets et de mener des campagnes publiques afin de créer le contexte dynamique nécessaire à l'épanouissement de ce projet²⁹. 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*.

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 publiques³⁰.

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 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 de pouvoir³¹.

Ainsi, le *Global Compact* n'est pas un code de conduite qui vérifie, assiste, voire sanctionne les pratiques corporatives. Ce 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 mentionnées précédemment. L'entente est volontaire et n'a pas de mécanisme pouvant la rendre contraignante, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de porté juridique. Ce partenariat est donc symbolique car aucune institution, indépendante ou émanant du *Global Compact*, ne surveille l'application des principes³². Une des valeurs prônées par le *Global Compact* est la transparence; si une firme n'agit pas comme la charte le prescrit, l'opinion publique sera 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 engagements³³. Finalement, le

²⁹ Global compact, (en ligne) <<http://www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/faq.html>> (Date d'accès: premier novembre 2001).

³⁰ Global Compact, (en ligne) <www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/participe.htm> (date d'accès: premier novembre 2001)

³¹ Global Compact: (en ligne) <www.unglobalcompact.org/un/gc/unweb.nsf/content/faq.htm> (date d'accès: premier novembre 2001)

³² John Ruggie, *Globalization, the Global Compact and Corporate Social Responsibility* : Union of International Association (en ligne) <www.uia.org/uiata/ruggie.htm> (date d'accès: 15 septembre 2001).

³³ Joshua Karliner et Kenny Bruno, USA : " The United Nations sits in suspicious company", International Herald Tribune, 10 août 2000 : (en ligne) Corp Watch) <www.corpwatch.org/news/2000/306.html> (date d'accès: 15 septembre 2001)

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

Propos d'étape

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, se sont les firmes elles-mêmes qui ont élaboré leurs codes. Ceux-ci sont volontaires et peu de mécanisme de surveillance semble être efficace pour sanctionner les pratiques. Les normes et règles ont permis et permettent encore de combler les vides juridiques des États, mais nous assistons donc à l'émergence d'une régulation privée. 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. Enfin, le *Global Compact* ne possède aucun mécanisme de surveillance. De plus, il est important de noter que le langage utilisé dans la formulation des codes de conduite est très flou et laisse toujours une grande place à l'interprétation. Actuellement, les codes de conduite élaborés sont mis en place afin de légitimer les pratiques des FMN et leur application est très limitée.

Après avoir présenté les différents types codes de conduite, il convient de s'interroger sur les devoirs internationaux des investisseurs. Nous avons vu précédemment que les firmes ont des droits qui leurs sont garanties au niveau international. Mais qu'en est-il de leurs devoirs ? Nous croyons que les codes de conduite constituent un devoir pour les firmes. Cependant, pour être efficaces, ces codes devraient être obligatoires. En ce sens, un espace transnational devrait aussi être créé afin d'imposer des devoirs aux firmes.

CONCLUSION

Nous avons tenté de montrer deux choses. Tout d'abord, qu'un espace transnational qui assure des droits pour les investisseurs grâce à un mécanisme de règlement des différends rendant ces droits contraignants se met en place. Ensuite, que, lorsque nous évoquons les devoirs des investisseurs au niveau international, aucun mécanisme de règlement de régulation et de surveillance n'a encore été élaboré. Ainsi, si les droits des investisseurs sont garantis, les devoirs sont par contre suggérés.

Il y a lieu de se remémorer les sources du droit international et de constater qui est le législateur dans chacun des cas. Sans entrer dans les détails, rappelons que les principales sources créatrices de droit international (et surtout en droit international économique) sont les traités et la coutume. Il n'y a pas d'ambiguïté au sujet du traité, qu'on définira 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"³⁴. La coutume, pour sa part, est constituée de deux éléments. Le

premier 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 devenir une norme, que l'on prouve que l'acte ou le précédent qui était posé par l'État était bien posé parce que celui-ci croyait être dans l'obligation d'agir de cette façon. L'un et l'autre ont donc un législateur commun qui est l'État.

Nous définissons, en introduction, la mondialisation économique sur le plan juridique comme étant la mise en place d'un espace transnational visant à réguler les relations inter

étatiques et privées à l'intérieur d'un espace économique mondial. La façon de mettre en place cet espace définira donc quelle sera la nature de cette mondialisation. Or, puisque c'est l'État qui est le législateur, c'est lui qui établit le caractère de celle-ci. Ainsi, alors que certains soutiennent que la mondialisation économique signifie une perte de souveraineté de l'État, nous voyons plutôt là une expression complète de l'utilisation souveraine de cette souveraineté. En effet, la conclusion d'un traité par un État ne peut se faire sans son autorisation, autorisation qui soutient l'exercice de cette souveraineté. Ce qui ne signifie toutefois pas qu'il n'y ait pas de transfert de souveraineté de certains États vers certains autres États plus hégémoniques. Mais un tel transfert n'est pas nouveau car historiquement, ces États hégémoniques ont toujours exercé une influence sur la politique menée par les États moins puissants.

Considérant la situation actuelle, à savoir l'élaboration de cet espace juridique garantissant, transnationalement, les droits des investisseurs, et la non-élaboration en place si on peut s'exprimer ainsi, d'un tel espace qui servirait à garantir des devoirs pour ces investisseurs; considérant également que la mise en place, ou la non mise en place de telles normes en droit international économique, relève directement de l'État, on peut se poser des questions sur la soit disant neutralité de l'État lorsque vient le temps de légiférer. Alors que certains croient que celui-ci perd de sa souveraineté, nous croyons plutôt que l'État exerce souverainement sa souveraineté en faveur d'un groupe bien délimité de ses citoyens, à savoir cette classe d'investisseurs qui voient, en cette ouverture des marchés, tant de bénéfices.

³⁴ *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].

