



LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE A L'INTENTION DES ENTREPRISES MULTINATIONALES

Un statut juridique en mutation

Jun 2007

Yann Queinnec

Sous la direction de William Bourdon, Président de Sherpa
Joseph Breham, assistant

TABLE DES MATIERES

ABSTRACT	3
INTRODUCTION.....	5
1 LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DES PRINCIPES DIRECTEURS	
1.1 Les sources des principes directeurs.....	6
1.2 La substance des principes directeurs	6
1.2.1 Les objectifs	6
1.2.2 Les moyens - l'établissement de règles de conduite.....	7
1.3 Les modalités d'application des principes directeurs	9
1.3.1 Les Points de Contact Nationaux	10
1.3.1.1 Organisation.....	10
1.3.1.2 Action – les circonstances spécifiques.....	11
1.3.1.2.1 La recevabilité de l'instance spécifique.....	11
1.3.1.2.2 Les bons offices du PCN.....	12
1.3.1.2.3 Résultats des bons office.....	13
1.3.2 Le Comité d'Investissement.....	14
1.4 Diagnostic sur le statut juridique des principes directeurs	16
1.4.1 Une nature juridique objet de controverses doctrinales	16
1.4.2 La reconnaissance d'une force obligatoire par la jurisprudence.....	17
2 LES ELEMENTS FAVORABLES A L'INTEGRATION DES PRINCIPES DIRECTEURS DANS LE DROIT COUTUMIER INTERNATIONAL	
2.1 Mutation du droit international	20
2.1.1 Evolution des sources du droit international	20
2.1.2 Influence de la notion de sphère d'influence des entreprises multinationales sur la notion de sujet de droit international.....	21
2.2 Les Principes directeurs et le droit international coutumier.....	23
2.2.1 L'existence d'une pratique généralisée en matière de RSE.....	23
2.2.1.1 La reconnaissance généralisée de la responsabilité pénale des personnes morales	23
2.2.1.2 Le développement des chartes éthiques.....	25
2.2.2 Une opinio juris en développement sur la RSE	25
2.2.2.1 La Lex Mercatoria.....	26
2.2.2.2 L'incidence de la RSE dans l'arbitrage international	27
2.2.2.3 Incidences de la RSE dans les instances régionales	28
2.2.2.4 Incidences de la RSE dans les instances nationales	28
3 LECONS DES PRATIQUES ET PISTES POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITE	
3.1 Efficacité substantielle – Renforcement de la cohérence	30
3.1.1 Phase préliminaire du test de recevabilité	30
3.1.1.1 Pratique du test de recevabilité.....	30
3.1.1.2 Leçons de l'observation de la pratique du test de recevabilité	32
3.1.1.2.1 La notion d' <i>entreprise multinationale</i>	33
3.1.1.2.2 La notion de <i>lien d'investissement</i>	33
3.1.1.2.3 L'impact des procédures parallèles	33
3.1.2 Phase des bons offices.....	34
3.1.2.1 Observation de la pratique des bons offices.....	34
3.1.2.2 Leçons de l'observation de la pratique des bons offices.....	35
3.1.3 Phase décisionnelle - Recommandations	35
3.2 Efficacité organisationnelle - harmonisation du fonctionnement des PCN.....	35
CONCLUSION.....	36

ABSTRACT

Dans la période actuelle de questionnements sur la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et la recherche d'un développement durable, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales (*Principes directeurs*) sont des outils juridiques particulièrement précieux.

Leur antériorité (1976), leur acceptation par 39 Etats dont les entreprises multinationales représentent environ 90% des investissements directs à l'étranger, leur substance adaptée au fil du temps pour répondre à l'évolution de la notion de RSE et leurs modalités d'application impliquant des structures nationales (les Points de Contact Nationaux, PCN) et une structure centrale (le Comité d'Investissement) ; toutes ces caractéristiques concourent à faire des *Principes directeurs* un maillon stratégique dans la recherche de solutions efficaces pour rendre concrète la notion de RSE.

Ont-ils un statut juridique contraignant ? La présente étude entend apporter une réponse à cette question intensément débattue au sein de nombreuses instances dès qu'il s'agit de qualifier les obligations associées à la notion de RSE. Elle conclue à l'entrée de la RSE et dans son sillage celle des *Principes directeurs* dans une sphère contraignante.

Le postulat de départ de cette étude est un état des lieux de l'incidence grandissante de la sphère d'influence des entreprises multinationales qui peut être ainsi résumé :

- **L'Etat d'origine d'une entreprise multinationale** éprouve encore aujourd'hui des difficultés à appréhender les mauvaises pratiques perpétrées par ses filiales à l'étranger. En effet, même si de nombreux Etats reconnaissent la notion de responsabilité pénale des personnes morales, les notions d'autonomie juridique et de légalité des délits, et de personnalisation des peines, et l'extraterritorialité qui caractérise le *modus operandi* des entreprises multinationales, à travers des dizaines d'entités distinctes soumises à des statuts juridiques différents, génèrent d'importantes difficultés en pratique pour mettre en oeuvre les outils de hard law existants;

- **La communauté internationale** n'a aucun moyen aujourd'hui d'appréhender efficacement les violations des droits de l'homme et de l'environnement. En effet, les outils existants (notamment les *Principes directeurs* de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales, le Global Compact des Nations Unies) sont expressément qualifiés de « volontaires » et ne proposent pas de structure pour en assurer l'application effective;
- **L'intérêt général** – l'implication des entreprises multinationales dans des considérations d'intérêt général est grandissante, notamment via le développement des Partenariats Public Privé (PPP). Cette tendance résulte largement du processus international de libéralisation des normes sur les investissements et la promotion corrélatrice du mécanisme de PPP par les institutions financières internationales. Ceci a mené au développement de droits plus que d'obligations à l'égard des entreprises. Même si des signes d'évolution sont observés, les litiges passés et présents investisseurs/Etats au sein des instances arbitrales internationales montrent que les PPP impliquant des considérations d'intérêt général (ceux dédiés par exemple à l'accès à l'eau), demeurent appréhendés par les arbitres au travers du filtre des droits de l'investisseur, ignorant quasiment les considérations d'intérêt général.

Dans ce contexte, parmi les autres outils volontaires, les *Principes directeurs* de l'OCDE présentent d'intéressantes caractéristiques.

La démarche poursuivie par cette étude consiste à situer les *Principes directeurs* de l'OCDE dans l'environnement juridique complexe entourant la notion de RSE en procédant en trois temps. Le premier consiste en l'analyse de leurs caractéristiques juridiques telles qu'elles résultent des textes de l'OCDE (1), le second les analyse à la lumière du droit international coutumier (2) et le troisième, analyse les circonstances spécifiques les plus emblématiques et propose des pistes pour une plus grande efficacité des *Principes directeurs*.

Utilité du droit international coutumier

Avant de tenter de démontrer l'entrée des *Principes directeurs* dans la coutume internationale, il est utile de d'explicitier l'intérêt de cette démarche. Elle résulte d'un double constat :

- l'échec relatif de l'action des PCN qui sera illustré par l'analyse de la pratique des circonstances spécifiques ;
- la perspective, très improbable, que les Etats membres de l'OCDE attribuent expressément force contraignante aux *Principes directeurs*.

C'est dans ce contexte que la présente étude entend proposer des pistes permettant, en l'état actuel du droit positif, de renforcer leur influence et s'intéresse au droit international coutumier qui peut permettre aux *Principes directeurs* de s'inviter au sein des instances de hard-law.

Nous considérons en effet, que les instances judiciaires et arbitrales qui disent le droit constituent naturellement des lieux d'application des *Principes directeurs*. En effet, ces juridictions disposent d'une latitude d'interprétation du droit qui ne leur interdit pas de le situer dans un contexte plus large et de recourir aux principes coutumiers.

De plus, la coutume présente l'avantage indéniable de respecter la souveraineté des Etats dans la mesure où 1) rien n'oblige les acteurs en charge de dire le droit de la prendre en considération et 2) que les règles coutumières peuvent être utilisées, à leur discrétion soit comme source d'interprétation d'un droit national, régional ou international existant, soit comme source de droit substantiel.

Même si nous considérons que la définition classique de la coutume est sujette à débat, par souci d'efficacité de la démonstration nous avons opté pour une analyse des *Principes directeurs* à la lumière du test de la coutume résultant de l'article 38(1) du statut de la CIJ pour qui « *la coutume est le résultat de la conjonction d'une pratique effective et de l'acceptation par les Etats du caractère juridique – et donc obligatoire – des conduites constitutives d'une telle pratique* ».

Par souci d'objectivité de notre démonstration de l'entrée des *Principes directeurs* dans la

sphère du droit coutumier international, nous ne pouvons occulter les éléments qui, à la lumière des circonstances spécifiques analysées, démontrent des lacunes dans l'efficacité de la mise en oeuvre des *Principes directeurs*.

Dans cette optique, l'étude tire les enseignements de la pratique des circonstances spécifiques pour présenter les besoins de renforcement de l'efficacité substantielle et ceux d'une plus grande efficacité organisationnelle.

Principales conclusions de l'étude

- **Les principes directeurs et le droit coutumier international** – Les *principes directeurs* sont entrés dans la sphère d'application du droit international coutumier ;
- **Les principes directeurs et l'arbitrage international** – Même si cette évolution n'a pas encore produit de résultats tangibles en pratique, nous considérons néanmoins que toutes les conditions sont réunies pour permettre aux arbitres d'inclure les *principes directeurs* dans leur spectre d'appréhension des litiges. Evidemment, cette affirmation concerne les litiges opposant les investisseurs aux Etats ;
- **Les principes directeurs et les juridictions nationales** – la reconnaissance d'un statut de droit coutumier international peut être d'une aide précieuse pour les magistrats nationaux. En effet, l'utilisation des *principes directeurs* comme outil d'interprétation de leurs dispositions légales nationales peut les aider à appréhender efficacement la notion « d'entreprise multinationale » et les particularités de leur modus operandi. Ceci pourrait avoir un impact positif à plusieurs stades des procédures et particulièrement aux stades de l'admissibilité d'une plainte et de qualification des infractions ;
- **Les procédures de mise en oeuvre des principes directeurs** – l'entrée des *principes directeurs* dans le champ du droit international coutumier doit renforcer le rôle des PCN et du Comité d'Investissement. Cependant, afin d'accompagner efficacement la mutation juridique des *principes directeurs*, leur rôle et modalités d'intervention devraient être harmonisées et l'étude proposera des pistes d'amélioration.

INTRODUCTION

Dans la période actuelle de questionnements sur la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et la recherche d'un développement durable, les *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des multinationales sont des outils juridiques particulièrement précieux.

Leur antériorité (1976), leur acceptation par 39 Etats dont les entreprises multinationales représentent environ 90% des investissements directs à l'étranger, leur substance adaptée au fil du temps pour répondre à l'évolution de la notion de RSE et leurs modalités d'application impliquant des structures nationales (les PCN) et une structure centrale (Comité d'Investissement) ; toutes ces caractéristiques concourent à faire des Principes un maillon stratégique dans la recherche de solutions efficaces pour rendre concrète la notion de RSE.

Ont-il un statut juridique contraignant ? La présente étude entend apporter une réponse cette question intensément débattue au sein de nombreuses instances dès qu'il s'agit de qualifier les obligations associées à la notion de RSE. Elle conclue à l'entrée de la RSE et dans son sillage celle des *Principes directeurs* dans une sphère contraignante.

Le postulat de départ de cette étude est un état des lieux de l'incidence grandissante de la sphère d'influence des entreprises multinationales qui peut être ainsi résumé :

- **L'Etat d'origine d'une entreprise multinationale** éprouve encore aujourd'hui des difficultés à appréhender les mauvaises pratiques perpétrées par ses filiales à l'étranger. En effet, même si de nombreuses Etats reconnaissent la notion de responsabilité pénale des personnes morales, les notions d'autonomie juridique et de personnalité des délits et des peines et l'extraterritorialité qui caractérise le *modus operandi* des entreprises multinationales, à travers des dizaines d'entités distinctes soumises à des statuts juridiques différents, génèrent d'importantes difficultés en pratique pour mettre en oeuvre les outils de hard law existants ;
- **La communauté internationale** n'a aucun moyen aujourd'hui d'appréhender efficacement les violations des droits de

l'homme et de l'environnement. En effet, à l'exception notable des crimes les plus odieux dont tout responsable peut rendre compte devant la Justice internationale, outils existants (notamment les *Principes directeurs* de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales, le Global Compact des Nations Unies) sont expressément qualifiés de « volontaires » et ne proposent pas de structure pour en assurer l'application effective;

- **L'intérêt général** – l'implication des entreprises multinationales dans des considérations d'intérêt général est grandissante, notamment via le développement des Partenariats Public Privé (PPP). Cette tendance résulte largement du processus international de libéralisation des normes sur les investissements et la promotion corrélatrice du mécanisme de PPP par les institutions financières internationales. Ceci a mené au développement de droits plus que d'obligations à l'égard des entreprises. Même si des signes d'évolution sont observés, les litiges passés et présents investisseurs/ Etats au sein des instances arbitrales internationales montrent que les PPP impliquant des considérations d'intérêt général (ceux dédiés par exemple à l'accès à l'eau), demeurent appréhendés par les arbitres au travers du filtre des droits de l'investisseur, ignorant quasiment les considérations d'intérêt général.

Dans ce contexte, parmi les autres outils volontaires, les *Principes directeurs* de l'OCDE présentent d'intéressantes caractéristiques.

La démarche poursuivie par cette étude consiste à situer les *Principes directeurs* de l'OCDE dans l'environnement juridique complexe entourant la notion de RSE en procédant en trois temps. Le premier consiste en l'analyse de leurs caractéristiques juridiques telles qu'elles résultent des textes de l'OCDE (1), le second les analyse à la lumière du droit international coutumier (2) et le troisième, analyse les circonstances spécifiques les plus emblématiques et propose des pistes pour une plus grande efficacité des *Principes directeurs*.

1 LES CARACTERISTIQUES JURIDIQUES DES PRINCIPES DIRECTEURS

1.1 Les sources des principes directeurs

Les statuts de l'OCDE¹ confèrent compétence à ses principaux organes pour adresser des **recommandations** à ses Etats membres. C'est dans ce cadre que sont nés les *Principes directeurs* adoptés par le Conseil de l'OCDE par la Déclaration du 21 juin 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

L'une des originalités réside en ce que cet ensemble normatif s'adresse tant aux Etats membres² chargés de leur mise en oeuvre, qu'aux entreprises multinationales dont les *Principes directeurs* sont sensés régir l'activité (qu'elles opèrent sur le territoire des pays adhérents ou à partir de celui-ci).

Il convient de noter que les organisations représentatives du monde des entreprises (BIAC³ - Comité consultatif industriel) et du monde du travail (TUAC⁴ - Commission syndicale consultative) ont été associées et ont apporté leur soutien aux *Principes directeurs* lors de leur mise au point en 1976, et cet appui ne s'est pas démenti lors de chaque réexamen.⁵ C'est aussi le cas des organisations non gouvernementales, particulièrement depuis le réexamen de 2000.

Les *Principes directeurs* peuvent se scinder en trois parties distinctes. D'un côté les *Principes directeurs* proprement dit qui s'adressent aux entreprises multinationales, de l'autre les *Lignes directrices* de procédures (*Lignes directrices*) qui s'adressent aux Etats membres et aux organes de l'OCDE chargés de la mise en oeuvre des *Principes directeurs*, à savoir les Points de Contact Nationaux (PCN) et le Comité d'Investissement et enfin les *Commentaires* relatifs au Principes et aux procédures de mise

en oeuvre.⁶

Nous reviendrons plus loin sur la distinction entre l'**action normative interne** de l'OCDE, représentée par les *Lignes directrices* de procédures qui définissent les modalités de fonctionnement et les pouvoirs des PCN (donc des Etats membres) et du Comité d'Investissement (donc de l'OCDE), et l'**action normative externe** représentée par les *Principes directeurs* qui s'adressent aux entreprises multinationales.⁷

Ainsi, les *Principes directeurs* proprement dit ne s'adressent pas aux Etats mais aux entreprises multinationales. Les Etats ne sont mentionnés dans le dispositif de mise en oeuvre des *Principes directeurs* qu'à l'occasion de l'évocation du rôle des PCN dans les *Lignes directrices* de procédure.⁸

Ce rappel des sources et de la structure des *Principes directeurs* est essentiel en ce qu'il traduit l'implication très en amont des opérateurs économiques dans leur processus de négociation. De ce constat résulte la nature de pilier fondateur des *Principes directeurs* en matière de RSE qui ont connus plusieurs modifications à la suite de réexamens (1979, 1982, 1984, 1991) dont le dernier a été entériné lors de la réunion ministérielle du 27 juin 2000.⁹

1.2 La substance des principes directeurs

1.2.1 Les objectifs

Selon les termes de la préface des *Principes directeurs*, ces derniers « visent à (...) accroître la contribution des entreprises multinationales au développement durable »¹⁰ - « L'objectif commun des gouvernements souscrivant aux *Principes directeurs* est d'encourager la

¹ Convention constitutive, article 5
[\[http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_00.html\]](http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_00.html).

² Auxquels s'ajoutent neuf pays non membres : l'Argentine, le Brésil et le Chili, l'Estonie, l'Israël, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie et la Slovaquie.

³ Business Industry Advisory Committee.

⁴ Trade Union Advisory Committee.

⁵ Réexamen des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Cadre pour le Réexamen - §8 [Document OCDE non classifié réalisé par la Direction des Affaires financières, fiscale et des entreprises de l'OCDE - 21 mai 1999 - <http://www.oecd.org/dataoecd/38/6/2071984.pdf>].

⁶ Les Commentaires ne font pas partie de la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

⁷ Cf. section 1.4.1.

⁸ Cf. section 1.1.3.1.

⁹ « Par rapport aux réexamens précédents, les changements apportés (en juin 2000) au texte sont, toutefois, d'une grande portée et renforcent les éléments essentiels – économiques, social, et environnemental – du programme d'action à l'appui du développement durable. Ils ont été élaborés dans le cadre d'un dialogue constructif avec les milieux d'affaires, les représentants des organisations syndicales et les organisations non-gouvernementales » - Avant-propos du document OCDE *La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales : textes de base* [DAFFE/IME(2000)20 - [http://www.ois.oecd.org/ois/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c12569fa005d0ee7/c125692700623b74c1256991003b5147/\\$FILE/00086088.PDF](http://www.ois.oecd.org/ois/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c12569fa005d0ee7/c125692700623b74c1256991003b5147/$FILE/00086088.PDF)].

¹⁰ Préface des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Para. 1
[\[http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf\]](http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf).

contribution positive que les entreprises multinationales peuvent apporter au progrès économique, environnemental et social, et de réduire au minimum les difficultés que leurs diverses opérations peuvent engendrer. »¹¹

Plus précisément, la lecture des termes du Chapitre II.1 des *Principes directeurs*, selon lesquels les entreprises devraient « *contribuer aux progrès économiques, sociaux et environnementaux en vue de réaliser un développement durable* » inscrit expressément la notion de **développement durable** parmi les objectifs majeurs des *Principes directeurs*. Rappelons ici que selon les termes du rapport Brundtland remis en 1987 par la Commission mondiale de l'environnement et du développement aux termes de ses travaux, le concept de développement durable se définit comme « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* ». ¹²

Soulignons aussi que les *Principes directeurs* font partie intégrante de la *Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales* qui, conformément à l'objet même de l'OCDE vise à empêcher les distorsions de concurrence dues à l'action du secteur privé.¹³ Selon les termes du Secrétaire général de l'OCDE les *Principes directeurs* « offrent une norme de bonne conduite d'entreprise, soutenue par les gouvernements, qui contribuera à assurer l'égalité des chances entre compétiteurs sur le marché international ». ¹⁴

¹¹ Préface des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Para. 10.

¹² En 1984, l'Assemblée générale des Nations unies confie à Mme Gro Harlem Brundtland, alors Premier ministre de la Norvège, le mandat de former et de présider la Commission mondiale de l'environnement et du développement, aujourd'hui connue pour avoir promu les valeurs et les principes du développement durable. Cf. le rapport intitulé *Notre avenir à tous* remis en 1987 http://www.wikilivres.info/wiki/index.php/Rapport_Brundtland.

¹³ « *Le cadre juridique de base pour le marché mondial s'est mis en place au départ au moyen d'actions nationales unilatérales plus ou moins parallèles, qui ont été complétées de plus en plus par des actions internationales conjointes à de nombreux niveaux. Pour que ce cadre fonctionne correctement, il faut éviter les distorsions induites par les pouvoirs publics, et c'est l'objectif visé par l'action internationale prenant la forme d'accords multilatéraux de libéralisation. Mais il faut aussi éliminer les distorsions dues à l'action du secteur privé, et ce sont précisément ces distorsions qu'on cherche à empêcher, non seulement via les Principes directeurs, mais aussi à travers les lois nationales concernant la protection de la concurrence et de l'environnement et d'autres domaines connexes.* » - Prof. Arghyrios A. Fatouros *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation* [document non classifié n°DAFFE/IME/RD(99)3 du 9 septembre 1999 - CIME Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises, p.11].

¹⁴ Avant-propos de D. J. Johnston, secrétaire général de l'OCDE, aux *Principes directeurs*, Para. 2 - [\[http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf\]](http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf).

En l'occurrence, l'établissement de bonnes conditions de concurrence consiste ici à lutter contre les pratiques des multinationales qui peuvent porter atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement ou qui ne respectent pas les normes en matière de droit du travail, de transparence, de protection des consommateurs et de corruption. En effet, incontestablement de telles pratiques faussent les conditions de concurrence et du respect des *Principes directeurs* dépend donc le bon fonctionnement du marché.

Reste cependant que de ces deux objectifs distincts et complémentaires, i.e. l'établissement de bonnes conditions de concurrence et le développement durable, ce dernier figure incontestablement comme la fin recherchée et les premières le moyen d'y parvenir.¹⁵ Cette affirmation est confirmée par les termes de la préface des *Principes directeurs* selon lesquels « *Les entreprises multinationales sont d'autant mieux à même de promouvoir le développement durable lorsque les échanges et les investissements s'effectuent dans le cadre de marchés ouverts, concurrentiels et convenablement réglementés.* »¹⁶

C'est donc tout particulièrement à partir de la notion de **développement durable** que se dessinent les contours des attentes exprimées par les Etats à l'égard des entreprises multinationales et qui donnent un contenu normatif à leur **responsabilité sociale et environnementale**. C'est aussi cette notion qui a guidé les dernières évolutions du contenu des *Principes directeurs* dont nous allons étudier ci-après les caractéristiques juridiques.¹⁷

1.2.2 Les moyens - l'établissement de règles de conduite

Les *Principes directeurs* s'inscrivent dans un environnement juridique qui combine un *objectif* : la recherche d'un développement durable et un *moyen* d'y parvenir : la mise en

¹⁵ Il convient d'observer que la ligne directrice de l'interprétation d'un traité est « l'objet et les objectifs » poursuivis par ledit traité (selon les termes de la Convention de Vienne sur les Traités internationaux - art 31-1). Si les Principes directeurs ne constituent pas un traité, il n'en reste pas moins que celle règle d'interprétation reste communément admise par la communauté internationale.

¹⁶ Préface des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Para. 5.

¹⁷ « *Les Principes directeurs visent à 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* » [Préface des Principes directeur § 1 <http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>].

oeuvre de la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), cette dernière étant l'objet de multiples tentatives de régulation depuis les années 1970.¹⁸

Nous ne nous étendrons pas ici sur le contenu des *Principes directeurs* et nous renvoyons ici le lecteur à leur version in extenso ainsi qu'aux commentaires.¹⁹ On peut néanmoins noter trois caractéristiques utiles pour situer les *Principes directeurs* dans l'environnement juridique complexe que constitue la notion de RSE :

1. les termes des *Principes directeurs* représentent des règles de conduite généralement acceptées par les Etats et par les entreprises elles-mêmes. Ceci se traduit d'ailleurs par des similitudes :

- entre les termes des *Principes directeurs* et ceux d'instruments émanant d'autres institutions intergouvernementales visant à renforcer le cadre international, juridique et réglementaire, dans lequel les entreprises exercent leurs activités (l'adoption de la DUDH en 1948²⁰ et des deux pactes internationaux de 1966 sur les Droits Civils et Politiques et sur les Droits Economiques Sociaux et Culturels, la Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et l'Action 21 ainsi que la Déclaration de Copenhague sur le développement social)²¹ ;
- avec les engagements émanant des chartes éthiques des opérateurs privés internationaux qui ont évolués ces

dernières années pour intégrer des considérations environnementales et de droits de l'homme. Notons d'ailleurs que la préface des *Principes directeurs* énonce que ces derniers « *complètent et renforcent les initiatives privées qui visent à définir et appliquer des règles de conduite responsable* » ;²²

2. les *Principes directeurs* reprennent ou constituent le prolongement de notions fondamentales de droit international préexistantes et hétérogènes, relevant à la fois du droit coutumier, des principes généraux du droit ou des usages. Ainsi, la notion d'exécution de bonne foi qui impose de se comporter loyalement dans les relations contractuelles et constitue un des principes des rapports économiques internationaux est-elle sous-jacente dans de nombreux *Principes directeurs*, le principe fondamental de bonne administration de la justice est aussi présent au travers notamment de l'objectif d'équivalence fonctionnelle (section 1.3.1). Les notions de constructive knowledge,²³ de legitimate expectations,²⁴ d'abus de droit, d'équité, le principe de précaution²⁵ sont également sous-jacentes.
3. Les *Principes directeurs* reflètent par ailleurs les dispositions légales régionales et nationales des systèmes juridiques qui

¹⁸ Les *Principes directeurs* mis à part, on peut citer les travaux les plus représentatifs suivants: the Draft Code of Conduct for Transnational Corporations produced by UN in 1974, the 1977 ILO *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* revised in 2000, the 1998 ILO *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, the UN Global Compact initiative, the adoption on 26 August 2003 of the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights. One can also mention the 2001 European Commission Green Paper which try to define a definition of CSR.

¹⁹ Disponible sur le lien suivant : <http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>.

²⁰ Dont l'article 30 dispose « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés. ».

²¹ Préface des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Para. 8 [<http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>].

Evidemment, d'autres outils peuvent être mentionnés tels que le Processus de Kimberley sur commerce des diamants bruts, l'Extractive Industries' Transparency Initiative, le Business Leaders' Initiative on Human Rights, le Global Compact, etc. [see the report of the UN High Commissioner for Human Rights on the sectoral consultation entitled « Human rights and the extractive industry » 10-11 Nov 2005 - <http://www.globalpolicy.org/reform/business/2005/1219promotion.pdf>].

²² « *Beaucoup d'entreprises ont pris en compte ces préoccupations du public en mettant sur pied des dispositifs et procédures internes d'orientation et de gestion qui étayent leurs engagements de citoyenneté, de bonnes pratiques et de bonne conduite de l'entreprise et de ses salariés (...). Les Principes directeurs clarifient les attentes communes des gouvernements qui y souscrivent quant au comportement des entreprises et ils ont valeur de référence pour les entreprises* » [Préface des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Paragraphe 7 - <http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>].

²³ Selon ce principe « if one by exercise of reasonable care would have known a fact, he is deemed to have had constructive knowledge of such fact » [Yann Queinnec, *Propositions pour un arbitrage international*, intervention à l'occasion des 1ères Rencontres internationales pour le droit d'accès à l'eau, Marseille, 25 novembre 2006, p.9]. En l'occurrence, selon ce principe et considérant que les entreprises sont censées ne pas ignorer la loi, à l'instar de tout autre sujet de droit, elles ne peuvent ignorer que toute violation des *Principes directeurs* puisse les exposer à une contrainte proportionnée.

²⁴ « *La notion « d'attente légitime - legitimate expectation » de l'investisseur est devenue usuelle pour analyser le standard de « traitement juste et équitable ». On peut considérer défendable qu'un investisseur ne peut avoir des attentes contractuelles au droit coutumier international et a fortiori contractuelles à des droits fondamentaux* » [Yann Queinnec, *Propositions pour un arbitrage international*, intervention à l'occasion des 1ères Rencontres internationales pour le droit d'accès à l'eau, Marseille, 25 novembre 2006, p.8]. On peut ainsi considérer que les *Principes directeurs* énonçant des normes (abstraction faite d'ailleurs de leur caractère contraignant ou pas), un entreprise qui ne les respecte pas ne peut avoir de legitimate expectations identiques à celles dont elle pourrait se prévaloir si elle les avait respectées.

²⁵ Il est intéressant de rappeler que le principe de précaution a été reconnu par l'OMC en matière de protection de la biodiversité affirmant « *que les Etats ont le droit, en situation d'incertitude scientifique, de prendre des mesures de précaution appropriées* ». La non subordination de ce principe de précaution implique qu'il ne sera pas remis en question, ignoré ou écarté dans le cadre d'un conflit commercial porté devant l'OMC.

ont intégré dans leur droit la notion de responsabilité pénale des personnes morales.

ENSEIGNEMENTS

On constate donc la position des *Principes directeurs* au **croisement des aspirations des Etats et des entreprises en matière de RSE et des dispositions légales existantes** tant au niveau international ou régional qu'au niveau national pour appréhender la responsabilité pénale des personnes morales.

Au plan de leur substance, la position des *Principes directeurs* dans l'environnement juridique de la RSE est donc assez proche de celle d'autres outils existants déjà évoqués. Reste cependant que leur ancienneté a nécessité leur adaptation progressive et que ce processus d'accompagnement du concept de RSE a démontré une faculté inédite d'adaptation qui s'est traduite notamment par l'intégration expresse des droits de l'homme au rang des obligations relevant de la RSE.²⁶

Notons en effet qu'après avoir mentionné la réalisation d'un développement durable au premier rang des obligations incombant aux entreprises, les *Principes directeurs* disposent que ces dernières devraient « *respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil* ». ²⁷ Cette intégration des droits de l'homme au rang des *Principes directeurs* relevant de la responsabilité des entreprises fait évidemment échos aux termes de l'article 30 de la DUDH.²⁸

Ce renvoi à l'obligation de la part des multinationales de respecter les droits de l'homme, même si référence est faite aux « obligations et engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil » n'en conforte

²⁶ Faculté d'adaptation qui, lors de la dernière réforme de 2000 s'est traduite par une plus grande considération de l'environnement et du rôle des acteurs de la communauté internationale que sont les ONGs. Ainsi, les entreprises multinationales sont désormais encouragées à améliorer leur comportement par des mesures telles qu'une meilleure gestion environnementale interne, des règles plus strictes concernant la publication d'informations environnementales et des dispositifs d'intervention plus efficaces concernant les effets sur l'environnement.

²⁷ Principes Généraux II.2.

²⁸ Article 30 qui dispose : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés. ».

pas moins l'idée que les multinationales sont des sujets de droit international à part entière²⁹ aux côtés des Etats et sont donc redevables d'une contribution à l'intérêt général conforme à leur sphère d'influence qui s'est universalisée.³⁰

1.3 Les modalités d'application des principes directeurs

Outre dans leur substance, le réexamen des *Principes directeurs* intervenu en 2000 a fait un pas supplémentaire dans la reconnaissance juridique de la RSE en créant la procédure de *Circonstance spécifique* dont les Points de Contact Nationaux sont les réceptacles. Cette procédure permet aux parties prenantes à un investissement de déposer un recours auprès du PCN compétent pour permettre de résoudre un litige portant sur l'application des *Principes directeurs*. La mise en place de cette procédure conforte la singularité des *Principes directeurs* dans l'environnement juridique de la RSE.

Dès le départ, les *Principes directeurs* n'étaient pas un simple texte proposé aux multinationales et aux gouvernements en leur laissant toute latitude pour s'y conformer. Ils ont été assortis d'un mécanisme institutionnel et d'un ensemble

²⁹ Voir sur ce point nos développements section 2.1.3.

³⁰ « (...) s'il est vrai que c'est aux gouvernements qu'il incombe au premier chef de promouvoir et de faire respecter les droits de l'homme, les entreprises jouent effectivement un rôle lorsque leur comportement et les droits de l'homme se recoupent ; aussi les entreprises multinationales sont-elle encouragées à respecter les droits de l'homme, non seulement dans les rapports avec leurs salariés, mais également à l'égard des autres personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et engagements internationaux des gouvernements des pays d'accueil. A cet égard, la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les autres obligations en matière de droits de l'homme du gouvernement concerné entre tout particulièrement en ligne de compte. » [Commentaire n°4 des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Paragraphe 5]. Il est, par ailleurs intéressant de noter les enjeux liés au positionnement des notions de *développement durable* et de *droits de l'homme* exprimés à l'occasion de la révision de 2000 « On peut citer comme autre exemple (aux côtés de celui du développement durable) celui des droits de l'homme. Ces deux questions posent un problème commun : si l'on décide de mentionner la notion en question dans les *Principes directeurs*, faut-il le faire au chapitre 1 ou au chapitre 2 ? Cela dépend, dans une certaine mesure, du degré de responsabilité qu'on attribue aux pouvoirs publics ou aux entreprises. Si l'on considère que le développement durable ou le respect des droits de l'homme constitue une priorité faisant partie intégrante du « cadre » d'ensemble dans lequel les entreprises opèrent, on peut faire valoir que l'introduction (chapitre 1) des *Principes directeurs* est l'endroit qui convient le mieux. Mais si l'on estime qu'il s'agit d'importantes responsabilités des entreprises, le chapitre 2 (principes généraux) serait approprié. » in Réexamen des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Cadre pour le Réexamen - §27 [Document OCDE non classifié réalisé par la Direction des Affaires financières, fiscale et des entreprises de l'OCDE - 21 mai 1999 - <http://www.oecd.org/dataoecd/38/6/2071984.pdf>]. En l'occurrence, les deux principes apparaissent aujourd'hui au chapitre 2 des Principes, ce qui démontre que le curseur de responsabilité a été positionné sur l'entreprise.

de procédures pour la surveillance de leur mise en oeuvre et leur amélioration.³¹

Aussi perfectible soit-il, ce mécanisme institutionnel à deux niveaux, national avec les Points de Contact Nationaux (PCN) et central (le Comité d'Investissement), constitue une avancée démontrant la volonté des Etats membres de mettre à disposition des enceintes destinées à mettre fin à des disputes, contribuant ainsi à donner une forme concrète à la notion de RSE.

Les développements qui suivent entendent extraire les caractéristiques juridiques principales des organes en charge de la mise en oeuvre des *Principes directeurs*. Nous avons opté, à ce stade de l'étude, pour une analyse exclusivement textuelle afin de tirer les enseignements théoriques essentiels du rôle des PCN et du Comité d'Investissement. L'analyse des pratiques développées par les PCN et le Comité d'Investissement interviendra en troisième partie de la présente étude consacrée à la recherche de pistes pour une plus grande efficacité des *Principes directeurs*.

1.3.1 Les Points de Contact Nationaux

Chaque pays qui a souscrit aux *Principes Directeurs* doit établir des points de contact nationaux (PCN) dont le but est « d'entreprendre des activités de promotion, de répondre à des demandes de renseignements et d'engager des discussions avec les parties³² concernées sur toutes les questions couvertes par les *Principes Directeurs*, afin de contribuer à la solution des problèmes qui peuvent se poser à ce sujet ». ³³ Ainsi les PCN ont une triple fonction :

- promouvoir les *Principes Directeurs* ;
- renseigner sur les *Principes Directeurs* ;
- permettre aux parties d'ouvrir des discussions pour solutionner les problèmes posés par des « circonstances spécifiques ». Seule cette fonction sera évoquée dans la présente étude.

³¹ Prof. Arghyrios A. Fatouros *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation* [document non classifié n° DAF/IME/RD(99)3 du 9 septembre 1999 - Comité d'Investissement Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises, p.12].

³² Il nous semble évident ici que le terme « partie » vise les multinationales qui si elles ne sont pas parties au sens de signataire de la convention ont néanmoins été consultées pendant le processus de négociation et surtout sont sujets de droits et d'obligations en application des *Principes directeurs*.

³³ Décision du Conseil de l'OCDE, Juin 2000, point I.1.

Afin de mener à bien leur mission de contribution à des solutions posées par des « circonstances spécifiques », les PCN doivent tenir compte des « *Lignes directrices* de procédures » fixées par le conseil de l'OCDE. L'objectif des *Lignes directrices* de procédures est de tendre vers un objectif d'équivalence fonctionnelle³⁴ dont les critères essentiels sont la visibilité, l'accessibilité, la transparence et la responsabilité.³⁵

Nous considérons que le rôle des PCN au travers des procédures de Circonstances spécifiques caractérise au plan institutionnel l'importance des *Principes directeurs* dans le processus actuel de mutation de la RSE vers une nature contraignante.

Lors du réexamen des Principes en 2000 la Direction des Affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE indiquait d'ailleurs à propos de la création de la procédure de circonstance spécifique « (...) *les procédures concernant les Principes directeurs ont un grand rôle à jouer pour améliorer leur mise en oeuvre. Elles peuvent constituer un moyen d'assurer, dans certaines conditions d'indépendance, la promotion et l'application des Principes directeurs et, ainsi, pallier certaines carences inhérentes à l'auto-réglementation et à l'auto-surveillance caractéristiques des codes de conduite*.³⁶ Les développements qui suivent visent à extraire des modalités d'organisation et d'action des PCN les éléments qui confortent cette évolution.

1.3.1.1 Organisation

Les *Lignes directrices* de procédures laissent « toute latitude aux Etats pour organiser les PCN », ³⁷ tant que ceux-ci recherchent le soutien actif des partenaires sociaux (milieux d'affaires et organisations syndicales) et des autres parties intéressées (Organisation non gouvernementales). Les représentants des milieux d'affaires, des organisations syndicales

³⁴ Les divers pays ont des structures différentes pour remplir des fonctions similaires. Ainsi l'équivalence fonctionnelle se fonde sur l'idée qu'il est vain de rechercher une équivalence de structure mais que l'équivalence des fonctions remplies par ces structures est suffisante.

³⁵ Pour des définitions de ces quatre notions et celle d'équivalence fonctionnelle, cf. *les commentaires sur les Lignes directrices* § 8 disponibles sur :

[http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/8d00615172fd2a63c125685d005300b5/d1bada1e70ca5d90c1256af6005ddad5/\\$FILE/JT00115759.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/8d00615172fd2a63c125685d005300b5/d1bada1e70ca5d90c1256af6005ddad5/$FILE/JT00115759.PDF)

³⁶ *Réexamen des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Cadre pour le Réexamen* [Document OCDE non classifié réalisé par la Direction des Affaires financières, fiscale et des entreprises de l'OCDE - 21 mai 1999], §10.

³⁷ Les *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, *Lignes directrices* de procédures, Partie A premier alinéa.

et des ONG peuvent (et non, doivent) participer à cette instance. Cette latitude est cependant limitée par la condition que le PCN soit un haut fonctionnaire, un service de l'administration dirigé par un haut fonctionnaire, ou une instance de coopération qui réunit divers organismes publics.

L'étude de la liste et de la composition³⁸ des divers PNC montre que les Etats ont majoritairement préféré que les PCN ne soient composés que de membres de l'administration. En effet sur les 39 NCP (un par pays ayant adhéré au *Principes directeurs*) 28 ne sont composés que de représentants des administrations nationales (21 sont composés exclusivement des représentants d'un seul ministère et 7 de plusieurs administrations) et seulement 11 accueillent des représentants de milieu d'affaires, des syndicats ou des ONG (Seulement 2 PCN accueillent des représentants des ONG, le PCN du Chili et de la Finlande).

1.3.1.2 Action – les circonstances spécifiques

Les PCN sont tenus de suivre une procédure en trois étapes. La première concerne la recevabilité des circonstances spécifiques soulevées par une des parties. Ensuite, si le PCN considère que la circonstance spécifique mérite d'être approfondie, il propose ses « bons offices ». Enfin, si les parties ne s'entendent pas le PCN publie un communiqué et éventuellement des recommandations sur la mise en œuvre des *Principes directeurs*.

1.3.1.2.1 La recevabilité de l'instance spécifique

Test de recevabilité

Le PCN est tenu de « procéder à une première évaluation des questions soulevées pour déterminer si elles méritent d'être approfondies »³⁹. A cette fin le PCN est tenu de vérifier si la question soulevée l'est de bonne foi et si elle est en rapport avec les *Principes directeurs* et doit tenir compte :⁴⁰

- de l'identité des parties concernées (du requérant et du défendeur) et de s'assurer de l'intérêt du requérant ;
- de la pertinence de la question et des éléments fournis à l'appui de la demande ;
- de la pertinence des lois et procédures applicables ;
- de la manière dont des questions similaires ont été traitées au niveau national ou international. C'est-à-dire que le PNC devra prendre en compte la jurisprudence préexistante, tant les décisions déjà rendues par des PNC que par d'autres juridictions ;⁴¹
- de l'intérêt que présente l'examen de la question au regard des objectifs et d'une mise en œuvre efficace des *Principes directeurs*.⁴²

ENSEIGNEMENTS

Le test de recevabilité adopté par les PCN en application des *Lignes directrices* de procédures est conforme aux règles fondamentales appliquées par toutes instances dites de hard-law saisies d'une plainte.

En ce sens, la terminologie employée par les *Lignes de procédure* quand elles évoquent les « **questions** soulevées par la mise en œuvre des *Principes* dans les circonstances spécifiques », masque difficilement la notion inhérente de « litige » ou « conflit » que les PCN se proposent de résoudre par leurs bons offices en « facilitant l'accès à des moyens consensuels et non contentieux, tels que la conciliation ou la médiation, afin d'aider à régler ces questions ». ⁴³

Précisons d'ores et déjà que l'étude de la jurisprudence des PCN montre que les requérants ont généralement un intérêt certain à agir. Si l'identification proprement dite des parties ne pose pas de problème, il arrive cependant que le défendeur ne soit pas considéré comme une entreprise multinationale ou que son influence en qualité de société tête

³⁸ OECD Guidelines for Multinational Enterprises : 2006 Annual Meeting of the National Contact Points, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>.

³⁹ Les *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, *Lignes directrices* de procédures, Partie C point 1.

⁴⁰ Commentaires n° 14 des *Lignes directrices* de procédures.

⁴¹ Commentaires n° 14 des *Lignes directrices* de procédures.

⁴² Observons d'ailleurs que selon nous, les PCN doivent cesser de focaliser sur l'objectif de disparition des distorsions de concurrence. A forciiori s'il s'agit d'une multinationale qui a une position quasi monopolistique sur le marché.

⁴³ *Lignes directrices* de procédures, Partie C point 2.d.

de groupe ou de partenaire commercial, sur une autre société dont les actes sont visés par une procédure de circonstance spécifique, ne soit pas considérée comme suffisante. Cette cause de rejet pose le problème plus large de la définition de la notion d'entreprise multinationale qui sera traité dans la troisième partie consacrée aux leçons de la pratique des circonstances spécifiques.

1.3.1.2.2 Les bons offices du PCN

Les PCN proposent et avec l'accord des parties impliquées, facilitent l'accès à des moyens consensuels et non contentieux, tels que la conciliation ou la médiation, afin d'aider à régler ces questions.⁴⁴ C'est ainsi que les *Lignes de procédures* décrivent le rôle des PCN saisis d'une circonstance spécifique.

PRINCIPES ATTACHES AUX BONS OFFICES

Avant tout examen de la fonction de « bons offices » rappelons que plusieurs critères sont considérés comme essentiels afin d'atteindre l'objectif d'équivalence fonctionnelle : la visibilité, l'accessibilité, la transparence et la responsabilité.⁴⁵

Il est donc nécessaire que les PCN respectent ces quatre critères. Mais le respect de ces critères, s'il est nécessaire n'est pas suffisant. En effet, le commentaire sur les *Lignes directrices* de procédures indiquent que le PCN doit régler les questions qui lui sont posées promptement, efficacement et en conformité avec les lois applicables.⁴⁶ **Ces lois doivent s'entendre tant au niveau international, régional que national.**

En L'occurrence, les PCN ainsi que nous l'avons étudié plus haut (section 1.3.1.1) sont des émanations des administrations et comme tels sont tenus de respecter les principes généraux du droit parmi lesquels se trouve le principe de bonne administration.

Ce principe est reconnu non seulement par l'Union Européenne (dans l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne) mais aussi par le Conseil de l'Europe qui travaille à l'élaboration d'un « code modèle européen consolidée de bonne

administration ». ⁴⁷ Ce principe général du droit est un « principe matriciel » en ce qu'il est le fondement de nombreux autres principes et notions fondamentales du droit. Parmi les principes essentiels du droit administratif fondés sur cette notion de bonne administration se trouve :

- **Le principe d'indépendance des fonctionnaires** selon lequel les fonctionnaires « doivent accomplir leurs tâches de manière consciencieuse et conformément à l'intérêt général et non en fonction de leurs affinités politiques ou autres » ;
- **L'impartialité** selon lequel les fonctionnaires exercent leurs fonctions sans tenir compte des particularités des citoyens concernés et sans parti pris ;
- **Le principe de confiance légitime** qui exige de l'administration qu'elle fasse droit aux attentes légitimes à la satisfaction desquelles la partie intéressée peut raisonnablement s'attendre. Ainsi les PCN sont tenus, pour se conformer à ce principe, de ne pas déformer les *Principes directeurs*. Encore, ils sont tenus d'avoir une « jurisprudence » prévisible ;
- **Les principes d'égalité et d'équité** - L'égalité exige un traitement égal de tous les administrés, alors que l'équité, son complément impose de traiter de façon similaire des cas semblables et différemment des cas objectivement distincts. Donc les PCN doivent traiter de la même manière les entreprises multinationales et les requérants et adopter des procédures et solutions similaires pour des circonstances spécifiques analogues ;
- **La motivation des décisions administratives**, ce qui permet de comprendre les causes d'une décision. Il convient donc de ne pas se contenter de motifs vagues et généraux ;
- **La primauté du droit** qui impose aux fonctionnaires de soumettre leur action à la règle de droit qu'il s'agisse de la constitution, des lois, des conventions internationales, des décrets ou des codes de bonne conduite et de procédure ; ⁴⁸

⁴⁴ Chapitre I-C-2-d des *Lignes directrices* de procédures.

⁴⁵ Commentaires des *Lignes directrices* de procédures, § 8.

⁴⁶ Commentaires des *Lignes directrices* de procédures, § 8.

⁴⁷ Voir notamment la *Note d'information sur le principe de bonne administration dans les Etats membres du conseil de l'Europe* [http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%EF9ration_juridique/Dr_oit_et_justice_administratifs/Textes_&_documents/CJ-DA-GT\(2004\)5%20F%20Principe%20de%20bonne%20administration.pdf](http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%EF9ration_juridique/Dr_oit_et_justice_administratifs/Textes_&_documents/CJ-DA-GT(2004)5%20F%20Principe%20de%20bonne%20administration.pdf)

⁴⁸ En vertu de ce principe les membres des PCN sont donc tenus de respecter les *Lignes directrices de procédures* et de faire appliquer, dans

- **L'efficacité** - Il s'agit du corollaire de tous les principes sus-mentionnés, elle implique que les résultats atteints par l'administration soient conformes aux objectifs poursuivis et à l'intérêt général.

En vertu des deux derniers principes, les PCN se doivent de respecter les *Lignes directrices de procédures* et ce dans le but que ses décisions tendent à atteindre une effectivité des objectifs posés par les *Principes directeurs*.

LES MODALITES DE MISE EN OEUVRE DES BONS OFFICES

Pour assurer aux PCN que leur instruction des circonstances spécifiques tende à ce que les *Principes directeurs* soient appliqués le mieux possible par les entreprises multinationales, plusieurs outils sont à leur disposition. Ils peuvent notamment avoir recours à des experts, des juristes et pourquoi pas des magistrats pour s'informer de l'état du droit sur telle question.⁴⁹ Ils peuvent aussi se retourner vers le CIME pour des demandes de clarification sur l'interprétation des *Principes directeurs*. Mais toute aussi important est la possibilité qui leur est ouverte, à leur discrétion, de faire des investigations de terrain afin d'appréhender pleinement les dossiers qui leurs sont soumis et compléter en cas de besoin les données apportées par les parties en vue d'assurer les plus grandes chances de succès de la procédure.

1.3.1.2.3 Résultats des bons offices

Le succès d'un PCN saisi d'une circonstance spécifique est de voir les parties s'entendre sur la question soulevée par leurs soins et ainsi d'avoir pu contribuer à la résolution d'un litige. Le **règlement** peut prendre plusieurs formes et toutes les modalités pratiques sont ouvertes. La mise en place d'une procédure de suivi d'un projet impliquant le PCN est par exemple toute à fait envisageable avec des visites sur sites afin de s'assurer du bon respect des *Principes directeurs*.

En revanche, si les parties ne s'entendent pas sur les questions soulevées, les PCN sont tenus d'émettre un **communiqué** et éventuellement

des **recommandations** concernant la mise en oeuvre des principes.⁵⁰

L'émission de tels communiqués ou recommandations est la traduction pratique du rôle de créateur de jurisprudence des PCN. En effet, même après l'échec des bons offices et face à une dispute qui perdure, en produisant des recommandations les PCN sont en mesure d'influer sur la résolution du litige.

Enfin, le **rapport annuel** remis au Comité d'investissement par les PCN contient les informations sur la nature et le résultat des activités mises en oeuvre dans les circonstances spécifiques. Ce rapport a vocation à créer une cohérence jurisprudentielle entre les PCN.

QUALIFICATION DU ROLE DES PCN DANS LES PROCEDURES DE CIRCONSTANCES SPECIFIQUES

La qualification exacte de ce mode d'intervention des PCN est source d'incertitude dans la mesure où les *Principes directeurs* évoquent alternativement les notions de forum de discussion,⁵¹ d'aide au règlement efficace et prompt, de médiation, de conciliation pour toute question concernant les *Principes directeurs*.⁵²

Malgré ce manque de clarté sémantique, on peut relever les caractéristiques principales suivantes pour qualifier l'intervention des PCN via le mécanisme de circonstances spécifiques :

- **objet** : contribution des PCN à la résolution des questions soulevées par la mise en oeuvre des *Principes directeurs* ;⁵³
- **moyen** : les PCN proposent avec l'accord des parties impliquées, de faciliter l'accès à des moyens consensuels et non contentieux, tels que la conciliation ou la médiation ;⁵⁴
- **modalités de fonctionnement** : 1) saisine par une partie sans l'avis de l'autre, à l'instar d'une procédure judiciaire classique et à la différence d'une procédure d'arbitrage,⁵⁵ 2) pouvoir d'investigation

⁵⁰ *Lignes directrices de procédures*, Partie C point 3.

⁵¹ Chapitre I point 10 des *Principes directeurs*.

⁵² *Lignes directrices de procédures*, Partie C.

⁵³ *Lignes directrices de procédures*, Partie C.

⁵⁴ *Lignes directrices de procédures*, Partie C point 2.d.

⁵⁵ Notons que le Chapitre I point 9 des *Principes directeurs* encourage le recours à des mécanismes internationaux adéquats de règlements des différends, y compris l'arbitrage afin de faciliter le règlement des problèmes juridiques et susceptibles de surgir entre les entreprises et les gouvernements des pays d'accueil. Cette affirmation entend distinguer le mécanisme de circonstance spécifique d'une procédure d'arbitrage. La différence résultant essentiellement de l'absence de force exécutoire d'une recommandation émise par un PCN.

les limites de leur autorité, les *Principes directeurs*. Se reporter à nos développements sur le test de recevabilité section 1.3.1.2.1.

⁴⁹ Ainsi qui leur en est fait obligation en application des Lignes directrices de procédure [Commentaires n°14 des *Les Lignes directrices de procédures*].

dévolu au PCN et 3) rôle de créateur de jurisprudence via l'émission de communiqués et recommandations ;

- **modalités d'organisation** : rappelons que les PCN constituant des institutions détentrices d'un pouvoir dévolu par l'Etat, ils sont soumis au principe de bonne administration ce qui leur impose d'éviter tout déni de justice en utilisant au mieux tous les moyens mis à leur disposition.

Ces caractéristiques et particulièrement le lien d'autorité et le pouvoir d'émettre des recommandations tendraient à mettre l'accent sur la notion de conciliation pour qualifier la procédure de circonstance spécifique plutôt que sur celui de médiation.⁵⁶

ENSEIGNEMENTS

Il résulte de l'étude des PCN que leurs modalités d'organisation, les responsabilités qui leur incombent et les pouvoirs qui leur sont dévolus en font indéniablement des outils destinés à résoudre des litiges et à « dire le droit ». Ainsi, les procédures de circonstances spécifiques ouvertes depuis 2000 aux Etats, représentants des milieux d'affaires, organisations syndicales et ONG relèvent sans aucun doute possible de la catégorie d'outils d'« alternative dispute resolution ».

Ceci est d'ailleurs confirmé par Donald Johnson, ancien secrétaire général de l'OCDE, lorsqu'il affirme que « *Dans le cadre de cette procédure (circonstances spécifiques), les PCN jouent un rôle d'arbitre dans l'examen multilatéral du comportement spécifique d'une entreprise dans des circonstances commerciales spécifiques* ». ⁵⁷

L'action des PCN via les circonstances spécifiques, certes hétérogène ainsi que nous allons l'étudier dans la troisième partie de l'étude, contribue à la reconnaissance progressive d'une *opinio juris* en matière de RSE et, à ce titre joue en rôle dans l'entrée

progressive des *Principes directeurs* dans la sphère du droit international coutumier.⁵⁸

1.3.2 Le Comité d'Investissement

Le principe d'efficacité auquel doit se conformer les PCN se heurte évidemment aux limites de leur domaine de compétence. En l'occurrence, le Paragraphe I-c-2-c des *Lignes directrices de procédures* fait obligation aux PCN de demander l'avis du Comité d'Investissement « s'il a des doutes sur l'interprétation des *Principes directeurs* ».

Le Comité d'Investissement est l'organe de l'OCDE chargé de superviser le fonctionnement des *Principes directeurs*.⁵⁹

A l'inverse des PCN le Comité d'Investissement est un organe unique au sein de l'OCDE qui ne relève pas des administrations nationales. Il a pour rôle principal de **clarifier** la signification des *Principes directeurs* au niveau multilatéral afin de garantir l'unité d'interprétation des *Principes directeurs* d'un pays à un autre.⁶⁰

Pour ce faire, il est en mesure d'intervenir à trois niveaux dans le cadre d'une procédure de circonstance spécifique. Il peut :

- d'une part, assister un PCN confronté à un doute quant à l'interprétation des *Principes directeurs* dans un cas de circonstance spécifique ;⁶¹
- d'autre part, intervenir comme organe de contrôle de la bonne exécution des obligations d'un PCN, à la demande d'un pays ou d'un organe consultatif émettant des réserves sur la manière dont un PCN intervient dans le cadre d'une procédure de circonstance spécifique ;⁶²
- enfin, apporter, à la demande d'un pays ou d'un organe consultatif, une clarification en cas de doute sur la pertinence de l'interprétation des *Principes directeurs* faite

⁵⁶ Mme Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation* [Que sais-je ? PUF 2005, 3^e édition et le rapport du Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits* [La Documentation française, 1993].

⁵⁷ Donald Johnson *Promouvoir les responsabilités des entreprises : les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, p.6, 19 mai 2005 [<http://www.oecd.org/dataoecd/54/17/34896809.pdf>].

⁵⁸ L'*opinio juris* constitue l'élément subjectif nécessaire à la reconnaissance d'une règle de droit coutumier, la pratique en constituant l'élément objectif. Nous renvoyons le lecteur à nos développements sur ce point section 2.2.

⁵⁹ Commentaire n°4 sur les procédures de mise en oeuvre des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

⁶⁰ Commentaire n°27 sur les procédures de mise en oeuvre des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

⁶¹ Chapitre II-2 des *Lignes directrices* de procédures.

⁶² Chapitre II-3-b des *Lignes directrices* de procédures.

par un PCN dans le cadre d'une procédure de circonstance spécifique.⁶³

Le Comité d'Investissement est libre de faire appel à des avis d'expert sur toutes les questions couvertes par les *Principes directeurs*. Les commentaires des lignes de procédures indiquent que peuvent notamment être consultés à ce titre les experts de l'OCDE, d'autres organisations internationales, des organes consultatifs, des ONG et des milieux universitaires.⁶⁴

Le Comité d'Investissement répond à ces sollicitations par la voie de déclarations qui jouent un rôle crucial pour assurer l'effectivité des *Principes directeurs*. Il peut aussi, de sa propre initiative exercer ce rôle d'instance supérieure d'interprétation en vertu de son pouvoir d'émettre des recommandations et des commentaires sur les *Principes directeurs*.⁶⁵

L'importance de ce mode d'intervention du Comité d'Investissement est manifeste, puisqu'il influe sur le **champ d'application** des *Principes directeurs* dans le cadre des circonstances spécifiques. Nous aborderons ce point dans les leçons tirées de l'observation de la pratique des circonstances spécifiques dans la troisième partie.⁶⁶

QUALIFICATION DU RÔLE DU COMITÉ D'INVESTISSEMENT DANS LES CIRCONSTANCES SPÉCIFIQUES

Les commentaires sur les *Lignes directrices* de procédure sont intéressants à plus d'un titre pour qualifier le rôle du Comité d'Investissement :

- o d'une part, il est mentionné que « *Le caractère non contraignant des principes directeurs interdit au Comité d'agir comme un organe judiciaire ou quasi judiciaire* »,⁶⁷ ce qui nous permet d'envisager *a contrario* que si les *Principes directeurs* finissent par intégrer la sphère contraignante du droit coutumier international, l'action du Comité d'Investissement s'apparenterait à celle d'un organe judiciaire ;

- o d'autre part, les commentaires précisent aussi que « *Les conclusions et communiqués formulés par les PCN (autres que les interprétations des Principes directeurs) ne devraient pas non plus être remis en question par renvoi au Comité d'Investissement* ». Une telle affirmation présente un double intérêt pour notre étude :
 - o elle vise à préciser que le Comité d'Investissement n'agit pas comme double degré de juridiction par rapport aux positions adoptées par les PCN dans les procédures de circonstances spécifiques, ce qui implicitement conforte notre position consistant à qualifier les PCN d'instances quasi-juridictionnelle ayant pour mission de dire le droit ;
 - o en excluant toutefois *les interprétations des Principes directeurs* qui demeurent l'exclusivité du Comité d'Investissement, ce commentaire insiste sur son rôle centralisateur consistant à assurer une application cohérente des *Principes directeurs* d'un pays à l'autre. Ce rôle s'apparente tout à fait à celui des juridictions suprêmes telles que la Cour de Cassation française qui ne juge que sur le droit (l'interprétation d'un texte) et non sur les faits (rôle ici réservé aux PCN et aux juridictions de première instance et d'appel en droit français).

ENSEIGNEMENTS

Il résulte de cette présentation du rôle du Comité d'Investissement que si la notion de clarification reste ambiguë et recouvre l'interprétation des textes, leur application et leur révision, elle lui assure les moyens de jouer pleinement son rôle d'instance d'harmonisation de la jurisprudence des PCN.

Plusieurs éléments démontrent aussi l'ouverture du Comité d'Investissement à l'idée d'une nécessaire intégration des procédures de circonstances dans la sphère plus large des décisions de hard-law. C'est le cas par exemple des considérations qui peuvent être prises en compte par les PCN relativement aux circonstances spécifiques faisant l'objet de procédures parallèles. Ces réflexions permettent d'envisager à terme l'existence de liens entre

⁶³ Chapitre II-2-c des *Lignes directrices* de procédures.

⁶⁴ Commentaire n°28 sur les procédures de mise en oeuvre des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

⁶⁵ Chapitre II-3-d des *Lignes directrices* de procédures.

⁶⁶ Section 3.1.1.3.2.

⁶⁷ Commentaire n°23 sur les procédures de mise en oeuvre des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

les PCN, les juridictions, les instances d'arbitrage.⁶⁸

1.4 Diagnostic sur le statut juridique des principes directeurs

1.4.1 Une nature juridique objet de controverses doctrinales

Rappelons que les *Principes directeurs* résultent de la Déclaration de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales et ses Décisions procédurales qui ont été renforcées de diverses manières ces vingt dernières années.⁶⁹

Les *Principes directeurs* relèvent donc de l'action normative de l'OCDE⁷⁰ exprimée par voie de **recommandations**⁷¹ ou de **décisions**⁷². Ils constituent à ce titre des **résolutions normatives** émanant d'une organisation internationale et l'on peut distinguer :

- d'une part, l'**action normative interne** qui a mis en place les outils d'application des *Principes directeurs*, en l'occurrence les PCN et le Comité d'Investissement et leur a octroyé les pouvoirs décrits précédemment. Les *Lignes directrices de procédure* ont été adoptées par la voie d'une **Décision du Conseil de l'OCDE qui a une portée obligatoire**. Cette action normative interne a pour destinataires les Etats et génère des incidences importantes ainsi que nous l'avons constaté dans le but d'assurer efficacement le rôle dévolu aux PCN ;
- d'autre part, l'**action normative externe** qui a pour destinataire les sujets de droit que sont les entreprises multinationales, les *Principes directeurs* visant à régir leur activité afin d'assurer leur contribution au développement durable. Ils ont fait l'objet

d'une adoption par **Déclaration**, celle sur l'investissement international et les entreprises multinationales de **nature recommandatoire** ;

Au-delà de cette distinction sur le caractère interne ou externe des normes mises en place par les *Principes directeurs*, leur nature juridique est généralement associée à celle d'un instrument prénormatif, situé entre l'acte politique et l'acte juridique et dont la valeur contraignante est incertaine.⁷³

Il convient toutefois de distinguer la nature obligatoire des *Lignes directrices* qui impose aux Etats la mise en place des PCN et la nature non contraignante des *Principes directeurs*, clairement et invariablement exprimée.⁷⁴ Il n'en reste pas moins que les *Principes directeurs* constituent incontestablement des **résolutions à caractère recommandatoire**, à l'instar de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT (1977) ou la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.⁷⁵

La question de la valeur susceptible d'être reconnue aux résolutions à contenu normatif est très controversée en doctrine. Ce débat reflète les difficultés d'interprétation et de systématisation de la pratique et oscille entre le déni de toute valeur obligatoire et la reconnaissance d'une telle valeur.⁷⁶ Nous ne nous étendrons pas sur ces débats et renvoyons le lecteur aux multiples travaux doctrinaux en la matière mentionnés dans la bibliographie.

En l'absence d'un consensus doctrinal sur la nature juridique des résolutions à caractère recommandatoire, il convient de s'interroger sur la position prise par les instances en charge de dire le droit. Certaines ont en effet eu l'occasion de se prononcer sur la force juridique de telles résolutions et donné lieu à des décisions riches

⁶⁸ Cf le rapport annuel du Président à l'occasion de la réunion annuelle des PCN 20-21 juin 2006, Annexe 5 [disponible uniquement en anglais - <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>].

⁶⁹ Avant-propos du document OCDE *La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales : textes de base* [DAFFE/IME(2000)20 - [http://www.oecd.org/olis/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c12569fa005d0ee7/c125692700623b74c1256991003b5147/\\$FILE/00086088.PDF](http://www.oecd.org/olis/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c12569fa005d0ee7/c125692700623b74c1256991003b5147/$FILE/00086088.PDF)].

⁷⁰ Ce en vertu de l'article 5 de la Convention constitutive de l'OCDE [cité dans Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §40].

⁷¹ Article 5 b) des statuts [http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_1,00.html].

⁷² Article 5 a) des statuts [http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_1,00.html].

⁷³ « Il est deux façons d'entendre l'adjectif 'pré-normatif'. Celui-ci peut désigner des actes dits 'mous' du point de vue formel (soft law), situés entre l'acte politique et l'acte juridique. Il peut aussi désigner des actes préparatoires à l'adoption d'un acte juridique. » [Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §39].

⁷⁴ A l'occasion du réexamen de 2000, la Direction des Affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE indiquait à propos de la création de la procédure de circonstance spécifique « Cela ne veut pas dire que les procédures modifient la nature du texte des Principes directeurs, mais qu'elles confèrent leur crédibilité à des normes internationales appuyées par les pouvoirs publics et approuvées par les entreprises. » - in *Réexamen des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Cadre pour le Réexamen* [Document OCDE non classifié réalisé par la Direction des Affaires financières, fiscale et des entreprises de l'OCDE - 21 mai 1999 - §10 [<http://www.oecd.org/dataoecd/38/6/2071984.pdf>].

⁷⁵ Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §41.

⁷⁶ Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §43 et s.

d'enseignement pour déterminer le statut juridique des *Principes directeurs*.

1.4.2 La reconnaissance d'une force obligatoire par la jurisprudence

La force obligatoire d'une norme s'évalue à l'usage qui en est fait par les acteurs juridiques concernés, qu'il s'agisse d'acteurs qui l'appliquent (les sujets de droits visés par les *Principes directeurs*, on l'a vu, sont au premier chef les entreprises mais aussi les ONG et les syndicats) ou de ceux qui la font appliquer (arbitres, magistrats).

C'est à la lumière de cet usage qu'émerge la valeur juridique d'une résolution/recommandation. Or plusieurs exemples démontrent une évolution favorable de la part d'instances en charge de dire le droit. Si elles ne concernent pas expressément les *Principes directeurs* qui constituent des résolutions/recommandation parmi d'autres, elles n'en sont pas moins pertinentes pour notre analyse.⁷⁷

S'agissant par exemple de la position du **juge international**, elle a évolué à propos des résolutions des Nations Unies : la Cour Internationale de Justice, dans son arrêt du 18 juillet 1966 a tout d'abord adopté une position nettement défavorable à leur caractère obligatoire, en déclarant que celles de l'Assemblée Générale des Nations Unies « *peuvent avoir une grande influence mais...cela joue sur le plan de la politique et non du droit ; cela ne rend pas ces résolutions juridiquement obligatoires* ». ⁷⁸

Dans son avis du 8 juillet 1996 cependant : « *La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée Générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir*

l'existence d'une règle ou l'émergence d'une opinio juris ». ⁷⁹

Les critères retenus sont alors le **contenu** et les **conditions d'adoption** de la résolution.

Or, s'agissant du **contenu**, les *Principes directeurs* :

- sont non seulement déclaratoires de principes de droit préexistants et ont vocation à en préciser la nature.
- De nombreuses notions des *Principes directeurs* sont la traduction pour les entreprises multinationales d'obligations internationales qui s'imposent à elles via les art 30 de la DUDH et 5§1 du PIDCP et PIDCES. C'est le cas des chapitres II point 2 (respect des droits de l'homme des personnes affectées par leur activités), point 9 (abstention de mesures discriminatoires contre les salariés dénonçant des violations de la loi, des *Principes directeurs* ou de la loi politique de l'entreprise), l'ensemble du chapitre IV (emplois et relations professionnelles), le chapitre V point 2, 3, 4 et 5 (dans leurs rapports avec la santé des salariés).
- Référence est aussi faite dans les *Principes directeurs* à des notions relevant à la fois du droit coutumier, des principes généraux du droit ou des usages. Ainsi, la notion d'exécution de bonne foi est sous-jacente dans de nombreux Principes, nous avons aussi évoqué l'objectif d'équivalence fonctionnelle qui renvoie également au principe fondamental de bonne administration de la justice. Les notions de constructive knowledge, d'abus de droit, d'équité, le principe de précaution sont également sous-jacentes.

Cette reprise de principes préexistants illustre la force obligatoire indirecte des *Principes directeurs* ;

- mais aussi reflètent l'émergence de la notion de développement durable

⁷⁷ " Intergovernmental organisations (IGOs) generated Codes of Conduct identify concretely generally accepted uniform rules in the international arena to which any business should adapt. For the same reason, it can even be argued that if during transnational litigation a TNC proves that a certain action has been taken in conformity with a given IGO's code of conduct, it may be presumed that such act is lawful; a result which runs in parallel with the one reached when evaluating States acts in conformity with a recommendation by an IGO." [Fabrizio Marrella Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade, p.18-19].

⁷⁸ Sud Ouest Africain [Rec CIJ 1966, p.51 - cité dans Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14, §45].

⁷⁹ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires [Rec. CIJ 1996, p. 254 - cité dans Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §45]. **Nous touchons ici le sujet central de la présente étude qui vise à démontrer l'entrée des *Principes directeurs* dans le droit international coutumier. Or, l'*opinio juris* est un élément constitutif de la coutume capital en ce qu'il témoigne de l'acceptation du caractère obligatoire d'une pratique par les sujets de droit concernés (cf section 2.2).**

(particulièrement depuis la réforme de 2000) qui fait l'objet d'un consensus général de la part des membres de la communauté internationale et dont la notion de responsabilité sociale des entreprises est un corollaire.⁸⁰

S'agissant des **conditions d'adoption** des *Principes directeurs*, rappelons qu'elles ont donné lieu à l'implication de toutes les parties prenantes à la négociation des *Principes directeurs*.

Mais les *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales vont plus loin que d'autres instruments équivalents dans la mesure où ils sont assortis d'une organisation de nature quasi-juridictionnelle qui contribue à faire respecter leur application par les sujets de droit que sont les multinationales.

Cette évolution de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice au sujet des résolutions de l'assemblée générale des Nations Unies, en leur reconnaissant un rôle dans la formation et l'évolution du droit international, nous autorise à étendre cette conclusion aux *Principes directeurs*.

A l'échelon des **juridictions nationales**, l'évocation des résolutions est naturellement un peu plus fréquente devant les juridictions des pays dont le droit est dérivé du système de la *common law*, notamment les Etats-Unis.⁸¹

Le juge français lui est plutôt hostile à l'invocation des résolutions des organisations internationales mais les juridictions peuvent se référer expressément à ces résolutions dès lors qu'elles ont été visées par une loi française et ont ainsi été l'une des bases de son adoption.⁸²

Synthèse 1

Il ressort de cette analyse que les *Principes directeurs* présentent les

⁸⁰ Du côté des Etats, on ne compte plus les traités adoptés et travaux en cours sur le sujet (exemple : protocole de Kyoto, etc.) et les interrogations corrélatives sur la notion de responsabilité sociale des entreprises. Du côté des institutions internationales, les énergies sont déployées autour des objectifs du millénaire par exemple (BM, FMI, etc.). Du côté des opérateurs privés, rares sont les multinationales qui ne disposent pas d'un secteur développement durable et n'ont pas adoptées de charte éthique.

⁸¹ Ch. Schreuer, *The Relevance of UN Decision in Domestic Litigations* : ICLQ 1978, p.1 [cité in Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §46].

⁸² Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §46.

caractéristiques juridiques fondamentales suivantes :

1. les multinationales sont explicitement visées comme les principales destinataires des *Principes directeurs* et, à ce titre reconnues comme des sujets de droit international à part entière ;
2. les termes des *Principes directeurs* représentent des règles de conduite généralement acceptées par les Etats et par les entreprises elles-mêmes en vue d'atteindre un développement durable ;
3. les *Principes directeurs* prolongent des notions de droit international hétérogènes relevant à la fois du droit coutumier, des principes généraux du droit ou des usages ;
4. par leur action et leurs modalités d'organisation, les PCN et le Comité d'Investissement ont la responsabilité de contribuer à dire ce que le droit devrait être.⁸³

2 LES ELEMENTS FAVORABLES A L'INTEGRATION DES PRINCIPES DIRECTEURS DANS LE DROIT COUTUMIER INTERNATIONAL

Avant de tenter de démontrer l'entrée des *Principes directeurs* dans la coutume internationale, il est utile de d'explicitier l'intérêt de cette démarche. Elle résulte d'un double constat :

- l'échec relatif de l'action des PCN qui sera illustré par l'analyse de la pratique des circonstances spécifiques en troisième partie ;
- la perspective, très improbable, que les Etats membres de l'OCDE attribuent expressément force contraignante aux *Principes directeurs*.

C'est dans ce contexte que la présente étude entend proposer des pistes permettant, en l'état actuel du droit positif, de renforcer leur

⁸³ Anthea Elizabeth Roberts *Traditional and modern approaches to customary international law : a reconciliation* [The American Journal of International Law, Vol. 95-757].

influence et s'intéresse au droit international coutumier qui peut permettre aux *Principes directeurs* de s'inviter au sein des instances de hard-law.

Nous considérons en effet, que les instances judiciaires et arbitrales qui disent le droit constituent naturellement des lieux d'application des *Principes directeurs*. En effet, ces juridictions disposent d'une latitude d'interprétation du droit qui ne leur interdit pas de le situer dans un contexte plus large et de recourir aux principes coutumiers.⁸⁴

De plus, la coutume présente l'avantage indéniable de respecter la souveraineté des Etats dans la mesure où 1) rien n'oblige les acteurs en charge de dire le droit de la prendre en considération⁸⁵ et 2) que les règles coutumières peuvent être utilisées, à leur discrétion soit comme **source d'interprétation** d'un droit national, régional ou international existant, soit comme **source de droit substantiel**.

Quelques exemples permettent d'illustrer l'intérêt pour les juges et arbitres d'utiliser les *Principes directeurs* en qualité de principes coutumiers :

1. utilisation comme **source d'interprétation**
- Concrètement, imaginons un magistrat ou un arbitre confronté à une situation de Partenariat Public Privé (PPP) dont la résiliation par l'Etat fait suite à des troubles à l'ordre public⁸⁶ si intenses qu'il convenait

d'y mettre fin sans délai. L'investisseur privé est évidemment dans un tel cas en droit de demander une indemnisation du préjudice subi, en l'occurrence une expropriation des infrastructures qu'il a le plus souvent contribué à financer. La pratique actuelle d'évaluation du préjudice subi permet à l'investisseur de réclamer l'équivalent des profits qu'aurait dû générer l'exécution du contrat sur toute sa durée.⁸⁷ De notre point de vue, considérer la situation sous l'angle du droit coutumier permettrait à l'arbitre d'évaluer l'indemnité due à l'opérateur au travers d'autres critères que la stricte perte de profits futurs. Par exemple, il semble légitime que l'indemnité soit réduite lorsqu'il sera établi que l'investisseur n'aura pas respecté son obligation d'exécution de bonne foi. L'arbitre ou le magistrat serait aussi en mesure de juger si le contrat signé initialement présentait les caractéristiques d'un **contrat durable** etc. autant de notions qui figurent dans les *Principes directeurs* (via la notion de **développement durable** qui constitue l'objectif central des *Principes directeurs*) et permettraient aux arbitres et juges nationaux d'enrichir leur spectre d'interprétation dans leur recherche d'équité ;⁸⁸

2. l'usage de la coutume comme **source de droit substantiel** est aussi envisageable. Ainsi, la définition de la notion de « multinationale » telle qu'elle découle des *Principes directeurs*, des commentaires et clarifications du Comité d'Investissement et de la jurisprudence des PCN pourrait permettre aux magistrats de s'en inspirer

⁸⁴ Jurisclasseur Droit international, Fasc. 13, 2^e Cahier, n°126. A titre d'exemple, il est intéressant de mentionner la position de la Cour de Cassation française qui malgré un système de droit de tradition écrite mentionne positivement la coutume. Hormis la jurisprudence importante en matière de droit maritime, la Cour de cassation a ainsi cassé une décision de cour d'appel qui avait méconnu l'immunité de juridiction en se référant spécifiquement aux « règles du droit international public gouvernant les relations entre Etats » [Cass. Civ. I, A fév. 1986, *General Maritime Transport Company contre Marseille Fret* : Clunet 1987, p. 112, note Jacquet, et Chr. Lachaume : AFDI 1987, p. 916 et 917 – cité in Jurisclasseur Droit international, Fasc. 13, 2^e Cahier, n°135].

⁸⁵ Cette affirmation peut paraître fort peu prometteuse pour notre étude qui s'interroge sur le caractère contraignant des *Principes directeurs* via la coutume. Elle n'autorise pas toutefois un acteur national en charge de dire le droit d'ignorer et encore moins de violer un principe coutumier. Sur ce point, la synthèse du Jurisclasseur dédié à la coutume comme source de droit international sont éclairants : « Il appartient à chaque Etat de déterminer, en principe comme en pratique, dans quelle mesure et suivant quelles modalités les normes internationales sont applicables dans son ordre juridique interne. Il y a là une conséquence ordinaire de sa souveraineté, de sorte qu'une telle observation n'est pas tant une limite qu'une conséquence des règles coutumières, qui consacrent et protègent cette souveraineté. L'Etat qui opère par ses propres moyens cette détermination, et d'abord à partir de sa constitution, doit respecter l'intégrité du droit international. Il s'expose à l'inopposabilité des actes internes, voire à la mise en jeu de sa responsabilité internationale, si les conditions qu'il pose ne respectent pas ses obligations internationales. Le respect de cette intégrité conduit donc à une supériorité relative du droit international. » [Juris Classeur Fasc. 13, 2^e Cahier, n°123, p.19].

⁸⁶ Cf notamment les travaux de Homayoon Arfazadeh sur la notion d'ordre public international in *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation* [LGDJ, 2005].

⁸⁷ « Under the principles of customary international law, a claimant whose property has been expropriated by a foreign state is entitled to full – i.e. to prompt, adequate and effective – compensation. This generally means that such a claimant is to receive the fair market or actual value of the property at the time of the expropriation (...) » [*Billoune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre* (Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989 ; Award on Damages and Costs, 30 June 1990) (1994) 95 *International Law Reports* 184, at 210-211]. When the investment is a « going concern » with reasonable prospects of future returns, it is widely accepted under international law that the « fair market value » of the investment must take into account its future prospects as noted by the tribunal in *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic* : « The price, expressed in terms of cash equivalents, at which property would change hands between a hypothetical willing and able seller, acting at arm's length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts » (ICSID Case n°ARB/01/8) (Award dated 12 May 2005) at para 402. See also *Azurix Corp v The Argentine Republic* (ICSID Case n° ARB/01/12) (Award dated 14 July 2006), at para. 424, adhering to the same definition.

⁸⁸ Voir notamment les développements de Howard Mann in *Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water services : Some Response from Other Sources of International Law* [International Sustainable Development Law, Mai 2006, www.idrc.ca/uploads/user-S/11564348251Implication_of_International_Trade_on_Water.DOC].

quand il s'agit d'analyser des plaintes pour **complicité** d'une société mère dans la commission d'infraction par des filiales ou entités sous son influence. Par souci d'une bonne administration de la justice et notamment en vue d'éviter un déni de justice, un magistrat pourrait accepter d'ouvrir une enquête quand bien même une exigence de son code de procédure pénal⁸⁹ ne serait pas remplie, s'il peut être établi qu'à la lumière de la notion d'influence telle qu'énoncée par les *Principes directeurs*, un PCN accepterait de recevoir une circonstance spécifique sur le même dossier. Ici évidemment la notion sphère d'influence des multinationales a toute son importance et l'établissement de standards auquel peuvent contribuer les *Principes directeurs* peut jouer un rôle constructif en donnant aux magistrats nationaux les coudées plus franches notamment lors de l'étape décisive de recevabilité d'une plainte et de qualification pénale nationale dans un contexte transnational.⁹⁰

Ainsi, les *Principes directeurs*, intégrés au droit coutumier international, pourraient grandement contribuer à la prise de décision des juges et arbitres en leur fournissant des standards communément admis par les parties intéressées, adaptés à la sphère d'influence des multinationales.

Cependant, la perspective d'usage des *Principes directeurs* par les instances de hard-law comme éléments de droit coutumier dépend évidemment des rapports de force en présence, qui aujourd'hui ne militent pas en ce sens. Il n'en reste pas moins que compte tenu de l'objectif ultime poursuivi par les *Principes directeurs*, le développement durable, une telle cause d'intérêt générale puisse fortement inciter les juges et arbitres à prendre en considération les *Principes directeurs*, s'ils peuvent leur apporter une aide à la décision. D'ailleurs, l'usage de la coutume comme source

d'interprétation nous importe au premier chef, car elle est susceptible d'être la plus rapidement admise et pratiquée par les magistrats nationaux et arbitres internationaux. La survie de la planète pour les générations futures peut et doit constituer le vecteur d'interprétation du droit international aujourd'hui. Nous considérons que la mutation actuelle décrite dans les développements qui suivent témoigne de cette tendance lourde.

Après une présentation des mutations du droit international vers une reconnaissance de la notion de RSE (2.1), notre démarche consistera à démontrer et analyser les points de convergence entre les *Principes directeurs* et le DIC (2.2).

2.1 Mutation du droit international

2.1.1 Evolution des sources du droit international

Rappelons l'un des textes de référence déterminant les sources du droit international. L'article 38(1) du Statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ) de 1945 :

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; b) **la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit** ; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; d) sous réserve de la disposition de l'article 59, des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit »

Nous sommes d'avis que cette définition qui limite les sources du droit international aux règles justiciables, déjà contestée en son temps, n'est plus conforme ni aux objectifs ni à la réalité de l'évolution du droit international dont les sources et les instances de résolution se sont fort développées depuis 1945.⁹¹

⁸⁹ Par exemple, l'article 113-5 du Code Pénal français exige pour poursuivre les faits de complicité commis en France pour un délit perpétré à l'étranger que l'auteur principal ait fait l'objet d'une décision de justice en dernier ressort, condition particulièrement difficile à remplir pour les victimes souvent confrontées à un état de droit défaillant.

⁹⁰ A titre d'illustration, citons l'exemple d'une affaire concernant l'entreprise TOTAL initiée par l'association Sherpa en 2002. La partie civile, représentée par William Bourdon a proposé de définir la séquestration, au sens du code pénal français, en intégrant la définition internationale du travail forcé, qui résulte notamment des travaux de l'OIT [William Boudon, *Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international des droits de l'homme*, in *Les figures de l'internationalisation pénales en droit des affaires*, RSC, 2005, 4, p.747-751 – cité in Mireille Delmas Marty *Le Pluralisme ordonné*, février 2006, Seuil].

⁹¹ Citons par exemple la *Lex Mercatoria* dont il n'est pas contestable qu'elle a une nature contraignante par l'usage qui en est fait particulièrement dans les instances arbitrales statuant en matière de droit de l'investissement (cf nos développements ci-après section 2.2.2.1).

Néanmoins, la question n'est pas ici de contester ce qui devrait constituer ou non une norme de droit international mais de faire en sorte que les règles qui ne répondent pas à ces critères de justiciabilité n'en soient pas moins prises en considération lorsqu'elles peuvent permettre la résolution d'un litige. Et si pour ce faire elles doivent répondre aux notions de coutume, de principe général de droit ou d'usage ceci n'est pas un obstacle majeur si les normes concernées visent fondamentalement l'équité. C'est le cas des *Principes directeurs* qui visent à combler les failles d'un droit et de mécanismes juridictionnels inadaptés pour appréhender efficacement les mauvaises pratiques des multinationales et assurer, rappelons-le, leur contribution au développement durable, donc à l'intérêt général.

Ainsi, les développements qui suivent s'inscrivent-ils dans le débat sur l'évolution du processus de formation de la coutume.⁹² Faute de procéder ainsi, on ne saurait échapper à l'effet de l'article 1 du chapitre I des *Principes directeurs* qui rappelle le dispose que « (...) *Le respect des Principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'a pas un caractère obligatoire* »⁹³ et à la conclusion de leur caractère non contraignant et nous pourrions clore l'étude ainsi, nous contentant d'un bilan plutôt mitigé voir négatif, l'objectif de la convention de l'OCDE de voir disparaître les distorsions de concurrence et réaliser un

⁹² Nous ne nous étendons pas ici sur les débats en matière de formation des règles coutumières, même si nous considérons pour notre part que la coutume résulte d'un processus plus complexe ou interagissent des facteurs variés. « *Les incertitudes qui subsistent au sujet de la formation coutumière concernent surtout le processus mental par lequel l'esprit humain associe la normativité (idée de l'obligation) à certaines régularités sociales. Le lien qui, après coup, s'établit ici ne peut être précisé en termes généraux. C'est que l'idée d'ordre qui, sur ce point, guide la pensée juridique, procède elle-même d'une représentation de valeurs, de certains impératifs moraux et sociaux qui, dans les rapports internationaux surtout n'ont rien d'immuable. Ni les données de fait à utiliser (nombre, spécificité), ni la direction dans laquelle ces données s'enchaîneront pour prendre un jour forme et figure de « précédents » constitutifs de la coutume ne sauraient être l'objet de généralisations dans une théorie de la coutume.* » [Ch. De Visscher *Théories et réalités en droit international public*, 2nd edn., Paris, Pedone 1955, p.190 – in Robert Kolb *selected problems in the theory of customary international law* - Netherland International Law Review, L:119-150, 2003 – p.121] ou encore « *Custom is a legal and intellectual construct, developed through a complex process of analogical reasoning reducing to an 'artificial' unity a series of unconnected fact and facts. It is only this analogical reasoning which allows the establishment of a common 'rate of exchange', i.e., a bridge connecting the 'is' to an 'ought', a fact to a regularity, and finally to declare the existence of a rule.* » - [Robert Kolb – *selected problems in the theory of customary international law* [Netherland International Law Review, L:119-150, 2003 – p.131]

⁹³ Article 1.1 qui dispose in extenso « *Les Principes directeurs sont des recommandations que les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales. Ils énoncent des principes et des normes de bonnes pratiques conformes aux lois applicables. Le respect des Principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'a pas un caractère obligatoire* ».

développement durable étant bien loin d'être atteint.

La présente étude adopte donc une position qui tente d'appréhender cet état de fait fondamental qu'est la sphère d'influence universelle des multinationales et l'évolution indispensable des sources de droit international qu'elle implique. Une telle position influe particulièrement sur la notion fondamentale de sujet de droit international.

2.1.2 Influence de la notion de sphère d'influence des entreprises multinationales sur la notion de sujet de droit international

Il importe ici de dresser un bref état des lieux de la mutation du droit international que nous vivons aujourd'hui au sujet des membres de la communauté internationale que sont les multinationales. Tout d'abord, cette mutation est indéniable et les travaux passés et en cours au sein de plusieurs instances pour tenter de réguler l'activité des entreprises multinationales en sont un signe évident.⁹⁴ Ils illustrent le bouleversement que constitue la sphère d'influence grandissante de ces acteurs privés dans la communauté internationale qui dépasse de beaucoup celle de nombreux Etats.

La problématique de la sphère d'influence est identifiée depuis longtemps.⁹⁵ Elle faisait l'objet de débats dès les années 70 au sein de l'ONU et de l'OCDE. Un document de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises du Comité d'Investissement en date de septembre 1999 illustre largement cette prise de conscience,⁹⁶ tout en précisant cependant,

⁹⁴ En dehors des travaux au sein des instances interétatiques, citons par exemple les travaux du FAFO [www.fafo.no], ceux de l'IISD qui propose un modèle de Traité Bilatéral d'Investissement de nouvelle génération prenant en compte cette sphère d'influence accrue des investisseurs privés (International Institute for Sustainable Development (IISD) Model International Agreement on Investment for Sustainable Development - Negotiator's Handbook [April 2006 - http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook.pdf], les travaux de l'International Commission of Jurists. Précisons d'ailleurs que tous ces travaux sont actuellement observés par le Prof. John Ruggie.

⁹⁵ Par exemple ce passage d'un article de 1986 du Professeur Jean Paillusseau: « Pour se protéger et sauvegarder ses intérêts, l'entreprise va tendre à réagir en suivant des lignes de conduite qui s'opposeront à celles de la société ou à celle de certains groupes qui la composent. (...) L'action de l'entreprise dans ces différents domaines, et donc son opposition à la société ou à certains des groupes qui la constituent, est dépendante de sa puissance. Si celle d'une petite et moyenne entreprise est parfaitement négligeable à un niveau macroéconomique, celle en revanche, d'une société internationale ou multinationale peut-être sensible, particulièrement dans un petit pays. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les sociétés multinationales déchaînent tant de passions et nourrissent tant de controverses. » [Qu'est-ce-que l'entreprise ? Les Petites Affiches n°43, 9 avril 1986, p.32, n°172]

⁹⁶ Prof. Arghyrios A. Fatouros *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation* - « En adoptant des normes de conduite applicables aux MNE, on reconnaissait non seulement que les

au sujet des *Principes directeurs* : « Or, alors que les codes de conduite (négociés aux Nations Unies) envisagés reposaient principalement sur l'idée d'un conflit inégal entre les entreprises toutes puissantes et des gouvernements sans moyens et cherchaient donc à faire en sorte que les pays d'accueil puissent pleinement contrôler les activités des EMN (Entreprises Multinationales) de façon à faire prévaloir les politiques nationales, les *Principes directeurs de l'OCDE* en sont restés au point de vue traditionnel qui veut que, des pouvoirs publics et des EMN, les premiers soient plus puissants dans la forme et dans les faits ».

Ce parti pris a conduit à l'échec relatif des outils institutionnels censés appliquer les *principes directeurs* (les PCN et le Comité d'Investissement) qui sera analysé dans la troisième partie. Evidemment, la donne a changé et chacun reconnaît et s'interroge aujourd'hui sur la manière efficace d'appréhender les mauvaises pratiques de certaines entreprises multinationales.

Ainsi, la notion de sphère d'influence est-elle absolument cruciale au débat théorique et en pratique⁹⁷ pour l'appréhension des mauvaises pratiques développées par certaines entreprises via des filiales étrangères où des entités sur lesquelles elle exerce une influence notable. Observons qu'elle figure à l'article 1 des normes adoptées le 13 août 2003 par le Conseil économique et social de l'ONU⁹⁸ ainsi que dans le mandat du Professeur John Ruggie désigné en 2005 en qualité de représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme, des sociétés, transnationales et autres entreprises.⁹⁹

activités de ces entreprises influent largement sur les économies nationales, mais aussi que cette influence diffère – certainement quand à ses causes et peut-être quant à ses effets – de celle d'autres acteurs économiques puissants. La puissance et les moyens accrus des EMN ne tiennent pas uniquement à l'ampleur de leurs ressources et à l'importance des activités auxquelles elles se livrent, mais aussi – et c'est peut-être l'élément essentiel – à leurs liens transnationaux. Leur structure et leur organisation – le fait qu'elles opèrent dans plusieurs pays et dans un grand nombre de systèmes juridico-administratifs distincts, qu'elles s'appuient sur des ressources et des activités situées dans un grand nombre de pays et qu'elles sont à même de transférer entre elles des ressources et des informations – leur confèrent, par rapport aux entreprises opérant dans un seul pays, davantage de pouvoir et bien plus grande liberté d'action » - [document non classifié n°DAFFE/IME/RD(99)3 du 9 septembre 1999 - CIME Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises, p.6 et s.].

⁹⁷ Notamment, ainsi que nous l'avons constaté dans l'introduction de cette deuxième partie, au moment de la décision d'ouverture d'enquête pour complicité d'une société mère appelée à répondre des actes d'une de ses filiales ou d'autres entité sous son influence exerçant son activité à l'étranger.

⁹⁸ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2.003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2.003.12.Rev.2.En).

⁹⁹ Point (c) de la Résolution 2005/69 : « To research and clarify the implications for transnationale corporations and other business

La présente étude n'entend pas cependant apporter de définition à cette notion, bien au contraire cette tâche nous semble vouée à l'échec tant les critères susceptibles d'être pris en compte sont nombreux et hétérogènes. A tout le moins peut-on dire que cette notion doit constituer un outil d'appréhension de la RSE susceptible d'aider à la définition d'autres notions, très juridiques celles-ci, telles que celle de « complicité ». Ces quelques lignes sur le sujet visent surtout à poser cet état de fait comme un postulat justifiant la légitimité de reconnaître aux entreprises la qualité de sujet de droit international et l'intérêt du recours à la coutume.

L'école classique de droit international ne reconnaît qu'aux seuls Etats la qualité de sujet de droit. Cette donnée est cruciale car elle explique en partie le caractère « volontaire » des *Principes directeurs*. En effet, s'ils ne sont pas formellement contraignants pour les Etats qui les ont adoptés, c'est non seulement dû à leur adoption sans forme juridique contraignante, à l'exception notable des *Lignes directrices de procédure*, mais aussi parce que les entreprises en sont destinataires et non les Etats.¹⁰⁰

Cet éclairage sur les origines du caractère non contraignant des *Principes directeurs* illustre selon nous l'importance fondamentale, pour effectuer une analyse pertinente de leur statut juridique, de prendre en compte les mutations du droit international à la lumière de la reconnaissance de la sphère d'influence des entreprises multinationales. Cette évolution nous enseigne qu'aujourd'hui d'autres acteurs de la communauté internationale que les Etats sont devenus sujets de droit. C'est sans aucun doute le cas des personnes physiques et des entreprises multinationales. Même si cette position est encore contestée par les tenants du maintien de la fiction que, seuls les Etats sont créateurs de norme juridique internationale, elle s'impose dans un souci d'efficacité, comme le point de départ logique et cohérent de toute

enterprises of concepts such as 'complicity' and 'sphere of influence' [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/28/PDF/G0611028.pdf?OpenElement>*].*

¹⁰⁰ « on peut supposer qu'il s'agit d'une conséquence (leur caractère non contraignant) de leur origine internationale, l'hypothèse étant que les normes de droit international n'ont pas normalement un caractère impératif pour les personnes physiques et morales. Mais on peut, bien entendu, s'interroger sur la validité de cette hypothèse, sans doute plus aisément aujourd'hui qu'en 1976. » [Prof. Arghyrios A. Fatouros Les principes directeur de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation - document non classifié n°DAFFE/IME/RD(99)3 du 9 septembre 1999 - CIME Direction des Affaires Financières, Fiscales et des Entreprises, p.8].

analyse du statut juridique des *Principes directeurs*.

A la lumière de cette reconnaissance de la sphère d'influence des entreprises multinationales, suivre l'école classique qui ne reconnaît la qualité de sujet de droit international qu'aux seuls Etats est une position qui n'a plus prise sur la réalité. Cette définition laisse notamment de côté le rôle des cours internationales d'arbitrage où se règlent les litiges commerciaux les plus importants entre opérateurs privés entre eux et entre opérateurs privés et Etats. C'est d'ailleurs dans ces enceintes que le droit international de l'investissement a le plus évolué et où s'exprime le plus efficacement la sphère d'influence des multinationales via la *Lex Mercatoria* et l'application des quelques 1.700 traités bilatéraux d'investissement actuellement en vigueur.¹⁰¹

Cette position est suffisamment contestée aujourd'hui pour que l'on ne puisse valablement reprocher à cette étude de considérer les multinationales, ainsi que les citoyens personnes physiques par ailleurs, comme d'authentiques sujets de droit international. Rappelons en ce sens que les PCN peuvent être, depuis 2000, saisis par les ONG représentant les intérêts des citoyens.

Nous considérons donc que les multinationales sont des sujets de droit international et qu'à ce titre, elles doivent répondre de leurs actes violant les principes fondamentaux lorsqu'ils résultent de leur sphère d'influence.

2.2 Les *Principes directeurs* et le droit international coutumier

Rappelons que même si nous considérons que la définition classique de la coutume est sujette à débat, par souci d'efficacité de la démonstration nous avons opté pour une analyse des *Principes directeurs* à la lumière du test de la coutume résultant de l'article 38(1) du statut de la CIJ pour qui « *la coutume est le résultat de la conjonction d'une pratique effective et de l'acceptation par les Etats du caractère juridique*

– *et donc obligatoire – des conduites constitutives d'une telle pratique* ». ¹⁰²

Précisons, par ailleurs, qu'en ce qui concerne la constatation de l'existence d'une règle coutumière, la réunion d'une pratique générale et de l'acceptation de cette pratique comme faisant droit (*opinio juris*) est une condition nécessaire ; elle est en même temps une condition suffisante.¹⁰³

Il convient aussi d'indiquer clairement que si les *Principes directeurs* constituent pour les 39 pays adhérents une démarche d'identification des usages faisant l'objet d'un consensus, ils s'inscrivent dans un mouvement normatif plus large de la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE). A ce titre, l'intégration des *Principes directeurs* dans le droit coutumier international se fait dans le sillon de la RSE.

Après avoir analysé l'élément objectif/matériel que sont les usages qui supposent l'existence d'une pratique répétée et générale (2.2.1) nous identifierons l'élément subjectif/psychologique qu'est l'*opinio juris*, qui suppose la conviction des sujets de droit que cet usage représente une règle de droit obligatoire (2.2.2).

2.2.1 L'existence d'une pratique généralisée en matière de RSE

2.2.1.1 La reconnaissance généralisée de la responsabilité pénale des personnes morales

Au-delà de la multiplication des législations de *corporate governance* imposant aux entreprises des obligations d'informations sociales et environnementales,¹⁰⁴ de très nombreux Etats ont adopté des législations reconnaissant la responsabilité pénale des personnes morales et/ou celle de leurs dirigeants.

¹⁰² Robert Kolb – *selected problems in the theory of customary international law* [Netherlands International Law Review, L:119-150, 2003 - foot note n°2].

¹⁰³ Juris Classeur Fasc. 13, 1^{er} Cahier, n°61, p.21. Notons également que les développements qui suivent n'ignorent pas la position adoptée en 2004 par la Cour suprême des Etats-Unis qui exige pour prendre en compte une norme de droit international coutumier qu'elle soit « spécifique », « obligatoire » et « universelle » [*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692, 732 (2004) - <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/29June20041115/www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>].

¹⁰⁴ Exemples : en France, l'article 116 de la loi NRE du 15 mai 2001 (C. com., art. L. 225-102-1) et son décret d'application du 20 février 2002 ; en Italie, le *Codice di Autodisciplina* (Juillet 2003) du marché financier ; en Allemagne le *Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex*, Berlin 21 mai 2003 ; aux Etats Unis le *Sarbanes Oxley Act* de 2002.

¹⁰¹ Cf notamment Fabrizio Marella *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations : The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* [Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36].

S'agissant par exemple du **droit pénal français**, celui-ci reconnaît depuis 1994 une responsabilité pénale générale des personnes morales (dont font notamment partie les crimes contre l'humanité, les atteintes à la vie ainsi qu'à l'intégrité physique ou morale de la personne, le blanchiment, les atteintes à l'environnement, le recel, etc.).¹⁰⁵ Il est intéressant de noter que les infractions prévues recouvrent pratiquement tout le champ des engagements découlant de la notion de RSE et reprises dans les *Principes directeurs*.¹⁰⁶

Précisons que le droit pénal français (comme quasiment tous les droits pénaux) reconnaît le principe de la responsabilité personnelle. L'application de ce principe, combinée à la notion d'autonomie juridique des personnes morales, permet dans l'absolu à une société mère d'échapper à la mise en cause de sa responsabilité du fait d'infractions perpétrées par une de ses filiales. Néanmoins, trois voies permettent de contourner cet état de fait : l'utilisation de la complicité, du recel et la non assistance à personne en péril.

La complicité¹⁰⁷

La complicité est une infraction accessoire qui nécessite un acte principal punissable. Mais l'acte de complicité n'est par définition pas le fait de l'auteur principal. Cela permet ainsi de contourner le problème de la responsabilité personnelle. Malheureusement, lorsque (comme c'est souvent le cas en matière d'entreprise multinationale) l'acte principal a été commis à l'étranger, la responsabilité du complice ne peut être recherché que s'il existe un jugement reconnaissant la commission de l'infraction par un tribunal étranger. Or de nombreux pays d'accueil se trouvent en position de faiblesse par rapport à l'entreprise multinationale et ne peuvent (ou ne veulent) pas laisser prospérer un jugement pénal contre la société à l'origine des violations. Ainsi, l'utilisation de la complicité

ne permet pas de contourner toutes les difficultés.

Le recel¹⁰⁸

Le recel suppose lui aussi une infraction originaire qualifiée de crime ou délit par le droit pénal français. Le législateur français a retenu une conception extensive de la notion de recel. Il existe un recel-profit: Toute personne ayant profité du produit d'un crime ou d'un délit en connaissant l'origine de la chose dont il a profité peut être poursuivie.

Ainsi, le recel permet de contourner le problème de la responsabilité du fait personnel et ne pose pas la question de la reconnaissance de la commission d'une infraction par une juridiction étrangère.

La non assistance à personne en péril¹⁰⁹

La non assistance à personne en péril est une infraction complètement autonome. Elle ne nécessite pas d'infraction originaire (comme le recel) ou d'infraction principale (comme la complicité). Il suffit qu'une personne soit en péril (ou risque que l'on commette contre elle une infraction contre son intégrité corporelle), qu'une autre puisse lui apporter son aide sans se mettre elle-même en danger et qu'elle refuse de le faire pour que l'infraction soit constituée.

Ainsi cette infraction permet de contourner toutes les difficultés, malheureusement son champ d'application est beaucoup plus limité que le recel et la complicité: le péril doit être de nature grave ou l'infraction porter contre l'intégrité corporelle.

Les infractions involontaires

Depuis la loi du 10 juillet 2000, les dispositions du code pénal français sur les infractions involontaires constituent aussi un dispositif particulièrement utile pour donner forme

¹⁰⁵ L'article 121-2 du Code Pénal dispose « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

¹⁰⁶ « En revanche, la globalisation fut d'abord associée à la déréglementation et aux mécanismes d'auto-régulation ('soft law', codes de conduites). Et pourtant, elle se traduit désormais aussi par un mouvement de criminalisation : pour que le jeu se joue à armes égales, il faut aplanir le terrain ('level the playing field') et les sanctions pénales sont à cet égard plus efficaces que les sanctions administratives ou civiles. Rien d'étonnant, dès lors, si le libéralisme implique un retour vers le droit pénal (...). » - Mireille Delmas Marty *Le Pluralisme ordonné*, Seuil, février 2006, p. 177 et s.

¹⁰⁷ L'article 121-7 du Code Pénal français dispose « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

¹⁰⁸ L'article 321-1 du Code Pénal français dispose « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. »

¹⁰⁹ L'article 223-6 du Code Pénal français dispose : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

concrète à la notion de responsabilité sociale des entreprises. L'article 121-3 du Code Pénal dispose : « (...) lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. »¹¹⁰

Ces quelques pistes émanant du droit français trouvent leurs équivalents dans nombre d'autres systèmes judiciaires ainsi que de nombreux travaux menés notamment par la Commission Internationale des Juristes et le FAFO l'attestent.¹¹¹ On peut considérer que la définition par les droits nationaux de la responsabilité civile et pénale des personnes morales constitue le cadre légal positif de la responsabilité sociale des entreprises et démontrent l'existence d'un droit positif contraignant qui donne lieu à une jurisprudence significative que nous aborderons section 2.2.2.5.

2.2.1.2 Le développement des chartes éthiques

Le développement des chartes éthiques constitue un usage qui, s'il est disparate, n'en représente pas moins un consensus sur la notion de RSE. Le caractère complémentaire des chartes était d'ailleurs clairement affiché lors des travaux de révision des Principes en 2000.

Le développement de cette pratique de la part des sujets de droit international que sont les entreprises multinationales est incontestable¹¹²

¹¹⁰ Pour des informations sur modalités possibles d'utilisation de ces dispositions, cf *Rapport d'enquête sur la situation des travailleurs de la COMUF, filiale gabonaise du groupe AREVA-COGEMA*, 4 avril 2007, pp. 29 et s. [http://asso-sherpa.org/CP_areva07/RAPPORT%20AREVA%20MOUNANA%20040407.pdf].

¹¹¹ See the recent study coordinated fro FAFO by Mark B. Taylor, Anita Ramasastry and Robert C. Thompson *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A survey of Sixteen Countries*, sept. 2006 [FAFO www.fafono.org et ICJ www.icj.org]. Voir aussi le rapport intermédiaire du Professeur John Ruggie qui fait état de ce phénomène, § 63 [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/28/PDF/G0611028.pdf?OpenElement>].

¹¹² Pour de plus amples information voir l'étude OCDE *Responsabilité des entreprises, initiatives privées et objectifs publics* 2001 [<http://www.oecd.org/dataoecd/58/12/35316082.pdf>]. Voir aussi le rapport intermédiaire du Professeur John Ruggie qui fait état de ce phénomène, § 33-37 [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/28/PDF/G0611028.pdf?OpenElement>].

et la question du statut juridique de ces chartes éthiques est ici particulièrement pertinente dans la mesure ou malgré leur nature « volontaire », elle renvoie à celui de la *Lex Mercatoria* dont le caractère contraignant n'est pas discutable et que nous développerons section 2.2.2.2.

2.2.2 Une opinio juris en développement sur la RSE

Ici nous touchons le point d'orgue de la constitution de la coutume, à savoir son élément subjectif qui consiste en l'acceptation par les sujets de droit concernés du caractère **obligatoire** d'une règle coutumière. Ceci impose de s'attarder sur la notion de **contrainte** et ce qu'elle recouvre aujourd'hui.

Nous l'avons déjà mentionné, les *Principes directeurs* s'inscrivent dans une tendance générale à reconnaître l'incidence de l'activité des multinationales sur des considérations d'intérêt général. Cette reconnaissance est traduite par la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises dont les *Principes directeurs* ne sont qu'un outil parmi d'autres d'appréhension. Or, il est indéniable que l'observation de la gestion des risques sociaux et environnementaux par les entreprises contribue à renforcer le poids juridique de la RSE. Cette gestion des risques par les entreprises est indéniablement associée à la notion de contrainte. Cette dernière se traduit en pratique sous diverses formes. On peut citer par exemple :

- Le rôle des agences de notation et des fonds d'investissements qui influent considérablement sur la santé des titres boursiers et qui sont de plus en plus attentifs aux bilans sociaux et environnementaux publiés spontanément ou en application de dispositions légales nationales par les entreprises ;
- La pression médiatique et son incidence sur l'image d'une entreprise est également une forme de contrainte. On peut considérer par exemple que la signature le 13 février 2007 d'une convention entre le gouvernement ivoirien et la société Trafigura pour l'indemnisation des dégâts environnementaux et sanitaires liés au déchargement de déchets toxiques dans plusieurs quartiers d'Abidjan, constitue une reconnaissance de responsabilité. Derrière une conciliation présentée comme une initiative de l'entreprise se cache la contrainte, i.e. la crainte d'un déficit

d'image et d'actions en justice à leur rencontre. A noter d'ailleurs, que la signature de cette convention ne liant pas les victimes directes, celles-ci sont toujours libres de recourir à la justice. De même peut-on citer l'attitude adoptée par la société Areva, qui confrontée à deux rapports d'enquêtes sur l'impact sanitaire et environnemental de l'activité de filiales d'exploitation d'uranium au Gabon et au Niger, a décidé de créer des observatoires sur l'ensemble de ses sites miniers.¹¹³

Cette contrainte, que l'on pourrait qualifier de « contrainte molle », attachée aux risques de sanctions « marketing » et boursière est incontestable et explique grandement la multiplication des services internes de multinationales en charge de la responsabilité sociale des entreprises et/ou du développement durable.

S'agissant d'ailleurs de l'opposition régulièrement invoquée entre la nature volontaire des *Principes directeurs* et la notion de contrainte, il est intéressant de citer l'ancien secrétaire général de l'OCDE :¹¹⁴

« En outre, plusieurs initiatives ne sont pas aussi volontaires qu'il n'y paraît. Le dictionnaire définit l'adjectif « volontaire » comme « qui agit librement sans contrainte extérieure ». Si l'on part de cette définition, de nombreuses initiatives privées ne sont pas vraiment « volontaires » ; ce sont des réactions privées (ancrées dans les système de gestion et autres pratiques commerciales) qui sont motivées par des pressions financières, juridiques ou réglementaires puissantes créées par les sociétés au sein desquelles les entreprises exercent leur activité. »

Certaines entreprises multinationales¹¹⁵ déclarent publiquement aujourd'hui leur besoin de sécurité juridique et celles qui participent aux travaux théoriques en cours en matière de RSE

¹¹³ Pour plus d'information : http://asso-sherpa.org/conf.presse_areva2007.html.

¹¹⁴ Donald Johnson *Promouvoir les responsabilités des entreprises : les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, p.5, 19 mai 2005 [<http://www.oecd.org/dataoecd/54/17/34896809.pdf>].

¹¹⁵ C'est le cas par exemple de ABB, BP et Coca Cola et Grind qui par la voie de leurs représentants lors d'une conférence organisée en octobre 2006 par la Commission Internationale des Juristes portant sur les investissements dans les zones de conflits, ont exprimé ce besoin de sécurité juridique et leur accord pour étudier toute proposition prévoyant une contrainte en cas de non respect de leurs engagements mais une contrainte de nature prévisible pour toute les parties prenantes.

sont demandeuses de propositions qui n'excluent pas le caractère contraignant des mesures proposées, sous réserve qu'elles leurs procurent une plus grande sécurité juridique.

On peut d'ailleurs noter que les multinationales sont de plus en plus vigilantes lors des procédures de circonstances spécifiques. A l'étape des bons offices il n'est plus rare de voir siéger un conseil juridique aux côtés des représentants du département communication de la multinationales concernée.

L'existence d'une telle *opinio juris* sur la RSE et plus précisément au sujet des *Principes directeurs* est d'autant plus avérée à l'observation :

- du mode de développement de la Lex Mercatoria
- l'incidence de la RSE dans l'arbitrage international
- l'incidence de la RSE dans les instances régionales
- l'incidence de la RSE dans les instances nationales

2.2.2.1 La Lex Mercatoria

La *lex mercatoria* représente « un ensemble de règles spécifiques aux relations économiques internationales, d'origine ou de source non étatique, ... permettant à ses bénéficiaires d'échapper à l'emprise de l'ordre juridique international ». ¹¹⁶

Un parallèle entre les *Principes directeurs* et la *Lex mercatoria* n'est ici pas inutile. En effet, dans son processus de formation la *Lex Mercatoria* ne répond évidemment pas au test de la coutume en droit international alors pourtant qu'elle s'est imposée progressivement à l'échelle internationale comme un outil juridique accompagnant partout, sans distinction de juridiction, le développement du commerce international et de ses acteurs principaux que sont les entreprises multinationales. Le caractère contraignant de cette catégorie de normes, adoptées au sein de la sphère d'influence des entreprises multinationales ne fait aucun doute, tous les

¹¹⁶ Jacques Beguin « le développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre international ? » [1984-85, 30 McGill L.J. 478] – in Serge Parisien « Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique », p.2 – <http://www.lex-electronica.org/articles/v2-1/parisien.html#fnb18>.

litiges en matière de commerce international en atteste.¹¹⁷

L'intérêt de se référer aux usages de la *Lex mercatoria* pour notre analyse réside dans le développement spectaculaire des chartes éthiques des entreprises qui selon certains auteurs entrent dans la *Lex mercatoria*.¹¹⁸

En effet, plusieurs arguments permettent de conclure au caractère contraignant des chartes éthiques **entre opérateurs** sur le fondement du droit des contrats. Le Code of Labour Practices for the Apparel Industry dispose par exemple : "Where there is repeated failure to observe or to ensure observance of the code by a particular contractor, subcontractor, supplier or licensee, the agreement should be terminated".¹¹⁹ Il est aussi concevable qu'en application des règles UNIDROIT et plus précisément sur le fondement de la notion de « legitimate expectations »,¹²⁰ une partie à un contrat puisse le résilier au motif que des engagements unilatéraux figurant dans la charte éthique de son cocontractant n'ont pas été respectés.

Evidemment, l'intégration des chartes éthiques dans la *lex mercatoria* n'a pas d'effet direct sur les victimes de violations des droits de l'homme ou de l'environnement qui ne sont pas parties au contrat. Cependant, cette entrée des chartes éthiques dans le corpus de règles applicables lors d'un litige opposant deux opérateurs privés

ouvre des perspectives intéressantes, particulièrement en matière arbitrale.

2.2.2.2 L'incidence de la RSE dans l'arbitrage international

Les instances d'arbitrage étant un lieu privilégié de résolution des litiges commerciaux internationaux, il convient d'être attentif à l'émergence, certes marginale mais réelle, d'une tendance à reconnaître l'incidence de l'activité des multinationales sur des considérations d'intérêt général.

Citons par exemple la prise en compte des enjeux particuliers du secteur de l'eau dans le litige CIRDI *Aguas Argentinas v Argentina*. Les arbitres ont accepté le 12 février 2007 d'accueillir une contribution en *amicus curiae* de cinq ONG considérant qu'ils auront à résoudre « complex public and international law questions, including human rights considerations ». ¹²¹ Le sujet emblématique de reconnaissance du droit d'accès à l'eau constitue un vecteur particulièrement important d'évolution de la RSE dont il convient de suivre attentivement la progression.¹²²

Par ailleurs, s'agissant de litiges entre investisseurs, on peut évoquer l'existence de deux procédures d'arbitrage devant la Chambre International de Commerce faisant suite à la résiliation d'un contrat en raison de la violation par l'un des contractants de sa charte éthique.¹²³

Certes, cette ouverture des arbitres aux considérations d'intérêt général ne donne pas encore de résultats tangibles pour les victimes directes des abus, les arbitres se contentant aujourd'hui d'accueillir avec bienveillance les contributions en *amicus curiae* portant sur les obligations des investisseurs en matière de droits de l'homme, sans en tirer de conséquences notables. Cependant, cette tendance à l'intégration de considérations de RSE dans les débats, via les *amicus curiae* et l'intégration des chartes éthiques dans les

¹¹⁷ « La théorie de la *lex mercatoria* a intégré les pratiques contractuelles parmi les sources de la *lex mercatoria*. Le Professeur Lalive synthétise le phénomène en constatant que « les développements scientifiques et techniques, la facilité des communications, la nécessité de décisions rapides ont contraint et contraignent la pratique à l'invention de formules neuves qui se transforment à l'expérience en usages professionnels, en standards, contrats-types ou formulaires modèles, en coutumes d'une branche d'activité avant d'être un jour codifiés par telle ou telle association ou fédération ». Cette présence d'une normalisation contractuelle des relations du commerce international est admise même par ceux qui doutent de la réalité du phénomène de la *lex mercatoria* ». Eric Loquin et Laurence Ravillon *La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé in La mondialisation du droit*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Volume 19, Litec 2000, p.91 et s. Fabrizio Marrella *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations : The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* [Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36].

¹¹⁸ Fabrizio Marrella - *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* – pp.25-26 ; Farjat – *Nouvelles Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Fouchard, P. Lyon-Caen, A. and Kahn, P. (eds.) *Les transformations de la régulation juridique* (Paris : LGDJ, 1998), pp. 151-178.

¹¹⁹ Clean Clothes Campaign, Code of Labour Practices for the Apparel Industry including Sportswear, February 1998 [reproduced in R. Mares, *Business and human rights: A compilation of documents* (Boston: Martinus Nijhoff, 2004 – cité in Fabrizio Marrella - *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* – p.25]

¹²⁰ Selon les termes des Principes UNIDROIT, art. 1.8 « Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage » [Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004 - <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>].

¹²¹ CIRDI – n°ARB/03/19, Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an *amicus curiae* submission, February 12, 2007, para.18.

¹²² Yann Queindec, *Propositions pour un arbitrage international*, intervention à l'occasion des 1ères Rencontres internationales pour le droit d'accès à l'eau, Marseille, 25 novembre 2006.

¹²³ ICC award n°5617 (1989), *Journal de droit international*, 994 at 1041 (contract of sales of human glands obtained from cadavers for production of drugs) ; ICC award n°3493 (1983) in 23 ILM 1048 (1984) (« Pyramids arbitration » : international construction contract in the area of Egyptian pyramids) [cité in Fabrizio Marrella - *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* – p.26]

obligations contractuelles des co-contractant est indéniable et susceptible d'édifier la jurisprudence et contribuer à définir les contours des obligations des entreprises multinationales.

Il est intéressant de noter d'ailleurs que le recours à l'arbitrage est expressément reconnu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme une émanation du droit à la propriété objet de l'article 1 du Protocole n°1 de la Convention Européenne des Droits de l'homme et que les entreprises sont donc protégées contre ses violations.¹²⁴

Rappelons enfin que les *Principes directeurs* encouragent le recours à des mécanismes internationaux adéquats de règlement des différends, y compris l'arbitrage et qu'à ce titre ils s'invitent indirectement dans ces instances.¹²⁵

2.2.2.3 Incidences de la RSE dans les instances régionales

Le périmètre de la présente étude ne permet pas de s'étendre sur ce sujet et nous renvoyons le lecteur aux divers travaux en la matière.¹²⁶ Néanmoins, nous pouvons indiquer qu'à l'échelle de l'union européenne, les outils d'appréhension de la RSE existent. En matière de responsabilité civile, le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale donne compétence aux juridictions des Etats de l'UE pour connaître de toute plainte civile contre des personnes, y compris les personnes morales, domiciliées dans l'UE.

Ce règlement permet donc à toute victime de violation de droit de l'homme ou de dommage environnemental causés par l'activité d'une entreprise multinationale domiciliée dans l'UE, d'en demander réparation devant les cours de l'Etat membre ou ladite entreprise est domiciliée.

L'application de cette convention a permis notamment d'imposer aux magistrats britanniques dans l'affaire *Lubbe v. Cape plc* de se déclarer compétents pour juger d'actes perpétrés en Afrique du Sud (cf section suivante).

2.2.2.4 Incidences de la RSE dans les instances nationales

La généralisation de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales évoquée section 2.2.1.1 s'est traduite par des actions en justice à l'encontre des opérateurs économiques usant de tous les textes permettant d'appréhender les violations par les entreprises de leur responsabilité sociale.

Nous touchons ici un point crucial de la question de l'effectivité du droit. En effet, le décalage entre l'existence de ces normes dites de 'hard-law' et leur application effective aux entreprises multinationales est patent. Ceci s'explique en grande partie par le caractère extraterritorial propre à l'activité des entreprises multinationales. Il est en effet particulièrement difficile pour des plaignants de faire répondre la société mère des actes perpétrés par une de ses filiales située dans une autre juridiction.

Les raisons à cela sont diverses. On peut notamment citer les conditions requises par les Codes de procédure pénale en matière d'infractions commise à l'étranger. Il n'en reste pas moins que les exemples d'actions en justice à l'encontre des entreprises multinationales pour violation de principes relevant de leur RSE sont significatifs de l'émergence d'une *opinio juris*.

Le périmètre de la présente étude ne permet pas de s'étendre sur ce point mais nous présentons ci-après quelques exemples significatifs.¹²⁷

Aux Etats-Unis l'exemple de l'application de l'Alien Tort Claims Act (ACTA)¹²⁸ dans la jurisprudence *Doe I v. Unocal* est significatif. Dans cette affaire, la responsabilité de la société Unocal pour complicité de travaux forcés

¹²⁴ *Stant Greek Refineries et al. V. Greece*, Dec. 9, 1994, A 301-B, 19, Eur. Comm. HR, Dec. & Rep. 293 [cité in Fabrizio Marrella - *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* - p.7].

¹²⁵ Les *Principes directeurs*, I. concepts et Principes n°9.

¹²⁶ Notamment, De Schutter *Towards Corporate Accountability for Human and environment rights abuses*, section III [2007]; ; Andrew Clapham *Human Rights Obligations of Non-State Actors* [Oxford 2006]; Nicola Jägers *Corporate Human Rights Obligations: in search of Accountability* [School of Human Rights Research, Intersentia, 2002]; Mireille Delmas-Marty *Le relatif et l'universel* [Seuil, Oct. 2004]; Mireille Delmas-Marty *Le pluralisme ordonné* [Seuil, Feb. 2006].

¹²⁷ Pour une présentation des décisions les plus significatives, cf par exemple Sonia Gabriele *Vers une émergence de la responsabilité des multinationales en matière de violations des droits de l'homme ?* [Université Paris I, Panthéon-Sorbonne – Master recherche droit international et organisations internationales sous la direction de Madame le professeur Brigitte Stern, 2005-2006].

¹²⁸ L'ACTA offre une réparation aux victimes de nationalités autres qu'américaine, d'intenter une action civile devant les tribunaux fédéraux américains pour des violations du droit international, commises sur un territoire étranger et par des étrangers.

imposés par la junte birmane à des travailleurs sur un chantier de gazoduc a été reconnue.¹²⁹

Au Royaume-Uni, sur le fondement de la « duty of care » qui pèse sur les employeurs, la société Cape plc a fait l'objet en 1997 de plaintes pour n'avoir pas procuré un environnement de travail sûr et sain aux employés de ses filiales sud-africaines. Malgré l'invocation par Cape de la théorie du *forum non conveniens* visant à obtenir l'incompétence des juges britanniques au profit des juridictions sud africaines, la House of Lords a jugé en 2000 que les juridictions britanniques étaient les mieux à même de juger ces affaires. Ce dossier a donné lieu à un accord transactionnel en 2001 avec les 7.500 plaignants.¹³⁰

En France, suite à une plainte déposée par Sherpa en août 2002 l'encontre de TOTAL portant sur les mêmes faits que ceux reprochés à UNOCAL aux Etats-Unis, une instruction a été ouverte et a donné lieu plusieurs auditions. Si cette procédure s'est soldée par un accord transactionnel le 29 novembre 2005, il n'en reste pas moins que cette procédure constitue un précédent encourageant sur l'appréciation par les juges de la notion de complicité.¹³¹

Observons que les références aux *Principes directeurs* dans ces procédures sont encore marginales voire inexistantes. Néanmoins, plusieurs plaintes pénales actuellement en préparation font référence aux *Principes directeurs* de l'OCDE à l'appui de l'exposé des griefs. Il conviendra de suivre attentivement l'issue de ces procédures.

Mais la mention ou non des *Principes directeurs* dans des procédures ayant cours dans les instances nationales n'est pas la question. Ce que cette section démontre est l'émergence à l'échelle internationale d'une jurisprudence relevant de la mise en cause de la responsabilité sociale des entreprises via des recours civils ou pénaux dans lesquels les *Principes directeurs* sont susceptibles d'apporter une utile contribution au travers de la coutume.

¹²⁹ Doe I v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880, (C.D. Cal. 97), 25 mars 1997.

¹³⁰ <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/CapeGencorlawsuitsreSoAfrica>.

¹³¹ Pour plus d'information sur cette affaire : www.asso-sherpa.org.

Synthèse 2

Il ressort de cette analyse que les *Principes directeurs* ont investi la coutume internationale par la réunion d'une pratique et d'une opinio juris autour de la notion de RSE :

1. PRATIQUE - la substance des *Principes directeurs* est en adéquation avec :

- l'attitude des institutions internationales qui montrent leur intérêt à la question de la RSE dans les multiples tentatives de réguler le domaine ;
- les multiples manifestations étatiques de régulation de la RSE (via l'adoption de textes internationaux et l'adoption de lois nationales en matière de responsabilité civile et pénale des personnes morales) ;
- les usages en place au sein des principaux sujets de droit visés par les *Principes directeurs*, à savoir les entreprises multinationales qui adoptent des chartes éthiques et se dotent de départements dédiés au développement durable ;
- l'émergence de citoyens qui via ou non les ONG font valoir leurs droits fondamentaux en justice.

2. OPINIO JURIS - la contrainte entourant le non respect des *Principes directeurs* qui se traduit en pratique par :

- une contrainte « molle » mais néanmoins effective représentée par le risque de déficit d'image ;
- l'attitude des instances arbitrales internationales ;
- l'attitude des juridictions régionales ;
- l'attitude des juridictions nationales qui s'ouvrent de plus en plus à des procédures prenant en compte les caractéristiques fondamentales des infractions perpétrées par le multinationales (à savoir principalement l'autonomie juridique des entités constituant les groupes et l'extraterritorialité).

Evidemment, rappelons que le champ d'application des développements qui précèdent ne se limite pas aux *Principes directeurs* qui sont un outil parmi d'autres destinés à appréhender la notion de RSE. C'est donc la RSE qui entraîne avec elle les *Principes directeurs* dans la sphère d'influence du droit international coutumier.

Reste qu'à la différence notable des autres instruments existant, les *Principes directeurs* permettent, via les procédures de *circonstances spécifiques*, l'émergence d'une jurisprudence sur la RSE indispensable pour assurer la sécurité juridique de toutes les parties prenantes. Néanmoins, l'analyse de la pratique de cet outil inédit d'alternative dispute resolution, objet de la troisième partie de cette étude, montre qu'il est aussi un frein compte tenu des dysfonctionnements des organes en charge de leur application.

3 LECONS DES PRATIQUES ET PISTES POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITE

Par souci d'objectivité de notre démonstration de l'entrée des *Principes directeurs* dans la sphère du droit coutumier international, nous ne pouvons occulter les éléments qui, à la lumière des circonstances spécifiques analysées, démontrent des lacunes dans l'efficacité de la mise en oeuvre des *Principes directeurs*.

Rappelons l'obligation faite aux Etats d'assurer une bonne administration de la justice et son corollaire naturel qui est d'en assurer l'efficacité.

Dans cette optique, les développements qui suivent tirent les enseignements de la pratique des circonstances spécifiques pour présenter les besoins de renforcement de l'efficacité substantielle (3.1) et ceux d'une plus grande efficacité organisationnelle (3.2).

3.1 Efficacité substantielle – Renforcement de la cohérence

L'observation des pratiques des PCN et du Comité d'Investissement dans le cadre des procédures de circonstances spécifiques démontre que plusieurs d'entre elles génèrent

des dysfonctionnements qui nuisent à l'influence des *Principes directeurs* et expliquent en grande partie leur toute relative efficacité à ce jour.

Parmi ces incohérences, les disparités d'interprétation de notions clés ou une interprétation n'exprimant pas de la part du PCN la recherche d'efficacité dans ses bons offices doivent cesser. Les développements qui suivent étudient les cas de circonstances spécifiques disponibles sur la base de donnée de OECD Watch illustrant ces faiblesses notables qui se manifestent à plusieurs stades de la procédure.

3.1.1 Phase préliminaire du test de recevabilité

3.1.1.1 Pratique du test de recevabilité

Un examen des circonstances spécifiques contenues dans la base de données de l'ONG OECD Watch¹³² (58 circonstances spécifiques sont recensées sur les 130 circonstances spécifiques soumises aux PCN¹³³) fait ressortir que 13 circonstances spécifiques n'ont pas été approfondies par les PCN (soit un peu plus de 22% des cas).

Avant d'étudier ces rejets, il convient de remarquer que plusieurs PCN (les PCN belges et allemands en particulier) n'ont pas informés les requérants du rejet de l'approfondissement de l'étude de leur demande. Cela constitue une violation caractérisée du principe de transparence considéré comme un critère essentiel pour atteindre « l'équivalence fonctionnelle ». En outre, le paragraphe 15 des commentaires sur les *Lignes directrices* de procédures indique que « *si le PCN décide que la question ne mérite pas d'être approfondie, il motivera sa décision* », or comment s'assurer de la motivation d'une décision si elle n'est pas transmise aux parties.

Sur les 13 cas de rejets, 6 l'ont été à cause d'une absence de lien d'investissement. Or, non seulement les fondements de cette notion sont au mieux sujets à caution, mais l'application qu'en font les PCN est particulièrement restrictive.

¹³² Base de données accessible par mot de passe sur : <http://www.oecdwatch.org/>

¹³³ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises : 2006 Annual Meeting of the National Contact Points Report by the Chair* p12. disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>

CIRCONSTANCE SPECIFIQUE ANZ

Deux rejets étaient fondés sur le manque d'influence supposé des défendeurs sur les entreprises qui commettaient directement des violations. Seule une des décisions de rejet est disponible sur la base de données de OECDWatch. Cette décision fut rendue par le PCN australien (APCN) dans la circonstance spécifique concernant la banque ANZ pour ses activités de financement d'une compagnie d'exploitation forestière (RH) en Papouasie Nouvelle-Guinée.¹³⁴

COMMENTAIRES

Dans ce dossier il n'existe pas de lien d'investissement direct qui caractérise les relations entre une société mère et l'une de ses filiales et l'ANCP a donc recours à la notion de « lien d'investissement » créée par le Comité d'Investissement en 2003 et aux notions corrélatives d'influence et de supply chain.¹³⁵

1° Lien d'investissement : pour l'ANCP un lien investissement suppose l'acceptation d'une part de risque. En l'occurrence, l'ANCP considère qu'une banque qui offre de garantir les opérations de son client n'accepte pas de risques. L'ANCP indique ensuite que les services financiers étaient rendus par ANZ moyennant paiement, ce qui implicitement sous-entend que le risque existait mais qu'il était couvert par le paiement et donc contredit sa déclaration précédente.¹³⁶

Cette définition du lien d'investissement est critiquable car l'ANCP se fonde sur le fait qu'il n'y ait pas d'investissement (dont un des éléments est l'acceptation d'une part de risque) alors que le Comité d'Investissement fait référence à la notion d'« investment-like relationship ». Ainsi le Comité d'Investissement lui-même ne requiert pas l'existence d'investissement pour l'appréciation du lien d'investissement mais uniquement l'existence de relation ressemblant à un investissement. Il s'agit selon nous d'une interprétation restrictive, voire en contradiction avec les

recommandations du Comité d'Investissement, par l'ANCP.

Une fois écartée l'existence d'un lien d'investissement, qui l'aurait obligé à accepter d'ouvrir une circonstance spécifique, l'ANCP va vérifier si la banque a une capacité d'influence sur RH.

2° Influence : Le PCN s'est contenté de faire une analyse formelle des capacités d'influence de la banque sur son client en relevant que la banque n'était partie dans aucun des organes de RH. Cette interprétation de la notion d'influence est restrictive, voire contraire à la lettre des commentaires du Comité d'Investissement sur les *Principes directeurs*. En effet, suite à sa réunion annuelle de 2003 le Comité d'Investissement a déclaré qu'il fallait prendre en compte la capacité d'influence *pratique* des partenaires.¹³⁷ L'influence pratique signifie qu'il ne faille pas se limiter à une appréciation formelle de l'influence mais que au contraire le PCN devrait analyser plus en avant les positions respectives des partenaires, leurs parts de marchés ou tous autres éléments spécifiques à la cause.

3° Supply chain Le chapitre 2 paragraphe 10 des « *Principes directeurs* » mentionne que les entreprises multinationales doivent tenter d'influer sur leurs « partenaires commerciaux y compris leurs fournisseurs et sous-traitants ». Cette phrase signifie que tous les partenaires commerciaux doivent être encouragés et pas uniquement les sous-traitants et fournisseurs. En anglais cette notion de partenaires commerciaux se retrouve dans l'expression « supply chain » qui signifie : « le réseau global servant à fournir des produits et services des matières premières jusqu'aux clients finals à travers un flux rationalisé d'information, distribution physique, et argent »¹³⁸. D'autres définissent une « supply chain » comme « a set of three or more entities (organizations or individuals) directly involved in the upstream and downstream flows of products, services, finances, and/or information from a source to a customer. »¹³⁹ Malgré ces définitions qui

¹³⁴ Cette décision de rejet se fondait également sur l'absence de lien d'investissement entre la banque et son client.

¹³⁵ Chapitre II paragraphe 10 des *Principes directeurs*

¹³⁶ Observons aussi que l'ANCP n'a pas répondu à l'argument de l'ONG selon lequel ANZ avait promis : "to make good liabilities that may incurred by RH under the term of its lease...". Ce qui sous entendait que les co-contractants de RH pouvait se retourner contre ANZ en cas de non respect de ses obligations par RH, donc qu'ANZ acceptait bien de supporter une part des risques. [p.2 note 3 de la déclaration du ANCP].

¹³⁷ Cité dans le compte rendu de la *Réunion annuelle des points de contact nationaux, Le rapport du Président – Réunion du 23-24 juin 2003*, p14 [<http://www.oecd.org/dataoecd/3/49/15952890.pdf>] – voir aussi le commentaire n°10 à propos du Principe Général II.10 [<http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>].

¹³⁸ Dictionnaire de l'APICS, American Production and Inventory Control Society

¹³⁹ JOURNAL OF BUSINESS LOGISTICS, Vol.22, No.2,2001, DEFINING SUPPLY CHAIN MANAGEMENT by John T. Mentzer The University of Tennessee, William DeWitt The University of Maryland, James S. Keebler St. Cloud State University, Soonhong Min Georgia Southern University,

incluent la fourniture de services financiers comme élément de la « supply chain » l'ANCP exclut expressément les services financiers de la notion en « inventant » une définition extrêmement restrictive.

CIRCONSTANCE SPECIFIQUE FINNVERA/BOTNIA

En ce qui concerne la notion d'entreprise multinationale le PCN de Finlande¹⁴⁰ a rejeté l'application des *Principes directeurs* aux entreprises de crédit à l'export en se fondant sur deux arguments phares :

- 1) les entreprises de crédit à l'export relevaient d'autres textes tant au niveau national qu'au niveau de l'OCDE ;
- 2) le rapport du Comité d'Investissement sus mentionné ne considérait pas que les *Principes directeurs* puissent s'appliquer aux activités de financement de Finnvera.

COMMENTAIRES

Nous sommes d'avis qu'en se prononçant ainsi, le PCN Finlandais¹⁴¹ a violé l'esprit et le texte des *Principes directeurs* en indiquant qu'ils ne pouvaient pas s'appliquer aux entreprises de crédit à l'export. Selon nous, en effet, ce n'est pas parce que lesdites entreprises relèvent de textes nationaux qu'elles ne relèvent pas des *Principes directeurs* et quand bien même ces entreprises relèvent de textes nationaux, ces textes (en particulier le « program for export promotion ») "calls the attention of guarantee applicants to the Guidelines "¹⁴²

Par ailleurs, le rapport du Comité d'Investissement sur les *Principes directeurs* n'exclut pas expressément (ni implicitement) les activités de financement à l'export, bien au contraire. En effet, il mentionne que plusieurs gouvernements (dont celui de Finlande) se réfèrent de diverses façons aux *Principes directeurs* dans le contexte du crédit à l'export ou des programmes de promotion ou de garanti des investissements¹⁴³.

Nancy W. Nix Texas Christian University, Carlo D. Smith The University of San Diego and Zach G. Zacharia Texas Christian University.

¹⁴⁰ Affaire botnia, circonstance spécifique Finnvera

¹⁴¹ Affaire botnia, circonstance spécifique Finnvera

¹⁴² cite p6 du "OECD Guidelines for M E 2003 Annual meeting of the NCP.

¹⁴³ p5 du OECD Guidelines for M E 2003 Annual meeting of the NCP.

CIRCONSTANCE SPECIFIQUE ANVIL

Une circonstance spécifique concernant l'affaire Anvil fut rejetée par le PCN canadien car il estimait qu'il n'était pas de son ressort de procéder à des investigations sur les violations supposées des droits de l'homme d'Anvil en République Démocratique du Congo¹⁴⁴.

COMMENTAIRES

Ce refus est regrettable, car les investigations auraient pu ne pas requérir de déplacement sur place du PCN. En effet, les informations fournies par les requérants étaient complètes et ne nécessitaient pas de réelles recherches par le PCN et provenaient d'investigations indépendantes. Leur mission de bons offices pouvaient être menée à bien avec les éléments disponibles. Ce refus est d'autant plus regrettable que la gravité des violations alléguées (massacre d'au moins 100 innocents par des rebelles soutenus logistiquement par la disposition de matériel appartenant à la société Anvil) aurait nécessité une plus grande considération.

CIRCONSTANCE SPECIFIQUE BTC

Le PNC du Royaume-Uni a accepté de procéder à des investigations poussées en se rendant sur le terrain dans les circonstances spécifiques concernant le BTC alors que les allégations portent sur des faits moins graves.

Les autres refus étaient fondés soit sur une interprétation contestable de la notion d'entreprise multinationale (cf section 3.1.1.2.1), soit sur la notion « parallel proceedings » qui sera également étudiée ultérieurement (3.1.1.2.3).

3.1.1.2 Leçons de l'observation de la pratique du test de recevabilité

Les exemples précédents illustrent un problème fondamental, celui du **champ d'application substantielle**, non pas des *Principes directeurs*

¹⁴⁴ Seule la substance de la réponse est disponible sur la base de données d'OECDwatch, la réponse elle-même ne l'est pas.

eux-mêmes, mais de la procédure de *circonstance spécifique*.

3.1.1.2.1 La notion d'*entreprise multinationale*

Lors de la rédaction des *Principes directeurs* la notion clé de multinationale a volontairement été laissée floue.¹⁴⁵ Tout au plus il est précisé que « *Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie qu sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur capital peut être privé, public ou mixte. Les Principes directeurs s'adressent à toutes les entités que comporte l'entreprise multinationale (société mères et/ou entités locales.* »¹⁴⁶

Des clarifications apportées par le Comité d'Investissement précisent que « *Ces structures peuvent reposer sur une participation au capital social selon le mécanisme classique de l'investissement direct international, mais le même résultat peut être obtenu par d'autres moyens sans comporter nécessairement un élément de participation au capital.* »¹⁴⁷

Il résulte de ces éléments que les PCN ont un degré d'appréciation important face aux circonstances spécifiques qui leur sont soumises et que c'est le **critère de l'influence** exercée par une entreprise sur une autre qui importe. Il est en effet clairement établi que « *la détention d'une participation majoritaire n'est pas la forme exclusive de lien entre deux sociétés de pays différents qui permette à l'une d'exercer une influence significative que les activités des autres.* »¹⁴⁸ Cette question nous ramène à la notion de *sphère d'influence* évoquée section 2.1 dont les effets induits sont si importants et les contours en devenir à mesure du développement de la jurisprudence.

Mais pour que des notions floues puissent être valablement utilisées cela sous entend que les NCP, doivent les interpréter en conformité avec l'esprit des *Principes directeurs*, de leurs commentaires et des déclarations du Comité

d'Investissement. Or, la création de la notion de lien d'investissement par le Comité d'Investissement a pour effet de réduire le degré d'appréciation des PCN.

3.1.1.2.2 La notion de *lien d'investissement*

Comme, nous l'avons évoqué le rôle du Comité d'Investissement est d'interpréter les *Principes directeurs*, nullement de les modifier, d'en retrancher des éléments ou au contraire d'en ajouter. Or le Comité d'Investissement, après sa réunion d'avril 2003, a publié une déclaration¹⁴⁹ sur la portée des principes et crée de toute pièce la notion de **lien d'investissement**, alors que rien dans les textes ne l'autorise à créer une notion. En effet, interpréter n'est pas créer *ex-nihilo*.

Nous ne nous étendons pas sur l'étude de cette notion de lien d'investissement qui fait par ailleurs l'objet de plusieurs travaux en cours. On peut néanmoins déplorer les effets de la création de cette condition qui génère des risques d'incohérence d'interprétation entre les différents PCN. Le refus de traiter le dossier ANZ par le PCN australien contredit ainsi la position du PCN Belge dans une circonstance spécifique impliquant plusieurs établissements bancaires ainsi que celle du PCN suédois qui dans le cadre du dossier BOTNIA a accueilli une circonstance spécifique concernant la banque NORDEA.

L'intrusion de la notion de lien d'investissement ne doit pas selon nous prendre le pas sur celle d'influence qui est capitale.

3.1.1.2.3 L'impact des procédures parallèles

Les procédures parallèles peuvent, selon le rapport 2006 sur la réunion annuelle des PCN¹⁵⁰, « relever des catégories suivantes 1) pénales administratives ou civiles, 2) autres procédures de règlement des différents (arbitrage, conciliation ou médiation) 3) consultations publiques, ou 4) autres enquêtes (par exemple par des agences des Nations Unies).

¹⁴⁵ *Principes directeurs* Chapitre I point 3 : « Une définition précise des entreprises multinationales n'est pas nécessaires... »

¹⁴⁶ *Principes directeurs* Chapitre I point 3.

¹⁴⁷ Clarification du Chapitre I point 3 des *Principes directeurs*.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Voir le texte de la déclaration - http://www.oecd.org/document/3/0,2340,en_2649_37461_37356099_1_1_37461,00.html.

¹⁵⁰ Disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/6/3/38038002.pdf> annexe 5 p 84 et annexe 6 p 89 en particulier les commentaires de RAID page 94 et suivantes.

Il importe ici d'observer que les PCN peuvent avoir à juger selon des standards qui n'existent pas, ou qui ne sont pas mis en œuvre, dans certains pays d'accueil des investissements (garanties de procédures, impartialité, indépendance, etc.). De toutes ces considérations, il ressort que les PCN ne doivent pas se dessaisir au seul motif qu'il existe un cas de procédure parallèle.

Les questionnements actuels sur les cas de procédures parallèles sont aussi l'occasion d'établir plus clairement la position des procédures de circonstances spécifiques dans l'environnement juridique. A terme cela ne peut que renforcer le rôle d'organe juridictionnel des PCN et donc l'intégration des *Principes Directeurs* dans la sphère de *hard law*. Le refus de nombreux PCN de « surseoir à statuer » annonce les possibilités de mise en place de ponts entre les PCN et les juridictions saisies. Autant d'opportunités pour favoriser l'entrée des *Principes directeurs* dans le spectre d'interprétation des juges ou arbitre saisis.

3.1.2 Phase des bons offices

3.1.2.1 Observation de la pratique des bons offices

Parmi les diverses décisions qui ont atteint l'étape des « bons offices », l'étude se focalisera sur les circonstances spécifiques liées à l'exploitation des ressources en République Démocratique du Congo car topique des problèmes rencontrés dans la mise en œuvre des *Principes directeurs* par les PCN.

Les affaires liées à l'exploitation des ressources de RDC

Les faits - Lors des troubles en République Démocratique du Congo (RDC) durant les années 2000. Plusieurs compagnies dont les compagnies ANVIL, AVIENT et ORYX auraient soit fourni un soutien logistique à des forces armées (ANVIL), soit, en vertu d'un accord secret, détourné une partie des flux monétaires provenant d'exploitation minière, à leur profit et à celui de certaines composantes des forces armées (ORYX), soit auraient fourni des hommes et du matériel pour effectuer des opérations militaires durant les conflits (AVIENT).

La procédure - Un panel d'expert des Nations Unies¹⁵¹ a constaté ces faits. Fort de cette constatation l'ONG RAID a demandé au PCN du Royaume-Uni de se saisir de cette circonstance spécifique.

En ce qui concerne la société Anvil Mining, les faits allégués étaient particulièrement graves en ce qu'il s'agissait d'un soutien logistique aux troupes des Forces Armées de République Démocratique du Congo (FARDC) avant, pendant et après un massacre de plusieurs dizaines de personnes à Kilwa (Les estimations portent sur environ une centaine de décès). Le PNC a refusé de se saisir du dossier au motif qu'il n'entraînait pas dans sa mission de mener des investigations sur les faits, car son rôle premier est de jouer le médiateur ou de faciliter les discussions entre les parties. Or le chapitre 1-c-5 des *Lignes directrices* précise que le PCN devra prendre « des mesures afin de parvenir à une meilleure compréhension des questions soulevées ». Cette expression peut tout à fait s'entendre comme une autorisation, voire un encouragement aux investigations par le PCN. C'est d'ailleurs le sens des commentaires des *Lignes directrices* qui mentionnent divers moyens d'investigation (inventaire non exhaustif).

Or, en l'occurrence, les faits étaient avérés par le rapport du UN panel, par les enquêtes sur place de l'ONG RAID et de l'émission de télévision australienne « Four Corners ». En ce cas d'espèce, le PNC du Royaume-Uni a interprété particulièrement restrictivement son rôle portant ainsi atteinte à la nécessaire efficacité de l'action administrative ainsi qu'au principe de la primauté du droit. En effet, rien ni dans les *Principes directeurs* ni dans les *Lignes directrices* de procédures n'empêchait le PCN d'effectuer des investigations supplémentaires. En outre, dans une circonstance spécifique concernant le BTC les requérants demandaient des investigations sur place de la part du même PCN, cette fois-ci les investigations furent acceptées. Qu'est-il possible de comprendre ? Qu'en l'espèce le principe d'équité (traité de façon similaire des cas d'espèce semblables) semble avoir été transgressé.

Le cas de la société AVIENT plus grave sur le plan des principes à respecter. Il était soutenu que la société avait fourni du matériel et du personnel militaire, toujours en RDC. Lors de cette circonstance spécifique, le PNC du Royaume-Uni n'a pas lu (ou a mal lu) le rapport

¹⁵¹ Disponible sur http://www.rdc-humanitaire.net/pdfresolution/R_exploitation.pdf

du panel d'expert commettant des erreurs grossières. Ces erreurs sont si importantes qu'elles jettent un doute si ce n'est sur l'impartialité ou sur l'indépendance des fonctionnaires ce sera sur leur capacité à lire un rapport. En effet, leur déclaration fait dire au rapport du panel d'expert de l'ONU l'inverse de ce qui est écrit, affirme que le rapport n'apporte pas d'élément pour appuyer ses allégations alors que chacune sont fondées, etc...

3.1.2.2 Leçons de l'observation de la pratique des bons offices

Cette accumulation d'erreurs dans le dossier sur l'exploitation des ressources en RDC, en plus de faire naître des doutes sur l'impartialité et sur l'indépendance des fonctionnaires responsables des PCN porte atteinte au principe de confiance légitime des administrés dans leur administration.

Remarquons que la violation de ces principes par les administrations permet, en droit français de saisir le supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision contestée, en l'occurrence le ministre des finances, il permet en outre de saisir le médiateur de la république. Ce type de recours, répandue dans nombre des pays membres de l'OCDE permettrait, peut être à terme d'exercer une pression sur les PCN afin que ceux-ci fassent une application plus juste et efficace des *Principes directeurs*.

De même, la pratique des « intermediary statements » au cours de la procédure de bons offices offrirait aux parties l'information nécessaire pour s'assurer de l'avancement des travaux d'investigation, par ailleurs trop rares alors que les PCN sont libres d'y recourir.

Le rôle du PCN – clarifications ?

Nous avons précédemment évoqué les notions clés qui influent fondamentalement sur le champ d'application et donc l'efficacité des *Principes directeurs* (multinationale, lien d'investissement, procédures parallèles). Autant de notions objets de l'intervention du Comité d'Investissement dans son rôle d'instance de clarification.

Nous ne reviendrons pas sur l'importance du rôle de clarification joué par le Comité d'Investissement déjà abordée section 1.3.2. En revanche, il est intéressant de noter que la qualité « d'organe consultatif » requise pour faire une demande de clarification auprès du

Comité d'Investissement aujourd'hui ne vise que le TUAC et le BIAC, à l'exclusion notable des ONG.

Cet état de fait n'est plus en adéquation avec la professionnalisation du monde des ONG (et notamment la multiplication dans l'arbitrage international des contributions des ONG en *amis de la cour*) et il conviendrait d'y remédier. A ce sujet, le CEDHA, ONG Argentine a récemment saisi directement le Comité d'Investissement d'une question dans le cadre de la circonstance spécifique BOTNIA qui n'a pas encore, à notre connaissance, réagi à cette requête. Il sera intéressant d'observer la position du Comité d'Investissement sur ce sujet.

3.1.3 Phase décisionnelle - Recommandations

Lorsque le PCN estime utile d'émettre des recommandations, celles-ci doivent être précises pour permettre une « mise en œuvre efficace » des *Principes directeurs*. Ainsi les recommandations générales de la forme « *In future Avient Ltd. should carefully consider the recommendations of the Guidelines particularly, but not exclusively, Chapter 2 before entering into contracts with Governments and businesses in the area* » ne sont d'aucun intérêt pour atteindre l'objectif d'efficacité imposé aux PCN tant en application des *Lignes directrices* de Procédures qu'en vertu du principe de bonne administration.

Un exemple de recommandations intéressantes est disponible dans la déclaration effectuée par le NCP Norvégien sur la circonstance spécifique Aker Kvaener. « The Contact Point has noted that the company does not appear to have drawn up ethical guidelines for its activities. The Contact Point strongly encourages the company to draw up such guidelines, and to use them in all countries where Aker Kværner is active. The Contact Point emphasises that the norms that are quoted in OECD's Guidelines for Multinational Enterprises, Chap.2 point 2 are international, and therefore have equal relevance and weight in all countries ».

3.2 Efficacité organisationnelle - harmonisation du fonctionnement des PCN

Le mécanisme de circonstance spécifique auprès des PCN constitue un élément, certes perfectible ainsi que nous l'avons souligné à l'observation

de la pratique jusqu'à maintenant, mais crucial pour l'efficacité d'un projet juridique tel que celui des *Principes directeurs*. Si le droit international a tant muté ces dernières années, il aspire évidemment à la sécurité. Sécurité juridique qui ne peut être assurée que par une cohérence d'interprétation, qui nécessite de structurer les PCN d'une telle façon qu'ils soient attentifs à l'action de leurs pairs chargés de dire le droit.

Les acteurs de la communauté internationale que sont les multinationales en viennent aujourd'hui à réclamer ouvertement cette sécurité juridique.¹⁵² Quelle se traduise ou non par un pouvoir de contrainte, non seulement il s'agirait de substituer l'insécurité juridique à la contrainte, ce qui en soit est une bonne mesure d'administration de la justice ; mais cette contrainte juridique serait d'autant plus légitime et donc respectée si elle s'exprimait au plus près des citoyens au sein de structures présentes dans chaque pays telles que les NCP présents dans chaque pays membre de l'OCDE.

S'il on met de côté la perspective peu probable d'évolution contraignante de l'intervention des PCN dans les circonstances spécifiques, à tout le moins, leur légitimité, leur efficacité et le respect de l'objectif d'équivalence fonctionnelle¹⁵³ ne pourraient qu'être renforcées par :

- l'intégration systématique dans le collège en charge du traitement des dossiers : des ONG au rang d'organes consultatifs au même titre que le BIAC et le TUAC, de magistrats et de juristes ;
- l'organisation d'une présidence tournante (chaque semestre à l'instar de la commission européenne) ;
- une indépendance plus grande des PCN à l'égard de leur ministère de tutelle en vue de respecter l'exigence d'impartialité ;
- une interaction avec les juridictions nationales pour les litiges internationaux

¹⁵² C'est le cas par exemple de ABB, BP et Coca Cola et Grind qui par la voie de leurs représentants lors d'une conférence de la Commission Internationale des Juristes ont exprimé ce besoin de sécurité juridique et leur accord pour étudier toute proposition prévoyant une contrainte en cas de non respect de leurs engagements.

¹⁵³ Rappelons l'objectif d'équivalence fonctionnelle qui vise particulièrement trois critères essentiels afin d'atteindre cet objectif : la visibilité, l'accessibilité, la transparence. Pour des définitions de ces quatre notions cf. *les commentaires sur les Lignes directrices* p64 disponibles sur : [http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/8d00615172fd2a63c125685d005300b5/d1bada1e70ca5d90c1256af6005ddad5/\\$FILE/JT00115759.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2000doc.nsf/8d00615172fd2a63c125685d005300b5/d1bada1e70ca5d90c1256af6005ddad5/$FILE/JT00115759.PDF)

dont elles sont saisies impliquant des entreprises multinationales.

Synthèse 3

Il résulte des développements qui précèdent que si des obstacles demeurent à l'utilisation des *Principes directeurs* comme principes de droit international coutumier, ils résultent moins du caractère jugé trop général des *Principes directeurs* régulièrement soulevés par les adversaires de cette mutation¹⁵⁴ ou de leur champ d'application territoriale¹⁵⁵, que des dysfonctionnements des organes en charge de leur application.

Ces dysfonctionnements résultent à la fois des modalités d'organisation des PCN et des positions adoptées par le Comité d'Investissement par la voie de Déclarations suite à des demandes de clarifications. Améliorer les modalités d'application des *Principes directeurs* résultant des *Lignes directrices* de procédure contribuerait largement à leur dissémination dans d'autres instances chargées de dire le droit et à ainsi accélérer les effets de l'entrée de la RSE dans le droit international coutumier.

CONCLUSION

Bilan plus que contrasté de l'efficacité des *Principes directeurs* de l'OCDE à l'intention des multinationales. Leur caractère non contraignant affiché constitue incontestablement, avec la

¹⁵⁴ Ceci n'est pas un obstacle insurmontable dans la mesure où cela correspond à la nature même des règles coutumières comme l'exprime la CIJ dans l'affaire du Golfe du Maine : « Le droit international...coutumier ne peut, par sa nature même, fournir...que quelques principes juridiques qui énoncent les directives à suivre en but d'un essentiel...chaque cas concret est...différent des autres... est un unicum, et...les critères les plus appropriés...ne peuvent le plus souvent être déterminés que par rapport au cas d'espèce et aux caractéristiques spécifiques qu'il présente... » [CIJ, 12 nov. 1984, aff. Golfe du Maine, arrêt : Rec. P. 292, 293 cité in Jurisclasseur Droit international, Fasc. 13, 2^e Cahier, n°85].

¹⁵⁵ Le champ d'application des principes limités aux pays membres de l'OCDE n'est pas un obstacle insurmontable. En effet, non seulement l'activité des multinationales hors pays de l'OCDE peut faire l'objet d'une saisine du PCN de son pays d'origine, mais les 39 pays adhérents au Principes sont à la source de la majeure partie de l'investissement direct étranger mondial et la plupart des grandes multinationales y ont leur siège (sur les 100 premières multinationales de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 96 sont couvertes par les Principes) - World Investment Report 2006, p. 280 et s. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf]. Mais surtout, cette limitation géographique qui n'est plus que relative, ne remet pas en cause la cohérence des principes qui sont le prolongement plus précis de principes généraux de droit ou coutumes préexistantes.

faible harmonisation des travaux des NCP et du Comité d'Investissement et la nature souvent politique des positions adoptées, les principales raisons de leur échec, relatif toutefois, dans la lutte contre l'injustice de l'impunité généralisée des mauvaises pratiques des multinationales.

En d'autres termes on pourrait résumer la situation ainsi : les Etats manquent à leurs obligations résultant des *Lignes directrices de procédure* et les entreprises continuent de violer les *Principes directeurs*.

Les obstacles aujourd'hui rencontrés pour assurer l'effectivité des *Principes directeurs* n'enlèvent pourtant rien au fait qu'ils constituent un outil précieux pour combler le vide juridique actuel d'appréhension par le droit des actes d'entreprises multinationales dommageables pour l'intérêt général.

Leur mutation progressive vers un caractère contraignant que nous avons tenté de démontrer, via l'intégration dans la sphère d'influence de la coutume internationale, résulte plus d'une évolution du droit international lui-même à l'égard de la notion de Responsabilité Sociale des Entreprises. Ce phénomène se traduit par l'existence de multiples tentatives d'encadrement de l'action des entreprises multinationales au sein de l'UE, l'ONU.

Reste que les *Principes directeurs* s'accompagnent d'un outil de mise en oeuvre aussi inédit que remarquable : les *Lignes de procédure*. Les modalités d'action des NCP aujourd'hui sont si mouvantes, tout particulièrement depuis la réforme de 2000 et la possibilité ouverte aux ONG de déposer des circonstances spécifiques, que l'on peut légitimement estimer qu'un mouvement de réforme est en cour. Quelle direction prendra cette réforme qui devra permettre aux PCN de jouer pleinement leur rôle d'acteur en charge de dire le droit ? Difficile à prévoir même si l'arbitrage au sens plein du terme semble, à terme, une des évolutions naturelles de la tâche confiée aux PCN.

Ce contexte créer des conditions inédites de mutation qui, même si elles ne sont pas prises en compte par les pays membres de l'OCDE, n'en continueront pas moins de prospérer par le biais d'autres canaux et instances juridictionnelles nationales ou instances arbitrales internationales.

Faute d'une telle prise en compte par les pays membres de l'OCDE, la multiplication des recours déposés devant les PCN ne manquera pas d'exacerber les incohérences de leur mode de fonctionnement actuel, générant rapidement des impasses majeures, créant ainsi peut-être les conditions d'une nécessaire évolution.

Il ne s'agit en aucun cas d'une attitude de défiance¹⁵⁶ mais au contraire de l'observation des effets de la sphère d'influence grandissante des entreprises multinationales et de l'émergence d'une aspiration de la communauté internationale à un développement durable combinée au besoin de sécurité juridique appelé de leurs vœux par tous les acteurs concernés.

La question de la nécessaire et possible mutation des outils de soft law est au coeur de ce débat si contemporain qui associe les Etats, les entreprises et les ONG. Du côté de Sherpa, il y a une volonté de réfléchir, en dehors de tout *a priori*, aux moyens de parvenir à une sécurité juridique appelée de leurs vœux par tous les acteurs concernés. Un des paradoxes de la soft law et des *Principes directeurs* en particulier est qu'ils ont été imaginés pour éviter le recours au hard law. Ce que les rédacteurs n'avaient pas prévu c'est leur développement qui entraîne une sortie progressive de leur tutelle de départ à la faveur d'un maillage normatif complété par d'autres outils équivalents. Parmi ces outils, les engagements éthiques des entreprises, devenus un paramètre à part entière de leur activité, contribuent largement à densifier leur statut juridique.

Sherpa trouve encourageant que ces instruments puissent montrer leur capacité de mutation dynamique et cette étude tente d'apporter une contribution à ce processus.

¹⁵⁶ Ce n'est pas nouveau qu'une norme prenne une tournure non prévue par ses rédacteurs. Rappelons à cet égard l'évolution pour le moins inattendue de l'utilisation du chapitre 11 de la convention UNCITRAL : "While challenges to government actions are inevitably part of providing legal protection for foreign investors, the implementation of Chapter 11 to date reflects a disturbing lack of balance between the protection of private interests and the need to promote and protect the public welfare. The nature of the challenges brought so far has even surprised many of the agreement's authors (...) Particularly disturbing is the large proportion of these cases that are brought against environmental laws and regulations" [*Private Rights, Public Problems – A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*, iisd, p. vii-viii - http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide.pdf].

La présente étude n'est que le résultat d'un recensement évidemment partiel, mais nous l'espérons néanmoins représentatif de cette évolution qui tend vers le repositionnement de l'intérêt général au coeur du droit international.

Les conclusions de cette étude seront présentées dans le cadre des travaux de OECD Watch et particulièrement à l'occasion de la réunion annuelle de Bruxelles le 15 juin 2007. Un processus de consultation de toutes les parties intéressées sera initié à cette occasion pour recueillir les commentaires de toutes personnes intéressées. Sherpa a convaincu OECD Watch de la faire circuler dans les prochains mois au sein de la communauté universitaire internationale afin d'obtenir la position de tous les professeurs de droit intéressés et ainsi contribuer à étoffer la doctrine juridique en matière de responsabilité sociale des entreprises. Elle sera par ailleurs communiquée au Professeur John Ruggie.

Association Sherpa
77 Boulevard Sébastopol - 75001 Paris
Tel : 33-1 42 21 33 25 - Fax : 33-1 42 60 19 43
E-mail : asso.sherpa@wanadoo.fr
Site web : www.asso-sherpa.org