

Université de Montréal

La responsabilité sociétale des multinationales canadiennes à l'aune de l'AECG

Par

Ruiz-Pardo Mélanie

Faculté des Études supérieures, Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maitrise

en droit des affaires

Avril 2020

© Ruiz-Pardo, 2020

Résumé

Les normes et lignes directrices encadrant la responsabilité sociale des entreprises reçoivent application seulement au moment où les États et entreprises décident de les appliquer. Ce volontarisme est synonyme d'autorégulation. Dans un contexte de mondialisation, les gouvernements ont souhaité accorder de plus en plus de liberté au marché et en ce sens aux grandes entreprises. Afin de faciliter les échanges commerciaux internationaux, les investisseurs directs étrangers bénéficient dorénavant de protections internationales face aux réglementations des pays hôtes, quitte à évincer des considérations essentielles vis-à-vis de la société.

Les impacts des multinationales sur la société sont justement encadrés par la RSE dont les organisations internationales posent les balises grâce à des normes et standards internationaux. La prise en compte sur une base volontaire des enjeux de la société sont dorénavant présents dans les accords de libre-échange dit de nouvelle génération comme l'*Accord économique et commercial global* entre le Canada et l'Union européenne. Les parties sont encouragées à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises. Cependant, ceux-ci souffrent de difficultés inhérentes à leur nature. En ce sens, les multinationales sont souvent à l'abri de sanction contre leurs manquements puisque leurs statuts juridiques restent encore compliqués. Ensuite, l'arbitrage d'investissements apporte aux investisseurs étrangers un pouvoir de contrebalancer leurs obligations. Les pays d'accueil sont soumis à l'attractivité et la concurrence malgré leurs devoirs de respecter des valeurs universelles de la communauté internationale. Ces valeurs universelles de la communauté internationale pourraient englober des enjeux économiques, sociaux, environnementaux afin de réunir les enjeux transversaux du XXI^e siècle.

Mots-clés : Responsabilité sociale, responsabilité sociétale, multinationale, investissement étranger, AECG, libre-échange, valeurs universelles, arbitre.

Abstract

Norms and directives of corporate social responsibility become effective only once countries and corporations decide to implement them. In a context of globalization, governments decided to encourage an increasing freedom to markets and therefore to big corporations. In order to facilitate commercial exchanges, foreign investors benefits from international protection in the face of host countries legislations. Even if it means circumventing essential societal considerations.

Corporations' societal impacts are built upon social responsibility that international organizations have created through international norms and standards. This concern on a voluntarily basis of certain societal issues now appears in so called 'new generation' free trade agreement like the European Union-Canada Comprehensive Economic Trade Agreement. Parties are encouraged to respect universally recognized guidelines and principles related to corporate social responsibility. These currently suffer from their intrinsic difficulties.

Multinational corporations are often sheltered from their breaches (to social responsibility) as their legal statue remain unclear. Furthermore, investment arbitration allows foreign investors to balance their obligations by having a scrutiny right over their host country's regulations. Those host countries are facing attractiveness and competitiveness challenges despite their obligations to respect the international community's universally accepted values.

Keywords: corporate social responsibility, multinationals, foreign direct investment, CETA, free trade agreement, universal values, arbitrator.

Table des matières

Résumé	2
Abstract	3
Table des matières	4
Liste des sigles et abréviations	7
Remerciements	10
Introduction.....	11
Titre 1 – Une responsabilité sociétale au-delà du droit de l’État-nation.....	20
Chapitre 1 : La libéralisation des échanges commerciaux	22
Section 1 – Les investissements directs canadiens à l’étranger	24
1. La définition des investissements directs étrangers.....	26
2. Les protections internationales des investisseurs directs étrangers	28
Section 2 – Le consentement des parties à l’arbitrage.....	31
1. L’arbitrage volontaire, une théorie classique contrastée	32
2. L’arbitrage forcé, une philosophie à contenu variable	34
Section 3 – La confidentialité à la lumière de l’arbitrage du CIRDI.....	36
1. La confidentialité de l’arbitrage, caractéristique d’une justice privée	38
2. La confidentialité de l’arbitrage, un frein dans le CIRDI	40
Chapitre 2 : La libéralisation de la RSE : ALE de nouvelle génération.....	43
Section 1 – Une réconciliation entre arbitrage et RSE.....	44
1. Le principe de transparence, promotion de l’intérêt général	46
2. Les conséquences de la stare decisis sur la confidentialité	48
Section 2 – Une réconciliation entre libre-échange et RSE	50

1.	L'apparition d'une instance privée d'appel	52
2.	L'investissement socialement responsable	54
Titre 2 –	Les enjeux de la responsabilité sociétale	56
Chapitre 1 –	Les entreprises multinationales au cœur de la responsabilité sociétale	58
Section 1 :	La prise en charge du développement durable	60
1.	L'émergence du concept : Le Rapport Brundtland	63
2.	Un concept évolutif : L'après Rapport Brundtland	65
Section 2 :	La RSE : La matérialisation du développement durable.....	68
1.	Une réponse collective : la norme ISO 26000.....	69
2.	Un balancier mondial : Les Principes directeurs de l'OCDE	71
Chapitre 2 –	Les entreprises multinationales : auteur de la responsabilité sociétale	73
Section 1 :	La responsabilité sociétale à la croisée de la liberté contractuelle.....	75
1.	Le forum shopping.....	76
2.	Les stratégies de délocalisation.....	79
Section 2 :	La responsabilité sociétale à la chasse à l'impunité des ETN.....	82
1.	Les crimes économiques.....	85
2.	Les crimes contre la personne	87
Titre 3 –	Aux valeurs universelles de la communauté internationale	91
Chapitre 1 :	Le rejet d'un encadrement juridique stricte	94
Section 1 :	La réduction des bornes entre disciplines juridiques.....	96
1.	Les méthodes transnationales.....	97
2.	Le pluralisme juridique ordonné.....	100
Section 2 :	L'espace normatif comme méthode d'application de RSE	102
1.	La souveraineté étatique	104

2. L'harmonie internationale des solutions	108
Chapitre 2 : Les gardiens des intérêts collectifs	110
Section 1 : La légitimité de l'arbitre international	112
1. La source de juridicité de l'arbitrage international	112
2. Les réclamations environnementales dans l'arbitrage de l'AECG	115
Section 2 : La légitimité de la société civile	117
1. La société civile mondiale en défense d'intérêts collectifs.....	118
2. L'ordre public transnational et l'éthique des affaires transnationales.....	120
3. Les risques de rebondissement au stade de l'exécution d'une sentence.....	122
Conclusion	124
Références bibliographiques	127

Liste des sigles et abréviations

ACEUM : Accord États-Unis-Mexique-Canada

ACR : Accords régionaux commerciaux

AECG : Accord économique et commercial global

ALENA : Accord de libre-échange nord-américain

ARCI : Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement

CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

DD : Développement durable

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme

ETN : Entreprise transnationale

FTN : Firme transnationale

IDE : Investissement direct étranger

ISO : Organisation internationale de normalisation

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

OMC : Organisation mondiale du commerce

ONG : Organisation non gouvernementale

ONU : Organisation des Nations Unies

PCN : Point de contact national

PNUE : Programme des Nations Unies pour l'environnement

PTP : Accord du Partenariat transpacifique

RSE : Responsabilité sociale des entreprises

TBI : Traité bilatéral d'investissement

À ma famille et mes proches, pour leur soutien inconditionnel.

Remerciements

Je tiens à remercier mon mentor, Monsieur Emmanuel Sibidi Darankoum, pour son enseignement sur l'arbitrage. De même que ma directrice de recherche Madame Konstantia Koutouki pour son accompagnement et ses précieux conseils.

Introduction

« Ensemble, nous pouvons offrir à toutes les populations la perspective d'un monde meilleur »¹.

Le message adressé au secteur privé par le regretté Kofi Annan, ancien secrétaire de l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU ») lors du Troisième Forum européen pour le développement durable et une entreprise responsable en 2004 est emblématique pour introduire cette étude. L'*Accord économique et commercial global* (ci-après « AECG ») (CETA en anglais) signé le 15 février 2017 permet de relancer le débat sur l'adhésion volontaire des entreprises multinationales aux pratiques durables, l'autonomie des parties modulée aux diverses exigences sociales, environnementales et économiques du millénaire ainsi que l'omniprésence de l'arbitrage dans la résolution des différends entre investisseurs et États. Le but est de comprendre d'une part de quelle manière les entreprises transnationales (ci-après « ETN ») ou les firmes transnationales (ci-après « FTN ») (renvoyant à la même définition) utilisent la liberté contractuelle dans leurs décisions stratégiques. D'autre part, il faut appréhender la marge de manœuvre dont disposent les arbitres internationaux pour sanctionner les manquements aux obligations des FTN. Un retour sur ces difficultés terminologiques s'impose.

Par définition, la responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE ») représente l'adoption de « mesures volontaires prises par une entreprise pour mener ses activités de manière durable sur le plan économique, social et environnemental »².

¹ Cette citation de l'ancien secrétaire générale des Nations Unies est reprise de son message adressé au secteur privé lors du Troisième Forum européen pour le développement durable et une entreprise responsable en 2004 à Paris, voir : COUVERTURE DES RÉUNIONS & COMMUNIQUÉ DE PRESSE, *Kofi Annan au secteur privé : ensemble, nous pouvons offrir à toutes les populations la perspective d'un monde meilleur*, SG/SM/9226-DEV/2467, (29 mars 2004), en ligne : <<https://www.un.org/press/fr/2004/SGSM9226.doc.htm>> (consulté le 24 septembre 2019).

² INDUSTRIE CANADA, *Responsabilité sociale des entreprises (2014). Guide de mise en œuvre à l'intention des entreprises canadiennes*, Ottawa, (2014), en ligne : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/csr-rse.nsf/vwapj/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf/\\$file/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/csr-rse.nsf/vwapj/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf/$file/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf)> (consulté le 17 décembre 2019).

Elle est même devenue une responsabilité sociétale³. Les actions des ETN doivent aller « au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement »⁴. Les ETN sont des entreprises multinationales qui « englobent une pluralité de formes juridiques de sociétés de nationalités différentes, intégrées au sein d'un organisme économique unique, tel un groupe de société »⁵. Elles sont responsables socialement de leurs actions envers la société. Cette responsabilité sociétale est parfois considérée comme une responsabilité civique⁶ et est annoncée comme une stratégie pour une « croissance intelligente, durable et inclusive »⁷ du discours de bonne gouvernance. On aura l'occasion de se demander si cette responsabilité correspond réellement aux principes de développement durable (ci-après « DD »).

Né de « profondes disparités entre le Nord et le Sud »⁸, le DD est considéré, depuis les années 90 comme la réponse « aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs »⁹. L'article 22.3 de l'AECG encourage expressément « la prise en considération de la durabilité »¹⁰. Cet accord progressiste de nouvelle génération met en place un mécanisme de règlement des différends inspiré par celui de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »). Pour bien comprendre ce mécanisme, l'arbitrage commercial « concerne des litiges dont l'objet peut ou pourrait être évalué en sommes d'argent »¹¹.

³ ISO 26000. *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, 2010, en ligne : <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf> (consulté le 25 octobre 2019).

⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM 681 (2011) final, en ligne : <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/FR/1-2011-681-FR-F1-1.Pdf>> (consulté le 01 mars 2020).

⁵ Gilles LHUILIER, *Le droit transnational*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2016, p.19.

⁶ *Rapport du Secrétaire général en matière de Renforcement de la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et tous les partenaires concernés, en particulier le secteur privé*, A/58/227, (18 août 2003), par.33.

⁷ UNION EUROPÉENNE, *Panorama 36. Assurer une croissance intelligente, durable et inclusive. Le cinquième rapport sur la cohésion économique, sociale et territoriale*, Hiver 2010-2011, en ligne : <https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/panorama/pdf/mag36/mag36_fr.pdf> (consulté le 02 janvier 2020).

⁸ Christian BRODHAG, « Développement durable », dans Cynthia GHORRA-GOBIN (dir.), *Dictionnaire de la critique de la mondialisation*, 2^e éd., Paris, Colin, 2012, p. 192.

⁹ CMED, *Notre avenir à tous*, Oslo, UNEP 21, 1987.

¹⁰ *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada d'une part, et l'Union européenne et ses États membres*, EU/CA/fr 1, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/ceta-rm-01-fra.pdf>>, art. 22.3.1.c) [AECG].

¹¹ Alain PLANTEY, « L'arbitrage commercial international », (1990) 36 *AFDI* 314.

L'arbitrage peut être interne, relatif aux conflits domestiques ou encore international. Il peut être consenti exclusivement entre particuliers, entre États voir même entre États et entreprises étrangères. Cette précision étant établie, l'arbitrage qui nous intéresse est international, voire transnational et encadré par les traités bilatéraux d'investissement (ci-après « TBI »). Il est nommé par une partie de la doctrine comme un arbitrage unilatéral¹². Cependant, cette protection accordée par le biais d'un mode privé de règlement de différends entre en concurrence avec d'autres facteurs dans les arbitrages transnationaux¹³ du XXIe siècle comme l'appuie Philippe Boulanger dans le colloque en hommage au regretté professeur Philippe Fouchard :

« Si l'on accepte par ailleurs [...] que l'arbitre est autonome par rapport à tout système étatique et se trouve être "le juge naturel" du commerce transnational, on pourrait alors affirmer qu'il doit juger en fonction non seulement de la volonté des parties, mais aussi de valeurs supérieures de la communauté internationale dans son ensemble (et pas seulement de la société des marchands), ses décisions (surtout dans l'arbitrage en matière d'investissements) ayant des effets beaucoup plus larges qu'entre les seules parties au litige. »¹⁴

D'où l'objet de notre débat aujourd'hui. Au XXIe siècle, il n'est pas évident de comprendre qui possède réellement les cartes du jeu. On peut légitimement s'interroger sur les maîtres du jeu qui édictent les normes de droit, les appliquent ou les sanctionnent lorsque les joueurs ne les respectent pas. Il est encore flou de savoir si certaines règles du jeu prévalent sur d'autres.

L'exercice est ainsi théorique puisqu'en déterminant les enjeux de la RSE, il faut nécessairement appréhender sa théorie et sa définition qui sont mouvantes.

¹² Sur l'arbitrage unilatéral, voir : Alain PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage », (2005) *Rev. arb.* 63.

¹³ Sur l'arbitrage transnational, voir : *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Égypte*, 6 juillet 1864, *Recueil des traités de la France publié sous les auspices de M. C. De Freycinet*, t. 9, 1880, p. 108.

¹⁴ Philippe LÉBOULANGER, « L'arbitrage international et l'éthique », dans *L'éthique dans les relations économiques internationales : hommage à Philippe Fouchard, Alexandrie 28 avril 2005*, Paris, Éditions Pedone, 2006, p. 256.

Le problème est aussi pratique puisque si l'objectif est de concilier les règles de responsabilité sociétale des ETN et la libéralisation des échanges, cela entraîne inévitablement des conséquences sur la pratique et les choix stratégiques des ETN soumises à ces règles.

De façon regrettable si l'on pense au *Pacte mondial*¹⁵ des Nations Unies de juillet 2000, il s'agit certes de principes universellement reconnus, mais ils ne constituent qu'un cadre pratique et non pas des instruments contraignants. Les *Principes directeurs*¹⁶ proposés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») quant à eux ne sont soumis à aucune sanction lorsque les entreprises s'en écartent. Il n'est pas dit qu'en cas de recours par une multinationale ayant commis des pratiques répréhensibles, le tribunal arbitral ne possède la compétence ni même les moyens de les dénoncer. Il faudrait peut-être commencer par rendre normatives ces bonnes pratiques. Ce qui d'une part concilierait la communauté internationale et d'autre part redonnerait de la légitimité au processus arbitral.

En ce sens, les entreprises transgressent dorénavant les frontières nationales. Les relations juridiques¹⁷ s'avèrent ne plus appartenir ni à la sphère nationale ni à la sphère internationale, mais à « une multitude de règles aussi bien d'origine privée que publique »¹⁸. Les ETN sont des sujets de la RSE, mais elles sont aussi considérées comme des acteurs par la création de nombreuses initiatives et réglementations dites de *soft law*. En effet, leurs initiatives se concrétisent par l'élaboration des engagements unilatéraux transnationaux propres à l'entreprise c'est-à-dire de nature privée. Il peut s'agir de codes de conduites.

¹⁵ *Global compact*, juillet 2000, en ligne : <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>> (consulté le 09 mars 2020).

¹⁶ Concernant les principes directeurs mis en place par l'OCDE voir, en autres : OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p.15, en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>> (consulté le 02 janvier 2020); *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, O.H.C.H.R New-York et Genève, 2011.

¹⁷ G. LHUILIER, préc., note 5, p.18.

¹⁸ *Id.*, p.1.

Il peut s'agir également d'engagements certifiés par un tiers « qui atteste de l'application et du respect d'une norme environnementale, ou sociale, ou de droits de l'Homme »¹⁹ ou encore des accords-cadres internationaux²⁰. Les initiatives peuvent être également publiques avec les *Principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales*²¹. Il s'agit d'un ensemble de recommandations précises, mais aussi des devoirs de diligence²² mis à la charge des politiques nationales et internationales. En ce sens, les législations nationales ont « l'obligation juridiquement contraignante »²³ de créer un point de contact²⁴ pour promouvoir les *Principes directeurs* et « faciliter la résolution liée à leur application »²⁵. Parfois, le respect de ses *Principes directeurs* est directement inclus dans les accords de libre-échange comme l'AECG qui stipule que :

« ENCOURAGEANT les entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et à adopter des pratiques exemplaires en matière de conduite responsable des entreprises. »²⁶

Malheureusement, les ETN « bénéficient de la plus complète impunité »²⁷ sur de nombreuses matières comme le dérèglement climatique. On peut voir un retrait des États au bénéfice des entreprises transnationales. Selon Alain Supiot, il est forcé de « constater que ce transfert des pouvoirs ne s'est pas accompagné d'un transfert corrélatif des responsabilités »²⁸.

¹⁹ *Id.*, p.157.

²⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Éditions Seuil, 2013, p.141.

²¹ OCDE, *Rapport annuel 2017 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2018.

²² *Id.*

²³ OCDE, *Rapport annuel 2016 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2017.

²⁴ *Id.*

²⁵ OCDE, *Rapport annuel 2017 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 21, p.13.

²⁶ AECG, préc., note 10, préambule.

²⁷ Alain SUPIOT et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, p.342.

²⁸ *Id.*, p.23.

Une des raisons avancées est le fait de rester dans « le paradigme d'un ordre juridique régi par le règne de la loi »²⁹. Nous partageons cette opinion, en conséquence on désire s'interroger sur les outils mis en place au-delà d'un ordre juridique préétabli afin de concilier la responsabilité sociétale des ETN canadiennes et la libéralisation des échanges commerciaux au sein de l'AECG.

Serait-il juste de sacrifier le droit de l'environnement, le droit des travailleurs ou encore l'ordre public au nom de la liberté contractuelle accordée aux entreprises multinationales ? Assurément non, il faut arriver à une conciliation et non une renonciation. Évidemment, la composition jusqu'ici n'a pas aidé à atteindre cet objectif. Le commerce international est régi par des accords dont les règles juridiques contraignantes sont le socle. Alors que la RSE repose sur un ensemble de règles non contraignantes. L'objectif est quand même important, car si on pouvait trouver un compromis, ceci peut être « un puissant levier pour faire progresser à la fois le comportement des entreprises et le respect des normes sociales et environnementales »³⁰. En ce sens, les difficultés de coercition qu'observe la RSE pourraient être réduites par la force inhérente du commerce international.

L'hypothèse retenue est l'utilisation du droit transnational comme promoteur du principe de responsabilité sociétale et l'avènement d'une nouvelle justice internationale, régulatrice des intérêts supérieurs de la communauté internationale. Toutefois, l'interdépendance entre facteurs³¹ nous oblige à dépasser le champ unique du juriste. En ce sens, la démarche proposée est d'adapter une méthode prospective, c'est-à-dire adopter un regard sur l'avenir³² qui permet selon Fouchard de prendre du recul par rapport à la stricte technique juridique.

²⁹ *Id.*

³⁰ PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, A7-0317/2010, 11 septembre 2010, p.18.

³¹ André TIANO, *La méthode de la Prospective*, coll. « Études économiques », Paris, Dunod, 1974, p.18.

³² Kimon VALASKAKIS, « Prospective, rétrospective et perspective : Un essai de modélisation du temps », (1975) 51 *L'actualité économique* 209.

Cette approche désire « à partir des tendances récentes les plus significatives [...], de rechercher les germes des évolutions futures, d'esquisser les mouvements de fond qui se dessinent et se poursuivront »³³ afin justement d'ouvrir la réflexion sur l'avenir de l'arbitrage international.

Au cours de cette étude, nous souhaitons mettre en avant la méthode transnationale comme promotion d'intérêts supérieurs et rendre compte de l'inefficacité du droit face à l'emprise des multinationales. Bien que les exigences de durabilité somment les entreprises à être plus proactives³⁴, elles n'utilisent toujours pas leurs libertés à bon escient.

Par une analyse doctrinale et jurisprudentielle, nous tenterons de démontrer que la liberté des aménagements contractuels et la réalité des affaires du XXI^e siècle peuvent cohabiter, mais sous certaines limites. Premièrement, en tant que titulaires de pouvoirs³⁵, les ETN doivent intégrer une conduite raisonnable dans leurs activités, mais aussi dans leurs « relations d'affaires et dans les chaînes d'approvisionnement »³⁶. Puisque ces actions ont « des répercussions négatives et positives, sur la société dans de nombreux domaines »³⁷. De ce fait, l'autonomie accordée, donne à ces nouveaux titulaires de pouvoir, une superpuissance juridique dans un système économique international ouvert³⁸. Leurs potentiels économiques les placent en position de force. Or, quel qu'en soit le chiffre d'affaires, ces entreprises doivent évidemment se plier à la loi ou du moins mettre tout en œuvre pour ne pas devenir une arme de destruction massive³⁹.

³³ Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? » (1989) 34 *R.D McGill* 436.

³⁴ C. BRODHAG, préc., note 8, p. 541.

³⁵ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, préc., note 20, p.139.

³⁶ OCDE, *Rapport annuel 2018 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2019.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. off. A.G.N.U., A/CONF.151/26 (1992).

³⁹ Mustapha MEKKI (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, coll. « Droit(s) et développement durable », Bruxelles, Éditions Bruylant, 2016, p.7.

Deuxièmement, il est important de recenser les instruments juridiques relatifs à la responsabilité sociale/sociétale pour présenter leurs différences et estimer qu'ils existent en suffisance. Ce foisonnement est synonyme de cacophonie. Toutefois, on le répète, il faut seulement compléter les lacunes. L'Organisation internationale de normalisation (ci-après « ISO ») tend dans cette direction en incitant les gouvernements, organisations et entreprises transnationales à aller au-delà du simple respect de la loi⁴⁰. Le souhait est de « compléter les autres instruments et initiatives de responsabilité sociétale, non à les remplacer »⁴¹. Afin d'aller plus loin sur ce point, Mireille Delmas-Marty estime « qu'il s'agisse de responsabilité ou de souveraineté, le partage incite à imaginer des techniques juridiques nouvelles pour assouplir la rigidité des normes et permettre l'évolution des pratiques »⁴². Les déviances peuvent être contrées par une meilleure responsabilisation volontaire des entreprises, car elles s'autorégulent et créent leurs propres chartes éthiques.

Troisièmement, si les entreprises n'orientent pas leurs choix stratégiques de manière à respecter le DD, la RSE ou tout autre enjeu sociétal, il faut que ce respect se retrouve dans la conscience des décideurs lorsqu'ils rendent leurs sentences arbitrales et plus particulièrement lorsqu'elles concernent les intérêts publics d'un État et/ou privés d'une ETN. L'éthique des affaires internationales étant déjà encadrée par l'ordre public dit transnational, il se pourrait que le principe de durabilité puisse devenir l'éthique de la mondialisation. Il permettrait aux arbitres internationaux d'enjoindre les parties à respecter les considérations environnementales et sociales et ainsi réduire leurs pouvoirs absolus exacerbés par le développement économique.

⁴⁰ ISO 26000. *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, préc., note 3.

⁴¹ *Id.*, p.7.

⁴² Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, vol. n°2, coll. « Couleur des idées », Paris, Éditions Seuil, 2006, p.325.

Dès lors, les arbitres internationaux pourraient légitimement devenir les gardiens des valeurs transnationales universelles. L'impuissance de la justice internationale n'est plus à débattre, mais la pertinence du forum arbitral est encore à construire.

En somme, nous tenterons d'ouvrir une discussion sur la pertinence d'établir des valeurs supérieures universelles de la communauté internationale pour rétablir la confiance du processus arbitral. La participation de la société civile est de plus en plus chose commune. Il faudrait autoriser ses parties extérieures au litige à intervenir en défense d'intérêts collectifs transfrontaliers.

Ainsi, la présente étude s'articule autour d'un triple enjeu. Cette discussion se justifie par l'interconnexion entre « la gouvernance mondiale et les liens entre le commerce, l'investissement et le développement durable sont des questions fondamentales dans le débat sur la RSE »⁴³. Nous souhaitons une justice sociale dans ce contexte de mondialisation.

En conclusion, on s'interrogera sur la RSE qui après la signature de l'AECG relance le débat sur la nature du mécanisme de règlements mis en place. Pour ce faire, nous insisterons en première partie sur la libéralisation des échanges des entreprises multinationales canadiennes particulièrement au sein de l'AECG (**Titre I**). Après avoir analysé les enjeux économiques, nous désirons les mettre en contradiction avec les enjeux de responsabilité sociétale des entreprises (**Titre II**). Dans une dernière partie, nous tenterons d'ouvrir le débat sur la mise en place de valeurs supérieures universelles communes (**Titre III**).

⁴³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, COM (2002) 347, 2002, p.7.

Titre 1 – Une responsabilité sociétale au-delà du droit de l'État-nation

En théorie, l'État moderne⁴⁴ détient un territoire, une nation, une administration permanente et une souveraineté. Dorénavant, ces attributs traditionnels de l'État-nation sont ébranlés par des facteurs intrinsèques et extrinsèques. Les facteurs intrinsèques sont inhérents à l'État. On pense notamment à la révision de sa fonction et aux politiques nationales. Concernant les facteurs extrinsèques, il peut s'agir du libre-échange, du cyberspace ou encore l'évolution des droits de la personne. L'État-nation, produit du XIXe siècle⁴⁵, est tourmenté par la mondialisation du commerce⁴⁶ et du droit.

La mondialisation est d'usage courant surtout dans les langues latines⁴⁷. Au contraire, le terme de globalisation est plus large puisque « chacun sait plus au moins ce qu'il recouvre »⁴⁸. Elle révèle une prise de conscience⁴⁹ et une meilleure compréhension des phénomènes nouveaux⁵⁰. En ce sens, une analyse du contexte de la libéralisation des échanges ne peut plus être faite seulement par rapport aux États sans aborder les « liens qui unissent désormais les différentes parties du globe terrestre »⁵¹. Toutefois, qu'on parle de mondialisation ou de globalisation⁵², tous deux ne constituent pas un phénomène nouveau.

⁴⁴ Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *Droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2018, p.52.

⁴⁵ Sur la fin de l'État-nation, voir : Jean-François DAGUZAN, *La fin de l'État-nation*, Paris, C.N.R.S Éditions, 2015, p.3-11.

⁴⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, préc., note 43.

⁴⁷ André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation : droit, science politique, sciences sociales*, Paris, L.G.D.J, 2010, p.342.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² Sur une analyse critique de la mondialisation, voir : Joseph E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, New-York, W.W. Norton, 2002.

Ils traversent une révolution silencieuse⁵³. Ils dépassent le droit de l'État-nation et redéfinissent la norme de droit qui délimite les activités et les comportements des individus⁵⁴ du XXI^e siècle. En ce sens, les faiblesses de l'État-nation sont les conséquences d'un processus de déterritorialisation⁵⁵ et dénationalisation⁵⁶. La mondialisation du droit⁵⁷ a remis en cause de façon multiforme⁵⁸ la prédominance de l'État et ses principales figures⁵⁹ autrement dit l'État-nation, l'État-centre⁶⁰ et l'État sphère publique⁶¹. Il ne faudrait pas croire pour autant que le désordre mondial⁶² que nous décrivons ne trouve aucune solution existante. Les juristes et les théoriciens du droit ont tenté d'ériger de nouvelles théories, mais la pensée juridique est complexe⁶³. D'autant plus que la pensée doit s'adapter aux réalités mouvantes⁶⁴ et particulièrement au moment de fournir un cadre utile et approprié à la complexité contemporaine⁶⁵.

Avant d'aborder les enjeux de RSE, il apparaît nécessaire d'esquisser le cadre historique de l'émergence de la libéralisation des échanges commerciaux (chapitre 1). L'établissement d'un tel cadre est justifié par la complexité de conciliation entre le libre-échange et la responsabilité sociétale des FTN, plus précisément des multinationales canadiennes. Les difficultés du droit de l'État-nation d'encadrer ces flux transnationaux furent une situation propice à l'élaboration d'un droit transnational et au développement des instances privées dans l'arbitrage d'investissement. Mais cette richesse économique a-t-elle un prix ?

⁵³ G. LHUILIER, préc., note 5, p.374.

⁵⁴ D. CARREAU et F. MARRELLA, préc., note 44.

⁵⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, coll. « La librairie du XX^e siècle », Paris, Éditions Seuil, 1994, p.53.

⁵⁶ Sur la définition de l'espace normatif voir : G. LHUILIER, préc., note 5, p.386.

⁵⁷ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Éditions Seuil, 1998, p.11.

⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., note 55.

⁵⁹ *Id.*, p.53.

⁶⁰ *Id.*, p.15.

⁶¹ *Id.*

⁶² Mireille DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p.21.

⁶³ Sur la pensée complexe, voir : Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Éditions Seuil, 2005.

⁶⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, préc., note 42, p.32.

⁶⁵ Arturo OVALLE DIAZ, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des Études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa, 2015, p.49.

Nous pensons qu'elle ne devrait pas engendrer une destruction de l'environnement ni bafouer les droits de la personne pour obtenir plus de profit. Ces enjeux contemporains sont remis au goût du jour avec un exemple concret qui est l'AECG⁶⁶. Il n'est pas illusoire de vouloir concilier les intérêts du libre-échange et de la responsabilité sociétale des entreprises en 2020 (chapitre 2).

Chapitre 1 : La libéralisation des échanges commerciaux

Il est généralement admis que la libéralisation des échanges commerciaux procure des avantages économiques⁶⁷ non négligeables. Cet argument fut mis en avant lors de la ratification de l'*Accord du Partenariat transpacifique*⁶⁸ (ci-après « PTP ») par le Canada. La libéralisation suppose de faciliter les échanges⁶⁹, encourager l'essor du commerce et favoriser l'ouverture optimale du commerce international. Les barrières tarifaires sont réduites au maximum et deviennent inexistantes. Ses barrières sont essentiellement les droits de douane imposés à l'entrée des marchandises, autrement dit les frais imposés aux produits étrangers lors de leurs entrées sur le territoire national. Il y a également les barrières non tarifaires que constituent les autres entraves à l'entrée de marchandises étrangères. Ils sont désignés comme des « obstacles invisibles et pernicieux »⁷⁰. À nouveau, l'élimination de ses barrières⁷¹ entre le Canada et l'Union européenne était une préoccupation décisive lors des négociations préalables à la signature de l'AECG.

⁶⁶ Sur la conformité au droit européen du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État, voir : CJUE, Avis 1/17 de la cour (assemblée plénière), 30 avril 2019, en ligne <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=929830>> (consulté le 10 mars 2020).

⁶⁷ Stephen GOLUB, « Mesure des restrictions visant les investissements directs de l'étranger dans les pays de l'OCDE », 36 *Revue économique de l'OCDE* 96.

⁶⁸ Concernant les avantages et coûts rattachés à l'Accord du PTP, voir : AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Répercussions économiques de la participation du Canada à l'Accord du Partenariat transpacifique*, (12 septembre 2016), en ligne : <https://www.international.gc.ca/economist-economiste/analysis-analyse/tpp_ei-re_ptp.aspx?lang=fr#f1> (consulté le 20 mars 2020).

⁶⁹ OMC, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, WT/MIN(17)/59 (13 décembre 2017).

⁷⁰ Dominique CARREAU *et al.*, *Droit international économique*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 100.

⁷¹ Sébastien LABRECQUE et Nassiba IDEBDOU, « Les impacts potentiels de l'AECG sur les secteurs financiers du Canada et de l'Union européenne », (2015) 79 *Regards croisés Canada-Europe* 7.

À ce propos, l'AECG parle d'une obligation de réduire ou d'éliminer les tarifs et les restrictions ou les interdictions⁷² afin d'améliorer l'accès au marché⁷³. Il est évident que cette ouverture commerciale⁷⁴ est florissante pour les ETN canadiennes et européennes.

Ensuite, il s'agit d'une suite logique de la gouvernance mondiale⁷⁵. Autrement dit, l'ensemble des transactions « par lesquelles des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre et contrôlées »⁷⁶. Cette gouvernance mondiale a progressivement redessiné le paysage international et à un certain niveau répondu à l'appel des marchands internationaux.

En effet, nous sommes à la sortie de la Seconde Guerre mondiale et la volonté politique de s'unir pour devenir plus fort est omniprésente si l'on en croit le slogan « Great things happen when the world agrees »⁷⁷. Toutefois, une meilleure circulation du capital privé ne pouvait s'effectuer sans incitatifs. Dorénavant, les investisseurs étrangers disposeront d'un véhicule procédural leur permettant d'avoir un droit de regard direct sur les réglementations nationales. En permettant d'attaquer les lois conçues dans l'intérêt public, si elles ont eu pour conséquence de les priver d'un profit anticipé, les investisseurs ont désormais la qualité d'agir en droit international⁷⁸.

⁷² AECG, préc., note 10, chapitre 6, Dispositions de l'AECG.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Erick DUCHESNE et Jean-Frédéric MORIN, « Revisiting structural variables of trade negotiations: The case of the Canada-EU Agreement », (2013) 18 *International negotiation* 5.

⁷⁵ Repose sur une idée « d'un mode de régulation supranationale édictant des règles d'organisation à l'échelle planétaire issue de la coopération internationale ». Sur la notion de mondialisation, voir : Guy ROCHER, « La mondialisation: un phénomène pluriel », dans Daniel MERCURE (dir.), *Une société-monde? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Presses de l'Université Laval, De Boeck, 2001.

⁷⁶ Pierre JACQUET *et al.*, *Gouvernance mondiale : rapport de synthèse*, Paris, La Documentation française, 2002.

⁷⁷ Tel est le message que l'Organisation internationale de normalisation veut communiquer à travers son slogan, voir : ISO, Strategy 2016-2020, (2015), en ligne : <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_strategy_2016-2020.pdf> (consulté le 19 avril 2019).

⁷⁸ À ce titre, l'investisseur est considéré par la jurisprudence arbitrale comme titulaires de droits conventionnels, voir : *Corn Products International, Inc. c. The United Mexican States*, CIRDI, 15 janvier 2008, ARB(AF)/04/01, par.170.

Il est essentiel de cerner la définition d'un investissement direct étranger (ci-après « IDE ») afin de comprendre quels types d'entre eux sont soumis à la protection des mécanismes de différends (Section 1). Ensuite, il sera question du consentement des parties à l'arbitrage à la lumière du CIRDI (Section 2), car il est impératif de comprendre de quelle manière un investisseur étranger émet son consentement puisque « d'un côté l'État présente une offre permanente dans un traité, un contrat ou une loi que l'investisseur est en droit de saisir par l'expression de son propre consentement »⁷⁹. De ce consentement découle le pouvoir juridictionnel du juge privé⁸⁰. Finalement, nous traiterons de la confidentialité dans l'arbitrage d'investissements (Section 3).

Section 1 – Les investissements directs canadiens à l'étranger

Selon le Bilan des investissements internationaux du Canada⁸¹, les IDE s'élèveraient à 1 288 869 millions de dollars en 2018 alors qu'ils étaient de 845 203 millions de dollars en 2014. Une lecture, même sommaire du bilan, démontre que les IDE affichent des records⁸². Les deux premiers partenaires commerciaux du Canada sont sans surprise les États-Unis et l'Europe. Selon Bertin Coté, les IDE sont primordiaux pour le Canada puisque la motivation centrale canadienne est bien « sa vocation d'exportateur »⁸³.

⁷⁹ Charles LEBEN *et al.*, *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Éditions Pedone, 2015, p.324.

⁸⁰ Chrysoula PANOU, *Le consentement à l'arbitrage : étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, 2011, p.23.

⁸¹ STATISTIQUE CANADA, *Bilan des investissements internationaux, investissements directs canadiens à l'étranger et investissements directs étrangers au Canada, par pays, annuel (x 1 000 000)*, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3610000801&request_locale=fr> (consulté le 24 février 2020).

⁸² OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement. Optimiser les avantages. Minimiser les coûts*, (2002), en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/investissement/investissementpourledeveloppement/1959806.pdf>> (consulté le 02 mars).

⁸³ GROUPES D'AMITIÉ FRANCE-ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, FRANCE-CANADA et FRANCE-AMÉRIQUE DU SUD, *L'accord de libre-échange nord-américain, ALENA-NATFA : genèse, résultats et perspectives : actes du colloque organisé au Sénat le 7 novembre 1996*, Les Documents de travail du Sénat 12, Paris, p.27.

D'ailleurs si les IDE⁸⁴ sont associés à la prospérité économique du Canada, ils sont par contre vus d'un mauvais œil lorsqu'ils permettent de contourner les législations protectrices des droits de la personne, du droit de l'environnement ou encore du droit social. Ainsi, l'IDE est parfois un danger pour la RSE lorsque plusieurs grands groupes effectuent une prise de participation majoritaire. Ceci se produit lorsqu'un actionnaire possède plus de 50 % d'une entreprise. Ceci met largement en péril l'autorité des législations nationales lorsqu'une poignée de personnes détiennent les rênes des flux transnationaux.

Toutefois, le constat n'est pas que négatif. L'IDE permet « d'acquérir un intérêt durable dans une unité institutionnelle résidente dans une autre économie »⁸⁵. Il a également une influence sur la formation de capital humain⁸⁶, sur les nouvelles technologies ou encore sur le transfert d'informations. Ces avantages sont d'autant plus importants lorsqu'ils permettent à des pays en voie de développement d'obtenir un partage de savoir. Autrement dit, les IDE sont essentiels pour l'économie du pays d'origine, mais aussi du pays d'accueil.

En revanche, sa définition⁸⁷ est disparate et renvoie indéniablement aux contrats d'États. Selon Charles Leben, un contrat d'état « est un contrat conclu par l'État avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement, mais pas nécessairement) »⁸⁸.

⁸⁴ Sur l'IDE mondial, voir : CNUCED, *World investment report 2018. Investment and new industrial policies*, (2018), en ligne : <<https://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2018/#key-messages>> (consulté le 11 mars 2020).

⁸⁵ INSEE, *Investissements directs étrangers. Définition*, (novembre 2019), en ligne : <<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1263>> (consulté le 01 mars 2020).

⁸⁶ Voir, en autres : OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement. Optimiser les avantages. Minimiser les coûts*, préc., note 82; OCDE, *Rapport annuel 2017 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 21.

⁸⁷ Sur la protection et promotion des investissements en droit international général, voir : Jean-Pierre LAVIEC, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985.

⁸⁸ Latty FRANCK, « Arbitrage transnational et droit international général », (2008) 54 *AFDI* 467.

On ne s'attardera pas à développer la notion d'un contrat d'État, nous tenons pour acquis que la doctrine et la jurisprudence retrouvent dans ceux-ci des caractéristiques propres permettant de les caractériser comme des contrats d'investissements ou accord de développement économique⁸⁹. Savons-nous les critères de qualification juridique de l'IDE (Paragraphe 1) ? Un retour sur ces difficultés s'impose pour comprendre à quel titre un investisseur et ses biens bénéficient de l'accès aux protections internationales (Paragraphe 2).

1. La définition des investissements directs étrangers

Nous prendrons comme point de départ la jurisprudence *Salini C. Maroc* du 23 juillet 2001⁹⁰ et les critères objectifs de l'investissement. En effet, la définition juridique dégagée par le tribunal arbitral répondait à trois critères. Il s'agit d'un apport, une certaine durée d'investissement et un risque. Les travaux de doctrine soulignent que ceux-ci « ne sont pas d'application alternative, mais bien d'application cumulative »⁹¹. Sur la base du Préambule de la *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États*⁹² adopté le 18 mars 1965 (ci-après « Convention de Washington »), la doctrine ajoute un quatrième critère à l'équation à savoir la contribution au développement économique du pays d'accueil. À la suite de différents courants doctrinaux et de longues discussions jurisprudentielles⁹³ notamment lors de l'affaire *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*⁹⁴ de 2007, une approche plus pragmatique va se développer pour laisser place à une perception conceptualiste de l'investissement. Encore là, deux courants divisent cette appréciation.

⁸⁹ Charles LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », (2004) 50 *AFDI* 686.

⁹⁰ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, CIRDI, 23 juillet 2001, ARB/00/4, en ligne : <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>> (consulté le 12 mars 2019).

⁹¹ Dieudonné Edouard ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements*, 1^{ère} éd., coll. « arbitrage », Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012.

⁹² Sur l'avènement de la Convention de Washington, voir *Id.*, chapitre introductif p.82-131.

⁹³ *Id.*, chapitre 1.

⁹⁴ *Malaysian Historical Salvors et autres (MHS) c. Malaisie*, CIRDI, 17 mai 2007, ARB/05/10, en ligne : <<http://www.italaw.com/documents/MHS-jurisdiction.pdf>> (consulté le 13 mars 2019).

L'acceptation restrictive désire une application cumulative des critères alors que les opposants les considèrent comme de simples caractéristiques laissant aux tribunaux arbitraux la flexibilité de leurs analyses de qualification. Pour reprendre l'expression de Guillaume Aerou, il s'agit bien d'une « cacophonie de l'investissement »⁹⁵. Quoi qu'il en soit, depuis une décision *Saba Fakes*⁹⁶ du 14 juillet 2010 trois éléments sont retenus soit la contribution, la durée et le risque. Quant à l'OCDE, il ajoute aux caractéristiques, un intérêt durable⁹⁷, afin de le qualifier comme un investissement direct étranger. L'article 8.1⁹⁸ de l'AECG reprend les trois critères cumulatifs de l'IDE et dresse une liste non exhaustive⁹⁹.

Il est à noter que les investisseurs ne sont pas bénéficiaires uniquement des règles établies selon les différents traités de protection des investissements étrangers. Cependant, le débat est bien trop large pour être couvert par cette étude.

Toutefois, il est quand même important de signaler que la définition de l'IDE est primordiale pour qu'un mouvement international de capital soit qualifié en tant que tel et ainsi lui permette d'accéder au régime de protection des investisseurs étrangers sur la base des TBI. De surcroît, la détermination de la nationalité de la FTN est primordiale. Lors de l'ouverture du règlement de différends, l'investisseur doit évidemment justifier de son appartenance de manière continue à l'État signataire. En ce sens, l'État garde sa part de souveraineté. Parfois, les investisseurs étrangers bénéficient « clairement de la politique d'attrait »¹⁰⁰ de leur propre pays.

⁹⁵ Guillaume AEROU et Arnaud DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, coll. « Colloque », Paris, Éditions Pedone, 2015, p. 11.

⁹⁶ *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ARB/07/20), Award, July 14, 2010, en ligne : <http://www.italaw.com/documents/Fakes_v_Turkey_Award.pdf> (consulté le 13 mars 2019).

⁹⁷ STATISTIQUE CANADA, *Investissement direct étranger*, (2018), en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/13-607-x/2016001/48-fra.htm>> (consulté le 2 janvier 2020).

⁹⁸ AECG, préc, note 10, art. 8.1.

⁹⁹ Leila LANKARANI, « La nouvelle version de l'AECG et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger » dans Hervé Agbodjan PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p.448.

¹⁰⁰ Suzy H. NIKIËMA, « Définition de l'investisseur », *Bonnes pratiques*, mars 2012, en ligne : <https://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf> (consulté le 04 mars 2020).

Il ne faut pas oublier que les IDE n'ont pas qu'une vocation économique. Ils sont aussi bénéfiques pour la société. Ils créent des emplois et ouvrent de nouveaux marchés. Ils sont également utiles pour la RSE, car les entreprises en adoptant des politiques responsables aident « à améliorer les conditions environnementales et sociales dans le pays d'accueil »¹⁰¹.

Finalement, il est fondamental de mettre en place « un climat de stabilité, transparence, prévisibilité, non-discrimination et protection pour les entreprises et les particuliers qui font des affaires à l'étranger »¹⁰². Ce constat étant fait, il reste à établir l'évolution des protections internationales des investisseurs étrangers avec la multinationalisation des entreprises (Paragraphe 2).

2. Les protections internationales des investisseurs directs étrangers

Depuis les années 40, la multinationalisation des entreprises c'est-à-dire le fait pour une entreprise nationale de devenir multinationale s'accélère et leurs défenses sur le plan international au XIXe siècle s'effectuent exclusivement par la voie diplomatique¹⁰³ et les armes. Toutefois, celle-ci sera vite dépassée, la scène internationale restant le champ idéal de l'observation¹⁰⁴ et des innovations, le droit de recourir à une justice privée et confidentielle sera progressivement introduite par le biais des clauses compromissoires. Ces clauses sont insérées directement « dans un contrat par laquelle les parties conviennent à l'avance de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître entre elles lors de l'exécution du contrat »¹⁰⁵.

¹⁰¹ OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement. Un maximum d'avantages pour un minimum de coût*, préc., note 82.

¹⁰² AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Investissement*, (2018), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/invest/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 2 janvier 2020).

¹⁰³ Sur définition de la protection diplomatique, voir : *Rapport de la Commission du droit international*, A/61/10, (2006) 2 ACDI 4.

¹⁰⁴ Ali MEZGHANI, *L'illicite dans le commerce international* » dans *L'éthique dans les relations économiques internationales : homme à Philippe Fouchard*, Paris, Éditions Pedone, 2006, p. 193.

¹⁰⁵ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, « clause compromissoire ».

En effet, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI ») sous l'impulsion de la Banque mondiale va encadrer ce consentement dit *différé* ou *forcé*. En ce sens, l'investisseur¹⁰⁶ est doté d'un recours direct contre l'État d'accueil par le biais du CIRDI. Grâce à ce cadre juridique suffisamment coercitif¹⁰⁷, il s'agit d'assurer une protection contre les expropriations intempestives des investisseurs. En effet, lorsqu'un investisseur étranger répond à cette qualification, il bénéficie de droits et de garanties inclus au sein du TBI applicable. Cette protection juridique s'associe bien souvent à l'accès direct à une poursuite contre l'État d'accueil.

Par exemple, un investisseur de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹⁰⁸ (ci-après « ALENA ») a la possibilité d'alléguer qu'un des pays d'accueil a contrevenu à ses obligations. Malgré cet aspect positif, il est à noter que de nombreuses clauses sont source de contestation. La plus connue est celle de la nation la plus favorisée¹⁰⁹. Elle stipule que, du moment où l'on accorde un privilège quelconque à un pays parti à l'accord, on doit l'appliquer à l'ensemble des autres pays signataires. D'autres normes sont présentes comme le traitement national¹¹⁰, la norme minimale de traitement¹¹¹ ou encore les prescriptions de résultats¹¹². Grâce à une réglementation non discriminatoire, l'investisseur étranger n'est censé ne courir aucun risque inutile. C'est dans cette lignée que la mission du chapitre 11 de l'ALENA est d'offrir aux investisseurs des pays signataires un climat d'investissement « prévisible et fondé sur des règles, ainsi que des procédures de règlement des différends conçues de manière à permettre un recours opportun à un tribunal impartial »¹¹³.

¹⁰⁶ S. H. NIKIËMA, préc., note 100.

¹⁰⁷ Swann BOMMIER et Victoire CAÏLA, « Face à l'impunité des multinationales », (2020) 4287 *Études* 22.

¹⁰⁸ *Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./E.-U., [1994] R.T.Can. n° 2, en ligne : <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 14 octobre 2019).

¹⁰⁹ *Id.*, art. 1103.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*, art. 1105.

¹¹² *Id.*, art. 1106.

¹¹³ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) – Chapitre 11 – Investissement, (05 avril 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=fra>> (consulté le 2 janvier 2020).

Ce chapitre 11 est considéré comme un outil précurseur pour les pays développés¹¹⁴. À l'heure actuelle, plus de trente poursuites contre le gouvernement du Canada ont été recensées¹¹⁵ sur cette base juridique. Toutefois, les critiques n'ont pas tardé à fuser à cause de la possibilité d'un « effet direct sur la capacité de l'État d'intervenir sur certains sujets d'intérêt général »¹¹⁶.

À l'inverse des enjeux positifs, certains investisseurs choisissent de manière délibérée un TBI ou un traité fiscal afin de jouir d'une protection la plus avantageuse¹¹⁷. Ceci est appelé le *treaty shopping*¹¹⁸. Pourquoi est-il intéressant de survoler les protections internationales des investisseurs étrangers dans cette partie sur la responsabilité sociétale au-delà de l'État-nation ? D'une part, il révèle l'équilibre voire le déséquilibre des pouvoirs au sein du commerce international. D'autre part, l'investisseur protégé n'est pas considéré juridiquement comme un individu. Ceci démontre encore que la protection de l'État-nation¹¹⁹ n'est pas efficace.

Finalement, on pourrait penser que la libéralisation des politiques commerciales¹²⁰ et le régime des IDE rentrent en contradiction avec la promotion de la RSE. Nous reviendrons sur cette affirmation dans le deuxième chapitre de ce titre¹²¹. En attendant, voyons de quelle manière l'arbitrage des investissements a développé ses caractères propres¹²² s'écartant de la vision traditionnelle de l'arbitrage concernant le consentement et la confidentialité (Section 2).

¹¹⁴ Karim BENYEKHLEF, « Sur la protection des investisseurs étrangers », 11 août 2014, en ligne : <<https://www.karimbenyekhlef.ca/blogue/2014/08/11/sur-la-protection-des-investisseurs-etrangeurs/>> (consulté le 10 novembre 2019).

¹¹⁵ AFFAIRE MONDIALES CANADA, *ALENA Chapitre 11 – Investissement*, (13 mars 2020), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=fra>> (consulté le 22 mars 2020).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ G. LHUILIER, préc., note 5, p.92.

¹¹⁸ *Infra*, p. 82.

¹¹⁹ J.-P. LAVIEC, préc., note 87, p.11.

¹²⁰ Daniel DUFOURT, « Un ordre constitutionnel libéral est-il le seul fondement possible d'un droit mondial de l'investissement ? » dans Filali OSMAN, *L'Organisation Mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? Actes et Débats de colloque*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001, p. 3.

¹²¹ *Infra*, p.51.

¹²² Emmanuel GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », (2003) 3 *Revue d'arbitrage* 854.

Section 2 – Le consentement des parties à l'arbitrage

La protection des investisseurs dans les TBI déclenche généralement l'accès direct au mécanisme de règlements des différends. En théorie, ce recours est effectué de manière consensuelle. Autrement dit, les parties donnent leurs accords. Il s'agit d'une manifestation de leurs volontés¹²³. Cette volonté est libre, mais encadrée, car elle reste contrôlée par le législateur. Son intervention permet soit « aux parties de recourir à l'arbitrage en telle ou telle matière, et c'est l'arbitrage volontaire, soit en décrétant que tel ordre de litige sera obligatoirement soumis à des arbitres, et c'est l'arbitrage forcé »¹²⁴.

Il est important d'entrevoir la manière dont les parties émettent leurs consentements puisque cet accord de volonté justifie la légitimité du recours au processus arbitral. Autrement dit, les investisseurs qui se sentent lésés par une mesure peuvent entamer une procédure devant le CIRDI afin de la contester. Néanmoins, le pouvoir de ses arbitres est largement remis en question lorsque leurs sentences ont la capacité d'entrer en conflit avec des normes de RSE. L'arbitrage d'investissement devient ainsi une porte à des dérives possibles. Avant d'arriver à ce débat, il faut inévitablement reprendre l'arbitrage volontaire issu de la théorie classique de l'arbitrage¹²⁵ (Paragraphe 1) afin de comprendre l'arbitrage forcé dans les TBI se déroulant sous l'égide du CIRDI et soumis à la Convention de Washington¹²⁶ (Paragraphe 2).

¹²³ Paul-André CRÉPEAU (dir.) et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, « consentement », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/>> (consulté le 27 février 2020).

¹²⁴ Jean ROBERT, avec la collab. de Bertrand Moreau, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 1993, p. 3.

¹²⁵ Sur l'ensemble de la théorie de l'arbitrage international commercial, voir : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 ; René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 ; Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, 1^{ère} éd., coll. « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 1998.

¹²⁶ *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>> (Convention de Washington) (consulté le 04 janvier 2020).

1. L'arbitrage volontaire, une théorie classique contrastée

La théorie de l'autonomie de la volonté repose sur quatre idées « la volonté des parties, le contrat est la loi des parties, le contrat doit être interprété conformément à la volonté des parties, le contrat est nécessairement juste puisqu'il a été voulu »¹²⁷. Il faut donc différencier la volonté et le consentement. La volonté est intrinsèque aux individus, c'est-à-dire intérieure et invisible. Le consentement quant à lui est un accord qui constitue « une sorte de gage que l'on donne à l'autre »¹²⁸ venant du terme latin *consentire*. Ainsi, une partie doit posséder la faculté de vouloir être soumis à une procédure d'arbitrage et de librement consentir à celle-ci.

Des caractéristiques *ratione personae* doivent être réunies, même si celles-ci ne sont pas propres à l'arbitrage. Les parties doivent être capables de contracter et avoir la libre disposition du droit. C'est ainsi que l'échange de consentement peut s'opérer. Ceci s'apparente au schéma classique de l'accord de volonté en droit québécois. Par définition, l'accord de volonté se « réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne »¹²⁹.

Contrairement au consensualisme qui n'impose aucune formalité pour en assurer la validité¹³⁰, la seule expression de la volonté ne suffit pas pour produire des effets juridiques en arbitrage. François Rigaux estimait à ce propos « quelles qu'en soient les formes, l'arbitrage se traduit par l'origine du pouvoir de juger : la juridiction des arbitres a pour source la volonté des parties »¹³¹.

¹²⁷ P.-A. CRÉPEAU (dir.), préc., note 123, « autonomie de la volonté ».

¹²⁸ Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, coll. « Publications de l'Institut universitaire des Hautes Études Internationales », Genève, PUF, 2010.

¹²⁹ *Code civil du Québec*, art. 1386.

¹³⁰ H. REID, préc., note 105, « consensualisme ».

¹³¹ François RIGAUX, « Souveraineté des États et arbitrage transnational » dans Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN et Antoine LYON-CAEN (dir.), *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, p.262.

Selon cette approche, les parties ont toujours la liberté de consentir au processus d'arbitrage et d'être *de facto* soumises à une décision exécutoire. En revanche comment se matérialise ce consentement ? La forme est « le signe apparent d'une volonté qui doit exister »¹³². Par conséquent, l'expression du consentement nécessite un formalisme. De façon universelle, qu'elle se concrétise sous forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis, une convention d'arbitrage au sens large du terme est requise. L'usage moderne de l'écrit divise les législations nationales, les jurisprudences, mais également la doctrine.

L'investisseur pourrait-il être exclu d'un recours à l'arbitrage, à l'exclusion de l'hypothèse où il ne se qualifie pas comme un investisseur étranger ou que le différend n'entre pas dans le champ d'application de compétence du CIRDI ? La réponse est affirmative notamment à la lumière de la clause de déni des avantages¹³³. Un investisseur peut se voir retirer sa protection si celui-ci ne respecte pas des conditions précises. Il s'agit d'un obstacle à la justice arbitrale même si les conditions doivent être réunies afin que cette exclusion soit valide. On pense par exemple à la notification préalable¹³⁴ à l'investisseur.

Pour finir, Philippe Fouchard rappelle qu'il ne faut pas considérer comme absolue la volonté de l'autonomie puisque c'est bien en vertu de la loi sous sa dualité (juridictionnelle et contractuelle) que l'arbitrage peut être exercé. Charles Jarrosson en est venu à la conclusion « d'un caractère résiduel de la notion d'arbitrage »¹³⁵. En ce sens, au regard de la section qui suit, le consentement n'est pas volontaire au sein de l'arbitrage forcé (Paragraphe 2).

¹³² David DEROUSSIN, « Bentham, l'utilitarisme et le contrat » dans *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Pessac, PUB, 2010, p.434.

¹³³ Sur la clause de déni des avantages, voir : CNUCED, *Portée et Définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux accords internationaux d'investissement II, New-York, (2011), en ligne : <http://unctad.org/fr/docs/diaeia20102_fr.pdf> (consulté le 17 avril 2019).

¹³⁴ Ibrahim FADLALLAH, Charles LEBEN et Éric TEYNIER, « Investissements internationaux et arbitrage », (2010) 2010-4 *Les Cahiers de l'arbitrage* 1078.

¹³⁵ Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987, p. 27.

2. L'arbitrage forcé, une philosophie à contenu variable

« Pour être forcé, un arbitrage n'en reste pas moins un arbitrage »¹³⁶.

La liberté de consentement est reconnue en droit des traités¹³⁷. Il est nécessaire qu'un État exprime son consentement par « la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion ou par tout autre moyen convenu »¹³⁸. De manière différée, il faut qu'un investisseur approuve ou du moins son comportement porte à conclusion qu'il ait adhéré à la clause compromissoire. La manifestation du consentement au sein d'un arbitrage du CIRDI ou conformément au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*¹³⁹ reste donc la fondation du processus¹⁴⁰ et « le seul fait de l'existence d'un investissement agréé tient lieu de consentement »¹⁴¹. Or celui-ci n'a pas été parti à la conclusion du traité, il s'impose à lui. L'opinion dissidente dans l'affaire *ABCI Investments N.V. c. République tunisienne*¹⁴², soulignait dans leurs commentaires un certain laxisme sur la notion de consentement.

Ceci paraît étonnant lorsqu'on compare avec la théorie conventionnelle de l'arbitrage qui sous-entend un consentement express des parties. Même lorsque les dispositions législatives entrevoient un consentement implicite, celui-ci requiert toujours certaines caractéristiques propres et ne peut découler que d'une simple adhésion à un traité. Néanmoins avec la libéralisation économique, cette simple adhésion constitue un consentement.

¹³⁶ *Id.*, p. 17.

¹³⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, R.T.N.U (n° 18232).

¹³⁸ *Id.*, art. 11.

¹³⁹ *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, 2013, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 mars 2020).

¹⁴⁰ *Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIRDI, 10 juin 2010, ARB/07/27, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsidocs/ICSID-Convention.aspx>> (consulté le 12 mars 2020).

¹⁴¹ *ABCI Investments N.V. c. République tunisienne*, CIRDI, ARB/04/12, en ligne : <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1346.pdf>> (consulté le 14 avril 2019).

¹⁴² Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xx^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Litec, Paris, 2000, p. 223.

Le professeur Oppetit voyait déjà en 1988 « un désir de régler les différends par une voie de type arbitral, au sens large, susceptible éventuellement d'être imposée aux parties par une autorité supérieure »¹⁴³. On peut dire qu'une partie, en l'occurrence un investisseur étranger ne pourrait pas jouir d'un consentement autonome dans un arbitrage unilatéral. La professeur Brigitte Stern estime même qu'il s'agit « d'un consentement purement virtuel »¹⁴⁴.

Quelle qu'en soit sa dénomination, quelle serait dès lors la forme requise pour que ce consentement soit valide ? Pour répondre à cette question, il faudra attendre la signature de la Convention de Washington pour que la référence d'un écrit soit faite au sein de l'article 25 (1)¹⁴⁵. Pourquoi cette référence ne fut-elle pas antérieure dans le droit des investissements ?

Une des raisons est que la pensée qui anime le corpus législatif¹⁴⁶ du droit des investissements est inspirée par une politique d'attractivité. Pour prendre comme exemple le droit à la protection privée, il a été rarement reconnu par les textes. Il fut consacré au sein de l'article 17 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴⁷ (ci-après « DUDH ») ainsi que la jurisprudence¹⁴⁸. Initialement, le droit international coutumier encadrait cette protection des biens étrangers et c'est « l'extension des règles de protection qui s'est traduite par l'apparition de ce que nous appelons aujourd'hui le droit des investissements »¹⁴⁹.

¹⁴³ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, préc., note 125, p.444.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, préc., note 126, art. 25 (1).

¹⁴⁶ Le droit administratif global développé par le juge italien Casasse repose sur l'échange d'informations et coopérations entre autorités nationales des états participants et l'indépendance institutionnelle pour réduire le déficit démocratique, voir : Dan KRAFT, *Notes du cours DRT 6580 (Droit des intégrations économiques)*, Montréal, 2016.

¹⁴⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U, 3^e sess., suppl. n°13, p.17, Doc. N.U. A/810 (1948), art.17.

¹⁴⁸ D. E. ONGUENE ONANA, préc., note 91, p.114.

¹⁴⁹ *Id.*, p.110.

L'article 1122¹⁵⁰ de l'ALENA nous indique trois possibilités. Il faut un consentement écrit, une convention écrite ou un accord aux termes de l'article I de la *Convention interaméricaine*¹⁵¹. Cette liberté permet donc à l'investisseur de choisir entre l'arbitrage institutionnel (CIRDI) et l'arbitrage CNUDCI. De plus, la volonté des parties est irrévocable. Le consentement de l'État d'accueil ne peut être retiré puisque l'adhésion au traité « crée le consentement nécessaire à la validité du centre »¹⁵². En réalité, la spécificité des relations économiques plaide en faveur d'un relâchement des exigences de forme. L'arbitrage désire offrir une souplesse aux parties. Si cette facilité permet d'accorder une protection plus efficace aux investisseurs et ainsi répondre à leurs attentes lors d'une réparation d'un préjudice, il est juste de dire que la mission de l'arbitrage est remplie. Relativisons nos propos à la lecture de l'article 48 (5) de la Convention de Washington¹⁵³ qui nécessite le consentement des parties pour la publicité de la sentence rendue dans un différend.

Ce constat étant fait, reste à établir si l'arbitrage est toujours confidentiel dans l'arbitrage d'investissements, excluant du fait la théorie traditionnelle de l'arbitrage (Section 3).

Section 3 – La confidentialité à la lumière de l'arbitrage du CIRDI

Cerner la transparence dans l'arbitrage d'investissement nécessite de reprendre les contours de la confidentialité et la discrétion au sein de l'arbitrage traditionnel. La confiance dans le processus amène une confidentialité de celui-ci.

¹⁵⁰ ALENA, préc., note 108, art.1122.

¹⁵¹ *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, 30 janvier 1975, en ligne : <<http://www.ohadac.com/legislations/50/convention-inter-americaine-sur-l-arbitrage-commercial-internati.html>> (Convention de Panama) (consulté le 20 avril 2019).

¹⁵² *Asian Agriculture Product Limited c. République Démocratique et Socialiste du Sri Lanka*, 14 avril 1988, CIRDI, ARB/87/3, en ligne : <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>> (consulté le 30 mars 2019). Sur cette sentence, voir : Emmanuel Sibidi DARANKOUM, *Chapitre IX : l'arbitrage dans les échanges internationaux. Notes du cours DRT 6828 (Arbitrage commercial international)*, Montréal, Studium, 2017, p.680.

¹⁵³ *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, préc., note 126, art. 48 (5).

La confidentialité est inhérente¹⁵⁴ au processus. D'ailleurs, la plupart des réglementations encadrant l'arbitrage ne mentionnent aucunement une obligation de confidentialité. C'est ainsi que la confidentialité ne peut jamais être pleinement garantie¹⁵⁵. En se replaçant dans le contexte canadien, l'arbitrage a la possibilité de rester confidentiel dans certains cas. Par exemple lorsqu'il s'applique à une « institution fédérale qui est une société d'État mère »¹⁵⁶ si l'on s'en réfère aux restrictions¹⁵⁷ de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁵⁸. A contrario, la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁵⁹ met en place une transparence des institutions de l'État¹⁶⁰.

Cependant, cette confidentialité n'est pas appréhendée de la même manière qu'on se situe dans une sphère nationale ou internationale. Elle ne l'est pas également si l'on est confronté à des intérêts publics, privés ou bien les deux. Elle l'est encore moins lorsqu'elle est soumise aux contestations de la société civile. En effet, le discours public moderne doit concilier la RSE et la libéralisation des échanges commerciaux à l'aune de l'AECG. Cette transparence est justement le point d'ancrage de la RSE. Afin de saisir cette contradiction, il importe de faire un court survol sur une confidentialité stricte qui est rejetée au sein du CIRDI.

Afin de démontrer cette embûche, il faut revenir sur la confidentialité de l'arbitrage, caractéristique de la justice privée traditionnelle (Paragraphe 1). Toutefois, cette affirmation ne demeura pas valable longtemps. La confidentialité était un frein à la légitimité du mécanisme de règlements de différends. Elle sera écartée au profit de la transparence. Cette transparence s'installe de plus en plus sur la scène internationale qu'on songe au droit de l'investissement, la RSE, mais également de nombreuses parties de la sphère publique (Paragraphe 2).

¹⁵⁴ Frédéric BACHAND, « L'arbitrage conventionnel », Faculté de droit McGill, en ligne : <<https://www.mcgill.ca/arbitration/fr/general>> (consulté le 27 mars 2020).

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C, 1985, ch. P-21, art. 3.01 (1).

¹⁵⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, Le manuel relatif au règlement des conflits, (27 juillet 2017), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/06.html>> (consulté le 12 mars 2020).

¹⁵⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 156.

¹⁵⁹ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C, 1985, ch. A-1.

¹⁶⁰ *Id.*, art. 2 (1).

1. La confidentialité de l'arbitrage, caractéristique d'une justice privée

« Le droit au respect du caractère privé de l'arbitrage, universellement admis et inhérent à celui »¹⁶¹.

La confiance est le sentiment de quelqu'un qui se fie entièrement à quelqu'un d'autre ou en une institution. Le terme confidentiel quant à lui renvoie à ce « qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; qui est livré par écrit ou oralement sous le sceau du secret (en confiance et en confidence) »¹⁶². Il faut donc éviter de les confondre même si leurs terminologies renvoient à la même racine du terme.

Le consentement des parties est donc, sous réserve du développement précédent, un facteur décisif au recours à l'arbitrage. Et c'est justement ce consentement des parties qui apporte la volonté d'une justice privée confidentielle.

La justice privée renvoie à « une vertu rattachée au respect et à la promotion de valeurs, telles que l'équité, l'égalité, la dignité et la liberté, proposée comme finalité du droit »¹⁶³. Or la justice peut également désigner ce « à quoi peut prétendre tout individu dans une société, en vertu des règles de droit positif »¹⁶⁴. Cette dernière définition met en lumière un problème empirique. Aucune référence juridique à une confidentialité n'est faite dans la théorie classique de l'arbitrage puisqu'elle est inhérente au processus privé.

¹⁶¹ COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE, « La confidentialité dans l'arbitrage : commentaires sur les textes, la jurisprudence et la pratique », *Bulletin Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial 2009, 2009, p.5.

¹⁶² Gérard CORNU (dir.) et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, Quadriga/PUF, « confidentiel ».

¹⁶³ P.-A. CRÉPEAU (dir.), préc., note 123, « justice ».

¹⁶⁴ Henri Dorvil (dir.), *Problèmes sociaux : Théories et méthodologies de la recherche*, t.3, vol.3, Québec, PUQ, 2010, p.310.

Cette protection secrète fut débattue en jurisprudence notamment dans l'arrêt *Esso v. Plowman*¹⁶⁵ et la doctrine s'est de nouveau penchée sur la problématique à la suite de l'affaire *Bulbank*¹⁶⁶. Il est difficile de réellement savoir à quel moment les parties ou les arbitres contreviennent dans le processus confidentiel.

En opposition à la révélation¹⁶⁷ (disclosure en anglais), la confidentialité se retrouve lors du délibéré, des informations échangées au cours de la procédure, de l'existence de l'arbitrage et au moment de la sentence. Selon Antonias Dimolitsa, il faut dédramatiser la problématique autour de l'existence et de la nature des obligations de confidentialité¹⁶⁸. Mais alors quelle est l'utilité du secret du délibéré ?

L'arbitrage a pour objectif de concilier les parties sur un mandat donné. En ce sens, il favorise le dialogue et permet d'obtenir des débats entre les parties. Le secret du délibéré permet donc de préserver la collégialité, la liberté du jugement et l'indépendance des juges. Toutefois, certaines circonstances sont susceptibles de troubler ce secret notamment l'obligation de témoigner. Il se peut également que les informations échangées ne soient pas soumises au même niveau de confidentialité si elles sont préparées pour l'arbitrage ou si elles encadrent seulement le processus. En ce sens, la complexité du système mis en place fait ressurgir des attentes légitimes d'une part et d'autres. Elles concernent tant les besoins du commerce international que l'intérêt public. Et si la confidentialité assure la permanence du recours à l'arbitrage, la transparence quant à elle assure la pertinence des TBI surtout au regard de la RSE. La confidentialité est donc devenue un frein dans l'arbitrage du CIRDI (Paragraphe 2).

¹⁶⁵ *Esso Australia Resources Limited and Others v. The Honourable Sidney James Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others, High Court of Australia*, 7 avril 1995, 35 AustLII 51.

¹⁶⁶ *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd c. Al Trade Finance Inc.*, Trib. prem. Inst, 10 septembre 1998, Rev. Arb. 1999.670.

¹⁶⁷ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2012, « révélation », en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com/>> (consulté le 02 avril 2019).

¹⁶⁸ Antonias DIMOLITSA, « Quid de la confidentialité », dans François BOHNET et Pierre-André WESSNER, *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2005.

2. La confidentialité de l'arbitrage, un frein dans le CIRDI

La recherche de transparence en matière d'arbitrage d'investissements est antérieure à la signature de l'AECG. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, le droit de l'OMC c'est-à-dire l'ensemble de règles et de principes régissant le commerce entre les pays, va mettre l'accent sur l'adoucissement de la confidentialité afin de permettre à la transparence de devenir le principe au sein de ce système. L'objectif à terme est d'obtenir des politiques et pratiques commerciales ouvertes et prévisibles¹⁶⁹. Puisque les intérêts privés des entreprises transnationales sont entrelacés aux intérêts publics d'un État lors d'un conflit sur un TBI, la confidentialité est dérangeante.

Notre propos ne signifie pas qu'une obligation de confidentialité n'existe pas dans des législations ou règlements institutionnels. Dans certains cas, elle est présente au sein de la London Court of International Arbitration¹⁷⁰ au sein de l'article 30 (1) de son règlement, le Centre d'arbitrage international de Singapour¹⁷¹ à la règle 34 ou encore International Bar Association (IBA) pour les *Règles relatives à l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*¹⁷². Toutefois, la doctrine s'accorde à dire que la confidentialité est dysfonctionnelle dans le bilatéralisme des investissements. Pourquoi est-ce que cette confidentialité est un frein au sein du CIRDI ? La confidentialité est moins marquée¹⁷³ à cause de l'intérêt public à savoir la mise en place de normes qui sont à l'avantage de l'ensemble des citoyens.

¹⁶⁹ OMC, *Glossaire*, en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/transparency_f.htm> (consulté le 17 avril 2019).

¹⁷⁰ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *Règlement d'arbitrage LCIA*, 1^{er} janvier 1998, art.30 (1), en ligne : <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx> (consulté le 12 avril 2019).

¹⁷¹ CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE SINGAPOUR, *Règlement SIAC*, règle 34(1), 1 juillet 2007, en ligne : <<http://www.intracen.org/REGLEMENT-FACULTATIF-DE-LA-COUR-PERMANENTE-DARBITRAGE-POUR-LARBITRAGE-DES-DIFFERENDS-ENTRE-DEUX-ETATS/>> (consulté le 10 avril 2019).

¹⁷² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), 1 juin 1999, *Règles de l'IBA*, art.3.12, en ligne : <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (consulté le 13 avril 2019).

¹⁷³ E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », préc., note 122, p. 856.

Ainsi, l'arbitrage des investissements doit se conformer à un certain contrôle des citoyens¹⁷⁴, car la présence d'un caractère opaque alimenterait encore plus la méfiance du public. En ce sens, l'arbitrage du XXI^e siècle est balancé entre sa vocation de réconcilier les attentes des commerçants et sa volonté de s'adapter aux considérations de la société. Évidemment, le caractère confidentiel dépendra toujours de l'accord des parties. Elles peuvent convenir d'une plus grande transparence en autorisant par exemple l'accès des audiences au public selon l'article 39 (2) du *Mécanisme supplémentaire*¹⁷⁵. Le principe du volontarisme reste le fondement du processus arbitral. Selon les statistiques du CIRDI¹⁷⁶, 79 % des décisions sont publiques.

La transparence est présente dans plusieurs articles de l'AECG, par exemple la transparence des procédures¹⁷⁷. Il faut bien garder à l'esprit que les garanties qu'apportent la confidentialité et la volonté des parties ne sont pas les orientations premières d'un recours à l'arbitrage dans les TBI. En effet, il faut que l'arbitrage dans les TBI assure la prévisibilité et la sécurité juridique, éléments fondamentaux dans tout système de droit positif. L'atténuation de la confidentialité dans les relations d'affaires doit permettre la cohérence¹⁷⁸. On pourrait dire que le principe de transparence est une exception à la confidentialité. Cette entorse à la confidentialité est reconnue dans plusieurs législations notamment en Angleterre sous la défense d'un droit¹⁷⁹. Quant au mécanisme du CIRDI, il ne renferme pas de présomption générale¹⁸⁰ de confidentialité ni de transparence n'est présente.

¹⁷⁴ *Id.*, p.857

¹⁷⁵ *Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI*, avril 2006, art.39(2), en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)> (consulté le 30 mars 2019).

¹⁷⁶ CIRDI, *Affaires du CIRDI. Statistiques, numéro 2017-1*, 2017, en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(French\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(French)%20Final.pdf)> (consulté le 12 mars 2020).

¹⁷⁷ AECG, préc., note 10, art. 8.36.

¹⁷⁸ Andrea GIARDINA, « Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties », *ICSID Review*, vol. 29, 2014.

¹⁷⁹ *Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*, Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136, en ligne : <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/Ali%20v%20Trogir%201997.pdf>> (consulté le 12 avril 2019).

¹⁸⁰ ICSID, *Confidentialité dans l'arbitrage – Arbitrage selon le mécanisme supplémentaire*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>> (consulté le 02 mars 2020).

Il existe quand même des dispositions comme l'article 37 (2) du *Règlement d'arbitrage*¹⁸¹ du CIRDI qui admet la faculté de soumettre des mémoires par une partie non contestante. Ceux-ci sont appelés *amicus curiae* c'est-à-dire les amis de la cour. Il s'agit d'une personne qui est admise à faire valoir dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit un intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal.

Il ressort donc de ce qui précède que malgré des adaptations, le système de protection des IDE est très largement au service des intérêts des entreprises multinationales¹⁸². La mise en rapport des diverses difficultés a permis d'établir un premier constat. Il ne faut pas renoncer aux TBI, aux IDE ou au recours à l'arbitrage. Il faut plutôt les adapter afin de les concilier avec les nouvelles exigences de la société. Autrement dit, il faut prendre en compte les considérations sociales, humaines et environnementales au sein de chaque processus et mécanisme.

Dorénavant, les clauses de RSE¹⁸³ sont directement incorporées dans les traités d'investissements. Elles sont de trois types. Premièrement, il peut s'agir de clauses encourageant de manière volontaire le respect de la RSE. Deuxièmement, il peut s'agir de clauses de RSE incombant à la compétence nationale. Finalement, on retrouve des clauses où les États invitent directement leurs investisseurs à respecter les considérations de RSE. Il s'agit d'une structure qui est complètement bouleversée dans les TBI. L'incorporation de ses nouvelles pratiques dans des accords de libre-échange dit de nouvelle génération doit encore faire son chemin. Dans ce prochain chapitre, il conviendra d'analyser cette évolution à la lumière du nouvel accord entre le Canada et l'UE (Chapitre 2).

¹⁸¹ *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage)*, avril 2006, art.37(2), en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsidocs/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsidocs/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)> (consulté le 30 mars 2019).

¹⁸² S. BOMMIER et V. CAÏLA, préc., note 107, p.23.

¹⁸³ Concernant les clauses de RSE incorporées dans les traités d'investissement, voir : Nitish MONEBHURRUN, « Mapping the duties of private companies in international investment law », (2017) 14 *Brazilian Journal of International law* 50.

Chapitre 2 : La libéralisation de la RSE : ALE de nouvelle génération

Jusqu'à présent, nous avons étudié les enjeux de la libéralisation des échanges sous l'angle de la politique économique¹⁸⁴. Or, la politique commerciale de ces pays doit s'adapter au contexte évolutif¹⁸⁵ et aux nouvelles préoccupations du XXI^e siècle, comme la promotion de la responsabilité sociale des entreprises. La confrontation de ses enjeux mondiaux se retrouve dans les accords de libre-échange dit de nouvelle génération¹⁸⁶. En 2010, le Parlement européen considérait que « jusqu'ici les règles du commerce et la responsabilité sociale des entreprises n'ont pas, ou peu, été liées, mais qu'il y aurait beaucoup à gagner à réussir à combiner les règles du commerce et les objectifs de la RSE »¹⁸⁷.

En date du 17 janvier 2020, l'Organisation mondiale du commerce¹⁸⁸ a recensé plus de 303 accords régionaux commerciaux (ci-après « ACR »), dont des ALE et des unions douanières. Il s'agit d'une explosion¹⁸⁹. Le libre-échange est un « espace d'où seront supprimés les droits de douane et les restrictions quantitatives au commerce entre les États signataires, chacun maintenant sa propre politique commerciale avec les États tiers »¹⁹⁰. En ce sens, le libre-échange est une politique commerciale opposée au protectionnisme. Il s'agit de liens privilégiés¹⁹¹ entre les seuls signataires à l'accord.

¹⁸⁴ Kurt HÜBNER, *Europe, Canada and The Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Londres, New-York: Routledge, 2011.

¹⁸⁵ AECG, préc., note 10, art.6.1.

¹⁸⁶ Sur l'expression d'accord de nouvelle génération, voir en autres: Kurt HÜBNER *et al.*, « CETA: The Making of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU », (2016), *Notes de l'Ifri*, en ligne : <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/notes_ifri_ceta.pdf> (consulté le 10 mars 2020).

¹⁸⁷ PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, préc., note 30, p.11.

¹⁸⁸ OMC, *Accords commerciaux régionaux*, en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm> (consulté le 02 janvier 2020).

¹⁸⁹ C. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », préc., note 89, p.683.

¹⁹⁰ A.-J. Arnaud, préc., note 47.

¹⁹¹ Christian DEBLOCK et Dorval BRUNELLE, *Le libre-échange par défaut*, Montréal, VLB Éditeur, 1989, p.277.

D'abord bien que la confidentialité fût au cœur de l'arbitrage, la RSE impose dorénavant une transparence plus présente dans l'arbitrage d'investissements (Section 1). Le dialogue et la prévention sont une excellente démarche dans certains cas, mais pas lorsque les interlocuteurs font sourde oreille. Il nous semble que cette solution est inadéquate dans la conciliation que nous avons décrite. Les obligations même volontaires de RSE doivent être intégrées dans les accords commerciaux internationaux. C'est le cas avec les ALE de nouvelle génération comme l'AECG est une première piste de solution à privilégier (Section 2).

Section 1 – Une réconciliation entre arbitrage et RSE

« La transparence n'était pas exigée par le droit, n'était réclamée par personne »¹⁹².

La transparence aurait la possibilité d'aider les économies à mieux fonctionner. Elle est aussi primordiale dans les activités des entreprises transnationales puisqu'elle est qualifiée de pierre angulaire¹⁹³ de la RSE. En ce sens, si la transparence est une volonté de la société civile d'être incorporée dans l'univers commercial, elle est aussi soutenue par les institutions internationales¹⁹⁴. Chaque entreprise transnationale est invitée à appliquer une parfaite accessibilité de l'information afin que le public puisse accéder aux informations de son organisation et suivre ses actions. En ce sens, la société civile est une des problématiques au cœur des relations économiques internationales.

¹⁹² Fabrice FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », (2003) 1 Rev. Arb. 5.

¹⁹³ Virginie MERCIER, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », dans Kathia MARTIN-CHENUT et René DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Éditions Pedone, 2016, p. 261.

¹⁹⁴ « Nous reconnaissons les liens dynamiques entre l'investissement, le commerce et le développement dans l'économie mondiale actuelle, ainsi que la nécessité d'une coopération internationale plus étroite au niveau mondial pour créer un environnement plus transparent, plus efficient et plus prévisible afin de faciliter l'investissement transfrontières », voir : OMC, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, préc., note 69.

Elle critique régulièrement l'opacité du droit de l'investissement, mais également des mécanismes de résolution de conflits. Quel est le risque si cette transparence désirée n'est pas entendue ? Concernant l'arbitrage de différends, le risque est qu'à terme, le mécanisme disparaisse tout simplement au profit d'autres modes alternatifs moins controversés. Si bien que la mise en place d'une transparence accrue dans les arbitrages d'investissements démontre une adaptation assez rapide du système arbitral. Il est donc fort à parier que ce système perdure.

Le Centre du CIRDI énonce que la transparence constitue « un des changements les plus significatifs dans la pratique du droit des investissements »¹⁹⁵. En ce sens, la transparence est un outil de conciliation entre enjeux économiques et sociétaux. Ces changements sont reflétés dans les accords commerciaux internationaux. Par exemple, l'AECG applique et inclut directement au sein de ses articles¹⁹⁶, le *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*¹⁹⁷ (ci-après « Règlement sur la transparence »).

À la lumière de cet accord, il convient d'analyser le principe de transparence qui promeut l'intérêt général (Paragraphe 1). En effet, le principe de transparence concorde avec la promotion des principes d'accessibilité et de prévisibilité. Il est également censé prévenir des conflits d'intérêts ainsi que de promouvoir un meilleur fonctionnement démocratique. Ensuite, on discutera de l'évolution de cette prévisibilité et sécurité juridique au sein des RDIE grâce à l'apparition d'une nouvelle *stare decisis* (Paragraphe 2).

¹⁹⁵ CIRDI, *La transparence dans la pratique*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID%20NewsLetter/2017-Issue4/Transparency-in-Practice.aspx>> (consulté le 12 mars 2020).

¹⁹⁶ AECG, préc., note 10, art. 8.36.

¹⁹⁷ *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, 1 avril 2014, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-F.pdf>> (consulté le 29 février 2020).

1. Le principe de transparence, promotion de l'intérêt général

La recherche de transparence est une des possibilités mises en place afin que le mécanisme arbitral regagne sa légitimité. Il s'agit d'une réponse à la pression émise par la société civile et entendue par les différentes organisations internationales notamment le CIRDI qui a progressivement réformé le régime de transparence. Le tribunal du CIRDI a écrit à ce sujet, « transparency is the rule and non-disclosure is the exception »¹⁹⁸. Droit à l'information¹⁹⁹ ou obligation morale considérée comme essentielle, la transparence est intimement connectée à l'intérêt du public²⁰⁰ autrement dit l'intérêt général²⁰¹.

L'intérêt général²⁰² peut renvoyer à ce qui est acceptable pour l'ensemble des citoyens à savoir ce qui est à l'avantage de tous²⁰³. Afin de continuer à satisfaire ces exigences, l'AECG oblige les parties à respecter une série de mesures, à savoir la mise à disposition du public de documents pertinents²⁰⁴ ou le respect des audiences ouvertes²⁰⁵. Il incite fortement les parties à coopérer²⁰⁶ au sein des enceintes bilatérales, régionales et multilatérales afin de promouvoir la transparence en matière de commerce et d'investissement international. Évidemment, on le répète, les parties restent libres d'adapter le niveau de confidentialité ou de transparence à leur instance²⁰⁷.

¹⁹⁸ *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SÀRL c. la République de Guinée*, CIRDI, ARB/14/22, en ligne : <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3765/DS11532_Fr.pdf> (consulté le 15 mars 2020).

¹⁹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 44.

²⁰⁰ *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 197, art. 4. a).

²⁰¹ Sur l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement, voir : Lorenzo COTULA et Mika SCHRÖDER, « *Community perspectives in investor–state arbitration* », *Série Foncier*, Institut international pour l'environnement et le développement, 2017, en ligne : <<http://pubs.iied.org/pdfs/12603IIED.pdf>> (consulté le 11 février 2020).

²⁰² Sur la notion juridique de l'intérêt général, voir : Dorian GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012.

²⁰³ P.-A. CRÉPEAU (dir.), préc., note 123, « intérêt général ».

²⁰⁴ AECG, préc., note 10, annexe 29-A-38.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*, art. 27.5.

²⁰⁷ CIRDI, *La transparence dans la pratique*, préc., note 185.

En effet, les séances se tiennent à huis clos si les communications et arguments des parties « comportent des renseignements commerciaux confidentiels »²⁰⁸. La transparence est donc à relativiser, car le *Règlement sur la transparence* indique des réserves²⁰⁹ notamment concernant certains investissements particuliers.

De plus, cette liberté est réprimée lorsqu'elle permet d'être utilisée comme stratégie. L'une des parties peut être tentée de menacer son adversaire de révéler des informations fâcheuses au public. Il est vrai que tant que l'arbitrage est confidentiel, les secrets des parties sont bien gardés hormis les divulgations nécessaires au bon déroulement de l'instance arbitrale.

Si la confidentialité reste stricte²¹⁰, les décisions arbitrales qui en découlent le seront aussi. En théorie, cette confidentialité d'une justice privée n'est pas conciliable avec le développement d'une jurisprudence arbitrale sauf si on emprunte la voie des sentences anonymes. Il faut donc que les décisions soient rendues publiques ou du moins qu'elles soient mises au regard du public de manière anonyme. Seulement, à ce moment, on pourrait dire que la légitimité du processus serait présente et qu'enfin l'arbitrage investisseur-état répondra aux exigences qu'offre la peur des secrets de Polichinelle du libre-échange. Des secrets, qui sont au regard de la RSE, dommageable. Bien qu'il existe des procédures d'intervention de tiers à l'instance, ceci reste minime face à l'ampleur des considérations sociétales d'aujourd'hui. Par exemple, la procédure *amicus curiae*²¹¹ peut être utile si une cause doit être défendue au nom du respect des droits de l'Homme ou du droit de l'environnement. À ne pas se méprendre, cette procédure est rigoureusement encadrée notamment concernant les délais de communications.

²⁰⁸ AECG, préc., note 10, annexe 29-A-39.

²⁰⁹ *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 197, art.3.

²¹⁰ La confidentialité reste présente dans l'AECG notamment au moment des consultations, voir : AECG, préc., note 10, art. 29.4.6.

²¹¹ *Supra*, p.43.

Par exemple, l'annexe 29 de l'AECG²¹² précise les modalités de communication des mémoires des personnes non gouvernementales. De plus, le *Règlement sur la transparence* est utile aux fins de nos développements puisqu'il a la capacité d'établir un « cadre juridique harmonisé propice »²¹³. En ce sens, il renforcerait la transparence et le respect du principe de RSE.

Enfin, la confidentialité n'est pas un problème seulement dans l'arbitrage d'investissements, elle touche toutes les sphères. Le gouvernement canadien qui a ouvert un portail dédié à l'AECG mentionne l'expérience après plus de 10 ans d'arbitrage investisseur-État au sein du CIRDI et insiste sur la volonté d'apprendre de ces manquements. Ces préoccupations sont placées en priorité dans le texte de l'AECG notamment concernant une possibilité de *stare decisis* (Paragraphe 2).

2. Les conséquences de la *stare decisis* sur la confidentialité

La *stare decisis* est un principe selon lequel « les tribunaux rendent des décisions conformes à celles qu'ils ont déjà rendue ou à celles que les tribunaux supérieurs ont déjà prononcée »²¹⁴. Elle est plus communément appelée la règle du précédent. Elle participe à la cohérence des solutions arbitrales en matière d'investissement. En ce sens, le tribunal permanent d'arbitrage²¹⁵ aura pour fonction de gérer les poursuites entrepris précédemment sous l'égide du CIRDI, mais désire aller plus loin en développant sa propre jurisprudence, « desirability of creating a consistent jurisprudence that would promote reasonable predictability and confirmation of the rights and obligations of both foreign investors and host States »²¹⁶. L'absence de *stare decisis* était l'une des critiques majeures du recours à l'arbitrage.

²¹² AECG, préc., note 10, annexe 29-A-43.

²¹³ *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 197, p.2.

²¹⁴ H. REID, préc., note 105, « *stare decisis* ».

²¹⁵ AECG, préc., note 10, art. 8.25.

²¹⁶ Sur le développement d'une jurisprudence transnationale, voir : Patrick JACOB, Franck LATTY et Arnaud DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général », (2013) 59 *AFDI* 442.

Le professeur Benyekhlef interpelle sur le besoin d'une jurisprudence en estimant que :

« C'est sans doute au plan de la cohérence juridique et de la transparence que ces mécanismes arbitraux posent le plus de problèmes. Il n'existe en effet rien de tel qu'une jurisprudence contraignante qui pourrait lier les arbitres et circonscrire de manière cohérente les pouvoirs d'interprétation de ces derniers. Les interprétations divergent, se contredisent et s'éloignent. »²¹⁷

Cette position est rejetée par certains observateurs²¹⁸. En ce sens, les divergences d'interprétation peuvent être justifiées au regard de la diversité des ARC sur lesquels les arbitres vont statuer. Nous espérons que ces incohérences puissent être justement canalisées et réduites au sein de l'AECG puisqu'il s'agit d'un tribunal permanent d'arbitrage. En principe, les arbitres seront capables de s'aligner sur des décisions précédentes afin de baser leurs décisions ou du moins intégrer leur orientation. De plus, les investisseurs ne pourront plus déposer leurs plaintes dans plusieurs instances afin de multiplier leurs chances d'obtenir gain de cause.

Il en ressort de ce qui précède que les arbitres sont évidemment conscients des problématiques. Ils sont responsables et clairvoyants que leurs décisions ne sont pas anodines. Elles remettent clairement en jeu des politiques publiques protectrices de la santé et de l'environnement. Or, il faut peut-être arrêter de s'en prendre seulement aux décideurs. Les investisseurs sont eux aussi conscients que d'avoir recours à l'arbitrage peut arriver à ces dérives. Comment peuvent-ils se qualifier d'entreprises responsables lorsque par leurs propres recours, ils manipulent le système protecteur auquel ils ont droit afin d'obtenir une décision qui est profitable à leurs affaires ? La RSE est bénéfique pour la société, mais également pour les entreprises elles-mêmes. Dès lors, il convient d'analyser si ces appréhensions se retrouvent au sein de l'AECG ou à l'inverse cet accord progressiste démontre enfin une évolution afin de concilier le libre-échange et la RSE (Section 2).

²¹⁷ K. BENYekhLEF, préc., note 114.

²¹⁸ Marina PAVLOVIC, Jonathan BISHOP et Philip HOLDSWORTH, « Règlement des différends dans le cadre de l'accord sur le commerce intérieur. La perspective des consommateurs », (2015) *CDIP*, p.3.

Section 2 – Une réconciliation entre libre-échange et RSE

Depuis les années 90²¹⁹, le gouvernement canadien désire placer le libre-échange comme une des grandes priorités économiques du pays. Le désir d'établir « une réglementation claire et mutuellement avantageuse »²²⁰ dans les échanges commerciaux avec les États-Unis a abouti à la conclusion de l'ALENA et le nouvel *Accord États-Unis-Mexique-Canada*²²¹ (ci-après « ACEUM »). Les relations avec l'Union européenne sont également une priorité pour le pays. Par ailleurs, après avoir décidé d'interrompre²²² les négociations concernant l'*Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement* (ci-après « ARCI »), l'AECG devient le premier engagement commun²²³ entre le Canada et l'UE qui favorise un « commerce libre et équitable au sein d'une société dynamique et tournée vers l'avenir »²²⁴.

Cet accord bilatéral est désigné comme pionnier par certains auteurs²²⁵, mais en quoi est-il différent des autres ALE ? Cette entente commerciale est dite de nouvelle génération²²⁶, car elle est « en nette rupture avec le passé »²²⁷.

²¹⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Commerce extérieur du Québec 1991-1998 – Étude spéciale : Les effets de l'ALE et l'ALENA sur les économies canadienne, québécoise et américaine*, Collection l'Économie, (1999), en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/economie/commerce-exterieur/commerce-exterieur-1981-1998.pdf>> (consulté le 23 février 2020).

²²⁰ ALENA, préc., note 108, préambule.

²²¹ *United States-Mexico-Canada Agreement Text*, 30 septembre 2018, en ligne : <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>> (consulté le 15 octobre 2019).

²²² AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Le Canada et l'Union Européenne – Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement*, (30 septembre 2013), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/tiea.aspx?lang=fra>> (consulté le 23 janvier 2020).

²²³ AECG, préc., note 10, préambule.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ Christian DEBLOCK (dir) et al., *Un nouveau pont sur l'Atlantique : l'Accord économique et commercial global entre l'Union Européenne et le Canada*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2015.

²²⁶ Karine JACQUEMART, « TTIP, CETA : Accords de nouvelle génération, nouvelles menaces pour la démocratie ? », (2019), en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2017-4-page-111.htm>> (consulté le 02 janvier 2019).

²²⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial et global entre l'UE et le Canada (AECG)*, 2016, en ligne : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf> (consulté le 23 février 2020).

Tout d'abord, l'AECG est désigné comme un accord moderne puisqu'il va contribuer à stimuler le commerce et « veillera également à promouvoir et à défendre nos valeurs et nos conceptions communes quant au rôle des gouvernements dans la société »²²⁸.

Ensuite, il est progressiste puisqu'il ne s'intéresse plus seulement à la libéralisation et la facilité d'accès au marché, mais il touche « pratiquement [à] tous les secteurs et les aspects des échanges commerciaux »²²⁹. L'accord embrasse « des valeurs sociétales fondamentales »²³⁰. Il traite de « sujets litigieux comme l'agriculture, les réglementations, l'arbitrage commercial, l'environnement, les normes sanitaires et phytosanitaires, pour ne citer que ceux-là »²³¹.

Finalement, selon la page officielle du premier ministre Justin Trudeau, ce partenariat repose sur des « valeurs communes, une étroite collaboration de longue date et de liens solides entre les populations. [...] au profit de la classe moyenne des deux côtés de l'Atlantique »²³². Il s'agit donc d'un élément important puisque les nouveaux secteurs qui sont touchés concernent et affectent directement les populations canadiennes et européennes. Ce débat est d'autant plus d'actualité après la conférence de la CNUCED²³³ le 13 novembre 2019. Les gouvernements, les représentants des ONG et de la société civile se sont réunis afin de débattre de ses enjeux. La durabilité des multinationales a une incidence sur la société, mais aussi sur les autres entreprises. Il s'agit d'un effet de domino.

²²⁸ AECG, préc., note 10, préambule.

²²⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Aperçu de l'Accord*, (2017), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/overview-aperçu.aspx?lang=fra>> (consulté le 20 février 2020).

²³⁰ Hervé Agbodjan PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p.9.

²³¹ C. DEBLOCK *et al.*, préc., note 225, p.8.

²³² Justin TRUDEAU, *Communiqués. Le Canada et l'Union Européenne signent un accord commercial historique dans le cadre du sommet Union européenne-Canada*, (2016), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2016/10/30/canada-et-lunion-europeenne-signent-accord-commercial-historique>> (consulté le 02 janvier 2020).

²³³ Voir, en autres : en ligne : CNUCED, *Évolution récente du régime de l'investissement international : Bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme*, TD/B/C.II/42 (2 septembre 2019), en ligne : <https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciid42_fr.pdf> (consulté le 16 mars 2020).

Pour une multinationale, adopter une attitude responsable au sein de leur gestion et organisation est déjà un pas important afin de répondre à la RSE. En prenant l'habitude d'adopter de bonnes pratiques, les entreprises les adopteront à tous les échelons de leurs vies d'affaires. Si elles sont plus transparentes, il est logique qu'elles aient moins de méfiance à ouvrir les débats, la procédure et la sentence arbitrale au grand public. En ce sens, l'arbitrage des investissements continue son évolution grâce à l'apparition d'une instance privée d'appel au sein de l'AECG (Paragraphe 1) et le développement des investissements responsables (Paragraphe 2).

1. L'apparition d'une instance privée d'appel

L'arbitre est un tiers étranger au rapport juridique puisqu'il revêt une extériorité. L'arbitre n'est pas un juge et il ne justifie pas d'imperium²³⁴. Par contre, il justifie d'une spécialisation technique. L'arbitre est unique dans certaines législations, cependant dans les arbitrages internationaux, ils sont au nombre de trois. Auparavant, le CIRDI disposait d'un tribunal ad hoc, siégeant en appel, mais celui-ci n'avait pas la compétence pour modifier la sentence, il ne pouvait qu'annuler la sentence et le processus recommençait. L'AECG quant à lui disposera d'une cour d'appel²³⁵. Celle-ci pourra maintenir, modifier ou infirmer une décision. Pour donner les moyens à la Cour d'assurer au mieux sa compétence, le droit homogène et cohérent par le biais de la *stare decisis*²³⁶ est primordial.

Un groupe spécial d'arbitrage²³⁷ pourra également être mis en place, et composé ainsi de trois arbitres à la demande d'une des parties.

²³⁴ Sur l'imperium de l'arbitre, voir : Pierre MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires » dans Jacques HADY et al., *Étude et procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret : recueil*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999.

²³⁵ AECG, préc., note 10, art. 8.28.

²³⁶ *Supra*, p.49.

²³⁷ AECG, préc., note 10, art. 29.7.

L'AECG²³⁸ sera exclusivement encadré par le tribunal permanent d'arbitrage exception faite des dispositions de l'article 29.3²³⁹. On a le droit de se demander s'il s'agit d'une solution privilégiée. L'arbitrage correspond à la volonté d'une communauté de marchands c'est-à-dire « la *societas mercatorum* »²⁴⁰.

De ce fait, son concept s'est foncièrement adapté. Aujourd'hui, il est devenu un mille-pattes dont la plupart des systèmes juridiques ont été imprégnés. L'institutionnalisation du mécanisme incite à tort dans certaines circonstances à comparer ou associer l'arbitrage aux spécificités de la justice ordinaire. En effet, l'article 8.22 énonce qu'il ne faut pas se « méprendre, cette caractéristique de l'AECG ne remet pas « en cause la nature classique du Tribunal »²⁴¹. La renonciation « de l'investisseur à d'autres de voies de recours n'est pas définitive »²⁴². En cas de rejet par le tribunal, il reste toujours compétent²⁴³ pour les litiges en cause. Ceci ressemble en quelque sorte à la clause d'arbitrage de l'article 2638 du C.c.Q qui énonce que « la convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux »²⁴⁴.

Il n'est pas établi que les arbitres sont plus compétents que d'autres. En effet, il est aussi délicat d'estimer qu'ils ont la possibilité de concilier dans leurs décisions des enjeux qui nous intéressent comme le DD et la promotion de la personne. Par contre, en tant que spécialistes du commerce international, ils peuvent répondre de façon plus sécuritaire aux défis de la globalisation économique et ainsi de juger en fonction de valeurs qui rassemblerait la communauté.

²³⁸ *Id.*, art. 3.2.

²³⁹ *Id.*, art.28.3.

²⁴⁰ Voir, en autres : P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, préc., note 125 ; Franck LATTY, « Le droit transnational économique », dans Patrick DAILLIER (dir.) *et al.*, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Éditions Pedone, 2004.

²⁴¹ AECG, préc., note 10, art. 8.22.

²⁴² Leila LANKARANI, « La nouvelle version de l'AECG et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger » dans Hervé Agbodjan PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p.451.

²⁴³ Sur la compétence de l'arbitre, voir : CJUE, préc., note 66.

²⁴⁴ C.C.Q, préc., note 129.

Il faudra attendre le dernier titre de notre étude afin d'entrevoir une méthode transnationale ainsi qu'un ordre juridique dit arbitral. En attendant, voyons comment l'investissement responsable répond à ce défi (Paragraphe 2).

2. L'investissement socialement responsable

Le Canada désire avoir une politique commerciale socialement responsable. Pour qu'un investissement soit qualifié de IRS, il faut qu'un investisseur investisse dans une entreprise dont les comportements²⁴⁵ sont soucieux de leurs impacts sur la société. Autrement dit, il s'agit d'une « prise en compte, dans les choix de ces placements et à côté des critères financiers traditionnels, de critères non financiers, liés à l'intérêt général et aux attentes de la société ou aux valeurs personnelles des épargnants »²⁴⁶.

Une difficulté supplémentaire se présente pour la multinationale. Elle doit prendre en compte dans son équation, les autres parties prenantes. Ils sont communément appelés shareholders²⁴⁷. Ils désignent les « individus ou groupes d'individus qui peuvent affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels »²⁴⁸.

Sans rentrer dans une description pointue, le contexte des entreprises transnationales exige de prendre en compte l'ensemble des parties prenantes externes ou internes à l'entreprise, car « est responsable celui qui répond de la chose »²⁴⁹. Malgré cette importance, on regrette l'absence de référence à l'investissement responsable au sein de l'AECG, à part dans son préambule.

²⁴⁵ Franca PERIN et Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE, *L'ISR : Valeur Financière-Valeur Éthique?* Paris, Economica, 2012, p.6.

²⁴⁶ *Id.*, p.9.

²⁴⁷ R. Edward FREEMAN, *Strategic management: a stakeholder approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

²⁴⁸ Astrid MULLENBACH-SERVAYRE, « L'apport de la théorie des parties prenantes à la modélisation de la responsabilité sociétale des entreprises » (2007) 223 *La Revue des sciences de Gestion : direction et Gestion* 111 ; Sur la définition des parties prenantes, voir : *Id.*

²⁴⁹ César DE BITRO *et al.*, *L'investissement socialement responsable*, Paris, Economica, 2005, p.26.

Le texte définit simplement ce qu'il entend comme un investisseur, puisque c'est à ce titre qu'il pourrait obtenir la protection internationale²⁵⁰. Ceci est regrettable. En ce sens, la RSE et l'ISR sont étroitement liées et s'inscrivent dans le *Triple Bottom Line*²⁵¹. Quoi qu'il en soit selon Pestre :

« La convergence des influences économiques, sociales et culturelles et technologiques efface les frontières traditionnelles, représentées par les États et les cultures nationales. [...] La dissolution de ces frontières a brouillé les références habituelles [...] Ces changements créent de nouveaux défis et de nouvelles responsabilités pour les entreprises, qui recherchent de nouveaux standards, à mettre à l'application à l'échelle mondiale, où qu'elles soient. »²⁵²

Pour finir, l'OCDE écrivait au sujet des enjeux de la mondialisation que l'intégration des marchés, la mobilité des capitaux et l'accroissement des flux d'investissement « dans le monde entier créent à la fois de nouveaux défis et de nouvelles possibilités dans la poursuite du développement durable »²⁵³. Même si les avantages et les inconvénients de la mondialisation ne sont pas répartis uniformément, nous sommes d'avis que les instruments sont à notre portée et qu'ils doivent être utilisés à juste mesure. Ceci ne signifie pas que les obligations sont les mêmes pour tous. Elles doivent s'adapter au contexte juridique, économique, social, mais aussi environnemental de chacun des pays.

On peut largement souhaiter que les partenariats continuent à se multiplier afin de prendre des mesures concrètes. Une plus grande collaboration entre les partenariats intersectoriels est à privilégier. Dès lors, il convient de s'interroger sur les enjeux de la responsabilité sociétale et d'analyser si ceux-ci sont pris en compte en faveur d'une évolution du système (Titre 2).

²⁵⁰ *Supra*, p.29.

²⁵¹ Sur la notion de Triple Bottom Line, voir : Lydia BALS, « Implementing Triple Bottom Line Sustainability into Global Supply Chains, London: Taylor and Francis, 2017 », London: Taylor and Francis, 2017, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781351285124>> (consulté le 15 mars 2020).

²⁵² Florent PESTRE, *La responsabilité sociale des entreprises multinationales : stratégies et mises en œuvre*, Paris, L'Harmattan, 2013.

²⁵³ OCDE, *Les échanges et l'ajustement structurel. Les enjeux de la mondialisation*, par le Secrétaire général de l'OCDE, Éditions OCDE, 2005.

Titre 2 – Les enjeux de la responsabilité sociétale

Le concept²⁵⁴ de RSE nous oblige à prendre en considération deux composantes. Premièrement, la responsabilité²⁵⁵ au sens courant du terme moderne²⁵⁶ qui signifie répondre de ses actes ou omissions. Elle est « la condition de notre humanité »²⁵⁷. Deuxièmement, l'expression de responsabilité *sociétale* ou *sociale* qui s'entremêle souvent.

Partant de la définition de ces termes, l'objectif de notre étude est de se concentrer sur la responsabilité sociétale des entreprises puisqu'elle englobe la société dans son ensemble²⁵⁸. Elle constitue d'une certaine façon une redéfinition de la responsabilité sociale des entreprises avec une portée plus large, moderne²⁵⁹ et actualisée²⁶⁰.

D'ailleurs, cette responsabilité sociétale est annoncée comme un nouveau standard de gouvernance de l'entreprise qui tient compte « des impacts de son activité sur la société et en particulier en matière sociale, environnementale, éthique, et des droits de l'homme »²⁶¹. Ces impacts peuvent correspondre à des changements positifs ou négatifs subis par la société, l'économie ou l'environnement « résultant entièrement ou en partie des décisions et activités passées et présentes d'une organisation »²⁶².

²⁵⁴ Sur le concept de RSE, voir : Marie VIRONNEAU-GEORGES, *L'action de l'Union européenne en matière de responsabilité sociale des entreprises : recherche sur l'appropriation du concept par le droit communautaire*, thèse de doctorat, Toulouse, Université de Toulouse, 2009.

²⁵⁵ Sur la responsabilité au prisme des civilisations occidentales voir : A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), préc., note 27, p.39-101.

²⁵⁶ Jean-Noël ROBERT, « Traduire la responsabilité » dans A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), préc., note 27, p.102.

²⁵⁷ Olivier DESCHAMPS, « Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental » dans A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), préc., note 27, p.39.

²⁵⁸ Jean-Pascal GOND et Astrid MULLENBACH-SERVAYRE, « Les fondements théoriques de la responsabilité sociétale de l'entreprise » (2004) 205 *La Revue des sciences de Gestion : direction et Gestion* 93.

²⁵⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.7.

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ V. MERCIER, préc., note 193, p. 261.

²⁶² ISO 26000. *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, préc., note 3.

Quant aux auteurs Capron et Quairel-Lanoizelée, ils définissent la RSE comme un « ensemble des discours et des actes concernant l'attention portée par les entreprises à l'égard de leurs impacts sur l'environnement et la société »²⁶³. En ce sens, la RSE ne focalise pas son attention sur la seule structure juridique des ETN, mais englobe également leurs structures organisationnelles, leurs gestions et même leur manière d'investir.

Auparavant, la Commission européenne définissait la RSE comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »²⁶⁴. Depuis une communication de 2011, elle estime que la RSE est dorénavant « la responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société »²⁶⁵. Quelle qu'en soit la définition, on retrouve les mêmes considérations triangulaires à savoir l'aspect social, environnemental et économique.

Au cours de ce deuxième titre, il conviendra d'analyser la place accordée aux entreprises multinationales au sein du cadre mondial évolutif²⁶⁶ de la RSE (Chapitre 1). Par une analyse des principes et orientations internationalement reconnus, on pourra souligner les difficultés d'application de la RSE. Il importe de cerner adéquatement les obligations mises à la charge des entreprises puisque ces obstacles ne sont pas liés à un vide juridique. Loin de là, il s'agit d'un foisonnement de normes hétérogènes. Le professeur Mazuyer mentionne que les frontières sont poreuses entre *soft law* et *hard law*. Il s'agit d'un « chevauchement des modes de production et de l'identité des auteurs des règles de droit et des normes purement incitatives »²⁶⁷.

²⁶³ Michel CAPRON et Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La découverte, 2010, p.10.

²⁶⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366.

²⁶⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM (2011) 681.

²⁶⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.8.

²⁶⁷ Emmanuel MAZUYER, « Soft law » dans Richard SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2013, p.419-423.

Ensuite, le respect des bonnes conduites par les entreprises multinationales permettra de mettre en lumière les enjeux de la RSE (chapitre 2). Les règles de conduite sont appliquées de manière volontaire. Il sera pertinent de s'interroger sur la direction qu'empreinte les ETN grâce à cette liberté contractuelle. Autrement dit, il sera pertinent de s'interroger sur la possibilité pour les firmes transnationales de créer leurs propres normes régulatrices. En matière contractuelle, on ne saurait faire abstraction de la volonté des parties. Il est intéressant de se demander dans quelle mesure les choix stratégiques des entreprises multinationales cadrent avec les *Principes directeurs* et influencent la direction que prend la RSE.

Chapitre 1 – Les entreprises multinationales au cœur de la responsabilité sociétale

Né aux États-Unis²⁶⁸ dans les années 50, le concept de RSE est aujourd'hui devenu planétaire. On peut dire que c'est l'ouvrage de Bowen²⁶⁹ qui a marqué l'avènement de ce champ d'études²⁷⁰. En Europe, la RSE « s'inscrit dans le champ juridique du développement durable »²⁷¹ alors que les approches américaines l'intègrent plutôt dans l'éthique des affaires²⁷². En tout état de cause, les développements théoriques²⁷³ s'accordent à dire que « la protection de l'environnement naturel et la société prédominent sur ceux de l'entreprise »²⁷⁴. Toutefois, il est pertinent de se demander si cette RSE est applicable à d'autres entreprises, par exemple les petites et moyennes entreprises.

²⁶⁸ Pour plus d'explication sur la genèse et le développement de la RSE voir : M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, préc., note 263, p.7.

²⁶⁹ Howard ROTHMANN BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City, University of Iowa Press, 2013.

²⁷⁰ Nejla JBARA, « Perspective historique de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) », *REMEST*, 2017, vol.11, n°1, p.87, en ligne : <<https://www.remest.ca/documents/5-Perspectivehistoriquedelaresponsabilitesociale.pdf>> (consulté le 12 décembre 2019).

²⁷¹ F. PESTRE, préc., note 252, p.24.

²⁷² *Id.*

²⁷³ Jean-Pascal GOND et Igalens JACQUES, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2012, p. 35.

²⁷⁴ F. PESTRE, préc., note 252, p.25.

La RSE est essentiellement promue « par les grandes entreprises, même si des pratiques socialement responsables existent dans tous les types de sociétés, publiques et privées, y compris les PME et les coopératives »²⁷⁵.

Il est donc erroné de dire que la RSE n'est pas applicable aux autres entreprises puisque leurs responsabilités sont engagées²⁷⁶, quelles que soient leurs tailles. Il s'agit de l'affaire de toute une société, réunie, puisque « les petites et moyennes entreprises investissent elles aussi davantage à l'étranger et jouent maintenant un rôle non négligeable sur la scène internationale »²⁷⁷.

Les spécialistes ont jeté leurs dévolus sur les grandes entreprises en raison de leurs poids sur la scène internationale. Statistique Canada estime qu'elles sont des moteurs de la mondialisation²⁷⁸. De plus, les grandes entreprises doivent montrer l'exemple puisqu'elles sont particulièrement exposées²⁷⁹ aux enjeux de la RSE. Si elles appliquent une nouvelle grille de lecture comme décrite dans la troisième partie, elles seront capables de mieux répondre aux défis de la mondialisation.

Ainsi, il s'agit en quelque sorte d'un contrat moral dont elles sont tenues envers la société. Par définition, une multinationale est un « groupement de sociétés commerciales relevant du secteur privé comme public (ainsi des entreprises d'État) présentant une certaine permanence, placée sous la direction d'une société mère située dans un État, et comprenant des sociétés filiales ou affiliées situées dans plusieurs autres États »²⁸⁰.

²⁷⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises. Livre vert*, (2001), p.4.

²⁷⁶ Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE, « Chapitre 1. Le concept de responsabilité sociétale d'entreprise est-il pertinent pour les PME ? » dans Jean-Marie COURRENT, *RSE et développement durable en PME : Comprendre pour agir*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2012.

²⁷⁷ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 16.

²⁷⁸ STATISTIQUES CANADA, *Entreprises multinationales au Canada, 2019*, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-621-m/11-621-m2019001-fra.htm>> (consulté le 02 janvier 2020).

²⁷⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.8

²⁸⁰ D. CARREAU *et al*, préc., note 70, p.47.

Selon l'OCDE, il n'est pas utile de définir précisément ce qu'englobe le terme de multinationale pour l'application des *Principes directeurs*, car « elles sont présentes dans tous les secteurs de l'économie »²⁸¹.

Il importe de constater les incidences juridiques²⁸² du DD sur les entreprises multinationales grâce au cycle des multiples conférences internationales. En ce sens, le DD constitue la contribution²⁸³ à la RSE. Les organisations internationales ont progressivement demandé aux grandes entreprises de prendre en charge ce DD (Section 1). Une analyse chronologique des instruments juridiques aura pour objectif de révéler cette prise en charge explicite. Auparavant, cette charge était simplement implicite. Chaque gouvernement était missionné afin d'inciter leurs propres entreprises à respecter les normes et principes de la RSE. Finalement, puisque le DD est la matérialisation de la RSE, il conviendra d'analyser les enjeux de celle-ci (Section 2).

Section 1 : La prise en charge du développement durable

« Le développement durable, c'est s'efforcer de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité de satisfaire ceux des générations futures. Il ne s'agit en aucun cas de mettre fin à la croissance économique, au contraire »²⁸⁴.

Chaque gouvernement fait face à des défis sociaux et institutionnels²⁸⁵, des crises environnementales et des préoccupations particulières à chaque région du monde. Le DD prend en compte ces différences de perspective²⁸⁶.

²⁸¹ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 16.

²⁸² Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME et Isabelle DESBARATS (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement ; regards croisés sur le développement durable*, Paris, Lamy, 2010.

²⁸³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, COM (2002) 347, 2002.

²⁸⁴ CMED, préc., note 9, p.37.

²⁸⁵ *Id.*, p.9.

²⁸⁶ *Id.*, p.4.

Toutefois, il est primordial de le répéter, il est important de « répondre d'une façon responsable aux objectifs et aux aspirations de l'humanité »²⁸⁷ nécessitant l'appui de tout un chacun. Dans un arrêt du 25 septembre 1997²⁸⁸, la Cour Internationale de Justice a établi que le DD était un concept traduisant la nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement. Selon Anne-Claire Chaumont, le DD ne constitue pas un principe juridique de droit international²⁸⁹.

Avant d'analyser l'émergence de ce concept, deux questions restent en suspens. Tout d'abord, pourquoi est-il plus intéressant de se concentrer uniquement sur le DD au niveau international ? Ensuite, quels sont les avantages à introduire le concept de RSE par le DD ?

D'une part, le concept de DD au niveau international a mis plus de vingt ans avant de devenir l'objet de préoccupations locales menant à l'adoption d'un cadre législatif interne²⁹⁰. En ce sens, il a été progressivement intégré de manière disparate au droit interne de certains pays suite à une longue mobilisation internationale²⁹¹ et « l'État, les personnes morales et les individus ont été forcés de réviser leurs façons de faire »²⁹². Tant la loi québécoise²⁹³ que la loi fédérale²⁹⁴ reprennent la définition du Rapport Brundtland. D'autre part, il est pertinent d'introduire le DD avant la RSE, car il représente l'intégration presque impossible²⁹⁵ des considérations sociales et environnementales au sein des ALE.

²⁸⁷ *Id.*, p.2.

²⁸⁸ *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J Recueil 1997, p.7.

²⁸⁹ Anne-Claire CHAUMONT, *L'objectif de développement durable de l'organisation mondiale du commerce*, Paris, Harmattan, 2008, p.21.

²⁹⁰ André TURMEL et Jérôme TURCOTTE, « Le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises au Québec et au Canada : un état de la situation », dans Laurent FONBAUSTIER et Véronique MAGNIER (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013, p.14.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*

²⁹³ *Loi sur le développement durable*, D.-8.1.1.

²⁹⁴ *Loi sur le développement durable*, L.C. 2008, ch.33.

²⁹⁵ A.-C. CHAUMONT, préc., note 289, p.15.

Quoi de mieux que de reprendre en exemple, l’ALE de nouvelle génération entre le Canada et l’UE qui reprend tous les thèmes sensibles²⁹⁶ qui étaient jusqu’alors traités de manière séparée. Il relie le DD et le commerce²⁹⁷, le commerce et le travail²⁹⁸ et pour finir le commerce et l’environnement²⁹⁹. Il allie également le respect des intérêts des consommateurs ou encore l’intégration de dispositions relatives à la propriété intellectuelle³⁰⁰. Gaëtan Marain exprime à ce sujet :

« L’incidence grandissante des externalités, tant environnementales que sociales, des entreprises transnationales sur la faisabilité des politiques soutenables a entraîné la convergence des deux notions. Autrement dit, les conséquences sociales et environnementales de l’activité des grands groupes mondiaux fondent la compréhension de la RSE comme une contribution du secteur privé au développement durable. Les deux notions s’articulent suivant un rapport de moyens à des fins : la durabilité du développement serait ainsi l’objectif et la RSE est « l’engagement de l’entreprise à contribuer au développement durable. »³⁰¹

L’émergence du concept de développement durable commence réellement avec le Rapport Brundtland (Paragraphe 1). Le DD a des répercussions importantes sur les ETN. Au fur et à mesure de son expansion, les ETN ont dû répondre de leurs actes vis-à-vis de la société. Toutefois, jugée comme pas assez appliquée, cette responsabilité sociétale des ETN a continué d’évoluer au rythme des nombreuses conférences (Paragraphe 2). Les changements apportés ne sont pas superficiels pourtant il s’agira de dresser un constat assez négatif sur son degré d’application.

²⁹⁶ Michel DOUCIN, « La dimension internationale de la responsabilité sociale de l’entreprise », dans Laurent FONBAUSTIER et Véronique Magnier (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013, p.16.

²⁹⁷ AECG, préc., note 10, chapitre 22.

²⁹⁸ « Mettant en œuvre le présent accord d’une manière qui est conforme à l’application de leur législation respective en matière de travail et d’environnement et qui renforce leurs niveaux de protection du travail et de l’environnement, en s’appuyant sur leurs engagements internationaux dans le domaine du travail et de l’environnement », voir : *Id.*, chapitre 23.

²⁹⁹ *Id.*, chapitre 24.

³⁰⁰ *Id.*, chapitre 20.

³⁰¹ Gaëtan MARAIN, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix-en Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2016, p, 34.

1. L'émergence du concept : Le Rapport Brundtland

Une seule Terre telle est l'annonce emblématique de la Conférence des unies sur l'environnement en 1972. Lors de cette conférence internationale se déroulant à Stockholm, les inquiétudes sont grandissantes et la remise en question des pays en voie de développement³⁰² et des pays industrialisés³⁰³ est saisissante. Plus précisément, au sujet de la protection et l'amélioration de l'environnement qui correspond à plus de 109 recommandations. Selon la lecture du texte, il s'agit d'une réponse collective « au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements »³⁰⁴. Cette rencontre marque également une prise de conscience³⁰⁵ concernant les dommages environnementaux provoquée par l'industrialisation. De nombreux accidents technologiques majeurs³⁰⁶ dans des usines, les grandes marées noires ou encore le réchauffement climatique ont ajusté le discours des États présents. Cependant, le terme de DD n'est toujours pas évoqué.

Même si le concept de DD est ancien³⁰⁷, l'expression de *sustainable development* n'est pas apparu directement dans les conversations. Il est évoqué pour la première fois, en 1980 dans la Stratégie mondiale de la conservation, une publication préparée par l'Union internationale pour la conservation de la nature. C'est le point départ d'une acceptation progressive et universelle que le DD représente la conciliation entre l'environnement et le développement. En ce sens, le concept s'est construit « au gré de la dynamique des acteurs qui en sont porteurs »³⁰⁸. Par contre, ce fut le Rapport Brundtland³⁰⁹ (ci-après « Rapport ») qui définit pour la première fois le DD.

³⁰² Déclaration de Stockholm, 1972, C.N.U.E.H, préambule.

³⁰³ *Id.*

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ Corinne GENDRON, *Le développement durable comme compromis : la modernisation écologique de l'économie à l'ère de la mondialisation*, Québec, PUQ, 2006, p.1.

³⁰⁶ A.-C. CHAUMONT, préc., note 289, p.22.

³⁰⁷ *Id.*, p.21.

³⁰⁸ M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, préc., note 263, p.13.

³⁰⁹ Sur la définition de développement durable, voir : CMED, préc., note 9, p.93.

Cette « formule magique supposée concilier libre-échange, croissance économique et environnement »³¹⁰ reste aujourd'hui la plus utilisée. Anne-Claire Chaumont en analysant cette définition, estime qu'elle repose sur une idée de solidarité³¹¹ et d'équité³¹². Selon l'auteur, deux devoirs caractérisent le DD, des devoirs intergénérationnels et des devoirs intragénérationnels. Ces devoirs représentent une « solidarité horizontale à l'égard des plus démunis du moment (ou solidarité transnationale) et une solidarité verticale entre les générations (ou solidarité transtemporelle) »³¹³.

Le Rapport constitue un appel à l'action³¹⁴. À l'intérieur du texte, de nombreux sujets sensibles sont abordés comme la lutte contre la pauvreté, la gestion des ressources naturelles ou encore le changement des modes de consommation et de production. Ces thématiques vont devenir progressivement « des objectifs primordiaux et des conditions absolues du développement durable »³¹⁵. Il s'agit d'un projet de société³¹⁶ dont la durabilité est placée au premier plan.

La notion de durabilité est centrale puisque le développement et la croissance économique ne peuvent être compatibles³¹⁷ qu'à condition qu'ils respectent tous deux cette notion. Néanmoins, cette recherche de durabilité « implique des changements majeurs dans les relations économiques internationales »³¹⁸. Ce changement ne peut s'effectuer qu'avec la participation active des rédacteurs des instruments internationaux, ce qui est loin d'être le cas en pratique. À ce propos, Gro Harlem Brundtland, femme politique norvégienne, auteur du Rapport, souligne la mission des commissaires lors des travaux préalables à la rédaction. Selon l'auteur, leurs missions dévolues au Rapport ont écarté naturellement les responsabilités nationales de chacun.

³¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, note 20, p.54.

³¹¹ A.-C. CHAUMONT, préc., note 289, p.22.

³¹² *Id.*

³¹³ *Id.*

³¹⁴ CMED, préc., note 9, p.284.

³¹⁵ *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, A/CONF.199/20, (2002), p.3.

³¹⁶ C. DE BITRO *et al.*, note préc., 232.

³¹⁷ CMED, préc., note 9, p.41.

³¹⁸ *Id.*, p.58.

L'objet du débat était recentré uniquement autour de l'inquiétude « envers la planète et les dangers écologiques et économiques que les gens, les institutions et les gouvernements affrontent aujourd'hui »³¹⁹. Cet esprit de coopération est concrétisé par le principe 24 du Rapport:

« Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accord multilatéral ou bilatéral ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États. »³²⁰

Finalement, le Rapport est le point de départ d'une « série de principes pour une gestion écologiquement rationnelle de l'environnement »³²¹. La même année, on assiste à la création du Programme des Nations Unies pour l'environnement (ci-après « **PNUE** »). Le programme va ouvrir la porte à la création d'autres instruments juridiques et conférences. Les outils et mécanismes vont se multiplier, mais les objectifs notamment du millénaire ne sont toujours pas au rendez-vous (Paragraphe 2).

2. Un concept évolutif : L'après Rapport Brundtland

Le concept DD intègre le passé, analyse le présent et prend en considération les besoins des générations futures. De sorte qu'il s'agit d'une norme évolutive³²². De façon logique, les textes postérieurs au Rapport vont reprendre cette caractéristique afin de la faire évoluer en fonction des considérations propres à chaque époque. Il importe donc de considérer ces évolutions.

³¹⁹ *Id.*, p.4.

³²⁰ *Déclaration de Stockholm*, préc., note 302, principe 24.

³²¹ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, C.N.U.E.D, 1992, introduction.

³²² Virginie BARRAL, *Le développement durable en droit international. Essai sur l'incidence juridique d'une norme évolutive*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015.

Dorénavant, il s'agit de « coopérer dans un esprit de partenariat mondial »³²³. Par exemple, au sein de la Conférence de Rio en 1992, il est dorénavant mis à charge des États de prendre des mesures concrètes afin « de décourager ou prévenir »³²⁴ les déplacements des activités dans d'autres pays qui pourraient avoir des incidences sur l'environnement. Si nous désirons mentionner cet élément, c'est pour pointer du doigt qu'il a presque plus de 27 ans, cette déclaration mentionnait déjà la volonté de limiter les délocalisations d'activités d'entreprise. Nous reviendrons plus tard sur cette instrumentalisation du droit par les entreprises multinationales.

Une nouvelle étape est franchie avec la création de l'Agenda 21³²⁵. Il va constituer un programme dynamique³²⁶ abordant les problèmes urgents³²⁷, car « l'humanité se trouve à un moment crucial de son histoire »³²⁸. Son plan d'action traite des dimensions sociales et économiques, de la conservation et gestion des ressources aux fins de développement, le renforcement du rôle des principaux groupes et enfin les moyens d'exécution. Afin de relever ces défis, l'agenda 21 mentionne encore une fois l'idée d'un partenariat mondial, un « climat international propice à la réalisation »³²⁹ de ses objectifs et l'encouragement au DD par la libéralisation du commerce³³⁰.

Ce partenariat mondial se retrouve également au sein du protocole de Kyoto³³¹ de 1998 qui va s'adosser à la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*³³².

³²³ *Id.*

³²⁴ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, préc., note 321, principe 14.

³²⁵ *Agenda 21*, C.N.U.E.D, 1992.

³²⁶ *Id.*, préambule par. 1.6.

³²⁷ *Id.*, préambule par. 1.1.

³²⁸ *Id.*, préambule par. 1.3.

³²⁹ *Id.*, chapitre 2.

³³⁰ *Id.*

³³¹ *Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, FCCC/INFORMAL/83, 1998.

³³² *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, FCCC/INFORMAL/84, 1992.

Il s'agit de responsabilités communes « mais différenciées et de la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation »³³³. Quatre années plus tard, cette responsabilité collective³³⁴ se retrouve à Johannesburg en Afrique du Sud. Les responsabilités ne sont plus simplement données à chacun, il faut maintenant les renforcer au niveau local, national, régional et mondial. Même si des progrès notables³³⁵ ont déjà été accomplis, l'ambiance internationale a considérablement changé.

Des préoccupations sociétales interviennent avec une « attention particulière et prioritaire à la lutte contre les éléments qui, de par le monde, font peser de graves menaces sur le développement durable de nos peuples »³³⁶. D'autres nouveaux sujets s'installent dans les consciences comme les crimes économiques avec la criminalité organisée, la corruption, mais aussi le terrorisme ou encore l'incitation à la haine raciale, ethnique ou religieuse.

La quatrième conférence Rio + 20³³⁷ renouvelle l'engagement politique des politiques passées et réaffirme les principes de la conférence de Rio et le Rapport Brundtland. Par contre, les rédacteurs du texte soulignent un point important. Les « progrès accomplis ces 20 dernières années [...] ont été inégaux »³³⁸. Et il s'agit bien du cœur du problème. Le DD est « un vecteur viable de progression de nos sociétés »³³⁹. Le Canada parle même de grand défi³⁴⁰ au sein de son Plan vert. Ce défi du XXI^e siècle est « de répondre aux espoirs économiques de la majorité de la population croissante du monde, et ce, dans le respect des limites imposées par la planète »³⁴¹.

³³³ *Id.*, article 4.

³³⁴ *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, A/CONF.199/20, (Déclaration de Johannesburg sur le développement durable), 2002, p.1.

³³⁵ *Id.*, p.2.

³³⁶ *Id.*, p.4.

³³⁷ *Rapport de la conférence des Nations Unies sur le développement durable*, A/CONF.216/6, 13 août 2012.

³³⁸ *Id.*, p.5.

³³⁹ Thierry GRANIER, « Les nouveaux acteurs du développement durable », dans Laurent FONBAUSTIER et Véronique Magnier (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013, p.73.

³⁴⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le plan vert du Canada pour un environnement sain*, (1990), en ligne : <<https://legacyfiles.ijc.org/publications/A47.pdf>> (consulté le 03 janvier 2020).

³⁴¹ *Id.*

L'accent est mis sur un changement progressif qui prend du temps puisqu'il est certain qu'on ne peut transformer « des valeurs et des attitudes séculaires du jour au lendemain »³⁴². Il est clair qu'un retour à la moralité s'associe à un travail en profondeur. Il ne suffit pas que les acteurs se réunissent et écrivent un rapport pour que ces mêmes acteurs les appliquent. Il faut qu'un changement se retrouve dans une collaboration continue entre toutes les parties.

Par contre, le DD n'est pas le seul défi à remplir afin de répondre aux espoirs futurs. Au fil des années, les réflexions et discours autour du DD sont de plus en plus précis et incitent un éventail de personnes plus larges, à se rendre compte des responsabilités et objectifs à atteindre. Mais encore une fois, qu'en est-il en application ? Il convient d'analyser la matérialisation du DD qui est la responsabilité sociétale des entreprises (Section 2).

Section 2 : La RSE : La matérialisation du développement durable

Jusqu'à la fin du 19^e siècle, le concept de RSE et le DD renvoyaient « à des champs sémantiques bien séparés »³⁴³. Les deux notions sont désormais étroitement liées, car l'objectif de la RSE est justement de contribuer au développement durable³⁴⁴. En d'autres termes, la RSE représente l'engagement volontaire des entreprises au respect du DD. Il est important de préciser que ses principes éthiques sont de *soft Law* ou sont qualifiés de *droit mou*³⁴⁵. Autrement dit, les règles ne sont ni contraignantes ni pourvues de force de loi.

³⁴² *Id.*

³⁴³ Michel CAPRON et Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE, « Le couplage « responsabilité sociétale des entreprises » et « développement durable » : mise en perspective, enjeux et limites », (2013) *Revue française de socio-économie*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-socio-economie-2013-1-page-125.htm>> (consulté le 03 janvier 2020).

³⁴⁴ ISO, *Norme française. Lignes directrices relative à la responsabilité sociétale*, FA142230, (novembre 2010), en ligne : <<https://www.convergence-lr.fr/userfiles/files/ISO%2026000%20V2010.pdf>> (consulté le 02 janvier 2020).

³⁴⁵ Sur le droit mou voir, en autres : Gérard FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privés », dans Générosa Bras MIRANDA et Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010; Jean-Michel JACQUET, « L'émergence du droit souple », dans Bertrand ANCEL et al., *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009.

Elles appartiennent au registre de l'autorégulation³⁴⁶. Toutefois, elles sont des instruments primordiaux à la normativité et leurs indications font autorité³⁴⁷. Certains textes sont qualifiés de droit positif du droit international³⁴⁸ comme les *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme*³⁴⁹ ou encore les *Principes directeurs des Nations unies relatif aux entreprises et aux Droits de l'homme* de 2011. D'autres référentiels internationaux³⁵⁰ existent, mais ils sont utilisés dans des secteurs précis comme le *Global Reporting Initiative*. Afin de permettre de refléter les profonds changements³⁵¹ et de révéler l'état de mondialisation³⁵², il est pertinent de se concentrer sur le contenu de la norme d'orientation sociale *ISO 26000*³⁵³ (Paragraphe 1) et des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (Paragraphe 2).

1. Une réponse collective : la norme *ISO 26000*

« L'élaboration d'une norme s'apparente à l'exécution d'une symphonie où chacun est appelé à jouer sa partition »³⁵⁴.

L'ISO est « une fédération mondiale d'organismes nationaux de normalisation »³⁵⁵ créée en 1946 réunissant 164 membres, dont le Canada et l'UE.

³⁴⁶ Catherine LONEUX, « La Responsabilité Sociale des Entreprises comme Soft Law : Formes et enjeux de régulation, de dialogue et de frontières », (2015) *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-communication-et-organisation-2015-1-page-115.htm?contenu=resume>> (consulté le 29 novembre 2019).

³⁴⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.8

³⁴⁸ Lhuillier, préc., note 5, p.154.

³⁴⁹ Concernant les principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, voir : *Voluntary Principles*, 2011, en ligne : <<http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2019/12/TheVoluntaryPrinciplesFrench.pdf>> (consulté le 11 mars 2020).

³⁵⁰ PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, préc., note 30, p.4.

³⁵¹ M. DOUCIN, préc., note 296, p.18.

³⁵² *Id.*, p.22.

³⁵³ *ISO 26000. Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, préc., note 3.

³⁵⁴ Iso, *Normes*, en ligne : <<https://www.iso.org/fr/standards.html>> (consulté le 18 décembre 2019).

³⁵⁵ Iso, *Norme française. Lignes directrices relative à la responsabilité sociétale*, préc., note 344, p. 12.

En 2010, ISO 26000 est la première norme proposant une standardisation privée de la RSE basée sur une démarche holistique. Autrement dit, cette démarche concerne toutes les approches de la vie. Il s'agit donc d'un guide méthodologique³⁵⁶ mis à la disposition des entreprises afin qu'elles puissent continuer à se dépasser d'une manière socialement responsable. Quelle est la valeur ajoutée apportée par la norme internationale par rapport à d'autres normes?

La norme ne concerne pas loin de sept domaines. Elle s'intéresse à la gouvernance de l'organisation, les communautés et le développement local, les droits de l'homme, les questions relatives aux consommateurs, les relations et conditions de travail, les pratiques commerciales loyales, l'environnement, le développement et l'engagement auprès des communautés.

Ensuite, la légitimité de la norme internationale se retrouve dans son processus d'élaboration grâce à une polyphonie démocratique³⁵⁷. Autrement dit, pas moins de 400 experts ont participé au groupe de travail suite aux recommandations du COPOLCO représentant les consommateurs au sein de l'ISO et le SAG SR qui est « un comité consultatif ayant pour mandat d'analyser la pertinence et la faisabilité d'une norme internationale de responsabilité sociale »³⁵⁸. De plus, la norme ISO 26000 est un des premiers standards internationaux qui définit précisément le DD et la RSE, c'est-à-dire :

« La responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prends en compte les attentes des parties prenantes; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement; est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations. »³⁵⁹

³⁵⁶ M. DOUCIN, préc., note 296.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ Michel CAPRON, Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE et Marie-France TURCOTTE, *ISO 26 000 : Une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2011, p.19.

³⁵⁹ *ISO 26000. Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, préc., note 3, p.4.

À cet égard, l'intégration des normes éthiques et responsables au sein du processus organisationnel est un aspect technique de la RSE. Les référentiels de management et les stratégies organisationnelles ne seront pas abordés dans cette étude. Par contre, ils constituent des modèles primordiaux et sont totalement compatibles avec la norme ISO 26000.

De plus, la norme rappelle aux États, leurs rôles à jouer. L'État est toujours « détenteur unique du pouvoir d'édicter et de faire respecter la loi, il diffère des organisations »³⁶⁰. Son devoir est d'agir dans l'intérêt public. La norme ne peut donc le remplacer. Son devoir est de protéger les droits de l'homme, ce qui est différent de la responsabilité des organisations. Les organisations doivent être appuyées par les pouvoirs publics afin de continuer leurs efforts pour être responsables. Nous pensons que la promotion de la RSE ne peut pas être un « substitut à l'exercice effectif des devoirs et des responsabilités de l'État »³⁶¹. La responsabilité des gouvernements, notamment du Canada sera analysée au regard d'un exemple concret qui est le point de contact national (ci-après « PCN ») impulsé par l'OCDE, chargé de promouvoir les *Principes directeurs* (Paragraphe 2).

2. Un balancier mondial : Les *Principes directeurs* de l'OCDE

Selon les chiffres du professeur Lhuillier, 97 des plus grandes entreprises multinationales au monde ont décidé de s'engager à respecter les *Principes directeurs*. Ceci représente 85% de l'IDE³⁶² grâce à l'adhésion volontaire de plus de quarante États.

Les *Principes directeurs* constituent « le contrepoids nécessaire à la protection accordée aux droits des investisseurs »³⁶³. Lancée en janvier 2000 à la suite du Forum Économique Mondial de Davos par Kofi Annan, il s'agit de recommandations adressées aux entreprises multinationales alors que l'ISO 26000 s'adresse à tous types d'organisations.

³⁶⁰ *Id.*, p.11.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² G. LHUILLIER, préc., note 5, p.176.

³⁶³ *Id.*

Les *Principes directeurs* sont appliqués volontairement, car ils ne sont pas des normes et principes juridiquement contraignants. Il s'agit du « seul code exhaustif »³⁶⁴ applicable aux entreprises multinationales dont seize obligations découlent. Les entreprises multinationales doivent respecter notamment les droits de l'homme³⁶⁵, la coopération avec les populations locales, les principes de bon gouvernement d'entreprise³⁶⁶, les pratiques d'autodiscipline³⁶⁷ ou encore d'éviter des incidences négatives. De plus, les entreprises sont encouragées à respecter deux obligations supplémentaires qui sont de favoriser la liberté sur internet et la participation/soutien « au dialogue social sur une gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement »³⁶⁸.

L'application de normes strictes améliore la croissance³⁶⁹. C'est ce qui ressort des rapports d'entreprises multinationales qui ont appliqué les bonnes pratiques. Par exemple, l'entreprise multinationale Total, un des leaders mondiaux pétroliers place les engagements environnementaux et sociétaux au cœur de sa stratégie. Malheureusement, la barrière est fine entre la volonté des entreprises multinationales d'être responsable ou leurs intentions de redorer leurs blasons afin de surfer sur la vague du marketing responsable.

Pourtant à terme, l'objectif est d'obtenir une valeur de référence, car les *Principes directeurs* désirent l'absence de contradiction entre les activités des entreprises multinationales et le DD. En ce sens, il s'agit d'une complémentarité³⁷⁰ qu'il faut obtenir dans la conciliation³⁷¹ entre les différents intérêts.

³⁶⁴ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 16, p.3.

³⁶⁵ *Id.*, p.19.

³⁶⁶ *Id.*, p.23.

³⁶⁷ *Id.*, p.23.

³⁶⁸ *Id.*, p.24.

³⁶⁹ *Id.*, p.16.

³⁷⁰ *Id.*

³⁷¹ Oriane THIBOUT, *La Responsabilité Sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, thèse de doctorat, Côte d'Azur, Université de Côte d'Azur, 2018, p.33.

Il ne s'agit pas d'une renonciation, mais plutôt d'un système ordonné dans lequel des limites seraient adressées aux entreprises et gouvernements. En retour, si ces limites sont transgressées, des sanctions doivent être présentes et mieux encadrées. Avant d'entreprendre cette justification qui fera partie de notre dernier titre, il faut dresser un état des lieux de ce que nous avons vu jusqu'à présent.

Il en ressort de ce qui précède que la RSE est internationalisée. Des balises sont mises en place afin de permettre aux gouvernements et entreprises de s'aligner sur les mêmes codes de conduite sans avoir à distinguer chaque fois, les différences juridiques de chaque législation nationale. Toutefois, elles doivent toujours se conformer à la législation de leurs pays. Elles sont donc des sujets de la responsabilité sociétale. Il convient dès lors d'analyser de quelle manière elles sont dorénavant des auteurs du combat sociétal (Chapitre 2).

Chapitre 2 – Les entreprises multinationales : auteur de la responsabilité sociétale

Jusqu'à maintenant, nous avons étudié les normes et standards internationaux qui forment un cadre volontaire de la responsabilité sociale des entreprises multinationales. Toutefois, il est important que la RSE se développe sous l'impulsion³⁷² des entreprises elles-mêmes. Michel Doucin exprime que « [...] l'entreprise n'est plus la seule à définir sa méthodologie de construction d'une stratégie de RSE. Et les États ne sont plus non plus détenteurs d'une légitimité exclusive pour produire des normes internationales »³⁷³. Autrement dit, l'intérêt financier n'est plus la seule préoccupation. Les critères extra financiers sont devenus un enjeu pour les entreprises. Cet enjeu se répercute dans la production de normes de RSE par les entreprises.

³⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.9.

³⁷³ M. DOUCIN, préc., note 296, p.18.

Notamment pour restaurer leur légitimité sur des sujets sensibles comme le respect des droits de l'homme, les normes relatives aux conditions décentes de travail et le droit de l'environnement pour enfin retrouver « les voies d'une acceptabilité de leurs pratiques »³⁷⁴.

En effet, depuis quelques années, les scandales médiatiques se sont multipliés. Tout le monde a entendu parler des campagnes de Boycott de Nestlé par les consommateurs³⁷⁵ à cause de l'exploitation des enfants³⁷⁶ en Afrique et plus précisément en Côte d'Ivoire. Pourtant à la lecture du rapport de Nestlé intitulé « Lutter contre le travail des enfants »³⁷⁷, aucun enfant ne serait forcé à travailler dans les chaînes d'approvisionnement. Il est légitime de se demander si ces rapports constituent des catalogues de promotion de la RSE ou des applications concrètes sur le terrain. Une autre affaire concernant le recours au travail des enfants est encore dans les esprits de tous. C'est le cas de Nike. La liste est longue. Total a également été accusé de travail forcé en Birmanie et son concurrent Shell, de conspiration avec le gouvernement nigérien. Il s'agissait de complicité présumée avec les gouvernements étrangers afin de commettre en totale impunité des violations de droits de l'homme dans les pays d'accueil. Après ces scandales, il est plus compréhensible qu'un grand nombre d'entreprises se mettent à la page de la responsabilité sociétale en rédigeant des rapports tout en couleur et en promesse.

Par contre, il est pertinent de se demander si depuis le départ, la liberté accordée aux entreprises multinationales n'a pas en quelque sorte dépassé l'entendement. Il n'est pas viable pour un système de droit que le libéralisme économique soit supérieur aux considérations sociales ou environnementales. D'autant plus qu'il n'est pas souhaitable qu'un système où l'autorégulation règne en maître demeure le même système dans quelques années.

³⁷⁴ F. QUAIREL-LANOIZELÉE, préc., note 276, p.18.

³⁷⁵ F. PESTRE, préc., note 252, p.11.

³⁷⁶ Sur l'interdiction du travail des enfants, voir : *Social Accountability 8000*, juin 2014, en ligne : <http://sa-intl.org/_data/n_0001/resources/live/SA8000%20Standard%202014.pdf> (consulté le 20 mars 2020).

³⁷⁷ Sur un exemple de Rapport de responsabilité sociétale voir, en autres : INTERNATIONAL CACAO INITIATIVE, *Lutter contre le travail des enfants*, (2017), en ligne : <https://www.nestlecocoplanreport.com/sites/default/files/2017-10/NestleCocoaPlanReport2017_FR_0.pdf> (consulté le 12 février 2020).

Aujourd'hui, cette régulation suit un modèle ultralibéral profitant au marché. Or, les objectifs initiaux n'étaient pas d'utiliser la liberté contractuelle afin de délibérément se soustraire des obligations et devoirs envers la société. Grâce à des choix stratégiques, les entreprises multinationales aidées par leurs représentants arrivent malheureusement à s'échapper des contraintes (section 1). En plus, même si elles sont de plus en plus restreintes par le foisonnement d'instruments juridiques en réponse à ses exactions, de nombreux crimes restent toujours commis, sans sanction (section 2).

Section 1 : La responsabilité sociétale à la croisée de la liberté contractuelle

Le retrait progressif de la compétence régalienne de l'État est contrebalancé par une autonomie toute puissante des entreprises multinationales. Le gouvernement canadien dans son communiqué de presse de 2018 est déterminé à ce que « les Canadiens, où qu'ils se trouvent, puissent avoir confiance en leurs entreprises de renommée internationale et sachent que le commerce et les investissements internationaux profitent à tous »³⁷⁸. Un certain degré de confiance³⁷⁹ doit être restauré puisqu'un excès de liberté a apporté malheureusement des dérives.

Autrement dit, les ETN ont largement profité des règles juridiques. Cette instrumentalisation du droit sera appréhendée au regard du *forum shopping in favorem*³⁸⁰ (Paragraphe 1) et concernant les stratégies de délocalisation des entreprises multinationales (Paragraphe 2).

³⁷⁸ AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Communiqués. Le gouvernement du Canada fait preuve de leadership quant à la conduite responsable des entreprises à l'étranger*, (17 janvier 2018), en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2018/01/le_gouvernement_ducanadafaitpreuvedeleadershipquantalaconduitere.html> (consulté le 02 janvier 2020).

³⁷⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.5.

³⁸⁰ E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », préc., note 122, p. 853.

1. Le forum shopping

Le *Forum shopping* désigne les choix de procédure par les parties à un litige c'est-à-dire « les choix de règles procédurales qui peuvent influencer la solution du litige et avoir des effets sur le droit matériel applicable »³⁸¹. En quoi est-il intéressant d'évoquer cette stratégie juridique au sein de cette étude ?

Premièrement, il faut savoir que le *Forum shopping* comprend le « choix de traités, de lois nationales, de normes privées, mais aussi de hiérarchie normative »³⁸². Par exemple, le choix d'une convention internationale régissant l'arbitrage ou le choix de la hiérarchie des normes de l'arbitrage d'investissement constitue des options procédurales qui sont ouvertes à l'investisseur³⁸³. Selon Gaillard, il s'agit du pari du libéralisme³⁸⁴ qui laisse la porte ouverte à la liberté contractuelle en fonction des intérêts de chacun. Ceci ne caractérise pas le chaos, mais plutôt « une harmonie internationale des solutions »³⁸⁵.

Cependant, ces pratiques contemporaines³⁸⁶ créent une mise en concurrence des instruments juridiques au profit des acteurs privés. C'est en ce sens qu'on estime qu'il s'agit d'une instrumentalisation du droit. La logique du profit demeure prédominante. Par contre, le fait qu'il s'agit d'une pratique courante ne signifie pas qu'on doit la laisser continuer d'exister. Il faut renforcer les mesures règlementant le contentieux économique puisque l'avenir du monde ne peut être livré au seul consensualisme.

³⁸¹ G. LHUILIER, préc., note 5, p.42.

³⁸² *Id.*, p.318.

³⁸³ E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », préc., note 122, p. 853.

³⁸⁴ *Id.*, p.863.

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ *Id.*, p.862.

Les acteurs qu'ils soient privés ou publics naviguent au sein d'un « *territoire-fiction* aux frontières modulables dans l'espace et le temps »³⁸⁷. Cette affirmation se retrouve en particulier au niveau du droit extractif puisqu'il est le « laboratoire de la pratique du droit transnational »³⁸⁸. Prenons le cas du contrat dit du siècle³⁸⁹ de 2008 entre la République démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises. En contrepartie de la construction des routes, cette convention de collaboration devait rapporter à la Chine, plus de 10 millions de tonnes de cuivre et des centaines de millions de cobalts. La question était de savoir si « la relation est-elle mutuellement bénéfique ou plutôt extractive »³⁹⁰ ? Encore une fois, le manque de transparence est au cœur du problème. De plus, cette convention de collaboration renferme une gouvernance tripartite, des espaces politiques transnationaux et un mécanisme de règlements de différends donnant la possibilité à des personnes privées de créer des espaces normatifs.

Lhuilier fait aussi référence à l'affaire *Occidental Petroleum Corporation vs the Republic of Ecuador*³⁹¹ qui représente un cas typique de contrats pétroliers à la fois moitié-contrats d'État moitié-contrats commerciaux internationaux. Il s'agit des grands contrats extractifs appelés contrats complexes puisqu'ils sont des groupes de contrats composés de sous-catégories en leurs seins, par exemple des contrats d'État, des accords-cadres³⁹², *des joint venture agreements*³⁹³ et bien d'autres³⁹⁴. Dans la décision précitée, c'est la méthode utilisée par les arbitres du CIRDI qui est critiquable.

³⁸⁷ G. LHUILIER, préc., note 5, p.7.

³⁸⁸ *Id.*, p.302.

³⁸⁹ Sur le cas de la pratique du droit extractif et de la rédaction du contrat extractif « du siècle » Sino-RDC, voir : G. LHUILIER, préc., note 5, p.302-318.

³⁹⁰ Belmond TCHOUMBA, Isilda NHANTUMBO et Anna BOLIN, « La situation des investissements chinois en République démocratique du Congo », *IIED*, juin 2015, en ligne : <<https://pubs.iied.org/>> (consulté le 12 mars 2020).

³⁹¹ Sur le cas *Occidental Petroleum Corp. Vs Ecuador* : la *lex mercatoria* et la « gouvernance mondiale » tripartite voir : G. LHUILIER, préc., note 5, p.117-134.

³⁹² Il s'agit d'accords conclus entre partenaires privés et sociétés nationales qui mettent en œuvre le contrat d'État et qui prévoient les accords à venir, voir : *Id.*, p.7.

³⁹³ Il s'agit d'accords conclus entre les entreprises membres des accords cadre et du contrat d'État, voir : *Id.*

³⁹⁴ Il peut s'agir notamment des *joint venture agreements*, des *joint venture compagny* (qui créent des sociétés gestionnaires du contrat), un contrat de compensation (qui organise les investissements), des contrats de droit privé d'application (contrat d'entreprise, de fourniture, etc.), et des contrats de sociétés, voir : *Id.*

Les arbitres ont justifié leurs décisions au regard des commentaires accompagnant un projet de la Commission du droit international de 2001 sur « la responsabilité de l'État pour fait international illicite »³⁹⁵. C'est sur cette base non impérative³⁹⁶ que l'entreprise américaine *Occidental Exploration and Production Compagny* a obtenu réparation, quitte à estimer que la violation du droit national par l'investisseur étranger n'était pas un obstacle à la protection de celui-ci. Autrement dit, cette protection juridique englobe « l'ensemble des droits substantiels et procéduraux dont les investisseurs disposent pour faire respecter leurs droits »³⁹⁷. Il est vrai que les protections internationales des investisseurs sont primordiales au commerce international. Cependant, elles ne justifient pas qu'on laisse de côté la violation du droit national par l'investisseur étranger. Ceci heurte par la même occasion l'idée souveraine selon laquelle un état possède un droit politique souverain « de choisir la société transnationale qui exploitera ses ressources naturelles »³⁹⁸.

Concernant d'autres astuces juridiques³⁹⁹, on retrouve le *law shopping* qui désigne tous les mécanismes de choix de la loi applicable c'est-à-dire le choix du droit de l'investissement⁴⁰⁰ ou encore le choix « de dépeçage de la loi applicable au contrat entre une loi nationale et le global compact de l'ONU, une nouvelle pratique d'human rights shopping »⁴⁰¹. La question cruciale est de savoir comment les entreprises peuvent créer des espaces normatifs grâce à leurs stratégies à l'intérieur de leurs contrats internationaux. Les stratégies juridiques sont possibles lorsque les États ont permis leurs créations. Par exemple, il peut s'agir pour une entreprise transnationale de s'incorporer dans un État de sa convenance. On pense aux sociétés *offshores*.

³⁹⁵ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait international illicite*, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, A/56/10.

³⁹⁶ G. LHUILIER, préc., note 5, p.121.

³⁹⁷ *Id.*, p.119.

³⁹⁸ *Id.*, p.120.

³⁹⁹ Pierre LASCOUMES et Thierry GODEFROY, *Le capitalisme clandestin : L'illusoire régulation des places offshore*, Paris, La découverte, 2014.

⁴⁰⁰ OCDE, *Prévention abusive des conventions – Rapport d'examen par les pairs sur le chalandage fiscal : cadre inclusif sur le BEPS : Action 6*, Éditions OCDE, 2019.

⁴⁰¹ *Id.*, p.300.

En ce sens, les auteurs Frydman et Hennebel analysent dans leur article « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique »⁴⁰², l'émergence du contentieux transnational des droits de l'homme. Il est intéressant de s'y référer à ce stade puisque ce contentieux est lié au contentieux de l'investissement. En effet, le positionnement d'un gouvernement en faveur d'un investisseur peut bloquer l'action judiciaire et ainsi un recours collectif pour les victimes. Ce fut le cas pour Nike en Indonésie⁴⁰³.

Finalement, comme l'exprimait Mireille Delmas-Marty, le droit est devenu un instrument de concurrence. Autrement dit, les législations nationales se sentent obligées de mettre en place un système favorable aux intérêts des investisseurs, au risque de ne pas constituer une place privilégiée. Ce qui nous amène aux stratégies de délocalisation (Paragraphe 2).

2. Les stratégies de délocalisation

La délocalisation fait l'objet de controverses quant à sa définition. Par délocalisation, on entend deux types principaux d'opérations. Il s'agit soit d'un transfert d'activités à l'étranger à savoir des filiales du groupe qui se délocalise à l'étranger, soit d'une sous-traitance internationale auprès d'entreprises non affiliées⁴⁰⁴. Dans les deux cas, la plupart du temps, il était possible de continuer à exercer les activités aux mêmes endroits, mais les activités délocalisées sont plus intéressantes.

⁴⁰² Benoit FRYDMAN et Ludovic HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », (2009) 77 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 73.

⁴⁰³ Concernant les activités de Nike en Indonésie, voir : en autres, Walter LAFEBER, *Michael Jordan and the New Global Capitalism*, New-York, WW Norton, 1999; Michel SUTTON, « Between a Rock and a Judicial Hard Place : Corporate Social Responsibility Reporting and Potential Legal Liability under Kasky v. Nike » (2004), 72 *University of Missouri at Kansas City Law Review* 1159 ; Mathieu HAMELIN, *La responsabilité sociale des entreprises transnationales : études de cas sur les audits sociaux et les droits des travailleurs en Chine*, mémoire de maitrise, Faculté des arts et sciences, Université de Montréal, 2013.

⁴⁰⁴ OCDE, *Les délocalisations et l'emploi. Tendances et impacts*, (2007), en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/sti/ind/lesdelocalisationsetlemploientendancesetimpacts.htm#HTO>> (consulté le 02 janvier 2020).

Le pire résultat des localisations représente les motivations⁴⁰⁵ des entreprises transnationales qui axent leurs priorités sur la recherche de profit au nom du désir de compétitivité⁴⁰⁶ quitte à affaiblir les garanties sociales. En effet, certaines entreprises décident de délocaliser leurs activités simplement pour rester compétitives sur le marché. La délocalisation est ici appréhendée comme un choix stratégique des entreprises multinationales. Par exemple, pour réaliser une baisse des coûts de production, l'entreprise réduit à l'étranger le coût de la main d'œuvre. Il devient alors intéressant de délocaliser puisque l'écart salarial entre les régions du monde n'est plus à démontrer.

Cette stratégie de choix représente « l'accélération sans précédent de la liberté de localisation des firmes dans l'espace mondial »⁴⁰⁷. En quête de constituer la meilleure terre d'asile aux capitaux entrants, les gouvernements se placent eux-mêmes en situation de concurrence afin d'attirer les IDE engendrant un affaiblissement de leurs souverainetés étatiques. Les accords de libre-échange ont leurs parts de responsabilités. Par exemple, l'ALENA a rendu favorable et a accéléré la délocalisation des entreprises. Quelle est la position du gouvernement canadien à l'encontre de leurs entreprises extractives canadiennes ?

Le Canada est présent dans plusieurs pays en développement par le biais de grands projets miniers. Les minéraux sont considérés comme un moteur du développement. Cette industrie emploie directement 426 000 travailleurs⁴⁰⁸. Le groupe de la Banque mondiale qui œuvre à la recherche de solution durable « aide les pays à exploiter le potentiel de ce secteur au profit du développement et de la réduction de la pauvreté »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Abir KHATERCHI, *La délocalisation des entreprises et ses effets sur les emplois dans les pays industrialisés : cas de l'industrie du vêtement au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2009, chapitre 1, 1.3.

⁴⁰⁶ *Id.*, chapitre 1, 1.3.1.

⁴⁰⁷ El Mouhoub MOUHOUD, *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, 5^e éd., Paris, La Découverte, 2017, par.7.

⁴⁰⁸ L'ASSOCIATION MINIÈRE DU CANADA, *Faits et chiffres de l'industrie minière canadienne*, (2018), p.6, en ligne : <<https://mining.ca/wp-content/uploads/2019/03/Facts-and-Figures-French-Web.pdf>> (consulté le 03 janvier 2020).

⁴⁰⁹ BANQUE MONDIALE, *Industries extractives*, (03 octobre 2018), en ligne : <<https://www.banquemondiale.org/fr/topic/extractiveindustries/overview>> (consulté le 03 janvier 2020).

Elle favorise également la transparence grâce à la *Norme ITIE*⁴¹⁰ c'est-à-dire la norme internationale pour la transparence et la responsabilité entourant les ressources pétrolières, gazières et minérales d'un pays. La Norme énonce que « les richesses issues des ressources naturelles d'un pays doivent bénéficier à ces citoyens; pour y parvenir, des normes exigeantes en termes de transparence et de responsabilité sont nécessaires »⁴¹¹. On parle dans ce cas-là d'un groupe multipartite⁴¹², c'est-à-dire comprenant des membres issus d'un gouvernement, des entreprises (souvent extractives publiques et privées) et des organisations de la société civile.

Le rapport final du gouvernement canadien en 2013 sur la responsabilité des entreprises énonce que sachant « le grand nombre de projets miniers réalisés dans le monde entier [...], le gouvernement du Canada ne peut pas assurer un suivi de toutes les activités relatives à la RSE [...] Chaque cas est différent »⁴¹³. Les entreprises sont une nouvelle fois incitées à adopter une diligence raisonnable. Ceci passe par un « processus par lequel les entreprises identifient, préviennent et atténuent les incidences négatives, réelles ou potentielles, et rendent compte de la manière dont elles répondent à de telles incidences »⁴¹⁴. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'objectif est d'harmoniser les standards internationaux à l'action des multinationales canadiennes. On retrouve d'ailleurs le point de contact PCN du Canada pour les *Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE) à l'intention des EMN*⁴¹⁵. Cet ombudsman canadien indépendant est chargé de faire respecter les droits des citoyens face aux pouvoirs publics.

⁴¹⁰ *La norme ITIE 2019. La norme mondiale pour la bonne gestion des ressources pétrolières, gazières et minières*, 17 juin 2019, en ligne : <https://eiti.org/files/documents/eiti_standard2019_a4_fr.pdf> (consulté le 02 janvier 2020).

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² *Id.*

⁴¹³ RESSOURCES NATURELLES CANADA, *Projet de recherche sur la responsabilité sociale des entreprises. Rapport final*, (14 novembre 2017), en ligne : <<https://www.rncan.gc.ca/nos-ressources-naturelles/mineraux-et-exploitation-miniere/mines/developpement-durable-des-ressources-minerales/projet-de-recherche-sur-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/17259>> (consulté le 03 janvier 2020).

⁴¹⁴ OCDE, *Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif*, Éditions OCDE, 2017, p.20.

⁴¹⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Point de contact national (PCN) du Canada pour les Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales (EMN)*, (20 décembre 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 20 février 2020).

Son mandat sera donc de se pencher « sur des plaintes concernant les allégations de violations des droits de la personne causées par les activités d'une entreprise canadienne à l'étranger »⁴¹⁶.

Finalement, il appartient aux entreprises de se responsabiliser et intégrer les bonnes pratiques au sein de leurs codes d'éthique. Toutefois, lorsque le principe de durabilité n'est pas respecté, il faut que ce respect soit sanctionné. Les arbitres internationaux en raison de leurs profils possèdent justement cette mentalité commerciale pour appliquer au mieux les pratiques marchandes aux enjeux comme le DD et la promotion des droits de la personne (Section 2).

Section 2 : La responsabilité sociétale à la chasse à l'impunité des ETN

À première vue, on pourrait penser que le Canada et le Québec sont irréprochables sur la RSE grâce à leurs systèmes juridiques et organisationnels qu'ils possèdent. En réalité, ils sont fréquemment critiqués sur ce sujet. Leurs efforts étant qualifiés d'insuffisants. Les auteurs de doctrine et professionnels du domaine estiment que de nombreuses « violations des droits de la personne commis à l'étranger par leurs entreprises »⁴¹⁷ ont été rapportés⁴¹⁸. Cela a amené le gouvernement à s'interroger sur les possibilités de remédier à ceci. Certains auteurs estiment à ce titre que « le droit canadien des affaires est dans un continuum réglementaire »⁴¹⁹.

⁴¹⁶ AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Conduite responsable des entreprises à l'étranger – Foire aux questions*, (06 septembre 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=fra>> (consulté le 29 février 2020).

⁴¹⁷ Ivan TCHOTOURIAN, Valérie DESHAYE et Romy Mac FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires », (2016) 4 *Cahier de droit* 640.

⁴¹⁸ Sur les investissements internationaux et le développement durable, voir : Stefanie SCHACHERER, « International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s », *IISD*, 2018, en ligne : <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>> (consulté le 10 mars 2020).

⁴¹⁹ I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. M. FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires », préc., note 417, p. 635.

Il est vrai que la constante évolution des instruments internationaux est d'autant plus difficile à être cernée par la pratique. Ensuite, comme on a pu l'apercevoir au préalable, les pays d'accueil sont accaparés par l'attractivité. Ces deux éléments ne justifient pas qu'ils soient tolérables que ces entreprises continuent à détériorer leurs environnements ou bafouer les droits de l'homme. Par contre, il serait erroné de dire que les sanctions ne sont pas prévues dans les instruments juridiques. Concernant les crimes économiques, on retrouve la *Convention pénale sur la corruption* adoptée par le Conseil de l'Europe. Elle prévoit « un chef de compétence basée sur le territoire non seulement lorsque l'infraction est commise en totalité, mais aussi en partie »⁴²⁰.

Au Canada, depuis longtemps l'idée est retenue que si « un lien réel et important »⁴²¹ existe entre l'infraction et le territoire canadien alors les tribunaux canadiens auront compétence. Il est bien évident que cela dépend toujours des intérêts en présence. Pourtant, la Cour suprême dans l'affaire *Canadien Pacifique Ltée*⁴²² a statué que :

« Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement [...] certains faits de pollution représentent effectivement la violation d'une valeur fondamentale [...] Cette valeur paraît relativement nouvelle, encore que dans la mesure où elle s'inscrit dans le prolongement d'un ensemble traditionnel et bien établi de droits et de valeurs déjà protégés par le droit pénal, son existence et ses modalités soient facilement perceptibles. Parmi les nouvelles composantes de cette valeur fondamentale, on peut sans doute compter la *qualité de la vie* et la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel. D'autre part, les valeurs plus traditionnelles ont simplement évolué et pris une certaine ampleur pour embrasser l'environnement à titre de sujet d'intérêt et de préoccupation en soi. Font partie des valeurs fondamentales qui sous-tendent les objets et les mécanismes de protection du droit pénal, le *caractère sacré de la vie*, l'*inviolabilité* et l'*intégrité de la personne* et la *protection de la vie et de la santé humaines*. »⁴²³

⁴²⁰ Amissi M. MANIRABONA, « Crime économique transnational et responsabilité pénale des entreprises dans le contexte de l'AECG » dans Hervé Agbodjan PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p.259.

⁴²¹ *Libman c. La Reine*, [1976], R.C.S, 178.

⁴²² *Canadien Pacifique Ltée*, [1995], C.S, 55.

⁴²³ *Canadien Pacifique Ltée*.

On a constaté que les entreprises multinationales et transnationales surtout dans le domaine d'extraction des ressources naturelles commettent de nombreuses atteintes. Ce diagnostic tend à estimer que même si les instruments existent, ils ne sont pas réellement capables de sanctionner les violations. La raison est peut-être à cause de la nature du corpus. Au sein de celui-ci, « les intérêts juridiques sont variables et parfois juridiquement contradictoires »⁴²⁴. Le conflit entre les différentes priorités se retrouve au cœur de notre problématique, à savoir comment concilier de façon efficace, les enjeux de mondialisation et les enjeux d'une responsabilité sociétale des multinationales canadiennes. Weiss écrivait à ce sujet :

« En remplaçant le concept « de droits environnementaux » dans son rapport à d'autres concepts qui, ensemble, « composent leurs problèmes respectifs », on se heurte cependant à des conflits axiologiques. Ce concept ravive, notamment, le conflit entre les différentes priorités qui sous-tendent le concept consensuel de « développement durable » : celle du réalisme économique ou du progrès social, des différences culturelles ou de la nouvelle objectivité écologique, de l'ordre public ou de l'ordre technique. »⁴²⁵

Cette affirmation est transposable à d'autres secteurs du droit. Par exemple, la difficulté des États partenaires de la Conférence de Paris à établir un projet sur le long terme relatif aux risques environnementaux concrétisé par la *Convention-cadre sur les changements climatiques*⁴²⁶ :

« Les États sont de plus en plus nombreux à produire eux-mêmes des normes énonçant des droits relatifs à l'environnement ou à aménager les règles de droit par des principes étendus. Le choix de la production de normes nouvelles leur confère la maîtrise des obligations corrélatives aux droits ; celui des aménagements aux normes existantes leur assure le contrôle des relations juridiques nouées par leurs sujets de droit. Mais ils prennent tous deux leur source dans l'actualisation de la justice. »⁴²⁷

⁴²⁴ Jacqueline Morand DEVILLER et Jean-Claude BÉNICHOT (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : L'exemple du droit de l'environnement*, Paris, IRJS éditions, 2010, p.27.

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ *Convention-cadre sur les changements climatiques*, FCCC/CP/2015/L.9, en ligne : <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/fr/109f.pdf>> (consulté le 27 février 2020).

⁴²⁷ *Id.*, p.31.

Maintenant que nous avons introduit la difficulté que pose l'encadrement de ses crimes, voyons les crimes économiques (Paragraphe 1) et les crimes contre la personne (Paragraphe 2) qui se multiplient à l'aube de l'AECG.

1. Les crimes économiques

Les crimes économiques sont des crimes qui permettent « à leurs auteurs, y compris les entreprises, sociétés privées, publiques ou mixtes, d'encaisser des gains financiers obtenus à travers des manœuvres abusives ou frauduleuses »⁴²⁸. D'emblée, les crimes économiques excluent les crimes contre la personne et la propriété. La Sécurité publique du Québec dresse une liste qui se rapporte notamment à la fraude fiscale, la fraude sur les marchés financiers et la manipulation des marchés publics.

Manirobana à ce sujet, estime que l'AECG pourrait « avoir un impact important sur la criminalité économique »⁴²⁹ puisque les investisseurs vont être amenés à « nouer des alliances avec les opérateurs locaux y compris possiblement ceux qui ne respectent pas les règles d'éthique »⁴³⁰. La notion d'éthique des affaires transnationales sera abordée lors du paragraphe sur l'ordre public transnational des affaires. Pour l'instant, on désire simplement mentionner que ces règles d'éthiques s'inscrivent dans la continuité de RSE.

Le crime économique est qualifié de crime transnational de droit interne⁴³¹, mais présentant « un ou plusieurs éléments le rattachant à un territoire ou à un droit étranger »⁴³². Il peut par exemple concerner le droit du travail.

⁴²⁸ A. M. MANIRABONA, note préc., 420, p.249.

⁴²⁹ *Id.*, p.250.

⁴³⁰ *Id.*, p.250.

⁴³¹ *Id.*, p.256.

⁴³² *Id.*

Autrement dit, en désirant créer des emplois, certains investisseurs pourraient choisir la voie de la facilité et s'implanter dans des pays qui sont moins regardants sur les droits de l'homme.

Ceci est antinomique puisque selon Ivan Tchotourian, « si les entreprises qui travaillent ou font de l'exploration dans des pays où les lois en vigueur ne cadrent pas avec les valeurs canadiennes, le gouvernement du Canada les invite à trouver des façons de faire en sorte que leurs activités reflètent les valeurs canadiennes, tout en respectant les lois du pays hôte »⁴³³. À ce propos, une affaire a été largement médiatisée. Il s'agit du géant de la chaussure Nike. Dans le passé, cette multinationale a largement délocalisé ses activités pour installer ses filiales de production en Indonésie, en Chine et en Thaïlande. Pour pallier ces critiques, l'AECG engage ses parties à ratifier des conventions sur le droit du travail comme celle de l'OIT. L'accord impose également un seuil minimal. Les pays signataires ne peuvent :

« [...] assouplir leur législation du travail pour stimuler le commerce ou attirer des investissements et, en cas de violations de cet engagement, les gouvernements peuvent remédier à ces violations, qu'elles aient ou non des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes de profit d'un investisseur. »⁴³⁴

Cependant, les entreprises ne respectent pas toujours ces contraintes. Bien que la DUDH stipule que « toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage »⁴³⁵. Il convient dès lors de comprendre comment les accords de libre-échange peuvent avoir une influence sur le droit de la personne (Paragraphe 2).

⁴³³ I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. M. FARLANE-DROUIN, préc., note 417, p.643.

⁴³⁴ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 13541/16, (27 octobre 2016), p.7, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/fr/pdf/>> (consulté le 03 janvier 2020).

⁴³⁵ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 147, art.23.

2. Les crimes contre la personne

« Protéger, respecter et réparer »⁴³⁶.

Le 11 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies adoptait à l'unanimité les *Principes de Ruggie*. Cette date est considérée comme un évènement majeur pour la protection des droits de l'homme ainsi que pour la RSE. En effet, il a fallu une vingtaine d'années pour que cette « question prioritaire pour la communauté internationale »⁴³⁷ aboutisse à un point de référence commun et un ensemble cohérent⁴³⁸. Il s'agit d'un ensemble de principes généraux :

- a) Les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales;
- b) Le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme;
- c) La nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation. »⁴³⁹

Ce rapport pose des « piliers conceptuels et politiques au cœur des débats contemporains »⁴⁴⁰. Les entreprises ont une responsabilité de respecter les droits de la personne en adoptant des mesures appropriées conformément au droit international des droits de l'homme. En ce sens, l'article 28 de la DUDH énonce que : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puisse y trouver plein effet »⁴⁴¹.

⁴³⁶ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, préc., note 16.

⁴³⁷ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, HCDH, (25 juin 1993), en ligne : <https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf> ([consulté le 03 janvier 2020](#)).

⁴³⁸ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, préc., note 16, p.3.

⁴³⁹ *Id.*, p.7.

⁴⁴⁰ S. BOMMIER et V. CAÏLA, préc., note 107, p.26.

⁴⁴¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 147, art.28.

Les *Principes de Ruggie* s'appliquent de façon large « à tous les États et à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur régime de propriété et de leur structure »⁴⁴².

Chaque État a un devoir de contrôle⁴⁴³ et de promotion du « respect des droits de l'homme par les entreprises avec lesquelles ils effectuent des transactions commerciales »⁴⁴⁴. En ce sens, les entreprises doivent respecter le principe de « qui dit montrer dit communiquer »⁴⁴⁵. Elles doivent donc rédiger des rapports officiels. Dans l'hypothèse où elles se rendraient compte que leurs comportements « ont eu des incidences négatives, ou y ont contribué, elles devraient prévoir des mesures de réparation »⁴⁴⁶. Le texte énonce justement que les mécanismes qui s'occupent des réclamations doivent être légitimes, accessibles, prévisibles, équitables, transparents, compatibles avec les droits, une source d'apprentissage permanent, mais aussi fondé sur la participation et le dialogue⁴⁴⁷.

Ces mécanismes qui sont bien souvent non judiciaires doivent répondre à l'ensemble des critères précités sinon le risque est « [...] d'accroître le mécontentement des acteurs concernés en aggravant l'impression qu'ont ces derniers de n'avoir aucun pouvoir et de ne pas être respectés par le processus »⁴⁴⁸. Cependant, il est difficile de comprendre la sphère d'influence⁴⁴⁹ au centre de la RSE, autrement dit la « portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »⁴⁵⁰.

⁴⁴² *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, préc., note 16, p.7.

⁴⁴³ *Id.*, p.15.

⁴⁴⁴ *Id.*

⁴⁴⁵ *Id.*, p.33.

⁴⁴⁶ *Id.*, p.34.

⁴⁴⁷ *Id.*, p.44.

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ *ISO 26000. Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, préc., note 3, p.16.

⁴⁵⁰ *Id.*, p.4.

Nous ne rentrerons pas en profondeur sur cette notion, mais elle fut largement débattue et mise en parallèle avec la *due diligence* ou diligence raisonnable.

Concernant le caractère contraignant de la RSE, on le répète, les textes sont d'application volontaire. Mais les *Principes de Ruggie* vont encore plus loin. Il est « vraisemblable que, dans le cas des déclarations des Nations Unies sur les droits de l'homme, les gouvernements se sentiront obliger moralement d'adhérer à ses principes »⁴⁵¹. En ce sens, la RSE n'est plus « un outil d'autorégulation, mais un ensemble de pratiques encadrées par des standards qui continuent, certes de se dire d'application volontaire, mais qui comprennent des aspects contraignants et dont l'effet cumulatif produit un effet régulateur global »⁴⁵². L'Institut international du développement durable estime qu'un changement radical doit s'opérer dans les relations économiques et écologiques si nous voulons :

« [...] parvenir à une relation satisfaisante entre le commerce et le développement durable. Ces changements doivent se fonder sur un ensemble initial de principes, d'où pourront être tirées de nouvelles règles, ententes et conventions. »⁴⁵³

La nature multidimensionnelle⁴⁵⁴ de la RSE n'est plus à démontrer et nous pouvons réaffirmer qu'elle s'inscrit dans un cadre mondial évolutif. Toutefois à l'heure actuelle, le poids des firmes transnationales sur la scène internationale est contrebalancé. D'autres acteurs existent comme les acteurs non étatiques qui jouent un rôle considérable en politique internationale.

⁴⁵¹ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, préc., note 321, préambule.

⁴⁵² M. DOUCIN, préc., note 296, p.16.

⁴⁵³ IISD, *Principes d'un commerce assurant un développement durable*, 1994, p. 7, en ligne <<http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0076/Temis-0076289/P332.pdf>> (consulté le 23 mars 2020).

⁴⁵⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, préc., note 4, p.8.

Selon l'hebdomadaire *Courrier international* et l'organisme indépendant NGO advisor, Médecins sans frontières, Handicap international, Brac, mais aussi Ashoka sont les organisations non gouvernementales (ci-après « ONG ») les plus puissantes au monde. Elles constituent un poids non considérable dans de nombreux forums internationaux. Elles soutiennent évidemment le respect de la RSE et mettent à jour de manière récurrente les manquements des firmes transnationales dans certaines régions du monde. Les discours notamment des ONG environnementales alarment chaque jour sur les inactions des multinationales.

Il est évident qu'à partir des développements précédents, il est important d'encadrer la RSE puisque ses enjeux ont des répercussions sur la société. Toutefois, même si on tient pour acquis qu'un meilleur encadrement de la responsabilité sociétale des multinationales serait une solution, il n'est pas dit que les décideurs les appliquent dans leurs sentences arbitrales. Il serait utile de mettre en place un système d'identification par exemple lorsque le litige se rapporte à la défense des droits de la personne. En effet, si on intégrait la participation d'un panel expert tout à fait indépendant, on pourrait apporter une aide professionnelle aux arbitres « en fonction de la complexité d'une affaire »⁴⁵⁵ comme le proposent les rédacteurs d'Instrument juridiquement contraignant.

De même, il n'est pas acquis que les arbitres trouvent une obligation positive de soumettre les investisseurs à leurs obligations sauf si ces obligations deviennent du droit positif. Cette affirmation nous amène à introduire notre dernier titre sur les valeurs universelles de la communauté internationale (Titre 3). L'instauration de telles règles n'est possible que si on rejette l'encadrement juridique stricte afin d'établir un espace normatif particulier à la RSE. Ce changement de méthodologie doit s'accompagner d'un changement dans les mentalités des décideurs. Il faut également une plus grande intégration de la société civile.

⁴⁵⁵ Joe ZHANG, « Négociation d'un traité sur les entreprises et les droits humains : la lumière au bout du tunnel », *IISD*, 2019, en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/fr/2019/12/17/business-and-human-rights-treaty-negotiation-sees-a-light-at-the-end-of-the-tunnel-joe-zhang/>> (consulté le 03 mars 2020).

Titre 3 – Aux valeurs universelles de la communauté internationale

Le discours de l'ancien Président français, Jacques Chirac fut vibrant lors du sommet mondial sur le DD en 2002. Il s'inscrit dans la lignée de *Notre avenir à tous*⁴⁵⁶ et reflète un esprit de partenariat mondial⁴⁵⁷ :

« Notre maison brûle et nous regardons ailleurs. La nature, mutilée, surexploitée, ne parvient plus à se reconstituer, et nous refusons de l'admettre. L'humanité souffre. La terre et l'humanité sont en péril et nous en sommes tous responsables. Il est temps, je crois, d'ouvrir les yeux. Sur tous les continents, les signaux d'alerte s'allument. [...] Nous ne pourrions pas dire que nous ne savions pas ! Prenons garde que le XXI^e siècle ne devienne pas, pour les générations futures, celui d'un crime de l'humanité contre la vie. Notre responsabilité collective est engagée. »⁴⁵⁸

La mobilisation contre le crime de l'humanité n'est pas étrangère aux propos tenus en doctrine⁴⁵⁹. C'est le cas de Mireille Delmas-Marty, juriste et professeur français qui a publié une vingtaine d'ouvrages de référence et dénonce ce crime. Pour rappel, cette incrimination remonte à l'après-guerre et au Statut militaire de Nuremberg. Désignés comme « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁴⁶⁰, certains auteurs se risquent à dire que dorénavant les dégradations environnementales provoquées par les multinationales peuvent accéder à ce rang, surtout lorsqu'elles intentent à la vie du monde entier.

⁴⁵⁶ CMED, préc., note 9, préambule.

⁴⁵⁷ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, préc., note 321, préambule.

⁴⁵⁸ PRÉSIDENTE DE LA RÉPUBLIQUE, *Allocution du Président de la République. Hommage au Président Chirac*, (26 septembre 2019), en ligne : <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/09/26/hommage-au-president-jacques-chirac>> (consulté le 12 mars 2020).

⁴⁵⁹ Mireille Delmas-Marty interpelle sur de nombreuses thématiques comme le crime contre l'humanité, l'émergence d'un ordre juridique mondial mais également l'instauration d'une communauté de valeurs. Sur le crime contre l'humanité, voir : Mireille DELMAS-MARTY et al., *Le crime de l'humanité*, Paris, PUF, 2018.

⁴⁶⁰ *Statut de Rome de la Cour Pénale internationale* (1998), 2187 R.T.N.U. (n°38544), art. 7.

En ce sens, la mondialisation a accéléré l'intégration économique, les IDE, le libre-échange et l'essor des firmes transnationales. Elle a surtout étendu des valeurs culturelles et pratiques sociales⁴⁶¹ de la communauté humaine⁴⁶² à l'échelle planétaire. Que signifierait l'instauration d'une communauté humaine de valeurs ? Il est en effet pertinent de se demander si ces valeurs seront fondamentales et universelles. Est-ce qu'elles seront durables ? Si elles le sont, elles pourraient peut-être se confondre avec la RSE afin de former un vecteur de bien-être collectif⁴⁶³. De quelles manières ces valeurs seraient-elles respectées par la communauté humaine⁴⁶⁴ ? Auraient-elles toujours une valeur de droit mou comme la RSE ou pourraient-elles devenir un espace normatif comme le droit transnational ?

Tant de questionnements qui nous interpellent, mais malheureusement qui ne mènent pas toujours à des solutions concrètes, mais plutôt à des pistes de réponse. De sorte que nous bâtirons ce troisième et dernier titre comme une ouverture venant en appui des deux premiers. Rappelons qu'il s'agit de faire valoir la responsabilité sociétale comme primauté du DD, des droits de la personne, de l'ordre public autrement dit des valeurs universelles, dans un contexte de mondialisation comme nous l'avons décrit précédemment.

Premièrement, cette démonstration nécessite d'accepter une nouvelle approche méthodologique⁴⁶⁵ dite praxéologique⁴⁶⁶. Il s'agit d'un raisonnement un peu particulier consistant à penser les problèmes différemment. Pourquoi est-il nécessaire d'adopter une telle démarche ?

⁴⁶¹ Bernard BRET, « L'universalisme rawlsien confronté à la diversité du réel », dans Bernard BRET *et al.*, *Justice et injustices spatiales*, Nanterre, Presse universitaires de Paris Nanterre, 2010, p.33.

⁴⁶² *Id.*, p.41.

⁴⁶³ Mustapha BETTACHE, *Responsabilité sociale des entreprises : mirage ou réalité*, Québec, PUL, 2015.

⁴⁶⁴ B. BRET, « L'universalisme rawlsien confronté à la diversité du réel », préc., note 461.

⁴⁶⁵ M. BETTACHE, préc., note 463, p.387.

⁴⁶⁶ *Id.*, p.381.

Lhuillier écrivait qu'une « nouvelle lecture du droit positif de la mondialisation »⁴⁶⁷ ne serait possible qu'à condition de renoncer à l'ordre juridique et les caractéristiques préconçues qu'on lui attribue généralement. En ce sens, il faudrait abandonner l'idée d'un ordre spécifique et renoncer aux ordres préétablis comme l'ordre international, moniste ou dualiste⁴⁶⁸, la pluralité d'ordres fragmentés ou encore la « multiplicité d'ordres juridiques des marchands »⁴⁶⁹. Il faut dorénavant accepter une nouvelle structure. Il s'agit donc « d'une véritable révolution culturelle qui affecte les notions mêmes d'ordre juridique et de système de droit »⁴⁷⁰. Cette démarche de déconstruction exige de puiser dans « un droit des questions techniques, mais aussi des questions politiques nouvelles que la traversée des frontières pose aujourd'hui à un droit traditionnellement pensé dans le cadre des États-nations »⁴⁷¹.

Les frontières du droit et le cadre juridique de l'entreprise transnationale sont devenus totalement flous. Le droit transnational pourrait être un outil rigide plus efficace afin que la RSE transgresse les frontières. Si on soumet les activités et impacts des entreprises transnationales à un espace normatif commun de RSE, les ETN auraient plus de difficulté à recourir au *law shopping* ou au *forum shopping* (Chapitre 1). En effet, le droit transnational pourrait constituer une solution afin d'établir une communauté de valeurs et ainsi s'adapter aux réalités mouvantes⁴⁷².

D'autre part, il faut qu'un gardien soit garant du respect des valeurs supérieures. Évidemment, l'arbitre international pourrait être la personne toute désignée afin d'aider à bâtir une communauté de valeurs (Chapitre 2). Ceci constituera notre proposition pour une combinaison des valeurs, car on le répète, la durabilité est environnementale, sociale, mais aussi économique.

⁴⁶⁷ G. LHUILIER, préc., note 5, p.385.

⁴⁶⁸ *Id.*, p.385.

⁴⁶⁹ *Id.*

⁴⁷⁰ *Id.*

⁴⁷¹ *Id.*, p.6.

⁴⁷² M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, préc., note 42, p.32

Chapitre 1 : Le rejet d'un encadrement juridique stricte

Notre étude s'ouvre avec la rencontre de plusieurs communautés épistémiques transnationales qui acceptent cette nouvelle architecture. Ils sont des philosophes du droit⁴⁷³, mais aussi des théoriciens qui élaborent des doctrines sur « la circulation mondiale des droits et le progressif métissage ou créolisation du droit mondial »⁴⁷⁴ ou encore des praticiens qui renouvellent le droit avec leurs pratiques juridiques.

Gilles Lhuillier, auteur du premier ouvrage en langue française consacré au droit transnational⁴⁷⁵, le définit comme l'ensemble des « règles qui s'appliquent à des personnes, des biens, des faits ou des actes juridiques qui traversent les frontières nationales »⁴⁷⁶.

Étant donné cette caractéristique, le droit transnational désigne le droit privé, public, pénal ou encore des affaires. Il se place ainsi au-delà de la division⁴⁷⁷ entre droit national et international. Il est qualifié par la doctrine comme le droit positif de la mondialisation qui repose sur la co(existence)⁴⁷⁸ d'ordres juridiques étatiques et des rapports horizontaux entre de nouveaux acteurs transnationaux du XXI^e siècle.

L'équation se complique puisque ces acteurs transnationaux sont divers. Ils représentent des acteurs privés ou publics tels que des entreprises transnationales, des ONG de défense des droits de la personne ou encore des victimes environnementales⁴⁷⁹.

⁴⁷³ G. LHUILIER, préc., note 5, p.293.

⁴⁷⁴ *Id.*, p.293.

⁴⁷⁵ Sur le droit transnational, voir : Philip JESSUP, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

⁴⁷⁶ G. LHUILIER, préc., note 5, p.33.

⁴⁷⁷ Kaarlo TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », (2013) *RIDE*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-9.htm>> (consulté le 03 janvier 2020).

⁴⁷⁸ *Id.*, p.10.

⁴⁷⁹ G. LHUILIER, préc., note 5, p.1.

En ce sens, le droit transnational permet d'aborder leurs statuts juridiques d'une nouvelle façon. Il s'agit de la fin du lien⁴⁸⁰ entre les personnes et leurs nationalités, car ils sont pris dans un ensemble beaucoup plus grand. Pourquoi utiliser le droit transnational comme réponse à notre problématique ?

La pratique transnationale permet d'entrevoir les pathologies du système de droit différemment. Elle tente d'y remédier grâce notamment à la théorie des espaces normatifs. La plupart des auteurs s'accordent à dire que le « thème de l'hybridité est une caractéristique commune »⁴⁸¹. Un espace normatif est une nouvelle grille d'analyse dont la caractéristique est d'illustrer un site humain⁴⁸². Il s'agit d'un lieu où des acteurs réalisent tout d'abord des techniques et choisissent un ensemble de pratiques juridiques élaborées par les États ou les organisations internationales « réalisant ainsi des agencements normatifs en des synthèses propres à chaque espace grâce à des discours savants, professionnels, politiques – bref des représentations [...] des pratiques et des règles qui en rendent compte et contribuent à orienter et justifier les choix opérés »⁴⁸³.

Ensuite, le droit transnational a un point commun avec la RSE. Il est transversal comme la responsabilité sociétale. En ce sens, il faut désormais penser les phénomènes « par le bas »⁴⁸⁴. La compréhension de la théorie des espaces normatifs ne peut qu'être le résultat de trois composantes autrement dit une analyse des faits, une théorisation faible⁴⁸⁵ et une suppression partielle du voile théorique⁴⁸⁶. Il s'agira donc de déconstruire la discipline juridique telle qu'on la connaît (section 1) pour ensuite confronter les échanges commerciaux internationaux à une nouvelle méthode de responsabilité sociétale des entreprises (section 2).

⁴⁸⁰ *Id.*, 6.

⁴⁸¹ *Id.*, p.355.

⁴⁸² *Id.*, p.393.

⁴⁸³ *Id.*

⁴⁸⁴ *Id.*, p.30.

⁴⁸⁵ *Id.*, p.379.

⁴⁸⁶ *Id.*

Section 1 : La réduction des bornes entre disciplines juridiques

Pour que la paix soit durable⁴⁸⁷, il faut abolir l'idée d'un découpage disciplinaire du droit. Autrement dit, il faut renoncer à enfermer chaque individu ou société dans une case particulière représentant son encadrement juridique. En effet, nous pensons que la rigidité d'un corpus de règles est une des raisons pour laquelle le droit national est inapproprié⁴⁸⁸ et que la multitude de règles souples en droit international ne fonctionne pas. De plus, la classification du droit en fonction de ses branches amène des normes imprécises⁴⁸⁹ et insensibles aux considérations extérieures. Une stabilité excessive peut nuire à la durabilité alors que la méthode des règles transnationales prend en compte l'évolution. Elles créent une dynamique entre différents modèles.

Outre le fait qu'on envisage qu'il soit capable de répondre à un désordre mondial⁴⁹⁰, le droit transnational ne suit aucune règle préétablie de hiérarchie pyramidale et d'édition de la règle de droit selon la théorie pure du droit de Kelsen⁴⁹¹. Cette nouvelle approche⁴⁹² n'est pas si simple, car le juriste de formation possède des prérequis théoriques qui sont désorientés. Même si l'adaptation est un peu plus compliquée qu'en droit interne, cela ne signifie pas qu'on doit l'esquiver surtout lorsqu'on ne peut nier par exemple l'internormativité du droit à l'heure actuelle. D'autant plus, lorsque l'internormativité du droit « semble pouvoir être l'outil illustrant cette interdisciplinarité et permettant d'aider le législateur »⁴⁹³.

⁴⁸⁷ M. DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, préc., note 62, p.4.

⁴⁸⁸ Berthold GOLDMAN, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1980) 2 *J.D.I.* 475.

⁴⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., note 55, p.8.

⁴⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, préc., note 62, p.21.

⁴⁹¹ Hans KELSEN, « Théorie du droit international public », (1953) 84 *RCADI* 5.

⁴⁹² Sur le contexte de pluralisme mondial, voir, en autres : Jean-Sylvestre BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen. Approches contextualisées des cas de pluralisme juridique mondial*, Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2013.

⁴⁹³ Adélie POMADE, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement » (2012) 68 *RIEJ* 86, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-1-page-85.htm>> (consulté le 02 janvier 2020).

L'auteur Adélie Pomade ajoute que cette interdisciplinarité est d'autant plus pertinente dans certaines branches du droit. C'est le cas pour le droit de l'environnement, car l'internormativité est « surtout un système d'interactions entre normes et acteurs qu'il est possible de défricher puis d'approfondir pour pouvoir réemployer son potentiel et ses avantages au service de l'élaboration des normes juridiques »⁴⁹⁴.

De sorte que, les hiérarchies sont dorénavant enchevêtrées et en corrélation entre les différents ensembles juridiques. Cette réduction des bornes est la base des méthodes transnationales (Paragraphe 1). Elles sont donc au centre d'un pluralisme juridique (Paragraphe 2).

1. Les méthodes transnationales

Les méthodes transnationales contribuent à une explication globale⁴⁹⁵ répondant pleinement à la mondialisation croissante⁴⁹⁶ de notre société. Elle permet de pallier la porosité⁴⁹⁷ du droit. Partant de ce constat, nous avons vu que les entreprises transnationales usent du droit transnational afin de redéfinir leurs statuts juridiques, mais est-ce le seul avantage ?

Les firmes transnationales sont conscientes de l'ampleur de « la toile d'araignée mondiale »⁴⁹⁸ que représente le droit transnational puisqu'elles participent à son élaboration et consentent à sa propension grâce à leurs stratégies juridiques. Ces acteurs par leurs pratiques créent une pyramide inversée⁴⁹⁹. En ce sens, les législateurs ne sont plus seuls créateurs de droit. Comment est-il possible que les rôles soient inversés ?

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 106.

⁴⁹⁵ D. CARREAU et F. MARRELLA, préc., note 44, p.73.

⁴⁹⁶ *Id.*, p.70.

⁴⁹⁷ G. LHUILIER, préc., note 5, p.40.

⁴⁹⁸ *Id.*

⁴⁹⁹ *Id.*, p.297.

Il s'agit d'une nécessité de souplesse. Les relations commerciales transnationales sont difficilement encadrées par le droit de l'État-nation comme démontré dans la première partie de cette étude. Cette souplesse est donc imposée par la globalisation économique, mais est assurément voulue par ces acteurs. Grâce à celle-ci, les firmes transnationales gardent la toute-puissance de leurs capacités juridiques. D'un autre côté, les États laissent le jeu s'effectuer puisqu'il s'agit d'une autorégulation des marchés.

De plus, les firmes transnationales contrôlent déjà juridiquement leurs transactions internationales. Leurs activités commerciales sont encadrées par des règles et des pratiques leur étant propres. Certains auteurs parlent volontiers de *Lex mercatoria*⁵⁰⁰, d'autres en sont réticents. Mais que signifie la *Lex mercatoria* ? De nombreux auteurs ont tenté de la qualifier. Puisque la définition de Goldman est la plus complète et en tant que spécialiste de l'arbitrage, il est pertinent de citer uniquement celle-ci :

« La *lex mercatoria* est un ordre légal indépendant du droit national qui est composé d'un ensemble de clauses standard et d'usages commerciaux mis en place pour les acteurs de l'arbitrage commercial international afin de réguler et d'harmoniser les pratiques marchands. »⁵⁰¹

On peut estimer que l'incapacité des instruments étatiques à intégrer les nouvelles technologies, la complexité des opérations financières ou tout simplement les évolutions transnationales démontre que le recours aux ordres transnationaux constitue plus une nécessité d'adaptation qu'un caprice d'autorité.

⁵⁰⁰ B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », préc., note 488.

⁵⁰¹ *Id.*

Il est intéressant de percevoir à ce sujet, un déplacement du curseur des normes de conduite humaine autrement dit une « simple répétition dans un milieu professionnel caractérisé »⁵⁰² vers un ordre semblable à l'ordre étatique. Est-ce que ceci pourrait être transposé à la responsabilité sociétale ? La combinaison entre responsabilité sociétale et ordre juridique mondial constitue une tâche ardue. En pratique, cela dépasserait les capacités du commun des mortels d'effectuer une compilation de tous les instruments juridiques mis à la disposition des organisations multinationales, mondiales et régionales afin de les réunir dans un droit qu'on qualifierait de transnational. Quelles sont les solutions pour réduire le décalage entre développement économique et création d'un ordre juridique mondial pour que celui-ci cesse de ressembler à un désordre total ?

Si la responsabilité sociétale constituait un espace normatif, les difficultés énoncées seraient moins présentes. Les normes et codes de conduites laissés à la discrétion des entreprises multinationales deviendraient contraignants puisque pratiqués dans le secteur. Un peu comme ce que nous venons de décrire s'agissant de la *Lex mercatoria*. Si cette hypothèse est avancée, il faut d'abord s'interroger sur le pluralisme juridique qui pourrait régner au sein de la RSE et qui « atteste d'une vision postmoderne du droit à travers le pluralisme qu'elle consacre »⁵⁰³.

Le pluralisme juridique n'est que la moitié de la réponse. Pour qu'il soit effectif, il faut encore que celui-ci soit ordonné (Paragraphe 2) afin que « l'enlèvement de bornes, le surgissement des sources et le déplacement des lignes ne signifient pas seulement le désordre et décomposition du paysage, mais annoncent une recomposition dont il reste à saisir les lignes directrices »⁵⁰⁴.

⁵⁰² Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et « lex mercatoria » (1964) *Arch. Philos. Du Droit* 178.

⁵⁰³ Stéphane ROUSSEAU et Ivan TCHOTOURIAN, « Normativité et responsabilité sociale des entreprises : L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique », Octobre 2010, Papyrus, p.22, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/4832/RSE_SRIT_2010_PAPYRUS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulté le 03 janvier 2020).

⁵⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., note 55, p.113.

2. Le pluralisme juridique ordonné

Chaque juriste a une conception différente du droit⁵⁰⁵ selon Racine. En simplifiant la pensée juridique, l'auteur dégage deux grandes visions du droit qui s'opposent : une vision moniste et une vision pluraliste. Le pluralisme juridique est donc la multiplicité des règles. On en déduit que l'espace juridique transnational est de nature pluraliste. Dès lors, comment le pluralisme juridique peut-il nous aider à bâtir un droit commun de l'humanité ?

Le pluralisme « en admettant l'origine culturelle et sociale très diverse du droit, incorpore en même temps à l'analyse du noyau dur minimal de valeurs communes de l'humanité »⁵⁰⁶. Par contre, il ne peut perdurer que s'il est ordonné. Ainsi, après avoir introduit brièvement le concept de pluralisme juridique, on tentera d'apporter une solution concrète, car il possède lui aussi ses maux. En effet, le pluralisme juridique ne peut devenir la pierre angulaire d'une durabilité, d'une stabilité et de la paix seulement s'il est ordonné.

Dans sa thèse de 2015 sur « la production pluraliste du droit transnational contemporain »⁵⁰⁷, un chercheur de l'Université d'Ottawa, Ovalle Diaz a choisi une approche sociologique⁵⁰⁸ pour démontrer que l'archétype⁵⁰⁹ du positivisme westphalien est actuellement en déclin⁵¹⁰. Diaz tente de démontrer qu'on fait face à un « droit de la société internationale contemporaine [...] en gestation »⁵¹¹ et que le pluralisme est destiné à être « une option de rechange »⁵¹² au positivisme étatique trop centrée sur l'État oubliant « le droit d'origine non étatique »⁵¹³.

⁵⁰⁵ Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016, p.494.

⁵⁰⁶ N. A. OVALLE DIAZ, préc., note 65, p.49.

⁵⁰⁷ N. A. OVALLE DIAZ, préc., note 65.

⁵⁰⁸ *Id.*, p.18

⁵⁰⁹ *Id.*

⁵¹⁰ *Id.*, p.98.

⁵¹¹ *Id.*, p.16.

⁵¹² *Id.*, p.41.

⁵¹³ *Id.*

Quant au professeur Berman, il estime que ce pluralisme mondial est « un cadre plus complet [...] pour conceptualiser les multiples revendications de compétence concurrentes (à la fois étatiques et non étatiques) qui caractérisent l'arène juridique mondiale »⁵¹⁴. Une option de rechange ou un cadre plus complet, on peut se demander si le pluralisme juridique que nous décrivons est réellement une nouveauté.

Il n'est pas une création moderne. Il est éminemment présent au Moyen-Âge surtout au sein des organisations de commerce⁵¹⁵ qui vont appliquer des pratiques qui leur sont propres afin de ne plus être soumis aux différentes contraintes seigneuriales. En effet, le désir d'union des marchands et de se mettre à l'abri de lourds périls⁵¹⁶ sur les routes vont se concrétiser grâce à la création d'associations marchandes nommée ghildes, guildes ou encore *gildae mercatoriae*⁵¹⁷. Par après, il sera concrétisé par des ligues hanséatiques représentant le commerce itinérant⁵¹⁸.

Pourquoi est-il pertinent de mentionner cet élément ? L'intérêt corporatif⁵¹⁹ des guildes d'antan n'est pas étranger à l'ensemble d'intérêts⁵²⁰ actuels de la communauté internationale. Comme à l'époque, les marchands adoptent et respectent leurs propres règles, mais aussi rendent des comptes devant leurs propres instances. Pourtant, il est regrettable qu'on laisse le loisir aux parties de choisir les normes voulues au sein d'un corpus pluraliste, quitte à ce que le jeu d'interaction entraîne des dérives comme la diminution de la souveraineté étatique, le dumping juridique ou encore des manquements à la RSE.

⁵¹⁴ Paul Schiff BERMAN, « Le nouveau pluralisme juridique », (2013) 1 *RIDE* 251.

⁵¹⁵ *Id.*, p.232.

⁵¹⁶ Francis GARRISSON, *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Montchrestien, 1977, p. 110.

⁵¹⁷ *Id.*

⁵¹⁸ *Id.*, p.111.

⁵¹⁹ René DAVID et René Jean DUPUY, « Arbitrage, droit », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/arbitrage-droit/>> (consulté le 9 avril 2019).

⁵²⁰ P. S. BERMAN, préc., note 514, p.240.

Mireille Delmas-Marty dans son ouvrage « Le pluralisme ordonné » démontre que la solution est « d’explorer les voies et moyens d’un droit qui réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en pluralisme ordonné »⁵²¹. Par contre, il doit être « suffisamment ordonné pour que l’enlèvement de bornes, le surgissement des sources et le déplacement des lignes ne signifient pas seulement le désordre et décomposition du paysage, mais annoncent une recomposition dont il reste à saisir les lignes directrices »⁵²². En ce sens, le monde est devenu désétatisé⁵²³. Selon l’auteur, l’internationalisation pluraliste privilégie « non pas l’extension d’un seul système, mais les interactions entre différents systèmes, ou ensemble, juridiques »⁵²⁴. Ainsi, la séparation de chaque système n’est pas la solution puisqu’il permet « la pluralité, mais elle ne garantit pas le pluralisme, car elle ne relie pas les systèmes entre eux ; elle juxtapose des ordres juridiques différents, mais ne construit pas un ordre commun »⁵²⁵.

En effet, l’espace normatif peut être une piste de réflexion afin de relier les instruments normatifs entre eux. L’objectif est de rendre opposable aux entreprises la RSE nonobstant le droit applicable national ou le choix de la loi applicable aux contrats (section 2).

Section 2 : L’espace normatif comme méthode d’application de RSE

La responsabilité sociétale constitue un objet normatif hybride⁵²⁶. Selon Florent Pestre, on est face à un « mouvement de définition de normes mondiales de comportement pour les entreprises, lequel mouvement est marqué par la coopération entre les milieux d’affaires et les gouvernements »⁵²⁷. Comme on a pu précédemment le voir, les codifications privées de RSE ont déjà acquis leur autonomie par rapport au système juridique.

⁵²¹ *Id.*, p.35.

⁵²² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., note 55, p.113.

⁵²³ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, préc., note 55, p.53.

⁵²⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, préc., note 42, p.35.

⁵²⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, préc., note 42, p.19.

⁵²⁶ O. THIBOUT, préc., note 371, p.33.

⁵²⁷ F. PESTRE, préc., note 252, p.15.

Considérant ceci, il est en principe pas nécessaire qu'elles soient intégrées à l'ordre étatique. Elles pourraient constituer un espace normatif en elles-mêmes. Une des premières critiques à cette affirmation est posée par le professeur Delmas-Marty puisqu'elle estime que cette communauté de valeurs est sans fondations.

Pourquoi désirons-nous appliquer la théorie de l'espace normatif à la RSE ? Nous avons vu que l'espace normatif permet « une analyse renouvelée de la doctrine juridique »⁵²⁸ puisqu'on examine « tous les standards de comportement approprié, les valeurs et croyances produites par une société »⁵²⁹. Si on applique cette théorie, ceci signifierait que la RSE reprendrait tous les standards de comportement approprié à savoir les textes législatifs de RSE que l'on connaît, mais en plus de ça inclurait un socle correspondant à l'ensemble de la communauté de valeurs. Ceci pourrait répondre « au dialogue social mondialisé en émergence »⁵³⁰. En ce sens, cela signifierait que la RSE deviendrait un ensemble de bonnes pratiques privées et publiques. Il s'agit donc d'une mutation du modèle pyramidal⁵³¹ sous l'impulsion des divers acteurs transnationaux.

Orianne Thibout explique ce mouvement comme « de l'autorégulation à la réglementation puis à la corégulation, ou à l'hétérorégulation »⁵³². Bon nombre d'observateurs, peu importe leurs positions idéologiques, estiment cependant que les espaces normatifs sont freinés par la souveraineté des États. Ils gardent toujours un pouvoir régulateur. Il est vrai que malgré le constat qu'on dresse concernant les divers facteurs économiques, politiques, culturelles et technologiques, les États contrôlent toujours la plupart des aspects de la vie d'une nation.

⁵²⁸ G. LHUILIER, préc., note 5, p.395.

⁵²⁹ *Id.*, p.392.

⁵³⁰ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions* par Marie-Ange MOREAU, Paris, Organisation internationale du Travail, novembre 2017, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_614879.pdf> (consulté le 21 mars 2020).

⁵³¹ Emmanuel GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff, 2008, p.64.

⁵³² O. THIBOUT, préc., note 371, p.33.

Les nations sont souveraines parce qu'elles sont les filles des Lumières, mais l'État post-moderne⁵³³ lui ne détient plus le monopole de l'édiction de la norme qui délimite les activités et les comportements des individus. Il faut alors réaffirmer la position de la souveraineté étatique dans ce contexte de droit transnational (Paragraphe 1) et d'envisager que la souveraineté ne soit pas effacée. Il faut toutefois qu'une harmonie des solutions se mette en place (Paragraphe 2).

1. La souveraineté étatique

La souveraineté étatique peut être définie comme le « pouvoir suprême reconnu à l'État de faire ses lois et de les mettre en pratique »⁵³⁴. Delmas-Marty écrivait à ce sujet :

« Les droits de l'homme deviennent emblématiques d'un universel matériel nouveau qui concurrence l'ancien droit international classique fondé sur la souveraineté nationale » l'inquiétude gagne les juristes. Précisément parce que les droits de l'homme concurrencent l'ordre fondé sur la souveraineté nationale, ils dérangent et font craindre la perte de sens du droit international, au profit d'une éthique « droit de l'hommiste. »⁵³⁵

Il ne faut pas oublier que l'émergence de toutes les règles de *soft law* a été favorisée par les États eux-mêmes. Il n'y a donc pas dépérissement de l'État. Le plus souvent, les États ont simplement consenti à réduire leurs souverainetés au profit de la liberté des acteurs privés. Selon Hegel, l'État est une personne juridique distincte de celle des individus. Il ne peut être lié que parce qu'il y consent. Selon cette doctrine, le droit est composé de règles acceptées par les différents États dans leurs rapports réciproques.

⁵³³ D. CARREAU et F. MARRELLA, préc., note 44, p.52.

⁵³⁴ PERSPECTIVE MONDE, « Souveraineté », Université de Sherbrooke, en ligne : <<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMDictionnaire?iddictionnaire=1599>> (consulté le 02 janvier 2020).

⁵³⁵ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, note 20, p.10.

L'État s'autolimité par intérêt. Il peut s'agir d'intérêt économique, c'est-à-dire inhérent au marché du commerce avec les autres États soit par un intérêt social avec l'établissement d'une solidarité. En ce sens, l'autolimitation se traduirait alors par la ratification des traités et des conventions.

Dès lors, on peut se demander si la souveraineté étatique est actuellement un frein à l'édiction de la norme, par exemple concernant la production de norme du droit de l'environnement. En effet, le concept de souveraineté est un obstacle à la normativité du droit de l'environnement puisqu'on peut apercevoir que les États sont fortement réticents à s'engager sur la scène internationale et à assurer le respect de droits venant limiter leur maîtrise du territoire. En plus, le lien de nationalité n'est pas suffisant pour qu'un État puisse invoquer, devant la Cour internationale de Justice, la violation par un autre État du droit à l'environnement de ses ressortissants.

Pour les entreprises multinationales, leurs statuts juridiques posent encore plus de difficultés. Elles sont soumises à diverses législations nationales en fonction des diverses localisations auxquelles elles sont rattachées. Cette précision renvoie à notre partie sur l'instrumentalisation du droit ainsi que les stratégies juridiques opérées afin de bénéficier des lois les plus attractives. Mais alors, est-ce que la souveraineté est remise en cause par ce jeu ? D'autant plus, qu'on ne cessera de le répéter, la RSE est composée de *soft law*, c'est-à-dire de droit mou.

Premièrement, l'ensemble de *soft Law* représente « une forme de renouveau du dialogue entre espaces privé, professionnel, public et conduit à transformer les frontières entre acteurs de la régulation »⁵³⁶. Par ailleurs puisque la RSE est intégrée dans les législations nationales, elle devient un droit dur et est soumise à nouveau à la souveraineté étatique.

⁵³⁶ C. LONEUX, préc., note 346, p.1

Le guide à l'intention des entreprises canadiennes indique :

« La loi constitue l'outil privilégié par les gouvernements pour réagir aux répercussions sociales, environnementales et économiques d'une entreprise. Au Canada, il existe une gamme étendue de lois fédérales, provinciales et territoriales ainsi que de règlements locaux relativement à la consommation, aux travailleurs, à la santé et à la sécurité, aux droits de la personne, aux droits ancestraux, à la protection de l'environnement, à la corruption, à la gouvernance d'entreprise et aux taxes et impôts. »⁵³⁷

En effet, un des outils au Canada est la stratégie de RSE adoptée par le gouvernement canadien. Intitulé « *Le modèle d'affaires canadien : Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger* », le texte décrit la RSE comme englobant « les activités volontaires menées de front par les entreprises, au-delà de toutes exigences juridiques, d'une manière durable aux points de vue économique, social et environnemental »⁵³⁸.

Comme on a pu l'apercevoir dans la deuxième partie de notre étude, le Canada et le Québec ont fait d'énormes progrès concernant le DD. La loi québécoise sur le développement durable⁵³⁹ énonce 16 principes pour guider l'administration publique. C'est le cas de l'article 6 du chapitre 2. L'article promeut « l'engagement des citoyens et des groupes qui les représentent [...] pour définir une vision concertée du développement et assurer sa durabilité sur les plans environnemental et économique »⁵⁴⁰.

⁵³⁷ INDUSTRIE CANADA, *Responsabilité sociale des entreprises (2014). Guide de mise en œuvre à l'intention des entreprises canadiennes*, préc., note 2, p.71.

⁵³⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le modèle d'affaire canadien : stratégie de la promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, (2014), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf> (consulté le 02 janvier 2020).

⁵³⁹ *Loi sur le développement durable*, préc., note 293.

⁵⁴⁰ *Id.*, art.6.

Jacques Morand-Deville et Jean-Claude Bénichot estiment que :

« Les États sont de plus en plus nombreux à produire eux-mêmes des normes énonçant des droits relatifs à l'environnement ou à aménager les règles de droit par des principes étendus. Le choix de la production de normes nouvelles leur confère la maîtrise des obligations corrélatives aux droits ; celui des aménagements aux normes existantes leur assure le contrôle des relations juridiques nouées par leurs sujets de droit. Mais ils prennent tous deux leur source dans l'actualisation de la justice. »⁵⁴¹

D'emblée, il est possible de critiquer le recours au droit transnational afin d'éviter les normes nationales par souci d'opportunité. Mais ceci signifierait que le droit transnational est mal compris puisque justement il ne s'oppose pas aux droits des États⁵⁴². Il emprunte des règles à ceux-ci. Bettache énonçait que :

« La nécessité pour les entreprises de développer un modèle économique moral, transparent et d'être soumises à des interventions législatives de la part de l'État comme arbitre des grands pouvoirs privés et garants de l'intégration de principes de solidarité et de justice des relations économiques. »⁵⁴³

On peut apercevoir une deuxième crainte concernant la souveraineté étatique surtout au regard de l'AECG. Le recours à l'arbitrage est considéré pour certains comme brimant l'autonomie législative⁵⁴⁴ c'est-à-dire que le législateur peut être influencé par des décisions favorables ou défavorables rendues contre l'État lorsqu'il s'agira d'adopter des lois. En ce sens, la menace d'un arbitrage est parfois représentée comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête des législateurs étatiques.

⁵⁴¹ J. M. DEVILLER et J.-C. BÉNICHOT (dir.), préc., note 424, p.27.

⁵⁴² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.101.

⁵⁴³ M. BETTACHE, préc., note 463.

⁵⁴⁴ Sur la comptabilité de l'AECG avec l'autonomie de l'ordre juridique européen, voir : CJUE, préc., note 66.

Nous pensons que toutes ses craintes peuvent être dissipées si un fléchage est établi afin de mieux orienter les entreprises à respecter les différents principes dans des circonstances particulières ou générales grâce à une harmonie internationale des solutions (Paragraphe 2).

2. L'harmonie internationale des solutions

« Miracle : il n'y a pas à choisir entre mondialisation du commerce et protection de l'environnement, le marché garantira les deux »⁵⁴⁵.

La première question qu'on se pose est de savoir si on est arrivé à cette conciliation tant désirée au sein de notre étude. Il serait audacieux de répondre par l'affirmative. Par contre, on peut retrouver une certaine harmonie internationale des solutions qui appuie notre hypothèse d'un droit conciliateur entre libre-échange et responsabilité sociétale.

De prime abord, il faut émettre une critique, car le droit commun « sans histoire ni territoire, reste trop faible pour rééquilibrer les rapports de force entre États et trop fragmentés pour constituer un véritable système de droit »⁵⁴⁶ selon Delmas-Marty. De plus, le libre-échange suit une logique libérale privilégiant de façon générale « la compétition et la performance »⁵⁴⁷ alors qu'au contraire le développement durable et la responsabilité sociétale parlent de partage et de solidarité. Comment peut-on reconstituer cette harmonie ? Elle doit être recherchée dans le droit positif de la mondialisation⁵⁴⁸. Est-ce qu'on pourrait entrevoir de dresser une liste de principes à suivre afin d'obtenir cette harmonie des solutions ?

⁵⁴⁵ M. DELMAS MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, note 20, p.54.

⁵⁴⁶ *Id.*, p.7.

⁵⁴⁷ *Id.*, p.8.

⁵⁴⁸ Sur la définition du droit transnational, voir : *supra*, p.95.

Une liste comme la norme ISO 26000 est difficilement applicable pour la responsabilité sociétale :

« Lors de l'application de la présente Norme internationale, il est recommandé que l'organisation prenne en considération les différences sociales, environnementales, juridiques, culturelles, politiques et la diversité des organisations ainsi que les différences de conditions économiques, en toute cohérence avec les normes internationales de comportement. »⁵⁴⁹

En continuant sur ce raisonnement, ceci signifierait par exemple qu'à travers la transparence et le développement d'une *stare decisis* dans l'arbitrage d'investissement, l'arbitre pourrait baser ces décisions sur le droit positif de la mondialisation en utilisant l'ordre juridique arbitral. On aura l'occasion de le voir, cet ordre juridique ne justifie pas de dichotomie entre droit national et a-national car il recherche seulement les solutions dans le droit positif de la mondialisation. En ce sens, il représente un ensemble hétéroclite.

Selon Racine, l'ordre juridique arbitral « n'est pas un *deus ex machina*, mais une réalité pratique et théorique tangible dès lors que les outils du pluralisme normatif sont mobilisés »⁵⁵⁰. Il est un ensemble structuré de normes répondant au degré d'impérativité désiré dans les systèmes de droit que l'on connaît. Cet ensemble peut être capable de concevoir ses sources, car il possède des sujets et organes susceptibles de répondre à l'ensemble des questions et en ce sens satisfaire à un seuil minimal d'effectivité.

Si l'ordre juridique dit arbitral est utilisé par les arbitres dans leurs raisonnements et lors de leurs décisions, ceci impliquerait que les normes universellement acceptées encadrant la responsabilité sociétale se retrouvent au sein même de cet ordre.

⁵⁴⁹ ISO, *Norme française. Lignes directrices relative à la responsabilité sociétale*, préc., note 344, p. 12.

⁵⁵⁰ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, préc., note 481, p.48.

On peut dire qu'une nouvelle gouvernance mondiale est née. Elle rassemble des personnes privées que sont les ETN et les arbitres internationaux. Ils sont les constituants du monde transnational. Pourtant, Levy pointe du doigt cette communauté transnationale de valeurs :

« Il est moins évident de percevoir que le succès pratique de l'arbitrage international s'accompagne, depuis quelques années d'un essor théorique encore plus prononcé. Cela résulte de la volonté doctrinale de créer un espace propre de légitimation dans ce domaine, basé tantôt sur la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, tantôt sur une communauté transnationale de valeurs. »⁵⁵¹

Finalement, ce combat ne peut être seulement du côté des entreprises, des parties prenantes ou des gouvernements. Il faut que les décideurs soient conscients du pouvoir qu'ils disposent pour changer les choses. Ils peuvent être aussi acteurs du changement en étant les gardiens des intérêts collectifs universels (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Les gardiens des intérêts collectifs

« Regardons donc comme le tribunal le plus compétent est celui que les parties se seront donné à elles-mêmes, en choisissant d'un commun accord leurs juges »⁵⁵².

Un monde où la justice est rendue au nom exclusif d'un État et dont la nation est souveraine est une idée devenue archaïque. Les arbitres appelés par certains comme les juges internationaux sont dévolus par les parties qui l'ont voulu, d'une véritable mission juridictionnelle⁵⁵³. L'autonomie de ce gardien international lui permet d'accéder à un rang supérieur. Il n'est ni un juge national⁵⁵⁴ ni localisé dans l'ordre juridique du siège.

⁵⁵¹ Daniel LEVY, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 29.

⁵⁵² PLATON, *Les Lois*, Livre VI, p. 130.

⁵⁵³ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.95.

⁵⁵⁴ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, préc., note 481, p.46.

L'arbitre obéit aux volontés des parties, mais il est aussi au service du droit⁵⁵⁵. Il représente deux facettes d'une même réalité⁵⁵⁶. De facto, il est le gardien du droit transnational « autant que le juge l'est de son droit national »⁵⁵⁷. L'arbitrage transnational est une justice privée rendue en dehors de l'État. Il est le canal d'un pluralisme juridique, mais aussi le signe d'un pluralisme juridictionnel. Une application du droit transnational entraîne des conséquences sur le mode de raisonnement des décideurs. En ce sens, la méthode des arbitres se substitue à la méthode des juges étatiques. Et à l'inverse, la méthode du droit transnational se substituerait à la méthode dite conflictualiste⁵⁵⁸. On ne cessera de le répéter, pour que la paix soit durable, il faut ainsi établir une méthode et non un cadre. Pourquoi l'arbitre et l'arbitrage peuvent-ils être une solution ? Selon Fouchard :

« [...] la mondialisation de l'économie a entraîné celle de l'arbitrage, celui-ci, en retour, pourrait-il devenir une instance régulatrice, juridictionnelle ou amiable, qui en réglerait les conflits et même en élaborerait certaines normes ? Pourrait-il, et dans quelle mesure, se substituer aux pouvoirs étatiques en recul, et favoriser l'ébauche dans ce monde où les marchés sont devenus souverains, d'un nouvel ordre international, d'une nouvelle justice dans les relations économiques internationales ? »⁵⁵⁹

Il est vrai que l'arbitrage est devenu la justice de droit commun des affaires⁵⁶⁰ et dans certains cas comme l'arbitrage d'investissements, une justice quasi systématique. Ceci renvoie à la pratique, mais il convient de revenir aux représentations de l'arbitrage en théorie, car les interrogations fondamentales de théorie juridique portent autant « sur le pouvoir de juger des arbitres que sur la décision que ceux-ci sont appelés à rendre et sur le sort [...] dans chacun des autres ordres juridiques, à la sentence »⁵⁶¹. Afin de construire un monde meilleur, nous privilégions une légitimité de l'arbitre international (Section 1) et de la société civile (Section 2).

⁵⁵⁵ Alain PRUJINER, « L'arbitrage et le droit », Vol. 1.1, *Revue de Règlement des différends de McGill*, 2014, p.93.

⁵⁵⁶ En ce sens, Sibidi Emmanuel DARANKOUM, *Chapitre IX : l'arbitrage dans les échanges internationaux DRT 6828 Arbitrage commercial international*, Montréal, studium, 2017, p.614.

⁵⁵⁷ A. PRUJINER, préc., note 430, p.10.

⁵⁵⁸ G. LHUILIER, préc., note 5, p.130.

⁵⁵⁹ P. FOUCHARD, note 163, p. 388.

⁵⁶⁰ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, préc., note 481, p.48.

⁵⁶¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.101.

Section 1 : La légitimité de l'arbitre international

Les arbitres en raison de leurs profils de compétence dans la matière concernée, en l'occurrence les échanges commerciaux internationaux possèdent la mentalité commerciale pour appliquer au mieux les pratiques marchandes. L'appui théorique sous-jacent l'institution de l'arbitrage est apparue assez tardivement dans la moitié du 20^e siècle. Cette pratique privée resta soumise pendant longtemps à un désintérêt des philosophes du droit comme le souligne Gaillard. Or ses aspects philosophiques n'en sont pas des moindres. À tous les coups si on parle d'arbitrage, on entend la même chanson. Il représente la détermination contractuelle et la rapidité du processus arbitral, la sélection d'un ou des arbitres qu'ils soient juristes de formation ou non et une expertise pointue.

L'arbitrage d'investissement a démontré que ces caractéristiques n'étaient pas le principe. De plus, le tribunal arbitral comme les arbitres sous le CIRDI et de l'AECG sont détachés des juridictions d'États hôtes et puisent leur source de juridicité dans un ordre tiers (Paragraphe 1). Mais on peut s'interroger sur la manière par laquelle les arbitres considèrent dans leurs décisions, les enjeux environnementaux et la sauvegarde des libertés fondamentales sur d'autres considérations extérieures (Paragraphe 2).

1. La source de juridicité de l'arbitrage international

Gaillard, désirant démystifier cette matière, a scindé l'arbitrage international en trois représentations. D'une part, il s'agit d'un ordre juridique unique⁵⁶², une pluralité d'ordres juridiques⁵⁶³ et finalement un ordre juridique arbitral⁵⁶⁴.

⁵⁶² *Id.*, p.73.

⁵⁶³ *Id.*, p.81.

⁵⁶⁴ *Id.*, p.91.

La dernière représentation recueille en majeure partie l'assentiment de la communauté internationale et rentre en adéquation avec nos démonstrations concernant la promotion actuelle « d'un mode de règlement des différends du commerce international »⁵⁶⁵. Dès lors, nous avons fait le choix de développer cette dernière.

Désigné comme un ordre juridique dit arbitral⁵⁶⁶, il fait référence à la transition du modèle westphalien où la souveraineté étatique était primordiale à un modèle transnational qui axe ses priorités sur les intérêts du commerce international. Il s'agit donc d'un ordre juridique tiers⁵⁶⁷ au service de la communauté internationale⁵⁶⁸. Il est selon nous le plus représentatif de notre système actuel puisque les transactions transnationales sont devenues banales⁵⁶⁹ et récurrentes.

Selon Gaillard, on passe du pluriel au collectif⁵⁷⁰. Deux courants s'inscrivent dans cette dernière représentation de l'arbitrage international ; le courant jusnaturaliste et le courant positiviste transnational. Le premier se fonde sur des considérations supérieures⁵⁷¹ dépassant la sphère du droit. À l'inverse d'un droit d'origine humaine, ce droit naturel⁵⁷² est un droit idéal. René David minimisant « la frontière entre l'arbitrage en droit et l'amiable composition »⁵⁷³ estime que le recours à l'arbitrage permet de réaliser la justice et la paix⁵⁷⁴ lorsque le droit n'est pas apte à remplir cette tâche.

⁵⁶⁵ *Id.*

⁵⁶⁶ Emmanuel GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2009) *McGill*, p.891, en ligne : <https://www.mcgill.ca/pjrl/files/pjrl/john_e._c._brierley_memorial_lecture_emmanuel_gaillard.pdf> (consulté le 02 janvier 2020).

⁵⁶⁷ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.91.

⁵⁶⁸ *Id.*, p.92.

⁵⁶⁹ *Id.*, p.92.

⁵⁷⁰ *Id.*, p.93.

⁵⁷¹ *Id.*, p.96.

⁵⁷² *Id.*, p.97.

⁵⁷³ *Id.*

⁵⁷⁴ René DAVID, « Arbitrage et droit comparé », (1959) 11 *RIDC* 5, p.14.

Même si l'existence de règles supérieures se retrouve souvent dans « les préoccupations actuelles des juristes »⁵⁷⁵ nous pensons que le courant positiviste ne peut être écarté puisqu'il appréhende de manière globale⁵⁷⁶ le droit positif des nations⁵⁷⁷.

Il s'agit de considérer que la source de juridicité de l'arbitrage « puisse être puisée non dans un ordre juridique étatique [...], mais dans un ordre juridique tiers »⁵⁷⁸. Ce qui est sûr, c'est que l'arbitre international jouit d'un « ensemble de normes susceptibles de s'appliquer aux situations juridiques qui lui sont soumises »⁵⁷⁹ qui ne se contente pas d'être recherché dans l'ordre juridique du siège ou différents ordres. La source transnationale du pouvoir de juger donne en ce sens, la possibilité aux arbitres de s'embarasser exclusivement « des tendances normatives de la communauté des États »⁵⁸⁰ pour fonder leurs solutions au sein des « normes généralement acceptées à un moment donné dans la communauté internationale »⁵⁸¹. De la même façon, l'argument selon lequel la source de juridicité est attribuée à la volonté des parties est séduisant, mais comme nous l'avons décrit auparavant, ceci est largement discutable en doctrine.

Le contenu des normes juridiques détermine l'orientation d'une société, il faut donc se demander comment les arbitres peuvent concilier les intérêts collectifs. Voyons comment l'arbitrage permet de concilier les intérêts divergents du XXI^e siècle. Les aspects philosophiques de l'arbitrage à l'ère des nouvelles technologies, des évolutions transactionnelles du marché et des différentes modélisations économiques ne peuvent pas se cristalliser au risque de perdre son essence même : le paroxysme des échanges économiques internationaux (Paragraphe 2).

⁵⁷⁵ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.

⁵⁷⁶ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.101.

⁵⁷⁷ *Id.*

⁵⁷⁸ *Id.*, p.91.

⁵⁷⁹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, préc., note 560, p.487.

⁵⁸⁰ *Id.*

⁵⁸¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.93.

2. Les réclamations environnementales dans l'arbitrage de l'AECG

L'AECG a franchi une étape qualitative supplémentaire par rapport à ses prédécesseurs, en introduisant d'importantes innovations. Tout en garantissant un niveau de protection élevé aux investisseurs, il préserve le plein droit pour les gouvernements de réglementer et poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, comme la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement. Lorsque l'arbitre juge d'un litige, il doit analyser si une mesure étatique va à l'encontre du droit de l'investisseur. Autrement dit, l'examen qu'il effectue écarte par nature des considérations importantes de RSE tel que le respect du droit de l'environnement. L'Institut international pour le développement durable mentionne bien que:

« investor-state arbitrations may challenge regulatory measures intended by states to protect the public welfare, if the measure directly or indirectly affects the value of the investment. Such measures might include legislation directed to human rights, health and safety, labour laws, or environmental protection. The arbitration may thus impact the rights and welfare of those individuals and communities where an investment is located. »⁵⁸²

Ceci va à l'encontre de la position du gouvernement canadien lorsqu'il rappelle que « la latitude voulue pour établir des règles dans l'intérêt public, que ce soit en matière de santé et de sécurité, de protection de l'environnement, d'identité culturelle, ou dans d'autres domaines chers aux Canadiens »⁵⁸³.

⁵⁸² Fiona MARSHALL, « Good governance and the rule of law: express rules for investor-state arbitrations required », septembre 2006, en ligne : <https://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_rrevision.pdf > (consulté le 10 mars 2020).

⁵⁸³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Ouvrir de nouveaux marchés en Europe. Créer des emplois et des occasions pour les Canadiens et Canadiennes. Un aperçu*, (2013), p.5, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/maecd-dfatd/FR5-77-2013-fra.pdf> (consulté le 02 janvier 2020).

Or, les incidences sociétales sont importantes puisqu'elles touchent aux questions de travail, de propriété intellectuelle, de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, mais aussi de DD. Même si les préoccupations de RSE sont intégrées dans le texte de l'accord, il ne faut pas oublier que les questions sont bien souvent traitées de la même manière qu'elles soient commerciales ou sociétales. On souhaite à terme que si d'autres accords empruntent les innovations institutionnelles l'AECG, ceux-ci continuent les efforts entrepris. Il faut par exemple des sanctions plus précises concernant les manquements.

De plus, certaines des questions sorties du contexte d'un accord de libre-échange seraient traitées par des institutions démocratiques dans le cadre d'un débat public. Le terme de *débat public* selon le guide du Commissaire à la santé et au bien-être du Québec signifie les « interactions où s'échangent des arguments, se construisent des discours et s'affrontent des idées et des valeurs sur des enjeux collectifs »⁵⁸⁴. Quel est l'objectif de cette précision ? Le débat public renvoie aux enjeux collectifs. Est-il présent dans le texte de l'AECG ? Selon l'article 23.6⁵⁸⁵, chaque partie encourage le débat public avec les acteurs non étatiques concernant la législation et les normes en matière de travail, mais aussi d'environnement selon l'article 24.7⁵⁸⁶. Est-ce qu'à terme d'autres préoccupations peuvent entrer dans l'accord ? La réponse est positive puisque le gouvernement canadien estime que justement l'accord s'inscrit dans une démarche prospective⁵⁸⁷. Il est conçu :

« de manière à pouvoir gérer aussi bien les problèmes d'aujourd'hui que ceux de demain, grâce à des mécanismes d'examen intégrés et d'adaptation aux réalités changeantes. Il encouragera nos sociétés dans leur ensemble, et non seulement les gouvernements et les entreprises, à travailler de concert pour forger les relations futures entre le Canada et l'UE. »⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *L'importance du débat public*, (2012), p.7, en ligne : <https://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2011/DebatPublic/CSBE_Debat_public_2012.pdf> (consulté le 10 novembre 2019).

⁵⁸⁵ AECG, préc., note 10.

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, préc., note 584, p.6.

⁵⁸⁸ *Id.*

Il constitue un accord vivant puisque la capacité d'adaptation est infinie. Le gouvernement canadien rajoute que l'engagement repose aussi sur la collaboration des partenaires du Canada et de l'UE qui se sont engagés « à collaborer sur les plans de l'environnement, du travail et du développement durable »⁵⁸⁹. Il rajoute un point extrêmement important pour notre troisième partie. Bien que des divergences minimales⁵⁹⁰ existent sur certaines questions spécifiques, « leurs sociétés et leurs gouvernements, d'une manière générale, ont des valeurs fondamentales communes dans ces vastes domaines d'intérêt »⁵⁹¹. Il reste à l'AECG de continuer ses évolutions et le Canada de « demeurer un chef de file de la libéralisation des échanges avec l'UE pour des générations à venir »⁵⁹². Il faut pour ce faire incorporer la société civile aux débats (Section 2).

Section 2 : La légitimité de la société civile

La nécessité pour les victimes d'avoir accès à des voies de recours est une des plus grandes revendications de la société civile. Elle estime que les organes mis en place doivent respecter les valeurs universelles. Il est évident que l'arbitrage a fait du chemin depuis 1985. Les décisions arbitrales tentent d'être en adéquation avec la volonté de la société civile. Pourquoi est-ce devenu un enjeu ? La société civile est devenue un vecteur de valeurs éthiques « amenées à se diffuser dans la société »⁵⁹³.

En sa qualité de principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du commerce international, sa commission œuvre dans l'amélioration du cadre juridique accordé à celui-ci. À sa 112^e séance plénière en 1985, elle adopte une résolution primordiale pour l'avenir de l'arbitrage dans les échanges commerciaux internationaux.

⁵⁸⁹ *Id.*, p.8.

⁵⁹⁰ *Id.*

⁵⁹¹ *Id.*

⁵⁹² *Id.*, .6.

⁵⁹³ V. MERCIER, préc., note 193, p. 264.

L'Assemblée générale recommande que tous les États prennent dûment en considération cette loi. L'impossibilité historique d'accéder aux fora de discussion sous l'OMC ou le GATT est désormais révolu.

Les groupes les plus démunis sont de façon générale pris en compte dans les normes internationales et multinationales. D'autre part, les consultations⁵⁹⁴ au cœur du processus et la médiation⁵⁹⁵ sont possibles à tout moment, car dans « dans la mesure du possible, un différend devrait être réglé à l'amiable »⁵⁹⁶ ou de « parvenir à une solution mutuellement satisfaisante »⁵⁹⁷. La volonté est la promotion des règlements à l'amiable, impulsée par la coopération⁵⁹⁸ et la médiation⁵⁹⁹. Quant au mécanisme de règlements des différends, il s'applique à l'ensemble du texte de l'AECG. La société civile mondiale est une solution en défense d'intérêts collectifs (Paragraphe 1) si on bâtit en parallèle un ordre public transnational (Paragraphe 2).

1. La société civile mondiale en défense d'intérêts collectifs

L'expression de *société civile mondiale* est évoquée par Lhuillier, mais est largement débattue en doctrine⁶⁰⁰. Cette expression est neuve⁶⁰¹, mais retentissante au sein de notre travail. De sorte que la société civile réclame désormais directement aux entreprises d'appliquer la RSE lorsque les États peinent ou refusent de faire appliquer. Qui représente la société civile ? Selon Michael Bizou, il s'agit des acteurs économiques dont l'État étouffe⁶⁰² la voix et contrôle de façon arbitraire les négociations.

⁵⁹⁴ AECG, préc., note 10, art. 29.4.

⁵⁹⁵ *Id.*, art. 29.5.

⁵⁹⁶ *Id.*, art. 8.19.

⁵⁹⁷ *Id.*, art. 29.4.

⁵⁹⁸ *Id.*, art. 29.1.

⁵⁹⁹ *Id.*, art. 29.5.

⁶⁰⁰ Sur une critique de l'analyse de l'État en dehors des considérations du monde globalisé ; voir : Ulrich BECK, *The cosmopolitan vision*, Cambridge, Polity Press, 2006.

⁶⁰¹ Michael BIZOU, « De la société civile à la société mondiale », (2004) 17 *Cités* 13.

⁶⁰² *Id.*, p.15.

Si on reprend l'AECG, on peut apercevoir que l'accord met en place, une fois par an, un Forum de la société civile⁶⁰³ avec une obligation de représentation équilibrée. Autrement dit, la société civile est représentée en autres par des employeurs, des syndicats, des représentants des milieux d'affaires, mais aussi des groupes environnementaux, représentatifs et indépendants⁶⁰⁴. En vertu de l'article 22.1 de l'AECG, les parties à l'accord s'engagent :

« à promouvoir la pleine utilisation d'instruments comme l'évaluation d'impact et la consultation des parties prenantes lors de l'élaboration de la réglementation relative aux questions touchant le commerce, le travail et l'environnement, et inciter les milieux d'affaires, les organisations de la société civile et les citoyens à développer et à mettre en œuvre des pratiques qui contribuent à l'atteinte des objectifs du développement durable. »⁶⁰⁵

Il est clair que les institutions doivent évoluer au rythme des mentalités⁶⁰⁶. L'appartenance du citoyen à une seule nationalité est déjà remise en cause au profit d'une vision des citoyens du monde⁶⁰⁷. Cette société civile doit être écoutée et prise en compte puisqu'elle a la possibilité de rétablir « un équilibre écologique et d'assurer le développement durable de la planète »⁶⁰⁸. Le pouvoir des peuples peut apporter des « bienfaits du développement et la possibilité d'améliorer la qualité de la vie. Utilisé abusivement ou inconsidérément, ce même pouvoir peut causer un mal incalculable aux êtres humains et à l'environnement »⁶⁰⁹.

Cette vision ressemblatrice est justement celle de l'ISO décrite précédemment⁶¹⁰ puisque l'organisation représente toutes les organisations de la société civile.

⁶⁰³ AECG, préc., note 10, art. 22.5.

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ *Id.*, art. 22.1.

⁶⁰⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Éditions Seuil, 2007, p.52.

⁶⁰⁷ *Id.*, p.26.

⁶⁰⁸ M. BETTACHE, préc., note 463, p.6.

⁶⁰⁹ CMED, préc., note 9, préambule.

⁶¹⁰ *Supra*, p.70.

Il ne faudrait pas pour autant penser que la société civile représente des acteurs qui sont faibles ou impuissants. Au contraire, ils sont à l'origine de textes de RSE, d'initiatives, de propositions qui « tendent à réintroduire l'humain au cœur de la mondialisation »⁶¹¹. Ils peuvent être une solution afin de faire appliquer les intérêts fondamentaux de la société et même les créer. Dès lors, que signifient les intérêts fondamentaux de la société ? Par exemple, l'AECG mentionne que si les intérêts fondamentaux de la société sont véritablement menacés, des exceptions sont prévues. C'est le cas si des mesures menacent la sécurité publique et l'ordre public. Par contre, le texte ne définit pas ce qu'englobent ces intérêts fondamentaux. Cependant, il mentionne à plusieurs reprises le terme d'intérêt commun.

Certains auteurs parlent volontiers d'intérêts supérieurs. Intérêts qui sont évidemment supérieurs à ceux du marché c'est-à-dire aux intérêts des marchands. Ils ont vocation à être des objectifs plus universels, plus fondamentaux et peut-être plus nobles que la simple satisfaction des intérêts des opérateurs du commerce international⁶¹². Racine rajoute que « même si la protection d'intérêts purement utilitaristes est rarement absente, l'ordre public transnational protège également des valeurs non marchandes [...] et permet la préservation de l'environnement »⁶¹³. Il est pertinent d'entrevoir la possibilité que l'intérêt supérieur s'intègre dans ce qu'on appelle l'ordre public transnational ou l'éthique des affaires transnationales (Paragraphe 2).

2. L'ordre public transnational et l'éthique des affaires transnationales

Tout d'abord, l'ordre public est « une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions »⁶¹⁴.

⁶¹¹ M. DELMAS MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, préc., note 20, p.101.

⁶¹² *Id.*

⁶¹³ Jean-Baptiste RACINE, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », *LGDJ*, 1999, par. 709.

⁶¹⁴ G. CORNU (dir.), et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, préc., note 162, « ordre public ».

L'ordre public dit transnational va encore plus loin. Si l'on en croit la Cour d'appel de Paris, il serait « d'essence véritablement internationale et d'application universelle »⁶¹⁵. Trois ans après, elle fait référence à l'éthique des affaires internationales qui est par définition conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale. Cependant, les difficultés de qualification de la notion d'ordre public transnational ou dit universel⁶¹⁶ sont palpables. Le professeur Lalive écrivait à cet égard :

« Il n'est pas aisé de discerner, à travers la pratique et la diversité du vocabulaire utilisé, ce qui relève vraiment de la notion d'ordre public transnational de ce qui concerne « simplement », si l'on peut dire, les principes généraux, communs, ou encore fondamentaux du droit du commerce international, de la *lex mercatoria*, d'un « droit transnational » en formation, ou encore d'un « droit international des contrats. »⁶¹⁷

Il faudrait revenir quelque peu à la définition de l'ordre public. Elle peut s'entendre comme une « limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus de la liberté »⁶¹⁸. Si on établit que le principe de durabilité est devenu la pierre angulaire de l'ordre public transnational, cela signifiera que le principe de durabilité est rendu au point de *Jus Cogens*, c'est-à-dire de normes impératives de droit international général⁶¹⁹. Aucune dérogation n'est permise⁶²⁰. Elle a une priorité absolue sur les autres normes de droit international, seule une nouvelle norme ayant le même caractère peut la modifier. Est-ce que cela signifie que l'arbitre doit appliquer ce nouvel ordre public environnemental ? Il n'est pas dit que l'arbitre se sente lié d'appliquer le nouvel ordre public surtout si cette décision risque d'être bloquée au stade de l'exécution de la sentence (Paragraphe 3).

⁶¹⁵ Ibrahim FADLALLAH et Dominique HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage*, Dalloz, 2019.

⁶¹⁶ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, préc., note 531, p.115.

⁶¹⁷ Pierre LALIVE, « Ordre Public Transnational (ou Réellement International) et Arbitrage International », (1986) *Rev. Arb* 329.

⁶¹⁸ G. CORNU (dir.), et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, préc., note 162.

⁶¹⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 137, art. 53.

⁶²⁰ G. CORNU (dir.), et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, préc., note 162, « jus cogens ».

3. Les risques de rebondissement au stade de l'exécution d'une sentence

L'AECG prévoit dans son article 8.39 qu'une sentence définitive peut qu'accorder le versement de dommages pécuniaires, mais aussi la restitution de biens. Concernant l'exécution, elle est rendue obligatoire par la sentence définitive. La partie au différend doit s'y conformer. Quel est le principe sous-tendant l'application d'une sentence étrangère ? L'exequatur signifie « une décision selon laquelle le tribunal de grande instance donne force exécutoire à une sentence arbitrale [...] désigne aussi bien l'objet ou l'effet de la décision (l'ordre d'exécution) que la décision même »⁶²¹.

Le Centre du CIRDI souligne « bien que les États membres doivent reconnaître et exécuter la sentence, le droit en vigueur dans chaque État concernant l'immunité souveraine d'exécution continue de s'appliquer »⁶²² au regard de l'article 55 de la Convention CIRDI. Ceci renvoie à notre partie concernant la souveraineté des États. Toutefois, il faut bien distinguer que cette immunité concernant les activités souveraines de l'état est bien différente de celle qui est présente lorsque les activités sont qualifiées d'activités privées. Le consentement et l'adhésion d'un État ont été abordés plus haut. L'état est signataire à un TBI, il se présente comme un état qui est hôte de l'investissement.

Le Canada a bien évidemment ratifié la Convention du CIRDI qui vise en pratique « les investisseurs étrangers voulant faire reconnaître et exécuter une sentence du CIRDI au Canada et les investisseurs canadiens ou autres cherchant à exécuter une sentence contre les actifs d'un État étranger au Canada »⁶²³.

⁶²¹ *Id.*, « exequatur ».

⁶²² CIRDI, *Reconnaissance et exécution – Arbitrage dans le cadre de la Convention CIRDI*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-Convention-Arbitration.aspx>> (consulté le 20 février 2020).

⁶²³ Dominique D'ALLAIRE, « Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements et commentaires », (2009) 22-1 *RQDI* 87.

Dominique D’Allaire mentionne que même si le Canada observe le respect de tout ce qui précède, il est peu probable que la *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*⁶²⁴ soit régulièrement appliquée⁶²⁵ contre le gouvernement du Canada.

S’agissant de l’AECG, il prévoit dans son texte l’application de la *Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies*, faite à New York le 10 juin 1958⁶²⁶. Les sentences échappent donc au processus d’exequatur puisqu’elles font directement l’objet d’une procédure forcée. Bien évidemment la plupart des systèmes juridiques intègrent dans leurs législations la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales rendues. Par exemple, hors du Québec, le Code de procédure civile stipule que : « la sentence arbitrale rendue hors du Québec, qu’elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente, peut-être reconnue et déclarée exécutoire comme un jugement du tribunal [...] ne sont pas contraires à l’ordre public »⁶²⁷.

Bien que les décisions arbitrales aient ce statut contraignant, elles ne sont pas nécessairement soumises à une exécution spontanée des parties. En effet, la sentence est du point de vue d’un investisseur considéré comme une étape afin d’engager une négociation. Concernant l’AECG, il est trop tôt pour émettre un constat sur le système mis en place.

Par contre, il ne faudrait pas que le système réemprunte ses dérives. Malheureusement dans le système que l’on a décrit, il faut que les investisseurs désirent toujours investir dans les pays d’accueil.

⁶²⁴ *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.R.C. 2008, c. 8.

⁶²⁵ D. D’ALLAIRE, préc., note 623, p.127.

⁶²⁶ *Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, en ligne : <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf> (Convention de New York) (consulté le 17 mars 2020).

⁶²⁷ Code de procédure civile, art. 652.

Conclusion

Au cours de la présente étude, nous avons tenté de démontrer la complexité de concilier les enjeux économiques, sociaux et environnementaux. On a longtemps ignoré les impacts positifs et négatifs des actions des multinationales au profit de l'industrie. Pourtant, la société ne sera pas éternelle si on n'en prend pas soin. En conséquence, les hommes et l'environnement sont en droit de s'attendre à une attention plus particulière. À tout au moins, on devrait toujours rechercher une conciliation.

La mise en contexte du régime du droit des investissements étrangers illustre les difficultés de l'État-nation d'encadrer les transactions transnationales. De plus, l'application volontaire du DD et de la RSE est une obligation minime face à l'importance des enjeux actuels. En ce sens, les obstacles sont décuplés et obligent les praticiens, philosophes et théoriciens à accueillir une autre méthode législative afin de bâtir des valeurs communes à la communauté internationale. C'est ainsi en s'éloignant de l'idéal type d'édiction des normes et de conflits de lois qu'une méthode des règles transnationales trouve sa pertinence.

L'essence de ce travail n'était pas de comparer les caractéristiques de l'arbitrage traditionnel et de l'arbitrage d'investissement. Cependant, puisque nous avons eu l'occasion de les survoler, il est intéressant de le mentionner en ouverture de cette conclusion. Pouvons-nous toujours estimer que l'assouplissement des principes d'autonomie des parties et de confidentialité dénature la notion traditionnelle de l'arbitrage ? Nous sommes d'avis que la réponse est négative puisque la vocation du recours à l'arbitrage est de répondre adéquatement aux besoins de ces utilisateurs. En l'occurrence, l'arbitrage des investissements répond aux nécessités des États et des investisseurs. Toutefois, cette justice privée ne pourra gagner en légitimité si elle balaie du regard les critiques sociétales. Ce pourquoi, les principes d'autonomie et confidentialité ne peuvent être appliqués *stricto sensu*. D'autant plus lorsqu'on se situe au centre des aléas politiques et législatifs des États étrangers qui mettent en péril la protection des investissements.

Au terme de cette recherche, la responsabilité sociétale des entreprises, le droit, les ALE et l'arbitrage doivent traverser des évolutions et constamment se renouveler s'ils veulent toujours être le recours à l'ère du temps. Les mécanismes de règlement de différends sont en constante évolution sous la pression du commerce international et portent différentes casquettes dès lors qu'ils se situent à l'international ou à l'interne. Cette évolution est traduite juridiquement par les TBI et analysée dans notre première partie.

Une évolution est-elle un argument suffisant pour renier ces principes fondamentaux ? Assurément non, il faut arriver à une conciliation et non une renonciation. La liberté des aménagements contractuels et la réalité des affaires du XXI^e siècle peuvent cohabiter, mais sous certaines limites. Et c'est pourquoi probablement certains auteurs dans nos développements tout en dégagant une définition classique de l'arbitrage avaient déjà entraperçu les ajustements qu'elle pourrait subir dans les années à venir. Historiquement cette théorie classique faisait fureur, mais nous sommes dans un droit positif qui évolue, et les théories doivent suivre avec leur temps. Une adaptabilité est nécessaire à la sphère envisagée. Cette caractéristique s'offre à nous grâce aux TBI. Puisque nous ne pouvons contourner un système dans lequel les entreprises sont ancrées, il faut les obliger à respecter la RSE par des moyens détournés. Le fait d'inclure des restrictions et des obligations dans leurs cadres juridiques obligatoires est une piste de proposition.

Si les investisseurs continuent de jouir d'une telle liberté, seraient-ils à même de l'utiliser à bon escient ? Nous n'imaginons pas les replacer dans une position de faiblesse qu'ils connaissaient avant l'instauration du recours direct. En ce sens, un commerçant qui recourt à l'arbitrage devra le faire en théorie, car il a une connaissance du processus arbitral et des conséquences d'y avoir recours. S'il n'est pas aguerri, il est à même de prendre appui sur les différents règlements et les clauses types mises à sa disposition afin de l'aiguiller dans sa démarche. Il peut toujours se faire conseiller.

Concernant un investisseur, celui-ci pourrait ne pas avoir cet accès ou si cette accessibilité était présente, les informations seraient plus difficiles d'être comprises. Il est complexe d'assurer un traitement équitable et non discriminatoire. En effet, le comportement de l'investisseur étranger peut déboucher sur une discrimination lorsqu'ils ne sélectionnent pas les règles en sa faveur par méconnaissance du système ou du droit. Cela justifie notre position lorsqu'on énonce que l'autonomie de la volonté même si elle s'écarte du sentier qui lui est généralement reconnu, s'avère être légitime dans l'instance arbitrale de l'investisseur. Cette prise de position répond directement aux attaques concernant le droit élémentaire d'un juge et la rupture des inégalités entre les parties. Notamment lorsque l'accès à l'instance était subordonné à la légalité de l'investissement. L'illégalité est examinée dans la phase préliminaire (la compétence) alors que celui de l'État serait réservé à la phase du fond⁶²⁸. Il ne faut pas laisser s'installer un dumping juridique⁶²⁹. Les attaques ne concernent pas que l'arbitrage.

Notre partie sur les enjeux de la responsabilité sociétale des multinationales a démontré que le foisonnement législatif des normes de RSE est un obstacle à une bonne application. Le caractère volontarisme de *soft Law* entraîne encore d'autres embûches. De plus, les nombreux codes de conduite des entreprises sont malheureusement parfois des écrits sans application. Comment être sûr que les entreprises multinationales respectent leurs codes de conduite en pratique ?

Cette application, si elle ne se retrouve pas dans les actions des multinationales, elle doit se retrouver dans la conscience des arbitres. Le *Pacte mondial* est une bonne référence pour débiter la structure d'un ensemble de valeurs communes et universelles. Mais encore là, combien de temps devons-nous attendre afin qu'on prenne conscience qu'il faut que cet ensemble soit contraignant et dissuasif ? Il est à espérer que le système change et qu'il puisse s'adapter encore plus vite que précédemment.

⁶²⁸ *AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, 16 août 2007, ARB/03/25, en ligne : <<http://www.italaw.com/documents/FraportAward.pdf>> (consulté le 14 avril 2019).

⁶²⁹ G. AEROU et A. DE NANTEUIL (dir.), préc., note 95, p. 39.

Références bibliographiques

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes fédéraux

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C, 1985, ch. A-1

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C, 1985, ch. P-21

Loi sur le développement durable, L.C. 2008, ch.33

Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements, L.R.C. 2008, c. 8

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Code civil du Québec (2016)

Loi sur le développement durable, D.-8.1.1

Traités et ententes internationales

Accord de libre-échange nord-américain, Can./Mex./E.-U., [1994] R.T.Can. n° 2, en ligne : <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, EU/CA/fr 1, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/ceta-rm-01-fra.pdf>>

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, S.T.E. (n° 5)

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, R.T.N.U (n° 18232)

Convention et règlements du CIRDI, avril 2006, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>>

Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, 30 janvier 1975, en ligne : <<http://www.ohadac.com/legislations/50/convention-inter-americaaine-sur-l-arbitrage-commercial-internati.html>>

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 juin 1958, en ligne : <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf>

Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>>

Statut de Rome de la Cour Pénale internationale (1998), 2187 R.T.N.U. (n°38544)

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

Canadien Pacifique Ltée, [1995], C.S, 55

Libman c. La Reine, [1976], R.C.S, 178

Jurisprudence internationale

ABCI Investments N.V. c. République tunisienne, Affaire CIRDI, ARB/04/12, en ligne :
<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1346.pdf>>

Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J Recueil
1997

AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines, 16 août 2007, ARB/03/25, en
ligne : <<http://www.italaw.com/documents/FraportAward.pdf>>

Ali shipping Corporation v Shipyard « Trogir », Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136, en
ligne :
<<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/Ali%20v%20Trogir%201997.pdf>>

*Asian Agricultural Products Limites (A.A.P.L.) c. République démocratique socialiste du
Sri Lanka*, 27 juin 1990, Affaire CIRDI, ARB/87/3, en ligne :
<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>>

*BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea)
SÀRL c. la République de Guinée*, CIRDI, ARB/14/22, en ligne :

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3765/DS11532_Fr.pdf>

Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd c. Al Trade Finance Inc., Trib. prem. Inst, 10 septembre 1998, *Rev. Arb.* 1999.670

Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Égypte, 6 juillet 1864, *Recueil des traités de la France publié sous les auspices de M. C. De Freycinet*, t. 9, 1880

Corn Products International, Inc. c. The United Mexican States, CIRDI, 15 janvier 2008, ARB(AF)/04/01

Esso Australia Resources Limited and Others v. The Honourable Sidney James Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others, High Court of Australia, 7 avril 1995, 35 AustLII 51

Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela, CIRDI, 10 juin 2010, ARB/07/27, p. 86, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>>

Malaysian Historical Salvors et autres (MHS) c. Malaisie, CIRDI, 17 mai 2007, ARB/05/10, en ligne : <<http://www.italaw.com/documents/MHS-jurisdiction.pdf>>

Saba Fakes v. Republic of Turkey (ARB/07/20), *Award, July 14, 2010*, en ligne : <http://www.italaw.com/documents/Fakes_v_Turkey_Award.pdf>

Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc, 23 juillet 2001, ARB/00/4, en ligne : <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

AEROU, G. et A. DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, coll. « Colloque », Paris, Éditions Pedone, 2015

ANCEL, B. et al., *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009

ARNAUD, A.J., *Dictionnaire de la globalisation : droit, science politique, sciences sociales*, Paris, L.G.D.J, 2010

AUBY, J.-M. et al., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010

AUDIT, M., S. BOLLÉE et P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., Paris, Domat, 2019

BARRAL, V., *Le développement durable en droit international. Essai sur l'incidence juridique d'une norme évolutive*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015

BECK, U., *The cosmopolitan vision*, Cambridge, Polity Press, 2006

BERGÉ, J.-S., *L'application du droit national, international et européen. Approches contextualisées des cas de pluralisme juridique mondial*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2013

BETTACHE, M., *Responsabilité sociale des entreprises : mirage ou réalité*, Québec, PUL, 2015

BLIN-FRANCHOMME, M.-P. et I. DESBARATS, *Droit du travail et droit de l'environnement ; regards croisés sur le développement durable*, Paris, Lamy, 2010

BOHNET, F. et P. WESSNER, *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2005

BOMMIER, S. et C. RENOUEAU, *L'entreprise comme commun : au-delà de la RSE*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2018

BOWEN, H.R., *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City, University of Iowa Press, 2013

BRET, B. *et al.*, *Justice et injustices spatiales*, Nanterre, Presse universitaires de Paris Nanterre, 2010

CAPRON, M., F. QUAIREL-LANOIZELÉE et M.-F. TURCOTTE, *ISO 26 000 : Une norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2011

CAPRON, M. et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La découverte, 2010

CARREAU, D. *et al.*, *Droit international économique*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2017

CARREAU, D. et F. MARRELLA, *Droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2018

CHAUMONT, A.-C., *L'objectif de développement durable de l'organisation mondiale du commerce*, Paris, Harmattan, 2008

CONKLIN, D.W., R.C HODGSON et E.D. WATSON, *Le développement durable : Guide à l'usage des gestionnaires*, Ottawa, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, 1991

DAGUZAN, J.-F., *La fin de l'État-nation*, Paris, C.N.R.S Éditions, 2015

DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, Economica, 1982

DE BITRO, C. et al., *L'investissement socialement responsable*, Paris, Economica, 2005

DEBLOCK, C. et al., *Un nouveau pont sur l'Atlantique : l'Accord économique et global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec, PUQ, 2015

DEBLOCK, C. et D. BRUNELLE, *Le libre-échange par défaut*, Montréal, VLB Éditeur, 1989

DEVILLER, J.M. et J.-C. BÉNICHOT (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : L'exemple du droit de l'environnement*, Paris, IRJS éditions, 2010

DELMAS-MARTY, M., *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Montréal, Éditions Thémis, 2004

La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit, Paris, Éditions Seuil, 2007

Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit, vol. n°2, coll. « Couleur des idées », Paris, Éditions Seuil, 2006

Pour un droit commun, coll. « La librairie du XXe siècle », Paris, Éditions Seuil, 1994

Résister, responsabiliser, anticiper, Paris, Éditions Seuil, 2013

Trois défis pour un droit mondial, Paris, Éditions Seuil, 1998

DELMAS-MARTY, M. et al., *Le crime de l'humanité*, Paris, PUF, 2018

DIALLO, O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, coll. « Publications de l'Institut universitaire des Hautes Études Internationales », Genève, PUF, 2010

DORVIL, H. (dir.), *Problèmes sociaux : Théories et méthodologies de la recherche*, t.3, vol.3, Québec, PUQ, 2010

GAILLARD, E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff, 2008

GARRISSON, F., *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Montchrestien, 1977

GENDRON, C., *Le développement durable comme compromis : la modernisation écologique de l'économie à l'ère de la mondialisation*, Québec, PUQ, 2006

GOND, J.-P. et I. JACQUES, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2012

GUINARD, D., *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012

FADLALLAH, I. et D. HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage*, Dalloz, 2019

FARJAT, G., *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? : mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999

FOUCHARD, P., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996

FREEMAN, R.E., *Strategic management: a stakeholder approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

FRYDMAN, B., *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014

- FRYDMAN, B. et C. BRICTEUX, *Les défis du droit global*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2018
- JACQUET P. *et al.*, *Gouvernance mondiale : rapport de synthèse*, Paris, La Documentation française, 2002
- JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987
- JESSUP, P., *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956
- HÜBNER, K., *Europe, Canada and The Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Londres, New-York: Routledge, 2011
- LAFEBER, W., *Michael Jordan and the New Global Capitalism*, New-York, WW Norton, 1999
- LARROUMET, C., *Liber Amicorum*, Paris, Economica, 2010
- LASCOUMES, P. et T. GODEFROY, *Le capitalisme clandestin : L'illusoire régulation des places offshore*, Paris, La découverte, 2014
- LAVIEC, J.-P., *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985
- LEBEN, C. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Anthémis, L.G.D.J., 2006
- LEBEN, C. *et al.*, *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Éditions Pedone, 2015
- LEVY, D., *Les abus de l'arbitrage commercial international*, Paris, L'Harmattan, 2015
- LHUILIER, G., *Le droit transnational*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2016

MARAIN, G., *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016

MEKKI, M. (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, coll. « Droit(s) et développement durable », Bruxelles, Éditions Bruylant, 2016

MORIN, E., *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Éditions Seuil, 2005

MOUHOUD, E.M., *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, 5^e éd., Paris, La Découverte, 2017

ONGUENE ONANA, D.E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements*, 1^{ère} éd., coll. « arbitrage », Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012

OPPÉTIT, B., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999

OPPÉTIT, B., *Théorie de l'arbitrage*, 1^{ère} éd., coll. « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 1998

PANOU, C., *Le consentement à l'arbitrage : étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, 2011

PERIN, F. et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, *L'ISR : Valeur Financière-Valeur Éthique?* Paris, Economica, 2012

PRINCE, H. A., *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

PLATON, *Les Lois*, Livre VI

RACINE, J.-B., *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016

ROBERT, J., avec la collab. de B. Moreau, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 1993

STIGLITZ, J. E., *Globalization and its Discontents*, New-York, W.W. Norton, 2002

SUPIOT, A. et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015

TIANO, A., *La méthode de la Prospective*, coll. « Études économiques », Paris, Dunod, 1974

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

BACHAND, F., « La non-intégration de l'arbitrage international à l'ordre juridique du siège : réalité et conséquences », dans G. B. MIRANDA et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010

BALS, L., « Implementing Triple Bottom Line Sustainability into Global Supply Chains, London: Taylor and Francis, 2017 », London: Taylor and Francis, 2017, en ligne : <<https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781351285124>>

BERMAN, P.S., « Le nouveau pluralisme juridique », (2013) 1 *RIDE* 229

BIZIOU, M., « De la société civile à la société mondiale », (2004) 17 *Cités* 13

BOMMIER, S. et V. CAÏLA, « Face à l'impunité des multinationales », (2020) 4287 *Études* 22

BRET, B., « L'universalisme rawlsien confronté à la diversité du réel », dans B. BRET et al., *Justice et injustices spatiales*, Espace et justice, PUPO, 2010

BRODHAG, C., « Développement durable », dans C. GHORRA-GOBIN (dir.), *Dictionnaire de la critique de la mondialisation*, 2^e éd., Paris, Colin, 2012

BUHLER, M., « Le progrès de l'arbitrage : les rôles respectifs des centres d'arbitrage et du tribunal arbitral », dans *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013

CAPRON, M. et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, « Le couplage « responsabilité sociétale des entreprises » et « développement durable » : mise en perspective, enjeux et limites », (2013) *Revue française de socio-économie*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-socio-economie-2013-1-page-125.htm>>

CARBONNEAU, T.-E., « Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur motivation des sentences », (1984) 36 *RIDC* 730

D'ALLAIRE, D., « Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements et commentaires », (2009) 22-1 *RQDI* 87

DALPHOND, P.J., « Version étudiante. Extraits art. 620 à 655 » dans L. CHAMBERLAND (dir.), *Code de Procédure civile commentaires et annotations*, coll. « Le Grand Collectif », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016

DAVID, R., « Arbitrage et droit comparé », (1959) 11 *RIDC* 5

DEROUSSIN, D., « Bentham, l'utilitarisme et le contrat » dans *Histoire, théorie et pratique du droit. Etudes offertes à Michel Vidal*, Pessac, PUB, 2010

DESCHAMPS, O., « Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental » dans A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015

DIMOLITSA, A., « Quid de la confidentialité », dans F. BOHNET et P.-A. WESSNER, *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2005

DOUCIN, M., « La dimension internationale de la responsabilité sociale de l'entreprise », dans L. FONBAUSTIER et V. Magnier (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013

DUFOURT, D., « Un ordre constitutionnel libéral est-il le seul fondement possible d'un droit mondial de l'investissement ? » dans F. OSMAN, *L'Organisation Mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? Actes et Débats de colloque*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001

FADLALLAH, I., C. LEBEN et É. TEYNIER, « Investissements internationaux et arbitrage », (2010) 4 *Les Cahiers de l'arbitrage* 1078

FAGES, F., « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », (2003) 1 *Rev. Arb.* 5

FARJAT, G., « Réflexion sur les codes de conduite privés », dans G. B. MIRANDA et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010

FOUCHARD, P., « Où va l'arbitrage international ? » (1989) 34 *R.D McGill* 436

FRANCK, L., « Arbitrage transnational et droit international général », (2008) 54 *AFDI* 467

FREISS, K., « Protection de l'environnement et expropriation indirecte dans les accords méga-régionaux », (2018) 31 *RQDI* 37

FRYDMAN, B. et L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », (2009) 77 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 73

GAILLARD, E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », (2003) 3 *Revue d'arbitrage* 854

GAILLARD, E., « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2009) *McGill*, en ligne : https://www.mcgill.ca/pjrl/files/pjrl/john_e._c._brierley_memorial_lecture_emmanuel_gaillard.pdf

GOLDMAN, B., « Frontières du droit et « lex mercatoria », (1964) *Arch. Philos. Du Droit*

GOLDMAN, B., « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1980) 2 *J.D.I.* 475

GOND, J.P. et A. MULLENBACH-SERVAYRE, « Les fondements théoriques de la responsabilité sociétale de l'entreprise » (2004) 205 *La Revue des sciences de Gestion : direction et Gestion* 93

GRANIER, T., « Les nouveaux acteurs du développement durable », dans L. FONBAUSTIER et V. MAGNIER (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013

JACOB, P., F. LATTY et A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général », (2013) 59 *AFDI* 429

JACQUET, J.-M., « L'émergence du droit souple », dans B. ANCEL et *al.*, *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009

JACQUEMART, K., « TTIP, CETA : Accords de nouvelle génération, nouvelles menaces pour la démocratie ? », (2019) en ligne : <https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2017-4-page-111.htm>

JAKHIAN, E., « Loyauté, confidentialité et secret », dans J.-P. DE BANDT, *Liber Amirocum*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2004

JBARA, N., « Perspective historique de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) », *REMEST*, 2017, vol.11, n°1, en ligne : <<https://www.remest.ca/documents/5-Perspectivehistoriquedelaresponsabilitesociale.pdf>>

KELSEN, H., « Théorie du droit international public », (1953) 84 *RCADI* 5

LALIVE, P., « Ordre Public Transnational (ou Réellement International) et Arbitrage International », (1986) *Rev. Arb* 329

LANKARANI, L., « La nouvelle version de l'AECG et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger » dans H. A. PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

LATTY, F., « Le droit transnational économique », dans P. DAILLIER (dir.) *et al.*, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Éditions Pedone, 2004

LAZAREFF, S., « Confidentiality and Arbitration : Theoretical and Philosophical Reflections » dans le *Supplément spécial du Bulletin 2009 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)*, 2009

LEBEN, C., « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », (2004) 50 *AFDI* 683

LEBOULANGER, P., « L'arbitrage international et l'éthique », dans *L'éthique dans les relations économiques internationales : homme à Philippe Fouchard*, Alexandrie 28 avril 2005, Paris, Éditions Pedone, 2006

LONEUX, C., « La Responsabilité Sociale des Entreprises comme Soft Law : Formes et enjeux de régulation, de dialogue et de frontières », (2015) *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, en ligne :

<<https://www.cairn.info/revue-communication-et-organisation-2015-1-page-115.htm?contenu=resume>>

MANIRABONA, A. M., « Crime économique transnational et responsabilité pénale des entreprises dans le contexte de l'AECG » dans H. A. PRINCE (dir.), *Accord économique global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un libéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

MAYER, P., « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires » dans J. HADY et *al.*, *Étude et procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret : recueil*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999

MAZUYER, E., « Soft law » dans R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2013

MERCIER, V., « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », dans K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Éditions Pedone, 2016

MEZGHANI, A., « L'illicite dans le commerce international » dans *L'éthique dans les relations économiques internationales : hommage à Philippe Fouchard*, Paris, Éditions Pedone, 2006

MONEBHURRUN, N., « Mapping the duties of private companies in international investment law », (2017) 14 *Brazilian Journal of International law* 50

MULLENBACH-SERVAYRE, A., « L'apport de la théorie des parties prenantes à la modélisation de la responsabilité sociétale des entreprises » (2007) 223 *La Revue des sciences de Gestion : direction et Gestion* 111

PAVLOVIC, M., J. BISHOP et P. HOLDSWORTH, « Règlement des différends dans le cadre de l'accord sur le commerce intérieur. La perspective des consommateurs », (2015) *CDIP*

PLANTEY, A., « L'arbitrage commercial international », (1990) 36 *AFDI* 314

« L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage », (2005)
Rev. Arb. 63

POMADE, A., « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », (2012) 68 *RIEJ* 86, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-1-page-85.htm>>

PRUJINER, A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage », (2005) *Rev. arb.* 63

RACINE, J.-B., « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », *LGDJ*, 1999

RIGAUX, F., « Souveraineté des États et arbitrage transnational » dans Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN et Antoine LYON-CAEN (dir.), *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982

ROBERT, J.-N., « Traduire la responsabilité » dans A. SUPLOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015

ROCHER, G., « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans D. MERCURE (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Presses de l'Université Laval, De Boeck, 2001

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « Normativité et responsabilité sociale des entreprises : L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique », 2010, Papyrus, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/4832/RSE_SRIT_2010_PAPYRUS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

STERN, B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xx^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Litec, Paris, 2000

SUTTON, M., « Between a Rock and a Judicial Hard Place: Corporate Social Responsibility Reporting and Potential Legal Liability under Kasky v. Nike » (2004), 72 *University of Missouri at Kansas City Law Review* 1159

TCHOTOURIAN, I., V. DESHAYE et R. M. FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires », (2016) 4 *Cahier de droit* 635

TUORI, K., « Vers une théorie du droit transnational », (2013) *RIDE*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-9.htm>>

TURMEL, A. et J. TURCOTTE, « Le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises au Québec et au Canada : un état de la situation », dans L. FONBAUSTIER et V. Magnier (dir.), *Développement durable et entreprise*, Paris, Dalloz, 2013

VALASKAKIS, K., « Prospective, rétrospective et perspective : Un essai de modélisation du temps », (1975) 51 *L'actualité économique* 209

WAUTELET, P., « Autonomie de la volonté et règles de procédure — de nouvelles pistes pour la conduite de la procédure arbitrale ? », dans *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013

Les documents ou rapports d'organismes publics

Canada

AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) – Chapitre 11 – Investissement*, (05 avril 2019), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta.aspx?lang=fra>

ALENA Chapitre 11 – Investissement, (13 mars 2020), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=fra>

Communiqués. Le gouvernement du Canada fait preuve de leadership quant à la conduite responsable des entreprises à l'étranger, (17 janvier 2018), en ligne : https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2018/01/le_gouvernement_du_cana_dafaitpreuvedeleadershipquantalaconduitere.html

Conduite responsable des entreprises à l'étranger – Foire aux questions, (06 septembre 2019), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=fra>

Investissement, (2018), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements->

accords-commerciaux/topics-
domaines/invest/index.aspx?lang=fra>

Point de contact national (PCN) du Canada pour les Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales (EMN), (20 décembre 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/index.aspx?lang=fra>>

Répercussions économiques de la participation du Canada à l'Accord du Partenariat transpacifique, (12 septembre 2016), en ligne : <https://www.international.gc.ca/economist-economiste/analysis-analyse/tpp_ei-re_ptp.aspx?lang=fra#fnb1>

COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *L'importance du débat public*, (2012), en ligne : <https://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2011/DebatPublic/CSBE_Debat_public_2012.pdf>

INDUSTRIE CANADA, *Responsabilité sociale des entreprises (2014). Guide de mise en œuvre à l'intention des entreprises canadiennes*, Ottawa, (2014), en ligne : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/csr-rse.nsf/vwapj/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf/\\$file/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/csr-rse.nsf/vwapj/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf/$file/ResponsabiliteSocialesdesEntreprises.pdf)>

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Commerce extérieur du Québec 1991-1998 – Étude spéciale : Les effets de l'ALE et l'ALENA sur les économies canadienne, québécoise et américaine*, Collection l'Économie, (1999), en ligne :

<<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/economie/commerce-exterieur/commerce-exterieur-1981-1998.pdf>>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Aperçu de l'Accord*, (2017), en ligne :
<<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/overview-aperçu.aspx?lang=fra>>

Investissement direct étranger, (2018), en ligne :
<<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/13-607-x/2016001/48-fra.htm>>

Le plan vert du Canada pour un environnement sain, (1990), en ligne :
<<https://legacyfiles.ijc.org/publications/A47.pdf>>

Le modèle d'affaire canadien : stratégie de la promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger, (2014), en ligne :
<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FR_A.pdf>

Ouvrir de nouveaux marchés en Europe. Créer des emplois et des occasions pour les Canadiens et Canadiennes. Un aperçu, (2013), en ligne :
<http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/maecd-dfatd/FR5-77-2013-fra.pdf>

L'ASSOCIATION MINIÈRE DU CANADA, *Faits et chiffres de l'industrie minière canadienne*, (2018), en ligne : <<https://mining.ca/wp-content/uploads/2019/03/Facts-and-Figures-French-Web.pdf>>

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Le manuel relatif au règlement des conflits*, (27 juillet 2017), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/06.html>>

RESSOURCES NATURELLES CANADA, *Projet de recherche sur la responsabilité sociale des entreprises. Rapport final*, (14 novembre 2017), en ligne : <<https://www.rncan.gc.ca/nos-ressources-naturelles/mineraux-et-exploitation-mini%C3%A8re/mines/d%C3%A9veloppement-durable-des-ressources-min%C3%A9rales/projet-de-recherche-sur-la-responsabilit%C3%A9-sociale-des-entreprises/17259>>

STATISTIQUE CANADA, *Bilan des investissements internationaux, investissements directs canadiens à l'étranger et investissements directs étrangers au Canada, par pays, annuel* (x 1 000 000), en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3610000801&request_locale=fr>

Entreprises multinationales au Canada, (2019), en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-621-m/11-621-m2019001-fra.htm>>

TRUDEAU, J., *Communiqués. Le Canada et l'Union européenne signent un accord commercial historique dans le cadre du sommet Union européenne-Canada*, (2016), en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiques/2016/10/30/canada-et-lunion-europeenne-signent-accord-commercial-historique>>

France

GROUPES D'AMITIÉ FRANCE-ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, FRANCE-CANADA et FRANCE-AMÉRIQUE DU SUD, *L'accord de libre-échange nord-américain, ALENA-NATFA : genèse, résultats et perspectives : actes du colloque organisé au Sénat le 7 novembre 1996*, Les Documents de travail du Sénat 12, Paris

PRÉSIDENTE DE LA RÉPUBLIQUE, *Allocution du Président de la République. Hommage au Président Chirac*, (26 septembre 2019), en ligne : <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/09/26/hommage-au-president-jacques-chirac>>

Documents internationaux

Organisation des Nations Unies

Documents de la Société des Nations

Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux), 26 septembre 1928, R.T.S.N n° 2123

Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, 24 septembre 1923, R.T.S.N n° 678 (entrée en vigueur le 28 juillet 1924)

Documents de l'Organisation des Nations Unies

Agenda 21, C.N.U.E.D, 1992

Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, FCCC/INFORMAL/84, 1992

Convention-cadre sur les changements climatiques, FCCC/CP/2015/L.9, en ligne : <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/fre/l09f.pdf>>

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait international illicite*, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, A/56/10

COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous*, Oslo, UNEP 21, 1987

CNUCED, *Évolution récente du régime de l'investissement international : Bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme*, TD/B/C.II/42 (2 septembre 2019), en ligne : <https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciid42_fr.pdf>

CNUCED, *Portée et Définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux accords internationaux d'investissement II, New-York, (2011), en ligne : <http://unctad.org/fr/docs/diaeia20102_fr.pdf>

CNUCED, *World investment report 2018. Investment and new industrial policies*, (2018), en ligne : <<https://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2018/#key-messages>>

COUVERTURE DES RÉUNIONS & COMMUNIQUÉ DE PRESSE, *Kofi Annan au secteur privé : ensemble, nous pouvons offrir à toutes les populations la perspective d'un monde meilleur*, SG/SM/9226-DEV/2467, (29 mars 2004), en ligne : <<https://www.un.org/press/fr/2004/SGSM9226.doc.htm>>

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, C.N.U.E.D, 1992

Déclaration de Stockholm, 1972, C.N.U.E.H

Déclaration et programme d'action de Vienne, HCDH, (25 juin 1993), en ligne : <https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf>

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U, 3^e sess., suppl. n°13, p.17, Doc. N.U. A/810 (1948)

Global compact, (juillet 2000), en ligne : <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 avec les amendements adoptés en 2006, Doc.off.A.G.N.U.40^e sess., suppl. n° 17 (A/40/17), annexe I, 61^e sess., suppl., n° 17 (A/61/17), en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/0786999_Ebook.pdf>

Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, FCCC/INFORMAL/83, 1998

Rapport de la Commission du droit international, A/61/10, 2 ACIDI, 2006

Rapport de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, A/CONF.216/6, 2012

Rapport du Secrétaire général en matière de Renforcement de la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et tous les partenaires concernés, en particulier le secteur privé, A/58/227, 18 août 2003

Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, A/CONF.199/20, 2002

Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international, Nations Unies, volume II, New-York, 1971

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 2013, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>>

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 1 avril 2014, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-F.pdf>>

Organisation mondiale du commerce

OMC, *Accords commerciaux régionaux*, en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm>

OMC, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, WT/MIN(17)/59

OMC, *Glossaire*, en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/transparency_f.htm>

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Instruments juridiques du Cirdi

ICSID basic documents. Français C.I.R.D.I. documents de base, CIRDI, Washington D. C, 1985

Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI, avril 2006, en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)>

Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage), avril 2006, en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-\(Additional-Facility\)-Rules.aspx](https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Arbitration-(Additional-Facility)-Rules.aspx)>

Rapports du Cirdi

CIRDI, *Affaires du CIRDI. Statistiques, numéro 2017-1*, 2017, en ligne : <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(French\) % 20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(French)%20Final.pdf)>

CIRDI, *Confidentialité dans l'arbitrage – Arbitrage selon le mécanisme supplémentaire*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>>

CIRDI, *La transparence dans la pratique*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID%20Newsletter/2017-Issue4/Transparency-in-Practice.aspx>>

CIRDI, *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, session de Tokyo, 2013, en ligne : <<https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/29/3/701/2732596/Institut-de-Droit-International-Legal-Aspects-of?redirectedFrom=fulltext>>

CIRDI, *Reconnaissance et exécution – Arbitrage dans le cadre de la Convention CIRDI*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Recognition-and-Enforcement-Convention-Arbitration.aspx>>

Autres organisations internationales

CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE SINGAPOUR, *Règlement SIAC*, règle 34 (1), 1^{ER} juillet 2007, en ligne : <<http://www.intracen.org/REGLEMENT-FACULTATIF-DE-LA-COUR-PERMANENTE-DARBITRAGE-POUR-LARBITRAGE-DES-DIFFERENDS-ENTRE-DEUX-ETATS/>>

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, « *Arbitrage et investissement internationaux* » et *travaux de la CNUCDI* », 2012, en ligne : <http://www.cfa-arbitrage.com/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=61&Itemid=172>

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), *Règles de l'IBA*, 1^{er} juin 1999, art.3.12, en ligne : <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *Règlement d'arbitrage LCIA*, 1^{er} janvier 1998, art.30 (1), en ligne : <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx>

Documents de travail

BANQUE MONDIALE, *Industries extractives*, (03 octobre 2018), en ligne : <<https://www.banquemondiale.org/fr/topic/extractiveindustries/overview>>

COMMISSION EUROPÉENNE, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366, 2001

Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises, COM (2011) 681, 2011

Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable, COM (2002) 347, 2002

Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, 2011

IISD, *Principes d'un commerce assurant un développement durable*, 1994, en ligne : <http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0076/Temis-0076289/P332.pdf>

PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises dans les accords commerciaux internationaux*, A7-0317/2010, 11 septembre 2010

Instrument juridique

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 13541/16, (27 octobre 2016), en ligne : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/fr/pdf/>

ISO 26000. *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, 2010, en ligne : https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf

ISO, *Norme française. Lignes directrices relative à la responsabilité sociétale*, FA142230, (novembre 2010), en ligne : <https://www.convergence-lr.fr/userfiles/files/ISO%2026000%20V2010.pdf>

La norme ITIE 2019. La norme mondiale pour la bonne gestion des ressources pétrolières, gazières et minières, 17 juin 2019, en ligne : https://eiti.org/files/documents/eiti_standard2019_a4_fr.pdf

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, O.H.C.H.R, New-York et Genève, 2011

Social Accountability 8000, juin 2014, en ligne : http://sa-intl.org/_data/n_0001/resources/live/SA8000%20Standard%202014.pdf

Voluntary Principles, 2011, en ligne : <<http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2019/12/TheVoluntaryPrinciplesFrench.pdf>>

Études et rapports

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions* par Marie-Ange MOREAU, Paris, Organisation internationale du Travail, novembre 2017, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_614879.pdf>

COMMISSION EUROPÉENNE, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial et global entre l'UE et le Canada (AECG)*, 2016, en ligne : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf>

INSEE, *Investissements directs étrangers. Définition*, (novembre 2019), en ligne : <<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1263>>

INTERNATIONAL CACAO INITIATIVE, *Lutter contre le travail des enfants*, (2017), en ligne : <https://www.nestlecocoaplanreport.com/sites/default/files/2017-10/NestleCocoaPlanReport2017_FR_0.pdf>

ISO, *Strategy 2016-2020*, (2015), en ligne : <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_strategy_2016-2020.pdf>

OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement. Optimiser les avantages. Minimiser les coûts*, (2002), en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/investissement/investissementpoureldeveloppement/1959806.pdf>>

Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, Éditions OCDE, 2017

Les échanges et l'ajustement structurel. Les enjeux de la mondialisation, par le Secrétaire général de l'OCDE, Éditions OCDE, 2005

Rapport annuel 2016 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2017

Rapport annuel 2017 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2018

Rapport annuel 2018 sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2019

Prévention abusive des conventions – Rapport d'examen par les pairs sur le chalandage fiscal : cadre inclusif sur le BEPS : Action 6, Éditions OCDE, 2019

Les délocalisations et l'emploi. Tendances et impacts, (2007), en ligne :
<<https://www.oecd.org/fr/sti/ind/lesdelocalisationsetlemploimentendancesetimpacts.htm#HTO>>

UNION EUROPÉENNE, *Panorama 36. Assurer une croissance intelligente, durable et inclusive. Le cinquième rapport sur la cohésion économique, sociale et territoriale*, Hiver 2010-2011, en ligne :
<https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/panorama/pdf/mag36/mag36_fr.pdf>

Bulletins, journaux et magazines

COTULA, L. et SCHRÖDER, M., « *Community perspectives in investor–state arbitration* », *Série Foncier*, Institut international pour l’environnement et le développement, 2017, en ligne : <<http://pubs.iied.org/pdfs/12603IIED.pdf>>

COUR INTERNATIONALE D’ARBITRAGE, « La confidentialité dans l’arbitrage : commentaires sur les textes, la jurisprudence et la pratique », *Bulletin Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, Supplément spécial 2009, 2009

GIARDINA, A., « Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties », *ICSID Review*, vol. 29, 2014

GOLUB, S., « Mesure des restrictions visant les investissements directs de l’étranger dans les pays de l’OCDE », 36 *Revue économique de l’OCDE* 95

HÜBNER, K. *et al.*, « CETA: The Making of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU », (2016), *Notes de l’Ifri*, en ligne : <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/notes_ifri_ceta.pdf>

MARSHALL, F., « Good governance and the rule of law: express rules for investor-state arbitrations required », septembre 2006, en ligne : <https://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_rrevision.pdf>

NIKIÈMA, S. H., « Définition de l’investisseur », *Bonnes pratiques*, mars 2012, en ligne : <https://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf>

TCHOUMBA, B., I. NHANTUMBO et A. BOLIN, « La situation des investissements chinois en République démocratique du Congo », *IIED*, juin 2015, en ligne : <<https://pubs.iied.org/>>

SCHACHERER, S., « International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s », *IISD*, 2018, en ligne : <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>>

ZHANG, J., « Négociation d'un traité sur les entreprises et les droits humains : la lumière au bout du tunnel », *IISD*, 2019, en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/fr/2019/12/17/business-and-human-rights-treaty-negotiation-sees-a-light-at-the-end-of-the-tunnel-joe-zhang/>>

Dictionnaires et ouvrages de référence

CRÉPEAU, P.-A (dir.) *et al.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/>>

OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2012, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com/>>

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

Thèses de doctorat et mémoires de maîtrise

HAMELIN, M., *La responsabilité sociale des entreprises transnationales : études de cas sur les audits sociaux et les droits des travailleurs en Chine*, mémoire de maîtrise, Faculté des arts et sciences, Université de Montréal, 2013

KHATERCHI, A., *La délocalisation des entreprises et ses effets sur les emplois dans les pays industrialisés : cas de l'industrie du vêtement au Québec*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2009

OVALLE DIAZ, A., *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des Études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa, 2015

THIBOUT, O., *La Responsabilité Sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, thèse de doctorat, Côte d'Azur, Université de Côte d'Azur, 2018

VIRONNEAU-GEORGES, M., *L'action de l'Union européenne en matière de responsabilité sociale des entreprises : recherche sur l'appropriation du concept par le droit communautaire*, thèse de doctorat, Toulouse, Université de Toulouse, 2009

Les recueils de cours

ACADÉMIE DE LA HAYE, *Recueil des cours*, volume 51, 1935, p.8 (books Google)

DARANKOUM, S.E., *Chapitre IX : l'arbitrage dans les échanges internationaux DRT 6828 Arbitrage commercial international*, Montréal, studium, 2017, p.611-699

KRAFT, D., *Notes du cours DRT 6580 (Droit des intégrations économiques)*, Montréal, 2016

Les billets de blogues et articles de journaux

BACHAND, F., « L'arbitrage conventionnel », *Faculté de droit McGill*, en ligne : <<https://www.mcgill.ca/arbitration/fr/general>>

DAVID, R. et R. J. DUPUY, « Arbitrage, droit », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/arbitrage-droit/>>

BENYEKHLF, K., « Sur la protection des investisseurs étrangers », 11 août 2014, en ligne : <<https://www.karimbenyekhlef.ca/blogue/2014/08/11/sur-la-protection-des-investisseurs-etrangeers/>>

PERSPECTIVE MONDE, « Souveraineté », *Université de Sherbrooke*, en ligne : <<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMDictionnaire?iddictionnaire=1599>>