

Université de Montréal

L'accès de la société civile à la justice internationale économique

Par :

Farouk EL-HOSSENY

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des Études supérieures

En vue de l'obtention du grade de

Maîtrise en droit (LL.M.)

Option : droit des affaires

Décembre, 2009

© FAROUK EL-HOSSENY

Université de Montréal
Faculté des Études supérieures

Ce mémoire intitulé :

L'accès de la société civile à la justice internationale économique

Présenté par:

Farouk EL-HOSSENY

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Nabil ANTAKI

Président rapporteur

M. Emmanuel Sibidi DARANKOUM

Directeur de recherche

Mme Marie-Claude RIGAUD

Membre du jury

SOMMAIRE

La fin de la guerre froide amorça une nouvelle ère de privatisation, de libéralisation et de dérégulation sans précédent. L'internet et les nombreuses autres avancées technologiques ont rapproché les citoyens du monde à un degré impressionnant. Le monde au XXIème siècle semble être plus interdépendant que jamais. De nombreuses problématiques contemporaines dépassent largement les contrôles et les frontières étatiques, des problématiques reliées par exemple aux investissements étrangers directs, aux droits de l'homme, à l'environnement, à la responsabilité sociale des entreprises, etc. La globalisation des marchés marque par ailleurs le recul de l'État face aux acteurs non étatiques. La société civile et les multinationales surgissent dès lors en tant que véritables partenaires dans l'ordre juridique international. Cela est illustré notamment par l'accès accordé aux multinationales/investisseurs à la justice internationale économique. Ces derniers ont la capacité de poursuivre un État qui violerait leurs droits marchands découlant d'un TBI devant une juridiction arbitrale internationale. Qu'en est-il par contre des droits non marchands violés par les investisseurs ? Cette étude explore les motifs militant pour un accès de la société civile à la justice internationale économique. Le but d'un tel accès serait d'opposer les droits non marchands, suscités par des problématiques inhérentes à la globalisation des marchés, à la fois à l'égard des États et à l'égard des multinationales,

et auxquelles aucune réponse étatique unilatérale ou interétatique ne peut remédier adéquatement.

Mots-clés : société civile, droit non marchand, justice internationale économique, amicus curiae, acteurs non étatiques, ordre juridique international.

SUMMARY

The end of the cold war marked an unprecedented new era of privatisation, liberalisation, and deregulation. Internet and the numerous technological advancements have brought citizens of this world closer at an astonishing degree. The world in the XXIst century seems more interdependent than ever before. A number of contemporary problematic issues significantly bypass State controls and borders. They are for instance related to foreign direct investment, human rights, the environment, corporate social responsibility, etc. Globalisation marks the State's retreat in favour of non-state actors. In this light, civil society and multinationals appear as significant partners in the international legal order. This is in part reflected in the access given to multinationals/investors to international trade law justice. They have the capacity to file claims against states in front of international arbitration jurisdictions for violations of their trade rights as provided under BITs. However, what about the non-trade rights that may have been violated by investors? The present study explores the motives that would justify civil society's access to international trade law justice. The purpose of such access would be to stand for non-trade rights, raised by problematic issues inherent to globalization, against States and multinationals, and that cannot be remedied solely through unilateral nor interstate efforts.

Keywords: civil society, non-trade rights, international trade law justice, amicus curiae, non-state actors, international legal order.

Table des matières

| | |
|--|-----|
| Liste des sigles et abréviations..... | 7 |
| Introduction..... | 8 |
| I) Qu'est-ce que la société civile ?..... | 17 |
| 1) Définition de la « société civile »..... | 17 |
| 2) La société civile à vocation de développement..... | 19 |
| 3) Quels acteurs de la société civile?..... | 21 |
| II) Pourquoi l'accès de la société civile à la justice internationale économique ? | 26 |
| 1) Le rôle de la société civile à l'heure de la globalisation des marchés..... | 27 |
| 2) Décloisonnement du droit international économique | 35 |
| 3) La société civile : défenderesse des droits non marchands transnationaux..... | 47 |
| III) Obtenir l'accès à quel titre ? | 52 |
| 1) Du rôle de « participants » à un « processus »..... | 53 |
| 2) Rapprochement au statut de « sujet » de droit international public | 60 |
| IV) Quelles symétries entre multinationales et société civile ?..... | 64 |
| 1) Intérêts pour des préoccupations non marchandes..... | 65 |
| 2) La <i>soft law</i> des acteurs non étatiques | 71 |
| 3) L'intérêt mutuel pour la règle de droit internationale | 80 |
| 4) Initiation des différends au sein de l'OMC | 83 |
| 5) L'opposition à leur participation..... | 88 |
| V) Asymétrie au niveau de l'accès à la justice internationale économique. | 94 |
| 1) L'accès direct des investisseurs | 94 |
| 2) Vers le modèle du procès équitable | 98 |
| 3) Fondement de l'accès à la procédure par la société civile | 107 |
| VI) Quels effets suscités par l'intervention de la société civile ?..... | 117 |
| 1) Une transparence impérative et accrue | 117 |
| 2) Une approche intégrée et progressiste | 124 |
| 3) Réformes institutionnelles et zones grises quant au droit d'accès | 137 |
| 4) " <i>Free Trade Agreements with a heart</i> " | 143 |
| Conclusion..... | 148 |
| Bibliographie | 158 |

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ALI – American Law Institute
ADPIC – Accord sur les droits de la propriété intellectuelle
CEDH – Convention européenne des droits de l’homme
CIJ – Cour International de Justice
CCI- Chambre de commerce international
CICR- Comité international de la croix rouge
CIRDI- Centre international de règlement de différends d’investissements
CPI – Cour pénale internationale
CNUCED - Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI – Commission des Nations unies pour le droit international commercial
DUDH – Déclaration universelle des droits de l’homme
EDC – Export et développement Canada
FMI – Fonds monétaire international
FoE – Friends of the Earth
FDI – Foreign Direct Investment
ISO - Organisation internationale de normalisation
IISD – International Institute for Sustainable Development
GAFI – Groupe d’action financière internationale
MAI – Multilateral Agreement on Investment
OCDE – Organisation de coopération et de développement économique
OIT – Organisation internationale du travail
ONG – Organisation non gouvernementale
ONU – Organisation des Nations unies
ORD – Organe de règlement des différends
RSE – Responsabilité sociale des entreprises multinationales
TBI – Traités bilatéraux d’investissement
UNIDROIT – Institut international pour l’unification du droit privé

INTRODUCTION

Lors de la crise du tsunami en 2004, les États-Unis ont fourni une aide de 657 millions de dollars. Grâce en grande partie à une mobilisation « cyber-spatiale », les ONG ont amassé une somme de 2 milliards de dollars¹. Ces acteurs, dotés de pouvoirs conséquents à l'instar de ce dernier exemple, se regroupent dans la « grande famille » hétérogène de la société civile. À la fin de la première décennie du XXIème siècle, la société civile est désormais un acteur central dans le développement international, la lutte contre la pauvreté et les opérations humanitaires.

La société civile ne s'est pas contentée d'opérer sur le « terrain ». Pascal Lamy, le directeur général de l'OMC, a déclaré que la société civile exerce une influence sur le programme de travail de l'OMC². En effet, tel que nous le verrons, la société civile a pu véritablement percer dans l'organisation en soulevant des problématiques de développement durable, d'environnement, de santé, de droits de l'homme et d'assistance aux pays les plus pauvres, c'est à dire des préoccupations non marchandes. Il s'agit d'une percée dans une organisation de *commerce mondial, internationale et interétatique*.

Cette percée ne se limite pas à l'OMC. La société civile intervient auprès des organes législatifs, exécutifs et judiciaires de l'ordre juridique international. Notre étude porte sur son intervention auprès des organes/tribunaux de l'ALENA, de l'OMC et du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

¹ Don EBERLY, «The Rise of Global Civil Society: Building Communities and Nations from the Bottom Up», New York, Encounter Books, 2008, p.11.

² Pascal LAMY, «La société civile exerce une influence sur le programme de travail de l'OMC », Discours d'ouverture du Forum public de l'OMC, 4 octobre 2007, en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl73_f.htm; p.2.

investissements de la Banque mondiale (le « CIRDI »)³. La société civile accèderait à cette justice internationale économique afin de pouvoir défendre des « droits non marchands » susceptibles d'être soulevés par l'application du droit international économique⁴. Pour les soins de cette étude, la notion de « droits non marchands » inclut notamment les droits de l'homme, le droit de l'environnement, les droits socio-économiques, le droit de la santé; soit tout droit non économique *strictu sensu* - ou « marchand » - tel que le droit de l'investissement étranger, le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit du commerce international, etc. Il importe également de noter que nous faisons référence systématiquement aux notions de « préoccupations, questions, intérêts et aspects non marchands » lorsque nous traitons de dimensions plutôt politiques que juridiques.

Cet accès de la société civile constituerait une éventualité déduite d'une réalité: les investisseurs ont effectivement accès à ladite justice (sauf à l'OMC) pour défendre des droits marchands. La société civile et les investisseurs (ou les multinationales) sont des acteurs non étatiques, ayant tous deux percé dans l'ordre juridique international afin de soulever leurs visions et leurs intérêts, pourquoi dès lors un tel double standard? Il importe donc de traiter de ladite *percée* de façon préliminaire avant d'engager plus en avant notre problématique.

³ La justice des organes/tribunaux de ces institutions représente ce que nous entendons par la « justice internationale économique ».

⁴ Le recours à la notion de « droits non marchands » nous a été inspiré par les échanges avec notre directeur de recherche, Mr. Darankoum, et par la doctrine. En effet, divers auteurs réfèrent aux notions suivantes : « valeurs marchandes et non marchandes » (Voir Mireille DELMAS-MARTY, « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, p. 7-11); « principes non marchands, préoccupations, et normes non marchandes » (Voir Anne SUY, « La théorie des biens publics mondiaux: une solution à la crise », Paris, L'Harmattan, 2009, p.136-137); « *non-trade fields of law* » (Chad BROWN et Bernard HOEKMAN, « WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector », *Journal of International Economic Law* Vol. 8 N. 4, Oxford University Press, 2005, p.879), « *non-trade issues* », et « *non-trade fields* » (Voir Francesco SINDICO, « Soft Law and the Elusive Quest for Sustainable Global Governance », Leiden, *Leiden Journal of International Law*, 2006, p.842- 845).

La percée des acteurs non étatiques dans l'ordre juridique international - ordre strictement interétatique - est emblématique d'une nouvelle réalité bouleversante pour le juriste classique, soit la perte par l'État de son monopole normatif. La dynamique contemporaine transparait en un « triangle normatif » qui regroupe acteurs publics (les États), privés (les multinationales) et civils (la société civile) où chacun a un impact effectif sur le droit international⁵. La validité de la vision classique, linéaire et verticale du droit international où l'État est le seul et unique acteur est plus que jamais remise en cause.

Nous pouvons entamer une modeste tentative ayant pour but de retracer quelques éléments à l'origine de la perte par l'État de son monopole normatif. Les racines de cette réalité contemporaine ne peuvent être dissociées du phénomène de la « globalisation des marchés ». Ce phénomène serait marqué par deux grands mouvements historiques de libéralisation. Le premier fut entamé à la fin du XIX^{ème} siècle simultanément à la révolution industrielle. Le deuxième fut déclenché à la fin des années 1980 en concordance avec la fin de la guerre froide⁶. Ce dernier mouvement entraîna la « déclaration de mort » de l'État providence. Le marché ayant triomphé, des politiques et des mesures néolibérales ont été répandues de façon *globalisée*. Le « consensus de Washington », adopté par les États Unis et les institutions de Bretton Woods, incita la mise en place d'une politique universelle de libéralisation, de privatisation et de dérégulation⁷. Ainsi, serions-nous

⁵ Mireille DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit : Le relatif et l'universel », Paris, les Éditions du Seuil, 2004, p. 327.

⁶ Philippe NOREL, « État et marché : Éléments pour l'histoire d'une synergie », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 261.

⁷ Mireille DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit : La refondation des pouvoirs », Paris, les Éditions du Seuil, 2007, p. 17.

paradoxalement parvenus à cette nouvelle réalité en partie grâce à des politiques systématiques *étatiques* ?

La globalisation des marchés nous apporte par ailleurs des phénomènes d'interdépendances sans précédents. L'État et ses institutions perdent le contrôle sur de plus en plus de secteurs d'activités, l'exemple le plus flagrant étant celui du secteur financier⁸. La crise actuelle nous a certainement appris à quel point les marchés financiers du monde sont interdépendants. Il aurait autrement été possible de relever l'exemple du terrorisme, du réchauffement climatique et de l'environnement, de la lutte contre la corruption, de la lutte contre le SIDA, de la responsabilité sociale des multinationales ou d'internet tout simplement. Tous ces exemples figurent parmi les nombreuses problématiques contemporaines pour lesquelles des solutions étatiques unilatérales ou même strictement interétatiques seraient inadéquates. L'État ne peut pas répondre tout seul aux problématiques de la globalisation des marchés. Selon nous, l'apport des acteurs non étatiques, dont la société civile, s'impose et *de facto* s'amplifie progressivement.

Ayant brièvement décrit le contexte et la réalité contemporaine, soit celui de la globalisation des marchés et de la perte par l'État de son monopole normatif, nous pouvons retourner à notre problématique. La société civile récupère en effet de nouveaux attributs qui justifieraient son accès à la justice internationale économique. Tel que nous l'avons souligné, le but ultime d'un tel accès serait la défense des droits non marchands. Nous exposons dans les paragraphes qui suivent comment nous entendons soutenir cette idée.

⁸ *Id.*, note 7, p. 19.

La société civile constitue tout d'abord une force normative puisqu'elle est créatrice de droit. Que ce soit dans le domaine du droit humanitaire, du développement durable ou de l'arbitrage commercial international, les experts hautement qualifiés de la société civile contribuent au développement du droit international. Il est vrai que le pouvoir normatif de la société civile n'est pas formel. Par opposition aux normes étatiques, le non-respect à ses normes n'est pas sanctionné juridiquement (par une autre norme). Tel que soulevé par Santi Romano, la sanction pourrait tout de même être une force agissant indirectement : « une garantie effective qui n'engendre aucun droit subjectif établi par une quelconque norme »⁹. D'une part, la société civile trouve effectivement des procédés autres que normatifs pour assurer la sanction aux violations de ses normes. D'autre part, la légitimité de son pouvoir normatif émane en grande partie de son savoir, de son expertise ou de sa spécialisation plutôt que de son pouvoir coercitif (Partie I- Qu'est-ce que la société civile ?).

Les organisations de la société civile sont par ailleurs de véritables modulateurs entre préoccupations marchandes et non marchandes. Les propos de Mireille Delmas-Marty révèlent cet attribut: « (...) se voulant les porte-paroles de la contestation et les dénonciateurs presque officiels des effets pervers de la mondialisation économique (...) »¹⁰. Grâce à son efficace pouvoir de mobilisation, la société civile a pu forger un soutien transnational et édifiant à sa cause. Il s'avère également que cette défense et cette opposabilité des droits non marchands à l'égard des institutions du droit international économique contribuent au « décloisonnement »

⁹ Santi ROMANO, "L'ordre juridique", Paris, Dalloz, 1975, p.16.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 27.

de ce droit. Cela entraîne notamment l'interprétation des droits économiques à la lumière des droits fondamentaux lorsque ces derniers sont en cause. La société civile soulève ainsi une approche intégrée qui suscite harmonie plutôt que conflit entre droits marchands et non marchands (Partie II- Pourquoi l'accès de la société civile ?).

Il importe ensuite de traiter de la qualité que la société civile présenterait lors d'un accès éventuel à la justice internationale économique. En effet, les éléments traités plus haut concernant d'une part le contexte de la globalisation des marchés, et d'autre part la perte par l'État de son monopole normatif figurent parmi d'autres éléments qui marquent une transformation du droit international public. Les acteurs non étatiques ont progressivement acquis des qualités typiquement réservées aux États, qui sont les véritables sujets de droit international public. L'exemple le plus flagrant est la capacité octroyée aux investisseurs de poursuivre des États, devant la justice internationale économique, grâce à un droit accordé par la voie des traités bilatéraux d'investissement (TBI)¹¹. À la lumière de ces développements, la société civile serait également en train d'acquérir des attributs de sujet de droit international public. Cela lui permettrait - en tant qu'acteur non étatique - d'accéder à la justice internationale économique au même titre que les investisseurs (Partie III- Obtenir l'accès à quel titre ?).

Nous avons soulevé plus haut l'existence d'un double standard quant à l'accès à la justice internationale économique. Afin de soutenir ce constat, les symétries entre la société civile et les multinationales doivent être dégagées. Ces symétries se retrouvent tout d'abord dans leur intérêt mutuel pour des préoccupations non

¹¹ Sauf à l'OMC, tel que mentionné plus haut.

marchandes telles que le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises multinationales (RSE). Toutes deux poursuivent également des efforts conséquents pour la propagation de la règle de droit internationale. Tel que nous le verrons, l'exemple de l'accession de la Chine à l'OMC est emblématique de ces efforts. En effet, la règle de droit est essentielle à la protection et l'opposabilité des droits tant marchands que non marchands. Les deux acteurs sont par ailleurs souvent les véritables instigateurs des différends économiques internationaux. Enfin, l'opposition des pays en développement à leur implication dans les différends à l'OMC évoque cette symétrie. Ces derniers réclament notamment le maintien du caractère strictement *interétatique* de ces différends (Partie IV – Quelles symétries entre les multinationales et la société civile ?).

Une fois ledit double standard mis en évidence, un examen du cadre normatif permettant l'accès direct aux investisseurs à la justice internationale économique s'impose. Un tel double standard serait en effet incompatible avec les exigences du procès équitable. Le droit de *toute personne* à un juge n'est actuellement pas assuré au niveau de la justice internationale économique. La société civile bénéficie par ailleurs d'un accès comme *amicus curiae*. Cet accès partiel, récemment octroyé, pourrait constituer les prémices d'un accès à part entière. Il s'avère pourtant que les conditions pour obtenir le statut d'*ami de la cour* sont hautement exigeantes (Partie V – Quelles asymétries entre les multinationales et la société civile ?).

Afin d'évaluer si l'accès de la société civile à la justice internationale est ou non bénéfique, un compte rendu des impacts engendrés par les interventions d'*amicus curiae* s'avère nécessaire. Il appert que la société civile est désormais considérée

comme un acteur capable d'apporter une certaine transparence et légitimité aux différends internationaux économiques. Étant donné l'importance de l'intérêt public souvent en cause dans ces différends, la société civile est parvenue à susciter une plus ample ouverture des juridictions du droit international économique. De plus, ces juridictions ont adopté dans de nombreuses décisions une approche intégrée et progressiste, consistant notamment en la prise en compte des problématiques d'intérêt public et des préoccupations non marchandes dans l'interprétation du droit international économique. Il s'agit justement d'une interprétation « décloisonnée » que la société civile a systématiquement soulevée. Les interventions d'*amicus curiae* de la société civile ont suscité également des réformes institutionnelles qui ont permis l'évolution du règlement d'arbitrage des différends d'investissement. En 2006, le CIRDI a adopté des amendements qui permettent notamment la publicité des audiences et les interventions d'*amicus curiae*. Ces derniers amendements ont été repris par des TBI récemment signés par le Canada. Les tribunaux constitués en vertu de ces traités pourront ainsi conduire des audiences publiques et accepter les interventions d'*amicus curiae*. Ces TBI seraient également de véritables instruments progressistes, en incluant de nombreuses dispositions qui traitent de préoccupations non marchandes n'étant pas typiquement évoquées dans ce type de traités. Le développement durable, la responsabilité sociale des entreprises, la lutte contre la pauvreté, le droit du travail et la lutte contre la corruption figurent parmi ces préoccupations extensivement disposées par les nouveaux traités (Partie VI – Quels effets suscités par l'intervention de la société civile ?).

Somme toute, l'examen des éléments mentionnés ci-dessus est une tentative de soulever des arguments au soutien d'un véritable accès à la justice internationale économique pour la société civile, et qui irait au-delà de l'accès à titre d'*amicus curiae*. Cette modeste étude est néanmoins atypique car elle ne traite point d'un sujet de droit classique ou strictement positiviste. Nombre d'éléments qui y sont traités bousculent tout simplement les imposantes frontières du droit. Cette étude ne fait qu'effleurer la montagne des composantes nébuleuses et impalpables qui contribuent à l'évolution de l'ordre juridique international...

I) Qu'est-ce que la société civile ?

Dans le cadre de cette étude, toutes réponses uniques à cette question fortement complexe seraient trop simplistes étant donné qu'elle suscite bon nombre de débats et de controverses. La société civile serait un ensemble hétérogène d'acteurs privés, non organisé, chaotique et difficile à cadrer. En fournissant une définition, il s'agit de délimiter justement ce que nous entendons par la « société civile ». Il importe également d'examiner de façon préliminaire le rôle de la société civile à vocation de développement avant de pouvoir par la suite relever l'exemple de quelques acteurs de la société civile ayant un impact normatif. En effet, nous tournons notre attention vers ces derniers acteurs, qui se sont établis comme une force incontournable dans la création et la transformation du droit international.

1) Définition de la « société civile »

La société civile comprend toute association, mouvement ou coalition non étatique et non économique ainsi que non commerciale, soit toute entité citoyenne. Leur raison d'être gravite autour de thèmes non économiques *strictu sensu* - concernant l'intérêt collectif ou général - et est fondée sur la poursuite d'idéaux et d'objectifs sociopolitiques, humanitaires, juridiques, environnementaux, scientifiques, etc. Notre définition de la société civile correspond à un certain degré à celle donnée par Jürgen Habermas :

« (...) ce qu'on appelle aujourd'hui société civile n'inclut plus (...) l'économie régulée par les marchés du travail, les marchés des capitaux et des biens et constituée par le droit privé. Au contraire, son cœur institutionnel est désormais formé par ces groupements et

ces associations non étatiques et non économiques à base bénévole qui rattachent les structures communicationnelles de l'espace public à la composante « société » du monde vécu (...) Le cœur de la société civile est donc constitué par un tissu associatif qui institutionnalise dans le cadre d'espaces publics organisés les discussions qui se proposent de résoudre les problèmes surgis concernant les sujets d'intérêt général »¹².

Dans ce vaste univers nébuleux et hétérogène, notre attention se penche surtout sur le thème de la défense des droits non marchands, rôle majoritairement assumé par les ONG, ainsi que sur le thème de la contribution au développement du droit international, rôle assumé en partie par des ONG telles que le Comité international de la croix rouge (CICR) et des associations privées professionnelles/académiques telles que l'*International Law association* (ILA). Pour les soins de cette étude, la nécessité d'élaborer d'avantage la définition de la société civile ne s'impose pas. En effet, nous traitons de l'accès de la société civile à la justice internationale économique, soit l'accès direct de toute entité qui n'est ni étatique, ni économique et ayant pour but de défendre des droits non marchands¹³. Or, des critères de *ratione materiae* et de *ratione personae*, devant être respectés par les entités désirant intervenir à titre d'*amicus curiae* afin de défendre des droits non marchands, ont déjà été extensivement élaborés par la jurisprudence du droit international économique¹⁴. Nous pensons que cette jurisprudence - évolutive par sa nature même - inspirerait éventuellement des critères permettant un accès à ces

¹² Jürgen HABERMAS, « Droit et démocratie : entre faits et normes », Paris, Gallimard, 1997, p.394. L'usage de cette définition a été inspiré par le mémoire de Mathieu AMOUROUX, « La société civile globale : une « chimère insaisissable » à l'épreuve de la reconnaissance juridique », Montréal, Université de Montréal, 2007.

¹³ L'entité n'est donc pas liée à une multinationale, ou à un investisseur, ou à toute autre entité économique/commerciale.

¹⁴ Il s'agit des critères de *ratione materiae*, qui portent sur l'intérêt juridique des intervenants, tels que la démonstration d'un intérêt significatif par rapport au litige, du degré de contribution à la résolution du litige, ainsi que des critères de *ratione personae*, qui portent sur leurs qualités telles que l'exigence d'impartialité, le degré d'indépendance, etc. Voir Partie V – Asymétrie au niveau d'accès à la justice internationale économique - Section 3 - Fondement de l'accès à la procédure par la société civile.

entités qui irait au-delà de l'accès à titre d'*amicus curiae*. Ainsi, sans égard à la définition théorique de ladite entité (ou de la « société civile »), son accès est soumis, *et serait soumis*, à des conditions juridiques qui permettent ultimement de la définir et de la déterminer par ricochet.

2) La société civile à vocation de développement

Il importe de noter à titre préliminaire que la société civile a désormais un rôle édifiant dans les initiatives de développement international, rôle emblématique d'une transformation réglementaire. Les solutions aux problématiques de développement étaient auparavant établies dans le cadre d'un modèle vertical (« *top-down* ») ou, en d'autres termes, bureaucratique. Ce modèle a démontré son inefficacité, l'adoption d'une approche alternative s'imposait¹⁵. Selon un ex-haut responsable du US-AID: "*The twenty-first century will see more social entrepreneurship, private philanthropy, public-private partnerships, and grass-roots linkages*"¹⁶.

De ce fait, l'intervention de la société civile apparaît de plus en plus comme un pilier essentiel dans le développement international. Basée directement auprès de communautés, la société civile assure une représentativité parfois plus importante que celle des institutions nationales. Étant plus proche des intérêts des parties prenantes, elle est donc apte à répondre à diverses problématiques de façon plus efficace¹⁷. Les organes de développement international et l'ONU ont ainsi longtemps appelé à la

¹⁵ Pour un exposé élaboré sur l'évolution des modèles de développement, voir D. EBERLY, *op. cit.*, note 1, p.74 - Chapitre 4 : « *From Aid Bureaucracy to Civil Society Participation and Partnership* ».

¹⁶ *Id.*, note 1, p.VIII.

¹⁷ Stefanie EDLER-WOLLSTEIN et Beate KOHLER-KOCH, "It's about participation, stupid. Is it? Civil society concepts in comparative perspective", dans Bruno JOBERT et Beate KOHLER-KOCH (ed.), *Changing Images of Civil Society: From protest to governance*, Londres, Routledge, 2008, p.199.

participation active de la société civile, et d'ailleurs des multinationales, dans le processus de développement¹⁸.

Par ailleurs, cette transformation règlementaire évoquée plus haut se traduit de la manière suivante : la démocratie serait d'autant mieux servie que la participation citoyenne s'accroît. À travers la formation d'associations et d'organisations, les citoyens s'engagent progressivement dans le développement et la croissance de leurs communautés. La société civile bénéficie ainsi d'une connotation positive; plus elle est engagée de manière active, plus la démocratie semble être assurée. Ce bénéfice démocratique se concrétise à travers une plus ample ouverture au discours public qui entraînerait notamment la mise en place de structures de communications permettant l'échange réciproque d'idées et d'arguments¹⁹. L'ouverture à la participation de la société civile accorderait ainsi aux citoyens l'opportunité de susciter un impact sur les processus de prise de décisions. Un tel impact serait d'autant plus ressenti grâce à l'expertise de nombreux acteurs de la société civile. On parle alors de l'apparition d'un modèle de démocratie participative-délibérative²⁰. Tel que nous l'examinerons plus en avant dans notre recherche, les caractéristiques de ce modèle se transposent aux niveaux de la gouvernance économique mondiale. Grâce à la globalisation des marchés, l'impact de la société civile dépasse ainsi les frontières nationales et se profile sur la scène internationale²¹.

¹⁸ Voir Partie III- *Quelles symétries entre société civile et multinationals?*- Section 1 – *Intérêts pour les soucis non marchands*.

¹⁹ *Id.*, note 17, p.198.

²⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 168.

²¹ Voir Partie II – *Pourquoi l'accès de la société civile ?* - Section 1- *La société civile à l'heure de la globalisation des marchés*.

3) Quels acteurs de la société civile?

Étant donné le caractère fondamentalement hétérogène de la société civile, nombreux sont ceux qui confondent ces acteurs en leur attribuant à tort les mêmes caractéristiques. Cette grande famille de la « société civile » regroupe tant des mouvements anarchistes ou altermondialistes, que des organisations de plaidoyer hautement spécialisées et crédibles. L'idée dans cette section est de distinguer ces acteurs afin d'identifier ceux visés par cette étude. Les acteurs de la société civile auxquels nous nous intéressons ont pu développer des expertises et des spécialisations considérables dans de nombreux domaines du droit. Certains ont une haute expertise juridique qui leur permet de susciter un impact sur la création et la transformation du droit international.

Cet impact est clairement édifiant dans le domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire. Le CICR figure parmi ces organismes hautement spécialisés et crédibles de la société civile. Le CICR a eu un rôle cardinal, tant dans la rédaction que dans l'acceptation de nombreux projets de traités portant sur les droits de l'homme²². Le dernier exemple est la convention d'Oslo pour l'interdiction de l'usage des armes à sous-munitions signée le 3 décembre 2008²³. Les armes à sous-munitions peuvent exploser longtemps après leur utilisation, ce qui constitue un danger énorme pour la population civile vivant dans des zones où les armes ont été déployées. Les motifs existant derrière l'interdiction sont similaires à ceux justifiant l'adoption de la

²² Voir - M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 165 - pour un exposé détaillé des contributions du CICR au droit international.

²³ Voir *Comité international de la croix rouge*, « Armes à sous-munitions : Un nouveau traité pour mettre fin à des décennies de victimes civiles », 2008, en ligne : [http://www.icrc.org/Web/eng/sitefre0.nsf/htmlall/p0838/\\$File/ICRC_001_0938.PDF!Open](http://www.icrc.org/Web/eng/sitefre0.nsf/htmlall/p0838/$File/ICRC_001_0938.PDF!Open), p.14; voir également, *Cluster Munition Coalition*, « The Coalition », en ligne : <http://www.stopclustermunitions.org/the-coalition/>, une coalition transnationale de 200 ONG militant pour bannir les armes à sous-munitions .

convention d'Ottawa de 1997 sur l'interdiction des mines anti-personnel. Les efforts du CICR ont permis la définition et la détermination des obligations des États signataires. La notoriété de l'organisation et son pouvoir de mobilisation conséquent ont été des facteurs décisifs entraînant les nombreuses ratifications de la convention qui a été adoptée par 107 États, engagés notamment à ne pas recourir à ces armes.

L'ILA est un autre exemple d'acteur vers lequel nous tournons notre attention. L'ILA compte 4000 juristes en droit international. L'organisation offre son assistance et sa coopération afin de parvenir à une déclaration de l'OMC relative aux droits de l'homme²⁴. Une telle offre, émanant d'une telle organisation prestigieuse, constitue une véritable pression sur l'OMC et les autres institutions de gouvernance économique mondiale. L'ILA propose des solutions crédibles, scientifiques et non démagogiques auxquelles l'OMC doit être attentive. Loin des stratégies de manifestations et d'affrontements de nombreux acteurs de la société civile, l'ILA s'impose grâce à son expertise. Les organisations telles que l'ILA ont une expertise notoire dans le domaine des droits de l'homme, du droit de l'environnement et du développement durable. Ces organisations appellent à une complémentarité entre lesdits droits et le droit international économique²⁵. Si de nombreux États ont décidé de ne pas écouter les manifestants qu'ils ont qualifiés de « démagogues », il leur est beaucoup plus difficile de ne pas être attentif à des organisations telles que l'ILA.

La pression de ces organisations se manifeste également par les interventions d'*amicus curiae*. L'apport de la société civile à travers la procédure d'*amicus curiae*

²⁴ Ernst-Ulrich PETERSMANN, "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society", Leiden, *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 663.

²⁵ Voir Partie II – Pourquoi l'accès de la société civile ? - Section 2 – Décloisonnement du droit international économique.

est désormais cardinal étant donné que les différends économiques internationaux sont de plus en plus complexes. La juridiction saisie est appelée à se prononcer sur des problématiques qui dépassent largement la sphère strictement économique. Des questions de droits de l'homme, d'environnement et de développement durable sont de plus en plus abordées. De là, les parties font face à l'intervention de la société civile qui a pour mandat de défendre ces préoccupations non strictement économiques. Ce mandat de défense des préoccupations non strictement marchandes semble être *sui generis*. La société civile intervenante s'est en effet octroyée elle-même ce mandat.

Cette notion de mandat *sui generis* est illustrée dans le domaine de l'arbitrage commercial international. L'*International Bar Association* (IBA) est une organisation non étatique qui regroupe des avocats des quatre coins de la planète. Cette organisation illustre la capacité normative dont se sont dotés de nombreux acteurs de la société civile. Les membres de l'organisation participent activement à des sessions de rédaction de normes de droit international dans divers forums et assemblées. Ses normes les plus notoires sont cependant les *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (ci-après les « Règles »)²⁶.

Les Règles représentent une solution établie par des praticiens et des avocats aux lacunes des lois et des règlements sur l'arbitrage en matière de preuve. Les règlements d'arbitrage de nombreuses institutions ne contiennent effectivement que des dispositions sommaires en matière de preuve. Les Règles reflètent des procédures utilisées dans de nombreux systèmes juridiques, d'où leur utilité lorsque des parties

²⁶ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (2010), en ligne: <http://www.int-bar.org/>

proviennent de différentes traditions juridiques. À titre d'exemple, elles traitent entre autres de la divulgation et de la production de documents. Les règles de droit civil et de *common law* considèrent en effet cette question de manière assez différente. Les Règles sont acceptées de façon générale par les arbitres de droit civil et de *common law*, les parties et aussi bien que par leurs avocats car elles offrent un compromis équilibré entre les deux approches²⁷. Les Règles s'avèrent être dès lors un instrument clé permettant de compléter les règlements d'arbitrage. Elles permettent une conduite économique et efficiente de l'examen de la preuve ce qui facilite la conduite de l'arbitrage international²⁸.

L'*American Law Institute* (« ALI ») et l'Institut international pour l'unification de droit privé (« UNIDROIT ») sont également d'autres exemples d'acteurs qui nous intéressent. Ils ont adopté en 2004 les Principes d'ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, un ensemble de dispositions qui régissent la procédure des litiges commerciaux transnationaux (ci-après les « Principes »). ALI est une véritable organisation privée et indépendante regroupant des juges, des praticiens et des professeurs du droit. L'organisation a un mandat autoproclamé de clarifier, moderniser et améliorer le droit. Grâce à ses membres hautement qualifiés et spécialisés, ALI a pu influencer le développement de nombreux domaines traditionnels et émergents du droit. UNIDROIT est par ailleurs une organisation intergouvernementale indépendante qui fut créée en 1926 sous l'égide de la Société des Nations (SDN) et compte 63 États membres. Son objectif est d'étudier la modernisation, l'harmonisation et la coordination du droit privé entre les États. Cette

²⁷ Stephen BOND, "The 1999 IBA Rules on Evidence in International Commercial Arbitration", dans Stephen BOND et al. (dir.), *Arbitral Procedure at The Dawn of The New Millenium*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 103.

²⁸ *Id.*, note 27, p. 105.

organisation est un forum édifiant pour la création de normes à travers la contribution de juristes provenant de divers systèmes juridiques.

Les Principes énoncent entre autres les garanties d'un procès équitable, comprenant notamment le droit à un tribunal impartial et indépendant (art.1), le droit à un avocat (art.4), le droit d'intervention des parties tierces intéressées (art.12.2) ainsi que le droit à une décision dans un délai raisonnable (art.7)²⁹. Notons que ce sont d'ailleurs ces mêmes exigences du procès équitable qui justifieraient en partie l'accès de la société civile à la justice internationale économique. Lesdites exigences du procès équitable seront examinées plus en détail par la suite. Le préambule des Principes soulève de plus des points intéressants : les Principes seraient en fait des standards qui pourraient constituer le fondement pour de futures règles de procédure nationales en matière de litiges internationaux. Le préambule énonce ainsi que les États pourraient les transposer à travers un acte normatif tel qu'une loi ou un traité. Les divers tribunaux arbitraux peuvent également accorder leurs pratiques avec les Principes si les parties sont favorables à cet effet.

Enfin, les *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* ou les Principes d'ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale ne sont que des normes de *soft law* vu notamment leur caractère non contraignant. Leur validité découle du fait qu'elles émanent d'organisations privées, hautement spécialisées et qualifiées. Les normes de ces organisations ne constituent qu'un droit prospectif dans la mesure où elles n'ont pas été sanctionnées par l'État. La facilité de leur transposition, d'un espace normatif à un autre ou d'une juridiction à une autre

²⁹ Les principes d'ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale (2004), en ligne : <http://www.unidroit.org/>

favorise cependant un éventuel transfert du droit prospectif vers le droit positif. Un tel transfert serait d'autant plus facilité par l'utilisation et le recours systématique à ces normes.

Que ce soit dans le domaine des droits de l'homme, du développement durable ou de la procédure internationale, le pouvoir normatif de la société civile est édifiant. En délimitant les acteurs visés par cette étude, nous relevons le haut degré d'expertise et de spécialisation de la société civile. Tout au long des propos qui suivent, de plus amples caractéristiques et fonctions de la société civile seront dévoilées, constituant ultimement des motifs à l'appui de l'accès de la société civile à la justice internationale économique.

II) Pourquoi l'accès de la société civile à la justice internationale économique ?

L'objectif de cette partie est de traiter des facteurs sous-jacents à la notoriété de la société civile découlant de l'importance de son rôle à l'heure de la globalisation des marchés. En soulevant systématiquement la prise en compte des droits non marchands, la société civile contribue également au décloisonnement du droit international économique. Il s'avère dès lors que la société civile est une défenderesse de première ligne des droits non marchands. Ces éléments constitueraient, de fait, des motifs soutenant son accès à la justice internationale économique.

1) Le rôle de la société civile à l'heure de la globalisation des marchés

Le rôle de la participation de la société civile possède un long passé. Nous relevons tout d'abord l'exemple des États-Unis où les premières activités d'ONG gravitaient autour de l'abolition de l'esclavage³⁰. Dès 1838, des ONG américaines telles que « *The Anti-Corn Law League* », qui plaidait pour l'abolition des tarifs britanniques sur le maïs, militaient pour le libre échange. En Europe des associations similaires sont apparues dès 1846 avec « l'Association de libre échange » en France et « *the Belgian Association for Commercial Liberty* »³¹. Ce très bref parcours historique nous permet de constater un élément fort important pour les soins de cette étude : auparavant, l'activité de la société civile était uniquement à vocation territoriale ou nationale.

Notre ère est cependant caractérisée par une intégration transnationale de marchés qui ne connaît aucun précédent et qui est entérinée dans des systèmes internationaux de gouvernance économique tels que l'ALENA, l'OMC, ou même l'Union européenne³². L'attention de la société civile suit donc ce transfert de l'activité économique de la sphère nationale à la sphère internationale. Ce transfert se concrétise par la création de liens, par la coordination d'activités ainsi que par la collaboration avec des organismes, des institutions et des gouvernements émanant de diverses parties du monde³³. La conduite des plaidoyers de la société civile - au sein de la sphère internationale - est d'autant plus facilitée par les nouveaux modes technologiques de communication. Ceux-ci ont permis l'établissement d'un nouveau

³⁰ «The Pennsylvania Society for Promoting the Abolition of Slavery» (1775); «La Société des Amis des Noirs» (France - 1788); voir Steve CHARNOVITZ, «Trade Law and Global Governance», London, Cameron May, 2002, p. 404.

³¹ *Id.*, note 30, p. 406.

³² Scott CUMMINGS, «The Internationalization of Public Interest Law», *Duke Law Journal* (57 *Duke L.J.* 891), 2008, p.16.

³³ *Id.*, note 30, p. 406.

débat public qui dépasse tout intérêt étatique ou d'institution nationale³⁴. De plus, grâce aux dites nouveautés technologiques, dont l'internet, réseau intrinsèquement transnational, la société civile contemporaine dispose d'un énorme pouvoir de sensibilisation et de mobilisation.

À ce titre, la conduite des plaidoyers de la société civile au sein de la sphère internationale entraîne la sollicitation systématique d'organisations internationales interétatiques telles que l'OMC. Soucieux du caractère étatique de l'OMC, certains États, dont notamment des pays en développement, s'opposent à la participation directe de la société civile au sein de ladite organisation. Ils soulèvent que les divers organismes de la société civile devraient conduire leurs activités et leurs plaidoyers directement auprès des États dans lesquels ils sont basés. Nous aborderons cette problématique plus en détail dans la suite de notre recherche. Nous pouvons tout de même constater que ladite position de la part de certains États soulève deux points essentiels.

D'une part, elle ne considère pas l'incapacité évidente de l'État de répondre unilatéralement à des problématiques transnationales qui échappent en grande partie à sa souveraineté, telles que la protection de l'environnement ou la responsabilité sociale des entreprises multinationales³⁵. Ces problématiques sont désormais inhérentes à la globalisation des marchés, requérant à ce titre des remèdes ou des solutions *globalisés*. D'autre part, elle ne reconnaît pas le fait que certains acteurs de

³⁴ Jennifer A. ZERK, "Multinationals and corporate social responsibility", Cambridge, Cambridge University press, 2007, p.21; Patricia ROSIAK, « Les transformations du droit international économique : Les États et la société civile face à la mondialisation économique », Paris, L'Harmattan, 2003, p. 252; David SCHNEIDERMAN, "Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise", Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 200.

³⁵ Philippe SANDS, "Turtles and Torturers: The Transformation of International Law", *Inaugural Public Lecture as Professor of International Law*, University of London, Juin 2000, p. 538; Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques : L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC », Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 394; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 260; S. CHARNOVITZ, *loc. cit.*, note 30, p. 524.

la société civile ont pu effectivement s'établir en tant que défenseurs de première ligne de nombreuses causes reliées auxdites problématiques. Nous pourrions citer l'exemple de *Greenpeace* en ce qui concerne la protection de l'environnement ou *Oxfam* en ce qui concerne la responsabilité sociale des entreprises multinationales. Ce statut de défenseur auto-déclaré est possible grâce à leurs moyens, leurs réseaux, leur militantisme et leur expertise concernant les causes défendues³⁶.

Nonobstant l'opposition de certains États, les organisations internationales sont déjà attentives aux plaidoyers de la société civile. Ceux-ci sont exercés notamment à travers l'envoi direct de délégations auprès de ces organisations et la participation active à des forums tels que le Forum public de l'OMC ou le Forum économique mondial de Davos. C'est le cas également à l'ONU qui a depuis presque 20 ans un processus d'accréditation pour les ONG, ce qui leur ouvre la participation aux conférences, assemblées et sommets de l'organisation³⁷. La société civile est fort présente à ces événements et y est représentée par des experts hautement qualifiés. Ces experts offrent à la fois des critiques constructives et des réformes pragmatiques au *statu quo*, exerçant ainsi une redoutable dynamique de pression³⁸.

Par ailleurs, en abordant lesdites problématiques transnationales suscitées par la globalisation des marchés, la société civile lutte afin de soulever les principes de justice sociale dans le souci d'offrir un équilibre ou un contrepoids à l'idéologie du marché libre³⁹. Ladite lutte est manifestée à travers de nombreux exemples tels que la

³⁶ Ross BUCKLEY et Paul BLYSCHAK, "Guarding the Open Door: Non-party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *Banking and Financial Law Review*, Juin 2007, p. 367; *Id.*, note 30, p. 395.

³⁷ Voir *United Nations*, « Reference document on civil society participation », août 2001, en ligne : <http://www.un.org/ga/president/55/speech/civilsociety1.htm>

³⁸ P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 264.

³⁹ S. CUMMINGS, *op. cit.*, note 32, p. 7.

question de la responsabilité sociale des entreprises multinationales (RSE). Nous en examinerons dans les paragraphes qui suivent.

Les plaidoyers de la société civile appellent à la sanction des violations commises par les multinationales à la RSE⁴⁰. Le droit international économique ne prévoit pourtant aucune sanction à la violation de la RSE, qui regroupe en effet un ensemble de valeurs non marchandes non encadrées par les règles contraignantes du droit international économique. Nonobstant le caractère non contraignant de la RSE, la société civile lutte pour son applicabilité dans le souci de veiller à la distribution équitable des bénéfices économiques de la globalisation des marchés, dans le but d'éviter que lesdits bénéfices soient obtenus dans des conditions inacceptables. Elles se manifesteraient, par exemple, par le travail des enfants dans des *sweatshops*, les *pollution heavens*, les zones franches et autres. Ces phénomènes seraient le résultat d'une négligence préméditée des garanties et des standards socio-environnementaux. L'ignorance ou la réduction des mesures encadrant ces droits est qualifiée de *dumping social*⁴¹. Ce concept décrit la stratégie de certains gouvernements visant à accommoder à tout prix les investissements étrangers. L'idée serait de créer un climat d'investissement avec le moins de restrictions, de réglementations et de contraintes possibles. L'exemple le plus commun serait celui des zones franches où l'investisseur bénéficie de crédits d'impôt, d'installations équipées et d'un minimum de contraintes réglementaires. Ces zones échappent au contrôle de la juridiction nationale, ce qui signifie souvent l'existence d'un milieu de travail non syndiqué.

⁴⁰ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.1.

⁴¹ *Id.*, note 34, p.150.

Le domaine de l'investissement étranger direct présente également une autre illustration de la lutte de la société civile évoquée ci-dessus. Les plaidoyers de la société civile auraient conduit à l'échec d'un projet d'accord d'investissement multilatéral négocié sous l'égide de l'OCDE⁴². Le message contre l'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE soulevé par la société civile était : «*No Rights without Responsibilities*»⁴³. Les investissements étrangers, de même que le règlement de différends relatifs à ceux-ci, pourraient être effectivement problématiques car des questions d'intérêt public semblent être de plus en plus en cause⁴⁴. Le projet de l'accord prévoyait à ce titre un droit aux investisseurs, ressortissants d'un État signataire, de poursuivre tout autre État partie à l'accord dans le cas où ce dernier violerait ses obligations de promotion et de protection des investissements étrangers. En revanche, les obligations réciproques de l'investisseur étranger concernant notamment des questions non marchandes telles que la protection de l'environnement ou la RSE n'étaient pas énoncées dans le projet⁴⁵.

La critique de la société civile dénonçait ainsi les lacunes quant à l'équilibre entre « libéralisation », qui porte notamment sur l'ouverture des secteurs clés tels que la santé et l'énergie aux investissements étrangers, et « réglementation », qui consiste en partie en la reconnaissance de la légitimité des mesures étatiques justement reliées auxdits secteurs clés. Le projet du traité accordait des droits aux investisseurs sans

⁴² Esther KENTIN, "Sustainable Development in International Investment Dispute Settlement: The ICSID and NAFTA Experience", dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 315.

⁴³ L'échec du traité est attribué également à une réticence à l'égard d'une libéralisation des flux d'investissements. Réticence alimentée par la crise financière qui a frappé l'Asie et la Russie à l'époque des négociations. Voir Sol PICCIOTTO, "Rights, Responsibilities and Regulation of International Business", *Columbia Journal of Transnational Law*, dans Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005, p. 184; Richard CASANOVA-JIMENEZ, "Trade and Investment Disputes: Whose business is it anyway?", Montreal, Mc Gill Institute of Comparative Law, 2002, p.55.

⁴⁴ *Id.*, note 42, p. 314.

⁴⁵ Patrick DUMBERRY, « L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », Paris, *Revue générale de droit international*, 2004, p. 114.

considérer adéquatement et suffisamment leurs responsabilités socio-environnementales découlant de leurs activités⁴⁶. Sous le régime proposé par le projet, les États seraient tenus de garantir un standard de traitement minimum et uniforme aux investisseurs, tandis qu’aucun standard socio-environnemental ne devait être respecté par ces derniers⁴⁷.

Le régime proposé accordait donc des droits aux investisseurs sans reconnaître la portée règlementaire étatique⁴⁸. L’échec du projet est d’ailleurs attribué à l’abandon de la délégation française des négociations, cette dernière désirant obtenir des garanties adéquates quant à son pouvoir règlementaire sur les aspects culturels⁴⁹. Des États revendiquaient en effet des garanties à leur pouvoir règlementaire puisque sous le régime actuel - de protection des investissements étrangers directs - les actions et les mesures étatiques sont sous scrupule et sous supervision constantes⁵⁰. Une illustration de ce constat serait la saga de Philip Morris et RJR Reynolds avec le gouvernement canadien. Dans le cadre de ses efforts pour la protection et l’amélioration de la santé publique, le gouvernement canadien avait proposé de nombreuses mesures pour lutter contre la consommation du tabac. Les géantes multinationales du tabac s’opposaient à tout projet législatif concernant un emballage des paquets de cigarettes qui cacherait les logos des compagnies. Ces dernières ont précisé que de telles mesures entraîneraient une lourde poursuite en compensation

⁴⁶ Duncan FRENCH, “The Role of The State and International Organisations in Reconciling Sustainable Development and Globalisation”, dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 55.

⁴⁷ Stephen TULLY, “Corporations and International Lawmaking”, Boston/Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, p. 105.

⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 203.

⁴⁹ E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 315.

⁵⁰ *Id.*, note 46, p. 62; Konrad MOLTKE et Howard MANN, “Misappropriation of Institutions: Some Lessons from the Environmental Dimension of the NAFTA Investor-State Dispute Settlement Process”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, La Haye, 2001, p. 109.

pour expropriation en vertu des dispositions du Chapitre XI de l'ALENA. La polémique s'est terminée par l'abandon du projet de loi canadien⁵¹.

Somme toute, les diverses problématiques transnationales posées par la globalisation des marchés appellerait à une action coordonnée à plusieurs niveaux : internationale et nationale, gouvernementale et auto-règlementaire; bref à une action multidimensionnelle⁵². Cette action coordonnée constituerait un effort de conciliation nécessaire pour faire face aux problématiques mentionnées. La société civile surgit dès lors comme un acteur mondial militant pour un équilibre au sein des régimes, des organisations et des institutions de la globalisation des marchés⁵³. L'idée est de projeter à l'ordre international la pondération d'intérêts supérieurs et non simplement marchands, intérêts qui ne sont pas nécessairement soulevés par les parties impliquées dans le commerce mondial⁵⁴. Cela semble également nécessaire étant donné que le droit national ne protège que les individus qui se rattachent à la collectivité et que ces problématiques non marchandes dépassent la sphère et la juridiction étatique. L'objectif serait de construire un véritable droit transnational de protection des parties faibles impliquées dans les relations économiques internationales⁵⁵.

Il importe de noter également que notre ère est marquée par l'apparition d'un consommateur de plus en plus activiste et militant, de plus en plus conscient de l'influence et des répercussions de ses achats. «*L'homo economicus*» est à son

⁵¹ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 122.

⁵² *Id.*, note 34, p.36; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 294; S. PICCIOTTO, *op. cit.*, note 43, p. 184; D. FRENCH, *op. cit.*, note 46, p. 58.

⁵³ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 2.

⁵⁴ Emmanuel DARANKOUM, « Mondialisation et arbitrage collectif : les perspectives de la justice arbitrale internationale », dans Nabil ANTAKI, et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Thémis, 2006, p. 158.

⁵⁵ *Id.*, note 54, p. 154.

apogée : « je consomme, donc je suis ». Ce consommateur renforce la position de la société civile en constituant un partisan potentiel⁵⁶. Des investisseurs soucieux de la responsabilité sociale des entreprises s'ajoutent également à ce renfort. Une notion émergente d'« investissement durable » ou de « *socially responsible investment* » semble avoir de plus en plus de résonance⁵⁷. Le mépris des consommateurs et des investisseurs pourrait constituer un scénario problématique pour les multinationales puisqu'elles rencontreraient possiblement de la difficulté à vendre ses produits et à obtenir du financement. Le marché accorde ainsi « l'arme de la défection » au citoyen : le consommateur ou investisseur insatisfait cesse d'acheter ou d'investir⁵⁸. Cette arme s'ajoute à l'arme politique conventionnelle dont dispose le citoyen étatique, qui est celle de faire entendre sa position en votant lors des élections. Alors que la première a une incidence transnationale, la seconde ne peut que causer des répercussions nationales. La globalisation des marchés ouvre à ces consommateurs et ces investisseurs de nouvelles opportunités de poursuivre des idées sociopolitiques, inexistantes auparavant dans la sphère nationale⁵⁹. Ces individus deviennent de véritables citoyens du marché où la facture d'achat d'un produit ou les actions d'une entreprise seraient les équivalents d'un vote lors d'une élection⁶⁰. Le pré-requis à ce

⁵⁶ Muria KRUGER et David WEISSBRODT, « Current Developments : Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights », *American Journal of International Law*, Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005, p. 200; Peter MUCHLINSKI, « Human Rights and Multinationals: Is There A Problem ? », *International Affairs*, dans Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005, p. 228; Paul DE WARRT, « Sustainable development through a socially responsible trade and investment regime », dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p.273.

⁵⁷ Le milliardaire et investisseur américain Warren Buffet a vendu ses actions dans Petro China à cause de leurs opérations au Soudan, et leurs relations étroites avec le gouvernement soudanais, accusé de génocide au Darfour, *Voir Save Darfur*, « Warren Buffet's China Divestment : Good or Greed ? », 16 aout 2007, en ligne :

http://www.savedarfur.org/newsroom/clips/warren_buffetts_china_divestment_greed_or_good/ ;

Voir également Sudan Divestment Task force, « Petro China, CNPC, and Sudan: Perpetuating Genocide », avril 15 2007, en ligne: http://www.sudandivestment.org/docs/petrochina_cnpc_sudan.pdf.

⁵⁸ Marc JACQUEMAIN, « État et marché à l'heure de la mondialisation. Babel comme perspective sociologique », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007, p.268.

⁵⁹ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 187.

⁶⁰ *Id.*, note 34, p. 192.

droit est cependant l'existence d'un pouvoir d'achat, ce qui exclut obligatoirement des centaines de millions, voir milliards, d'individus de la planète vivant en pauvreté⁶¹. L'exclusion des pays en développement de cette dynamique contemporaine apparaît dès lors évidente. Nous traiterons d'avantage de leur position plus loin dans notre recherche.

À travers la mobilisation de la société civile, ces citoyens se sont impliqués et se sont appropriés des domaines et des thèmes prévus par le droit international économique, qui est devenu une véritable *lex publica*. Une réforme au régime actuel devrait effectivement prévoir et permettre l'accès direct des citoyens et de leurs représentants, soit la société civile, de sorte qu'ils puissent devenir les « auteurs de leur destin »⁶².

2) Décloisonnement du droit international économique

Dans le contexte de la globalisation des marchés décrit dans les paragraphes précédents, la société civile contribue également au decloisonnement du droit international économique. Le cloisonnement du droit signifie que les différentes sphères de droit sont isolées l'une de l'autre, de sorte que chacune garde sa cohérence sans vraiment communiquer avec les autres⁶³. Pourtant, les situations d'interdépendances se multiplient, rendant l'isolement des ensembles juridiques

⁶¹ *Id.*, note 34, p. 194.

⁶² *Id.*, note 34, p. 9.

⁶³ Mireille DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné », Paris, les Éditions du Seuil, 2006, p. 27.

inconcevable⁶⁴. Cela est vrai tant pour l'interaction du niveau national par rapport au niveau international, que pour un domaine de droit par rapport à un autre.

Ce phénomène selon lequel le cloisonnement des différentes sphères de droit serait inconcevable est qualifié par Mireille Delmas-Marty de « perméabilité » ou de « porosité du droit »⁶⁵. Il s'agirait d'un phénomène inhérent à la conception post-moderne du droit et qui incarnerait un éloignement de la conception moderne identifiable à l'État. La contribution de la société civile dans le décloisonnement du droit international économique est justement qualifiée de la sorte: « *NGOs have had a role in the advancement of "post sovereign state" international law* »⁶⁶.

Ce décloisonnement est suscité en partie par les interventions de la société civile à titre d'*amicus curiae*. Leur avènement au règlement des différends internationaux marquerait la fin d'une ère strictement interétatique⁶⁷. En utilisant cette procédure, la société civile tente d'apporter à la lumière d'un tribunal des faits et des arguments différents, reposant sur d'autres ensembles ou domaines de droit que ceux tranchés conventionnellement par le tribunal⁶⁸. Nous aborderons la question de l'*amicus curiae* plus en détail par la suite⁶⁹.

À cet égard, Pascal Lamy - directeur général de l'OMC - avait déclaré dans un discours devant la Société européenne du droit international que l'organe de règlement de différends de l'OMC (ORD) interprète le droit de l'OMC à la lumière

⁶⁴ *Id.*, note 63, p. 4.

⁶⁵ *Id.*, note 63, p. 27.

⁶⁶ Theodor MERON, "The Humanization of International Law", Leiden, The Hague Academy of International Law, 2006, p.391.

⁶⁷ Hervé ASCENSIO, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », Paris, *Revue générale de droit international*, 2001, p.898.

⁶⁸ H. ASCENSIO, *op. cit.*, note 67, p.924.

⁶⁹ Voir Partie V –Asymétrie au niveau d'accès à la justice internationale économique - Section 3 - Fondement de l'accès à la procédure par la société civile.

des autres normes du droit international⁷⁰. Tel que nous le verrons plus tard dans l'étude, de récentes décisions dans le domaine d'arbitrage des différends d'investissements internationaux suivraient également la position de l'ORD. Les arbitres auraient adopté une « approche intégrée » conforme donc aux préceptes du développement durable, prenant en compte des facteurs non strictement économiques lors de l'analyse des différends. La société civile a longuement soulevé une telle approche éclectique et progressiste dans le but de remédier aux conflits suscités par ledit cloisonnement ou, en d'autres termes, par l'application de droits strictement marchands sans la considération des droits non marchands en cause. L'idée pour la société civile est alors de soulever les normes non marchandes applicables au différend en vue de pondérer entre les droits des multinationales ou des investisseurs (par exemple quant à la protection contre l'expropriation étatique) et leurs obligations (par exemple quant au respect de l'environnement)⁷¹. L'objectif serait de remédier à ces conflits par l'association des droits fondamentaux aux droits économiques⁷². Les « droits fondamentaux » sous-entendent également l'indivisibilité entre droits civils et politiques (dits de « première génération ») et droits socio-économiques (dits de « seconde génération »)⁷³.

Ces conflits, suscités par le cloisonnement du droit, seraient le produit d'une dichotomie entre droit marchand et droit non marchand. Vu d'un angle philosophique, la valeur marchande renvoie à tout ce qui a un prix, donc ce qui est remplaçable par quelque chose d'autre à titre d'équivalent, tandis que la valeur non

⁷⁰ Pascal LAMY, « La place et le rôle du droit de l'OMC dans l'ordre juridique international », Discours devant la Société européenne du droit international, 19 mai 2006, en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl73_f.htm, p. 18

⁷¹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 42.

⁷² M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 5.

⁷³ *Id.*, note 63, p. 14.

marchande renvoie à ce qui est supérieur à tout prix, ce qui n'a pas d'équivalent⁷⁴. En réalité, les chevauchements entre ces deux ensembles de normes et de préoccupations diluent les barrières parfois établies⁷⁵. Ces chevauchements sont illustrés par le principe même du développement durable qui est un exemple notoire de la complémentarité entre le « marchand » et le « non marchand ». Ce principe a été fortement soulevé par la société civile. Il souligne l'indissociabilité entre le développement économique (et son importance pour le bien-être des sociétés) et la prise en compte des préoccupations environnementales et sociales (et leur importance pour la viabilité des générations futures). Nous reviendrons à la question des chevauchements plus loin lorsque nous traiterons de l'intérêt que portent la société civile et les multinationales aux préoccupations non marchandes.

En effet, la notion juridique du développement durable est apparue lors de la Conférence de Stockholm de 1972 (à laquelle 300 ONG avaient participé)⁷⁶. Elle a été reprise et renforcée par la Conférence de Rio de 1992 (à laquelle 1400 ONG avaient participé)⁷⁷. Les accords de l'OMC et de l'ALENA, adoptés peu après la conférence de Rio, l'ont explicitement reconnu dans leurs préambules⁷⁸. La notion a été enfin enchâssée lors du Sommet mondial pour le développement durable à Johannesburg en 2002. La conférence de l'ILA de New Delhi en 2002 a d'ailleurs

⁷⁴ Pour de plus amples éclaircissements sur l'analyse philosophique de la dichotomie entre valeur marchande et non marchande, Voir Mireille DELMAS-MARTY, « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, p. 8.

⁷⁵ D. FRENCH, *op. cit.*, note 46, p. 54.

⁷⁶ Richard STEENVORDE, "Regulatory Transformations in International Economic Relations", Nijmegen, WLP, 2008, p.8.

⁷⁷ *Id.*, note 76, p.8.

⁷⁸ Le premier paragraphe du préambule de l'accord instituant l'OMC : « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique (...)». Voir également E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 314.

noté la reconnaissance accrue du statut du développement durable en tant que principe de droit international⁷⁹. Le principe est analysé pour la première fois dans la jurisprudence internationale dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*⁸⁰ devant la CIJ. Dans sa décision, la CIJ a réitéré l'importance de concilier le développement économique et la protection de l'environnement⁸¹. Le développement durable et le principe du pollueur-payeur qui en découle, ont été également repris par la jurisprudence canadienne⁸². La Cour suprême a réitéré que les activités d'une entreprise causant la contamination du sol entraînent l'obligation d'assumer les dommages qui en découlent et ce, même rétroactivement et malgré une fusion de l'entreprise responsable de la contamination⁸³. L'organe d'appel dans «*Shrimps*» s'en prévaut dans son interprétation de l'article XX du GATT pour signaler l'importance de prendre en compte l'objectif de protection environnementale incarné dans cet article⁸⁴. L'ORD a en effet confirmé à maintes reprises l'appartenance des règles de l'OMC au plus grand ensemble du droit international et que ces normes s'appliqueraient directement dans ses différends⁸⁵. Ainsi, un cloisonnement entre les différentes sphères de droit signifierait à titre d'exemple la non-considération du droit international environnemental dans l'application du droit international de

⁷⁹ P. DE WARRT, *op. cit.*, note 56, p.285.

⁸⁰ *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie c. Slovaquie, CIJ 25 septembre 1997.*

⁸¹ E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 309.

⁸² Le principe du pollueur-payeur est consacré par le chapitre 20 d'Agenda 21 de l'ONU, « Gestion écologiquement rationnelle des déchets dangereux, y compris la prévention du trafic international illicite de déchets dangereux », "Agenda 21", en ligne: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action20.htm>.

⁸³ Dans cette décision, la Cour suprême a renversé le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et a retenu l'analyse de la juge dissidente Rowles J.A. La juge avait décidé que *British Columbia Hydro* – entité créée suite à la fusion de *B.C. Electric* et *British Columbia Power Commission* en 1965 – serait toujours responsable pour des infractions environnementales commises avant la fusion, et qu'elle serait considérée en tant que « *responsible person* » en vertu du *Waste Management Act*. La loi ordonne entre autres auxdites personnes de restaurer les propriétés contaminées et ce, même rétroactivement. Voir *British Columbia Hydro and Power Authority c. Colombie-Britannique* (Environmental Appeal Board), 2003 BCCA 436, p.109. et *British Columbia Hydro and Power Authority c. Colombie-Britannique* (Environmental Appeal Board), 2005 CSC 1, [2005] 1 R.C.S. 3.

⁸⁴ Rapport de l'organe d'appel, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VII, 2755; Paragraphe 12.

⁸⁵ E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 633 et 652.

l'investissement. Dans ce cas, des conflits entre la globalisation économique et l'« universalisme éthique » deviennent dès lors évidents⁸⁶.

La polémique au sujet des conflits entre les préoccupations marchandes et non marchandes évoquent un autre débat juridique. Des auteurs ont effectivement soulevé que la globalisation des marchés aurait renversé l'équilibre entre valeurs marchandes et valeurs non marchandes. Cette dernière est enchâssée et protégée par des instruments juridiques propres aux droits de l'homme, aux lois de police et d'ordre public, sous-entendant un caractère constitutionnel au sein de l'ordre juridique national⁸⁷. Les valeurs marchandes renvoient par opposition à l'acte de commerce et aux lois régissant le droit privé. Or, le droit international économique a permis l'extension de la valeur marchande où s'étend le marché, soit à la sphère internationale. Les droits (incarnant les valeurs marchandes) deviennent désormais supra-nationaux et supra-constitutionnels car ils sont encadrés au sein d'un régime qui engage et lie l'État sous peine de sa responsabilité internationale; tandis que les droits non marchands (incarnant les valeurs non marchandes) sont attachés uniquement à l'ordre juridique national. Le fondement de leur exercice ou de leur revendication serait soupçonné de protectionnisme puisque cela constituerait une exception à l'application des règles économiques internationales et multilatérales⁸⁸. La hiérarchie entre valeur non marchande et valeur marchande serait ainsi renversée⁸⁹.

⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 74, p. 3.

⁸⁷ *Id.*, note 63, p. 9.

⁸⁸ *Id.*, note 63, p. 11.

⁸⁹ *Id.*, note 63, p. 10.

Ce renversement suscite des conflits qui ne pourraient pas être résolus par la mise en place d'une nouvelle hiérarchie juridique internationale qui accorderait – à titre d'exemple - une prépondérance aux droits fondamentaux par rapport aux droits économiques par la voie de traités ou d'accords multilatéraux⁹⁰. Cela semblerait peu probable en partie à cause d'une réticence étatique, résultant notamment des pressions des lobbies corporatifs et industriels⁹¹. Il s'agit d'une situation fortement sensible qui risquerait d'engendrer des tensions et des controverses. Les pays en développement craignent en effet un « débat sur valeurs » qui viserait l'imposition de standards « occidentaux » portant sur les droits de l'homme et l'environnement par l'entremise du droit international⁹². Nous revisiterons cette question plus en avant⁹³.

Le décloisonnement du droit international économique entraînerait en revanche l'avènement des droits fondamentaux au sein du cadre multilatéral des droits économiques, libérant ainsi ce premier ensemble de normes et les mesures qui en découlent des soupçons protectionnistes. Le décloisonnement du droit international économique écarterait les préjugés reliés à l'action unilatérale étatique, méprisée et jugée inapte à répondre aux problématiques contemporaines de plus en plus *globalisées*⁹⁴. Nous pensons à ce titre à la controverse causée par la fameuse affaire de «*Shrimps*», qui a été suscitée par l'adoption unilatérale des États-Unis d'un

⁹⁰ *Id.*, note 63, p.8; E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 642; Arjun SENGUPTA, "Implementing the Right to Development", dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 344.

⁹¹ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.279; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p.171.

⁹² *Id.*, note 24, p. 662.

⁹³ *Partie IV – Quelles symétries entre multinationales et société civile? – Section 5 – L'opposition à leur participation*

⁹⁴ Francis MAGRIS, « Logique de marchés et pouvoirs publics dans la sphère mondiale : La Banque mondiale, le FMI, et l'OMC », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007, p.208.

règlement à portée extraterritoriale visant la protection des tortues. Nous examinerons ce différend dans la suite de notre raisonnement⁹⁵.

Grâce à ce décloisonnement, la société civile appellerait à un certain équilibre fondé sur l'interprétation juxtaposée des différentes normes découlant du même ordre juridique international. Un ordre hétérogène et ramifié certes, mais qui serait désormais harmonieux. La contradiction, condamnée et dénoncée auparavant deviendrait dès lors complémentarité grâce à la prise en compte des droits fondamentaux. Cette complémentarité serait le fruit d'une mobilisation de la part de la société civile pour un équilibre entre «universalisme éthique» et valeurs et droits marchands⁹⁶.

Cette mobilisation est apparente au niveau de l'OMC où les plaidoyers de la société civile ont porté entre autres sur la réforme d'ADPIC et sur l'accession de la Chine à l'OMC⁹⁷. En dépit du fait que l'accès au cycle d'Uruguay lui a été interdit, l'OMC reconnaît son rôle⁹⁸. L'article V(2) de l'accord de Marrakech édicte que l'organisation devra consulter et coopérer avec la société civile⁹⁹. L'ouverture de l'OMC - par l'accès public à pratiquement tous les documents de l'organisation à travers l'internet - faciliterait d'autant plus cette relation. En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'accord de Marrakech instituant l'OMC en 1995, les plaidoyers de la société civile ont notamment souligné la nécessité d'un niveau plus élaboré de transparence et de démocratisation de l'organisation. Ses plaidoyers sont exercés à

⁹⁵ Voir *Partie V – Asymétrie au niveau d'accès à la justice internationale économique – Section 3 – Fondement de l'accès à la procédure*.

⁹⁶ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 13.

⁹⁷ *Id.*, note 63, p. 18.

⁹⁸ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, note 30, p. 497.

⁹⁹ *Id.*, note 30, p. 499; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 262.

l'occasion des nombreux forums et conférences organisés par l'OMC et qui regroupent des États membres, des organisations internationales ainsi que des multinationales. Le Forum public de l'OMC en est un exemple concret. Il a permis l'ouverture des portes de l'organisation à 1750 participants venus du monde entier en 2007 (comparé aux 450 participants venus lors du premier forum lancé en 2001)¹⁰⁰.

Les plaidoyers de la société civile ont été ainsi à l'origine d'un nombre important de réformes légales et institutionnelles que les membres de l'OMC ont dûment acceptées et ce, en dépit d'une stagnation politique empêchant les membres de l'OMC de réagir aux appels de l'ONU et de la société civile d'associer le droit de l'OMC aux droits fondamentaux¹⁰¹. Certains auteurs affirment cependant que ce n'est qu'une question de temps avant que l'ORD interprète les règles de l'OMC à la lumière des obligations de droits de l'homme d'États membres impliqués dans des différends éventuels¹⁰². La conciliation entre ces deux ensembles de normes représenterait un défi tant juridique que politique, mais qui permettrait ultimement une mise en valeur de la légitimité démocratique de l'OMC¹⁰³.

Grâce effectivement à la collaboration et la coopération de la société civile, l'OMC s'est lancée dans plusieurs initiatives progressistes visant à réagir à des questions d'intérêt public fortement liées au commerce mondial¹⁰⁴. La déclaration de l'OMC pour l'accès aux médicaments de 2001, l'amendement de l'article 31(f) d'ADPIC ainsi que l'accord de 2003 sur une dérogation pour les mesures

¹⁰⁰ P. LAMY, *op. cit.*, note 2, p.2.

¹⁰¹ E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 667.

¹⁰² Selon Petersmann, la jurisprudence de l'ORD considère le droit de l'OMC et son interprétation en tant que sous jacents au système juridique international qui inclut, entre autres, les droits de l'homme. *Voir Id.*, note 24, p. 648.

¹⁰³ *Id.*, note 24, p. 634.

¹⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 166.

commerciales prises dans le cadre du processus de Kimberley sur le commerce des diamants bruts sont à la fois de parfaits exemples de ces initiatives progressistes et de la percée par la société civile au sein de la stagnation politique étatique à l'OMC¹⁰⁵.

Nous allons à présent tourner notre attention sur la réforme d'ADPIC. L'article X d'ADPIC consacre la reconnaissance internationale des brevets pharmaceutiques. Tous les États signataires sont liés et se sont soumis à ce droit. Leur souveraineté de légiférer dans ce domaine est assujettie à la compatibilité de leurs lois et de leurs mesures avec cet accord et d'ailleurs, avec les autres accords de l'OMC¹⁰⁶. Selon une interprétation stricte ou strictement « marchande », l'accord interdirait la production de médicaments génériques brevetés même lors de la survenance d'épidémies ou d'urgences nationales. À cet égard, l'ADPIC est désigné par certains altermondialistes comme un régime de droit « génocidaire », étant donné que la production de médicaments génériques serait ainsi prohibée en dépit de la nécessité et de l'impératif de sauver la vie humaine¹⁰⁷. Or, une interprétation des dispositions d'ADPIC à la lumière de l'article XX (b) du GATT de 1994 octroierait une légitimité aux mesures visant la protection de la santé des personnes. L'article XX (b) accorde une exception aux règles commerciales si les mesures d'exception sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes. Une telle interprétation constitue à notre avis un exemple d'interprétation « décloisonnée ». Les normes marchandes du droit international portant sur la propriété intellectuelle seraient interprétées à la lumière des normes et des principes des droits de l'homme.

¹⁰⁵ *Id.*, note 2, p.3.

¹⁰⁶ F. MAGRIS, *op. cit.*, note 94, p.214.

¹⁰⁷ Voir Susan GEORGES, « ATTAC : Remettre l'OMC à sa place », Paris, Mille et une nuits, 2001.

Concrètement parlant, le panel de l'ORD utiliserait des instruments de droits de l'homme ou de droit humanitaire afin de le guider dans sa décision sur la violation d'un droit couvert par l'ADPIC. À titre d'exemple, il pourrait s'y référer pour connaître quelle serait la portée et les caractéristiques d'une « épidémie » ou les obligations exactes des États quant au respect du droit à la vie. Ainsi, le cadre normatif de la propriété intellectuelle permettrait *prima facie* la prise en compte d'un intérêt non marchand tel que la lutte contre la propagation d'épidémies meurtrières comme le SIDA¹⁰⁸.

Les développements qui ont suivi les mesures sud-africaines et brésiliennes de production de médicaments génériques brevetés ont cependant indiqué le contraire¹⁰⁹. De grands groupes pharmaceutiques ont indiqué leur profond mécontentement et ont manifesté leur intention d'entamer des recours judiciaires nationaux et internationaux. Ces menaces ont dû être abandonnées face aux mobilisations et aux campagnes éducatives de la société civile et des États visés. La mise en place d'une réforme devenait incontournable et nécessaire afin de clarifier les droits et les obligations en cause. Le Conseil général de l'OMC a adopté à la conférence de Hong Kong de 2005 une décision sur le Protocole d'amendement d'ADPIC. Cette dernière complète la décision du Conseil général en 2003 de déroger aux dispositions de l'article 31 f) d'ADPIC sous réserve de certaines conditions.

La décision de Hong Kong permet aux États capables de fabriquer des médicaments d'en exporter dans le cadre d'une licence obligatoire vers des pays qui ne sont pas en mesure d'en fabriquer. L'État membre aura le droit également de

¹⁰⁸ P. DE WARRT, *op. cit.*, note 56, p.290.

¹⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 167.

déterminer s'il existe ou non urgence nationale justifiant les licences de médicaments génériques¹¹⁰. Les « importations parallèles » seraient également possibles, elles visent les cas où un État membre importe un médicament vendu moins cher dans un autre État par le titulaire du brevet et ce, sans l'autorisation de ce dernier. Elles sont prévues dans les cas d'absence de capacités adéquates de production pharmaceutique, ou de contraintes de temps face à une épidémie ou de survenance de cas d'urgences nationales exigeant des solutions rapides. Cette dérogation est valable jusqu'à ce qu'ADPIC soit amendé, ce qui n'est pas encore le cas. Les États membres avaient jusqu'au 31 décembre 2009 pour ratifier le Protocole d'amendement de l'ADPIC, le Canada l'ayant pour sa part ratifié le 16 juin 2009.

Notons encore que l'adoption de ces initiatives n'aurait pas été possible faute de discussions, délibérations, coordinations et collaborations avec les multinationales concernées, notamment les puissantes entreprises pharmaceutiques. Ce type de consultations se déroule en partie sous l'égide du Pacte mondial de l'ONU, où diverses parties prenantes interagissent pour former des consensus internationaux¹¹¹. Cité dans «*Shrimps*», le principe 12 de la Déclaration de Rio est à ce même effet¹¹². Il énonce que les mesures environnementales à portée extraterritoriale sont valables pourvu qu'il existe un consensus international soutenant la mesure visée.

Somme toute, nous notons que l'objectif du décloisonnement serait atteint par la projection des droits non marchands à un ordre juridique international pluraliste et

¹¹⁰ P. DE WARRT, *op. cit.*, note 56, p.290.

¹¹¹ P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p.271; P. DE WARRT, *op. cit.*, note 56, p.290.

¹¹² « (...) Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international ». Voir Nations unies, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, juin 1992, en ligne: <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>.

multilatéral dans le but de remédier aux enjeux de la globalisation des marchés. Les initiatives mentionnées démontrent également la flexibilité du système de l'OMC de s'adapter face à des problématiques de droits de l'homme¹¹³. Le rôle joué par la société civile, dans ses efforts pour « décloisonner » le droit international économique, est effectivement édifiant. Cela démontre par ailleurs le degré de son engagement pour la défense des droits non marchands, raisonnement que nous allons traiter dans les paragraphes qui suivent.

3) La société civile : défenderesse des droits non marchands transnationaux

La société civile surgit en tant que véritable défenderesse des droits non marchands transnationaux. Son militantisme pluridimensionnel confronte souvent des violations commises soit par les États, soit par les multinationales. Cette confrontation est manifestée à travers de nombreux exemples que nous exposons ci-dessous.

L'*International Labour Rights Forum* (ILRF) a lancé une campagne en 1997 contre le Mexique et certaines entreprises américaines. La campagne dénonçait des tests de grossesse imposés aux candidates désirant travailler dans des *maquillas*¹¹⁴. Le gouvernement du Mexique a aussitôt réagi en lançant une campagne de sensibilisation à propos des lois mexicaines contre la discrimination, tandis que de nombreux groupes américains ont été contraints de cesser cette pratique. Les plaidoyers de l'ILRF ont enfin conduit à une plainte de la part du bureau administratif

¹¹³ E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 649.

¹¹⁴ S. CUMMINGS, *op. cit.*, note 32, p. 18.

national américain contre le Mexique en vertu de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail de l'ALENA¹¹⁵.

L'exemple de *Nike* et le dommage causé à sa réputation corporative sont également de parfaits exemples de cette confrontation. La publication et la distribution par la société civile de la photo d'un enfant pakistanais en train de fabriquer un ballon de football de *Nike*, l'affaire *Kukdong* au Mexique et le litige de *Kasky vs. Nike* sont autant d'illustrations du dommage que *Nike* a subi¹¹⁶. Les polémiques tournaient souvent autour des pratiques de *Nike* et de ses fournisseurs qui gèrent des usines où les conditions de travail étaient douteuses. Le concept de *sweatshop* était devenu synonyme de *Nike*. L'entreprise a vu ses produits boycottés et sa réputation bafouée¹¹⁷. Dans un monde où le consommateur est de plus en plus averti et où les relations publiques d'une entreprise ont d'importants impacts sur son chiffre d'affaires et le cours de son action, la réputation corporative a valeur d'or¹¹⁸. La mobilisation menée contre *Nike* révèle ainsi le rôle crucial et le poids de la société civile.

Grâce à son énorme pouvoir de mobilisation et de sensibilisation, la société civile est capable de susciter des changements incidents sur la pratique des multinationales les plus imposantes¹¹⁹. Elle réclame également une plus ample opposabilité juridique des codes de conduite des entreprises, semblant être de plus en

¹¹⁵ *Id.*, note 32, p. 18.

¹¹⁶ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.266.

¹¹⁷ Cesar A. RODRIGUEZ-GARAVITO, "Nike's law: the anti-sweatshop movement, transnational corporations, and the struggle over international labour rights in the Americas", dans Boaventure de SOUSE SANTOS et Cesar A. RODRIGUEZ-GARAVITO (dir.), *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*, Cambridge, Cambridge university press, 2005, p. 68; D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 192.

¹¹⁸ P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 273; P. DE WARRT, *op. cit.*, note 56, p.291.

¹¹⁹ *Id.*, note 117, p. 80.

plus en cause dans les différends impliquant la problématique des *sweatshops*¹²⁰. En 2005, l'ILRF a poursuivi Wal-Mart devant les tribunaux californiens. Il s'agissait d'un recours collectif au nom de plusieurs travailleurs des fournisseurs du géant américain situés en Afrique, en Asie et en Amérique centrale. Le fondement du recours était basé sur des violations du code de conduite de *Wal-Mart*, également applicable aux fournisseurs de la compagnie¹²¹. Cette dernière poursuite est enfin fort révélatrice de cette action transnationale coordonnée de la société civile qui ne connaît ni nationalisme ni territorialité. La collaboration à travers les réseaux internationaux a rendu l'ignorance et l'indifférence à l'égard des abus corporatifs à l'étranger difficiles à maintenir¹²². Il est par ailleurs intéressant de noter que le fondement juridique de la poursuite était un code de conduite et non un texte de loi. Nous reviendrons à la question de l'opposabilité juridique des codes de conduite plus loin¹²³.

La polémique avec *Bechtel* représente une autre illustration de cette confrontation de la société civile évoquée plus haut. En 2000, d'importantes manifestations et émeutes ont secoué Cochabamba, troisième ville de Bolivie, en protestation contre une hausse de 35% du prix de l'eau potable. Cette hausse est attribuée à la privatisation des installations de distribution d'eau et de traitement d'égout de la ville. Une concession avait été accordée à un consortium de sociétés dirigé par *Bechtel* mais que le gouvernement bolivien a été contraint de révoquer¹²⁴.

¹²⁰ Illustré dans la fameuse affaire de Kukdong, le sous-traitant de Nike opérant au Mexique. Voir D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 193.

¹²¹ S. CUMMINGS, *op. cit.*, note 32, p. 24.

¹²² P. MUCHLINSKI, *op. cit.*, note 56, p. 222.

¹²³ Voir Partie IV – *Quelles symétries entre multinationales et société civile? – Section 2 – La soft law des acteurs non étatiques.*

¹²⁴ *EarthJustice*, “Victories: Bechtel Drops Case in Bolivia Water Case”, 19 janvier 2006, en ligne: http://www.earthjustice.org/our_work/victory/?issue=®ion=&office=27410256

Aguas del Tunari, filiale bolivienne contrôlée par le consortium dirigé par *Bechtel*, a donc poursuivi la Bolivie devant le CIRDI en vertu du traité bilatéral d'investissement (TBI) Pays-Bas / Bolivie pour un montant de 50 millions de dollars américains à titre de compensation pour expropriation. Suite à la poursuite, le géant américain a été vivement critiqué dans les médias et dans les campagnes internationales de la société civile. La critique se fondait en une mobilisation provenant d'acteurs des cinq continents, regroupant altermondialistes, académiciens, experts en développement durable et autres¹²⁵. En effet, de nombreux spécialistes tels que Joseph Stiglitz ont dénoncé ce recours. Selon lui, ce différend est un exemple flagrant parmi d'autres où : « *Many instances of corporate evil-doing have rightly become infamous (...)* »¹²⁶.

L'affaire a ainsi une valeur symbolique puisqu'elle opposait une des plus grandes entreprises américaines et un des pays d'Amérique latine les plus pauvres. Un affrontement qui a pris cependant place dans un contexte de globalisation économique et devant un tribunal du CIRDI. La Banque mondiale et le CIRDI ont été également affectés par la polémique suscitée par les campagnes de la société civile. Étant donné la conduite de l'audience à huis clos, le CIRDI a été critiqué à cause de sa procédure d'arbitrage « secrète » en dépit de l'énorme intérêt public en cause¹²⁷. Le différend a pris une ampleur politique considérable. Suite à l'échec de la demande bolivienne de rejeter la compétence du tribunal, le CIRDI a été également critiqué par

¹²⁵ *International Institute for Sustainable Development*, "Bolivian water dispute settled, Bechtel forgoes compensation", Investment Treaty News, 20 janvier 2006, en ligne: www.iisd.org/pdf/2006/itn_jan20_2006.pdf

¹²⁶ Joseph STIGLITZ, « Making globalisation work », New York, Norton & co., 2006, p.187.

¹²⁷ *Id.*, note 124.

le président Evo Morales. Ce dernier a dénoncé un favoritisme à l'égard des investisseurs et entama des démarches pour retirer son État du traité du CIRDI¹²⁸.

Le tribunal d'arbitrage saisi s'est prononcé sur sa juridiction en répondant également à une requête d'*amicus curiae*¹²⁹. Une ONG environnementale¹³⁰ a demandé au tribunal la permission d'intervenir en tant que partie au différend et, en cas de refus, en tant qu'*amicus curiae*¹³¹. Cette requête audacieuse a été présentée par la fameuse *Earthjustice*, qui est intervenue dans plusieurs différends examinés dans cette étude. Ce caractère audacieux se retrouve d'emblée dans les demandes des intervenants qui exigèrent : de se prononcer à la fois sur des aspects procéduraux incluant la juridiction du tribunal, sur l'arbitrabilité et le mérite des demandes du plaignant, d'assister à toutes les séances, de présenter des plaidoiries orales et d'avoir un accès immédiat à toutes les pièces communiquées au tribunal. De plus, ils exigeaient du tribunal la divulgation au public de toutes les pièces incluant les mémoires écrits des parties, de permettre au public d'assister aux audiences et que le tribunal se rende sur les lieux de Cochabamba¹³². Le tribunal n'avait cependant pas jugé utile à ce stade de se prononcer sur la question de la présentation des mémoires, et a rejeté les autres demandes puisque leur octroi relevait du consentement des parties.

¹²⁸ Susan FRANCK, "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution", *Virginia Journal of International Law* (47 Va. J. Int'l L. 767), 2008, p. 7.

¹²⁹ Décision rendue le 21 octobre 2005; *Agua del Tunari, S.A. v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case no. ARB/02/3), *Decision on Respondent's Objections to Jurisdictions*.

¹³⁰ Tel que soulevé à maintes reprises dans cette étude, la société civile qui y est décrite est loin d'être homogène dans sa composition. Les entités représentées par les ONG dans ce litige illustrent en effet cette diversité vu leurs qualités, leurs nationalités, et leurs expertises: *La Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands*, Oscar Olivera, Omar Fernandez, Père Luis Sanchez, et Jorge Alvarado (Membre du congrès bolivien).

¹³¹ *Agua del Tunari, S.A. v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case no. ARB/02/3), *Decision on Respondent's Objections to Jurisdictions*, p. 3.

¹³² *Id.*, note 131.

Bechtel et ses partenaires ont toutefois abandonné leur poursuite en 2006 en signant un règlement hors cour avec la Bolivie¹³³. L'abandon est considéré par la société civile comme un triomphe, fruit d'une mobilisation et d'une pression conséquente à la fois politique et judiciaire¹³⁴. Le pouvoir et plaidoyer de la société civile dans ce cas illustre en effet une fois de plus la dynamique de sa pression, exercée par son intervention pluridimensionnelle et à travers sa capacité de mobilisation édifiante contre les plus grandes entreprises. À travers son intervention complémentaire devant le CIRDI et face à l'impuissance de la Bolivie liée contractuellement par le TBI sous peine d'engager sa responsabilité, la société civile a surgit en tant que la « voix des sans voix », aussi bien devant cette juridiction que devant *Bechtel*.

III) Obtenir l'accès à quel titre ?

Dans les passages précédents, nous avons traité des caractéristiques et des fonctions de la société civile. Il importe dès lors de traiter de sa qualité comme un acteur non étatique au sein de l'ordre juridique international. En effet, la société civile atteindrait l'accès à la justice internationale économique à titre de sujet post-moderne de droit international, soit au même titre que les multinationales/investisseurs, ces derniers bénéficiant déjà d'un accès direct par l'entremise des mécanismes de règlements de différends prévus par les TBI. Il ne s'agit pas de traiter ici des débats volumineux entourant cette question de droit international public, l'objectif de cette partie étant plutôt d'aborder le débat quant au statut des acteurs non étatiques afin d'illustrer que : grâce à leurs poids et leurs influences, la société civile et les

¹³³ S. FRANCK, *op. cit.*, note 128, p.10.

¹³⁴ *Id.*, note 124.

multinationales surgissent en tant que véritables partenaires et interlocuteurs indispensables des États dans le développement du droit international économique¹³⁵.

Cette nouvelle réalité se traduit par le début d'un éloignement du modèle « westphalien », ou *moderne*, centré autour de l'État, pour se rapprocher d'un modèle plus cosmopolite projetant d'autres acteurs et entités sur la scène internationale¹³⁶. Dans ce modèle « post-moderne », les acteurs non étatiques se rapprochent du statut de « participants » à un « processus » et les caractéristiques de sujets de droit international s'appliquent à des acteurs non étatiques.

1) Du rôle de « participants » à un « processus »

Les acteurs non étatiques sont qualifiés de « *participants* » au droit international, et en considérant celui-ci comme « *processus* »¹³⁷. En effet, selon Rosalyn Higgins, le droit international serait un processus de prise de décisions dans lequel les acteurs non étatiques sont souvent des participants indépendants et où ils ont un rôle conséquent¹³⁸.

À ce titre, la reconnaissance des acteurs non étatiques s'imposerait à défaut de quoi le droit international serait bureaucratisé, obsolète et où le fossé entre *de jure* et *de facto* serait désormais irréconciliable: « *International law has been called upon to abandon sacrosanct rules rooted in the past and adapt itself to newly emergent social conditions* »¹³⁹. Nombreux sont ceux qui remettent en question le statut actuel du droit

¹³⁵ P. DUMBERRY, *op. cit.*, note 45, p. 104.

¹³⁶ F. MAGRIS, *op. cit.*, note 94, p.282.

¹³⁷ Rosalyn HIGGINS, «Problems and Process: International law and how we use it », Oxford, Oxford University Press, 1993, p.50; J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.74; P. MUCHLINSKI, *op. cit.*, note 56, p. 231.

¹³⁸ T. MERON, *op. cit.*, note 66, p.355.

¹³⁹ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 6.

international comme étant essentiellement focalisé sur l'État¹⁴⁰. Selon cette vision classique, les États sont les uniques sujets de droit international, tandis que les individus, entreprises et autres entités privées sont considérés comme objets de droit international¹⁴¹.

Divers développements ont cependant bouleversé cette vision classique. À titre d'exemple, le droit des particuliers d'intenter un recours contre un État pour des violations de droits de l'homme devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg marque ce changement de dynamique¹⁴². Ces particuliers deviennent dès lors des sujets actifs de droit international à travers les recours directs et individuels qui leur sont offerts.

C'est à cet égard et dans ce contexte que de nombreux auteurs considèrent que ce sont la société civile et les multinationales qui gagnent présentement du terrain aux dépens de l'État. Ce dernier serait en train de perdre sa « supériorité inhérente » en devenant un acteur parmi d'autres sur la scène internationale¹⁴³. Certains auteurs iront jusqu'à déclarer que le nouvel ordre juridique international économique projetterait les États « en second plan derrière le marché et ses forces »¹⁴⁴. Si l'on donnait une forme géométrique à ces développements, on imaginerait un « triangle normatif » qui regrouperait des acteurs publics, privés et civils où chacun aurait un impact effectif

¹⁴⁰ Marouf MANIRUZZAMAN, « International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements : A Prognostic View », *Wisconsin International Law Journal*, dans Fiona BEVERIDGE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005, p.80.

¹⁴¹ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.73.

¹⁴² M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 19.

¹⁴³ Ladite «supériorité inhérente» - telle que qualifiée par Duncan French - reposerait entre autres sur la centralisation gouvernementale dans les domaines politiques, socio-économiques, et militaires. *Voir* D. FRENCH, *op. cit.*, note 46, p. 61.

¹⁴⁴ P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 253.

sur le droit international¹⁴⁵. La vision classique du droit international aurait en revanche une forme strictement linéaire ou verticale.

L'augmentation du nombre d'organisations internationales constitue par ailleurs une porte d'entrée aux acteurs non étatiques. Ils y participent activement et exercent une influence sur les agendas de ces organisations. Leur présence et leur assistance lors des négociations des traités et des accords internationaux illustrent la magnitude de leur rôle¹⁴⁶. Ce phénomène est également illustré au niveau du Fonds monétaire international (FMI) où une coopération et un dialogue se sont forgés avec la société civile au sujet de la restructuration de la dette des pays les plus pauvres, relation que la puissante organisation ne conduit typiquement et uniquement qu'avec un État¹⁴⁷.

De plus, grâce à leur pouvoir normatif, les acteurs non étatiques *participent* effectivement au *processus* de création de droit international. Cette participation est concrétisée par la préparation et l'adoption de projets de textes et par le plaidoyer qu'elles exercent à l'égard des États et des organisations internationales telles que l'ONU ou l'OMC. Ce processus est accentué par l'utilisation des pouvoirs conséquents des médias, des nouvelles technologies de communication ainsi que des campagnes de relations publiques. Les acteurs non étatiques envoient souvent des délégations afin de présenter leurs perspectives et leurs agendas directement auprès

¹⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 327.

¹⁴⁶ À titre d'exemple, lors de la conférence de Rome pour l'établissement de la CPI, certains membres de la société civile étaient des participants aux négociations, et quelques uns faisaient même partie de délégations étatiques; Voir T. MERON, *op. cit.*, note 66, p.347.

¹⁴⁷ L'organisation est également très susceptible à l'égard de son image telle que vue par la société civile, notamment et évidemment en ce qui a trait aux questions de transparence. Voir *Bulletin du FMI pour la société civile*, « Rapport d'une ONG : Le FMI louangé pour sa transparence », février 2007, en ligne : <http://www.imf.org/External/NP/EXR/cs/fra/2007/index.htm#art2b>; Voir également P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 78.

des organisations internationales et des États¹⁴⁸. Ceci fut le cas en l'occurrence lors du cycle d'Uruguay, durant lequel le lobby de l'industrie pharmaceutique a eu un rôle reconnu et édifiant visant à l'inclusion de la protection de la propriété intellectuelle dans les négociations¹⁴⁹. Il s'agit de l'exemple par excellence de l'influence des multinationales dans la création de normes juridiques et dans l'élaboration des traités et des accords internationaux¹⁵⁰:

« Les transnationales deviennent créatrices de droit et récupèrent une capacité normative par négociations, par consensus, par pression, par délégation (...) »¹⁵¹.

L'influence des multinationales décrite ci-dessus est généralement exercée par les grands groupes corporatifs des pays développés¹⁵². Ce constat est illustré par le rôle du lobby de l'industrie chimique américaine qui accompagnait sa délégation nationale, offrant soutiens et conseils, durant le cycle de Tokyo où l'Accord sur les barrières techniques au commerce (BTC) et l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) ont été négociés¹⁵³. Nous pouvons également noter le rôle édifiant des groupes corporatifs américains, canadiens et mexicains dans l'élaboration et la révision des règles de l'ALENA avant leur entrée en vigueur¹⁵⁴.

Le pouvoir normatif des acteurs non étatiques est également illustré par la *lex mercatoria*, qui représente un ensemble de normes constitué à travers une utilisation universelle/internationale et systématique de contrats-types ou de clauses

¹⁴⁸ T. MERON, *op. cit.*, note 66, p. 540.

¹⁴⁹ Les États-Unis et l'Union européenne ont été notamment assistés par le *Financial Leaders Group*. Voir P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 264; S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, note 30, p. 529; J. STIGLITZ, *op. cit.*, note 126, p. 105.

¹⁵⁰ *Id.*, note 34, p. 264; *Id.*, note 30, p. 529; *Id.*, note 114, p. 105.

¹⁵¹ P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 274.

¹⁵² S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 155.

¹⁵³ *Id.*, note 47, p. 156.

¹⁵⁴ *Id.*, note 47, p. 157.

contractuelles standardisées. Elle incarne les usages commerciaux ayant pour finalité de créer des principes juridiques opposables. Ces normes sont nées véritablement de la volonté des entreprises et des commerçants. Dès lors, la *lex mercatoria* représente bel et bien un exemple de la relativité du monopole normatif international de l'État¹⁵⁵.

Une autre illustration de ce pouvoir normatif des acteurs non étatiques serait le principe de *supply chain responsibility*. Selon ce principe, une entreprise est responsable au même titre que son sous-traitant ou son fournisseur¹⁵⁶. Si le sous-traitant ou le fournisseur conduit ses activités dans des conditions de travail qui mettent en cause sa responsabilité, l'entreprise cliente serait responsable au même titre que le fournisseur. Il a justement été soulevé dans le cadre de la lutte contre les *sweatshop* dans les années 1990. Il constitue un signal d'alarme pour les multinationales puisque le grand public ne fait que peu de distinctions entre ces dernières et ses sous-traitants. Ce principe a été utilisé par des ONG telles qu'*Amnesty International* et *Oxfam* depuis longtemps et il est de plus en plus accepté. Il a été repris par l'OCDE et l'ONU dans les normes couvrant les activités des multinationales que nous traitons dans cette étude¹⁵⁷. *The Commission on Business and Society* de la Chambre de commerce internationale (CCI) a également émis une politique portant sur le principe de *supply chain responsibility*¹⁵⁸. Elle contient des

¹⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 101; *Id.*, note 47, p. 92.

¹⁵⁶ S. CUMMINGS, *op. cit.*, note 32, p. 12; J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.265.

¹⁵⁷ Les normes de l'OCDE encouragent, *et n'obligent pas*, les entreprises d'inciter ses partenaires, sous-traitants, fournisseurs, à adopter une conduite corporative compatible avec les Directives. Par contre, les Normes de l'ONU vont plus loin encore au point d'imposer à une multinationale de cesser de faire affaire avec des tiers qui persistent à ignorer les Normes. Voir Organisation de coopération et de développement économique, « Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », 31 octobre 2001, en ligne :

http://www.oecd.org/document/28/0,3343,fr_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html; Partie II – Principes généraux, paragraphe 10; *Commentaires sur les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003), en ligne :

<http://www1.umn.edu/humanrts/links/commentary-Aug2003.html>; Paragraphe 15 c).

¹⁵⁸ Chambre de Commerce Internationale, « *Policy Statement : ICC guidance on supply chain responsibility* », 23 octobre 2007, en ligne: http://www.icc-wcf.biz/uploadedFiles/ICC/policy/business_in_society/Statements/141-75%20int%20rev6%20FINAL.pdf.

recommandations afin de guider les entreprises dans la mise en place de procédés leur permettant de se conformer aux exigences de ce principe.

En ce qui concerne plus particulièrement la société civile, son pouvoir normatif est spécifiquement caractérisé par la proposition d’alternatives et des solutions concrètes aux problématiques du *statu quo* qu’elle dénonce. Ces propositions sont d’une importance cardinale puisqu’elles ajoutent à sa cause et à sa crédibilité en mettant en valeur son caractère de « *participant* »¹⁵⁹, cela lui ayant par exemple permis d’exiger l’abandon du projet de l’Accord multilatéral sur l’investissement de l’OCDE que nous avons traité plus haut¹⁶⁰. Une illustration desdites alternatives et solutions se trouve dans un modèle de traité d’investissement élaboré par l’Institut international de développement durable¹⁶¹. Ce modèle d’accord couvre des matières reliées à la protection d’investissement, au développement, à l’environnement, aux droits de l’homme et au droit du travail. Il entérine le principe d’intégration selon lequel les activités économiques, financières, sociales et environnementales sont interdépendantes et requièrent une approche globale et intégrée¹⁶².

Ainsi, les activités de la société civile et des multinationales ont un rôle considérable dans le développement du droit international économique à travers la proposition de nouvelles normes et ce, de façon continue. Si elles sont réellement

¹⁵⁹ *Alternative for the Americas* est un parfait exemple, Voir C. RODRIGUEZ-GARAVITO, *op. cit.*, note 117, p. 83; Voir également Von MOLKE, “A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development”, *International Institute for Sustainable Development*, 2004, en ligne: www.iisd.org/pdf/2004/trade_model_inv.pdf.

¹⁶⁰ E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 314.

¹⁶¹ Le modèle d’accord impose une obligation aux investisseurs de s’assurer que leurs investissements rencontrent l’exigence de durabilité, et donc qu’ils soient non nuisibles à l’environnement et aux communautés locales. Voir *Id.*, note 149, p. 219.

¹⁶² Chapitre 8.2, « Intégration de l’environnement et du développement aux niveaux de l’élaboration des politiques, de la planification et de la gestion », “Agenda 21”, en ligne: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action2.htm>; Voir également E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 315.

adoptées et reflétées dans les pratiques étatiques, ces normes pourraient un jour devenir des normes coutumières obligatoires¹⁶³. Ceci est illustré par les normes contenues dans les instruments de *soft law*. En effet, elles pourraient servir à interpréter des traités existants, constituer une base pour d'éventuels traités ou accords et à forger de nouvelles coutumes¹⁶⁴. Nous pensons ici aux principes non contraignants de la RSE qui ont vu le jour grâce à la contribution des acteurs non étatiques et qui sont consacrés entièrement dans des initiatives et des instruments de *soft law*¹⁶⁵. L'ONU et plusieurs de ses agences telles que CNUCED et la Sous-commission des droits de l'homme sont déjà un forum pour cette fermentation d'un droit international économique qui couvrirait la RSE. Il reste à savoir s'il y aura cristallisation d'une pratique étatique autour de ces principes ou s'ils seront ignorés¹⁶⁶.

Le rôle de *participants* est par ailleurs illustré dans le domaine de règlement des différends internationaux. Les acteurs non étatiques interviennent dans ces différends à titre de plaignants, de véritables initiateurs des procédures ou encore en tant qu'*amicus curiae*. Cette dernière procédure est perçue par la société civile comme une porte d'entrée à des juridictions internationales. Elle pourrait ainsi avoir un impact sur l'évolution de la jurisprudence et sur l'interprétation du droit. Le statut d'*amicus curiae* lui permettrait d'atteindre ce statut de « *participant* » - ou de partenaire dans le développement du droit international économique – à travers justement l'accès à ces juridictions¹⁶⁷. Ce statut d'« ami de la cour » pourrait être

¹⁶³ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.248.

¹⁶⁴ M. KRUGER et D. WEISSBRÖDT, *op. cit.*, note 56, p. 212.

¹⁶⁵ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.245.

¹⁶⁶ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 133.

¹⁶⁷ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 401.

considéré comme un remède à l'incapacité juridique internationale de la société civile. Nous aborderons la question de l'*amicus curiae* plus en détail par la suite.

Enfin, la contribution des acteurs non étatiques dans la création de normes de droit international est indirecte puisque leurs normes doivent être ultimement sanctionnées par les États¹⁶⁸. Ces derniers sont et demeurent tout de même les véritables créateurs du droit international¹⁶⁹.

2) Rapprochement au statut de « sujet » de droit international public

Au-delà de leur attribut de *participant* à un *processus*, la société civile et les multinationales se rapprocheraient du statut de sujet de droit international. Elles pourraient dans plusieurs domaines entrer dans des relations juridiques internationales avec des États. Cela leur permettrait de pouvoir opposer et de réclamer des États des droits et des obligations internationaux, un tel pouvoir reposerait sur les caractéristiques d'un sujet de droit international. Dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ a décrit les caractéristiques d'un sujet de droit international en déterminant si l'ONU était ou non un tel sujet:

« Cela signifie que l'organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Id.*, note 47, p. 5.

¹⁶⁹ *Id.*, note 47, p.4.

¹⁷⁰ Avis consultatif sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, 11 avril 1949, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>, p. 179.

Tel que mentionné plus haut, le recours direct prévu par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) figure parmi les nombreux développements qui ont bouleversé la vision classique du droit international. L'article 34 de la CEDH octroie effectivement un droit d'accès à sa justice à tout individu, groupe ou organisation non-gouvernementale. Ce mécanisme permet à ces entités de poursuivre tout État signataire pour toutes violations de la CEDH et d'obtenir réparation¹⁷¹. À cet effet, le professeur Theodor Meron déclare ce qui suit : « *To the extent that international law acts on individuals per se, they become subjects of international law* »¹⁷². Jan Paulsson souligne ainsi la désuétude de la vision classique décrite plus haut, selon laquelle les États sont les seuls à pouvoir être des sujets de droit international:

« *Against this background, once axiomatic declarations to the effect that only states may be subjects of international law fall on modern ears like an echo of an incomprehensible ancient dogma* »¹⁷³.

Le constat de Jan Paulsson est illustré dans le domaine du droit international de l'investissement où des acteurs non étatiques, notamment les multinationales ou les investisseurs, se rapprochent du statut de sujet plutôt que d'objet de droit international¹⁷⁴. En vertu des TBI, ils bénéficient de droits, d'obligations ainsi que de la capacité de poursuivre directement l'État qui violerait ses obligations telles

¹⁷¹ *Id.*, note 162, p.54.

¹⁷² T. MERON, *op. cit.*, note 66, p. 276.

¹⁷³ Jan PAULSSON, "Denial of justice in international law", Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p.55.

¹⁷⁴ Outre le droit de l'investissement étranger direct, certains auteurs citent également ADPIC pour soutenir cet argument. L'article 1(3) accorde, explicitement et directement à des personnes privées, le droit au traitement national en référant aux « ressortissants » des États membres. La notion de « ressortissants » inclurait les personnes physiques, en tant qu'inventeurs ou créateurs, et les personnes morales en tant que détenteurs de brevets par exemple. Voir P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 203.

qu'énoncées par les traités en question¹⁷⁵. Une relation d'égalité s'est établie entre les investisseurs et les États - les véritables sujets de droit international - par l'entremise des TBI¹⁷⁶. L'égalité instaurée entre les investisseurs et les États est emblématique de la concurrence qui existe entre ces derniers pour attirer les facteurs de production et les débouchés commerciaux, et ultimement du poids économique conséquent des investisseurs¹⁷⁷.

En effet, d'importants mouvements de concentration d'entreprises, de fusions et d'alliances économiques entre des grands groupes corporatifs constituent de véritables « pouvoirs privés économiques ». Ces derniers disposent d'un pouvoir comparable à celui de la puissance publique, soit l'État¹⁷⁸. En toute évidence, ce poids leur octroie la latitude, la capacité et le pouvoir de s'auto-réglementer notamment vis-à-vis de leur responsabilité sociale, qui découlerait éventuellement de leurs activités commerciales et économiques¹⁷⁹. Certaines multinationales sont aussi puissantes et prospères que des États. Elles déclarent également leur respect à des conventions et des traités internationaux au même titre que les États: « *Barclays has endorsed the UN universal declaration of human rights* »¹⁸⁰. C'est essentiellement à travers cet énorme poids économique que les multinationales parviennent à exercer à l'égard des États un pouvoir de pression et de plaidoyer conséquent¹⁸¹.

Le poids des multinationales ainsi que leur statut émergent de sujet de droit international évoquent un appel à la redirection des obligations de droits de l'homme

¹⁷⁵ T. MERON, *op. cit.*, note 66, p.325; A. MANIRUZZAMAN, *op. cit.*, note 140, p.79.

¹⁷⁶ P. DUMBERRY, *op. cit.*, note 45, p.109.

¹⁷⁷ M. JACQUEMAIN, *op. cit.*, note 58, p.272.

¹⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 107.

¹⁷⁹ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.7.

¹⁸⁰ C'est également le cas pour *British Petroleum et Rio Tinto*; Voir *Id.*, note 34, p. 34 et p.42; M. KRUGER et D. WEISSBRODT, *op. cit.*, note 56, p. 199.

¹⁸¹ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 101.

de l'État vers les multinationales. La problématique est la suivante : le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ont incité, de façon systématique durant le début des années 1990, la privatisation de secteurs clés tels que les services sanitaires ou de distribution d'eau potable et d'électricité¹⁸². Ces secteurs sont primordiaux car ils relevaient autrement de l'État et de sa responsabilité de veiller au bien-être de ses citoyens. Suite à ces vagues de privatisation, les multinationales seraient devenues les remplaçantes des États. Nombreux sont ceux qui soulèvent qu'elles devraient, à ce titre de « remplaçantes », être assujetties aux obligations des droits de l'homme découlant du droit international. Ces obligations étaient dirigées vers les États et visaient à protéger initialement les individus des défaillances et des abus étatiques¹⁸³. Cet argument a été soulevé par la société civile agissant à titre d'*amicus curiae* dans le différend de *BGT c. Tanzanie*. Les *amici curiae* ont soulevé notamment que *BGT*, opératrice privée d'eau potable de la ville de Dar Es Salam en Tanzanie, était liée par le droit de toute personne d'accès à l'eau. Nous examinerons ce différend plus en détail par la suite.

Le fait que les multinationales soient toujours considérées comme des objets de droit international soulève donc une préoccupation quant à leurs responsabilités par rapport aux droits de l'homme et quant à leurs obligations socio-environnementales¹⁸⁴. Cette préoccupation est justement soulevée car l'opposabilité desdits droits non marchands est quasiment inexistante face aux multinationales. L'octroi du statut de sujet de droit international serait un véhicule permettant ultimement la sanction internationale des abus des multinationales.

¹⁸² J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.13.

¹⁸³ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.76; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 255.

¹⁸⁴ P. MUCHLINSKI, *op. cit.*, note 56, p. 221.

Enfin, les droits et les obligations des acteurs non étatiques ne découlent pas directement et entièrement, du moins pas encore, du droit international au même titre que les États¹⁸⁵. Ce rapprochement du statut de la personnalité juridique doit être nuancé. Il découle en effet d'un instrument juridique, d'un traité d'investissement ou d'une mesure qui sont sanctionnés ultimement par l'État¹⁸⁶. La multitude de points de vue divergents quant au statut des acteurs non étatiques en droit international public rend les conclusions difficiles¹⁸⁷. La société civile et les multinationales surgissent tout de même en tant que partenaires dans le développement du droit international économique vu ce « tête-à-tête » avec les États¹⁸⁸. Eu égard à leur rôle décrit précédemment, les acteurs non étatiques seraient aptes et capables d'accéder, éventuellement et véritablement à la justice internationale économique. Ce dernier constat ne permettrait pas de masquer le fait que les États, surtout les membres de l'OCDE, demeurent les acteurs principaux au sein de l'ordre juridique international où ils y ont, de surcroît, un rôle cardinal et édifiant¹⁸⁹.

IV) Quelles symétries entre multinationales et société civile ?

En traitant plus haut de la société civile et des multinationales comme sujets potentiels de droit international, nous avons relevé l'existence de symétries entre ces deux acteurs non étatiques. Tout d'abord, toutes deux se sont projetées sur la scène de l'ordre juridique international strictement horizontal ou interétatique, façonnée initialement par les États, pour les États. Il nous faut identifier dans cette partie des symétries additionnelles quant à leurs intérêts pour des préoccupations non

¹⁸⁵ P. DUMBERRY, *op. cit.*, note 45, p. 117.

¹⁸⁶ *Id.*, note 45, p. 116.

¹⁸⁷ A. MANIRUZZAMAN, *op. cit.*, note 140, p.88.

¹⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 27.

¹⁸⁹ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 111 et p. 204; D. FRENCH, *op. cit.*, note 35, p. 63.

marchandes, leur soutien aux instruments de *soft law*, leurs efforts de propager la règle de droit internationale, leur rôle à initier des procédures internationales économiques et enfin par rapport à l'opposition à leur participation. Une fois lesdites symétries identifiées, nous traiterons par la suite de l'asymétrie qui existe entre ces deux acteurs au niveau de leur accès à la justice internationale économique, et sur l'existence manifeste d'un double standard en dépit du rapport d'égalité notoire entre les deux acteurs en tant qu'acteurs non étatiques.

1) Intérêts pour des préoccupations non marchandes

Les multinationales et la société civile ont des intérêts communs pour des préoccupations non marchandes. Nous relèverons les exemples du développement durable et de la responsabilité sociale des entreprises multinationales (RSE). Les deux représentent des préoccupations non marchandes qui constitueraient un chemin commun où ces deux forces parallèles se croisent et se complètent.

Tel que soulevé plus haut, le développement durable est une préoccupation non marchande qui pourrait rassembler la société civile et les multinationales. La société civile exige que le développement durable soit *intégré* dans l'analyse du droit international économique. Cela impliquerait ultimement l'obligation de mise en œuvre des mesures environnementales appropriées dans la conduite des activités de développement économique¹⁹⁰. Cette dernière obligation a été analysée dans un différend devant la Cour permanente d'arbitrage.

¹⁹⁰ Virginie BARRAL, « La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », Paris, *Revue générale de droit international*, 2006, p. 648.

L'affaire opposait la Belgique aux Pays-Bas¹⁹¹. Les deux pays étaient en désaccord à propos de l'impact environnemental de la réactivation et de la modernisation d'un chemin de fer construit dans le cadre d'un droit de passage datant de 1839 octroyé à la Belgique et ce, en vertu du traité de séparation des deux pays¹⁹². En prévoyant la modernisation du chemin de fer, la Belgique a soulevé que les exigences environnementales néerlandaises rendaient l'exécution du projet impossible financièrement. La Cour permanente d'arbitrage a réitéré dans sa décision l'appartenance des principes du droit environnemental au corpus du droit positif international. Étant donné que les règles du droit international sont applicables entre les parties, le projet de réactivation doit intégrer les mesures adéquates de protection environnementale. Cela signifie que les parties ont l'obligation de se soumettre au principe d'intégration et de développement durable¹⁹³. Les coûts de réactivation, qui selon le traité devaient être assumés par la Belgique, incluent automatiquement et obligatoirement les mesures nécessaires à la protection de l'environnement¹⁹⁴.

C'est cette approche d'intégration qui a été longtemps soulevée par la société civile devant les juridictions de l'OMC ou devant celles d'arbitrage des différends d'investissements que nous examinerons ci-dessous. Tel que nous l'avons abordé plus haut, la société civile a longtemps appelé au soutien de la doctrine à décroiser le droit international économique en l'appliquant à la lumière des autres principes de droit international, notamment le droit international de l'environnement¹⁹⁵. En effet, une complémentarité et une convergence entre droits marchands et droits non

¹⁹¹ Affaire du "Rhin de fer", Belgique c. Pays-Bas, CPA 24 mai 2005.

¹⁹² *Id.*, note 190, p. 648.

¹⁹³ *Id.*, note 190, p. 648.

¹⁹⁴ *Id.*, note 191, p. 93.

¹⁹⁵ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 419; H. ASCENSIO, *op. cit.*, note 67, p.924.

marchands se retrouvent autour du concept de développement durable et du droit au développement¹⁹⁶. D'une part, la démocratie et le développement sont reconnus comme étant des éléments cardinaux à l'épanouissement économique, permettant l'instauration d'un environnement propice à la croissance, la viabilité et la rentabilité des entreprises¹⁹⁷. D'autre part, la démocratie et le développement sont des éléments constitutifs du processus du développement durable, qui vise entre autres à aborder les problématiques d'intérêts collectifs et intergénérationnels de l'humanité¹⁹⁸.

Par ailleurs, des multinationales se sont appropriées le concept du développement durable¹⁹⁹. Outre les considérations de relations publiques et d'amélioration de l'image corporative, le développement durable est désormais considéré par de nombreuses multinationales comme un objectif corporatif légitime puisqu'il octroie une certaine sécurité et viabilité à long terme aux marchés dans lesquelles elles opèrent et à leurs activités économiques. On parle alors d' « *eco-efficiency* »²⁰⁰. C'est dans cette perspective que l'Agenda 21 de l'ONU²⁰¹ énonce que les multinationales et leurs organisations devraient être des participants à part entière dans l'implémentation et l'évaluation du programme et de l'initiative²⁰². Grâce à leurs ressources et leurs capacités, les multinationales sont également appelées à avoir un rôle dans le développement des bénéfices socio-environnementaux des communautés locales auprès desquelles elles opèrent²⁰³. Les investissements étrangers ont été

¹⁹⁶ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 147.

¹⁹⁷ *Id.*, note 5, p. 146.

¹⁹⁸ *Id.*, note 5, p. 42.

¹⁹⁹ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 63.

²⁰⁰ *Id.*, note 47, p. 63.

²⁰¹ Agenda 21 est un programme lancé par l'ONU lors de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio de Janeiro en 1992. Le programme formule une série de recommandations à entreprendre par les acteurs mondiaux afin de répondre aux problématiques socio-environnementales à travers une approche de développement durable. Voir le portail d'Agenda 21, en ligne : <http://www.un.org/esa/sustdev/agenda21.htm>.

²⁰² *Id.*, note 47, p. 322.

²⁰³ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.45.

d’ailleurs reconnus en tant que force motrice essentielle dans l’atteinte de l’épanouissement économique et du développement durable des pays en développement²⁰⁴. La CCI - un regroupement international corporatif par excellence - a élaboré à ce titre un code de conduite sur le développement durable qui existe depuis 1991. Les multinationales et les organisations corporatistes sont ainsi fort présentes et actives lors des divers sommets et conférences concernant ce thème, dont le Sommet mondial pour le développement durable de Johannesburg de 2002. Leur participation s’est concrétisée à travers la circulation de documents et de publications sur leurs visions et sur leurs efforts pour le développement durable, les interventions orales et les présentations écrites, les participations lors des dialogues, des débats, et des tables rondes²⁰⁵. La déclaration du sommet a effectivement reconnu le besoin d’un processus intégrant leur apport.

En ce qui concerne la RSE, la société civile en général allant de ses acteurs modérés aux altermondialistes est préoccupée par le manque de responsabilité des multinationales dans la sphère internationale²⁰⁶. Les mécanismes d’opposabilité des droits de l’homme aux entreprises sont en effet quasiment inexistant²⁰⁷. Le mouvement de la RSE reste fragile, surtout aux vues des lacunes et du défaut de moyens des pays en développement incapables de la renforcer²⁰⁸. Les acteurs mondiaux semblent pourtant avoir une plus grande appréciation quant à l’équilibre nécessaire entre les droits et les obligations des multinationales²⁰⁹. Une telle nécessité

²⁰⁴ Chapitre 2.23, « Coopération internationale visant à accélérer un développement durable dans les pays en développement et politiques nationales connexes », « Agenda 21 », en ligne: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action2.htm>; Voir également E. KENTIN, *op. cit.*, note 42, p. 312.

²⁰⁵ *Id.*, note 47, p. 65.

²⁰⁶ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.21.

²⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p.17.

²⁰⁸ E. DARANKOUM, *op. cit.*, note 54, p. 151.

²⁰⁹ P. MUCHLINSKI, *op. cit.*, note 56, p. 228.

est d'autant plus justifiée par la privatisation et la libéralisation croissantes qui contribuent à l'augmentation de leurs activités²¹⁰. Suite à des pressions au sein de leurs pays, la Communauté européenne et les États-Unis sembleraient être plus attentifs à cette problématique²¹¹.

De nombreux acteurs de la société civile voudraient donc renforcer l'opposabilité de ces responsabilités et ces obligations au sein du même cadre qui accorde des droits aux multinationales. Ils plaident donc pour que la RSE soit une préoccupation qui pèse au niveau de l'ordre juridique international. Ce plaidoyer est soutenu par la publication de recherches, d'études et de rapports crédibles ainsi que par l'élaboration de guides et de codes de conduite²¹². Ces acteurs mènent également des audits en tant que moniteurs indépendants et militent pour des boycotts d'entreprises auprès des agences de crédits d'exportations²¹³. Des ONG telles que *Friends of the Earth* (FoE), qui a été fort présente durant le Sommet mondial de développement durable de Johannesburg de 2002, soulèvent même l'élaboration d'un traité international portant sur la RSE²¹⁴. La pression de la société civile est un grand facteur de l'intérêt croissant des pays développés, où la plupart des multinationales sont basées, quant aux standards socio-environnementaux de ces dernières à l'étranger²¹⁵. Cette pression est renforcée par l'apparition d'un consommateur de plus en plus sensible aux questions relatives à la RSE et qui s'attend à la conformité aux

²¹⁰ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 112.

²¹¹ À titre d'exemple, des clauses de droits de l'homme sont incluses dans les accords de Cotonou. Voir E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 640-642.

²¹² Voir Institut international de développement durable, « Responsabilité sociale des entreprises : Guide de mise en œuvre pour les entreprises », 2007, en ligne : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=884>.

²¹³ Un projet de loi aux Pays-Bas propose une telle exigence. En Allemagne et en France, les crédits d'exportations sont uniquement utilisés pour rappeler les principes des Directives. Voir J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.189-191.

²¹⁴ *Friends of the Earth*, « Towards binding Corporate Accountability », en ligne : <http://www.foei.org/en/campaigns/corporates/towards.html>; *Id.*, note 34, p.95 et p.278.

²¹⁵ *Id.*, note 34, p.303.

standards similaires aux siennes, même s'ils sont plus stricts que les standards locaux²¹⁶. La société civile semblerait avoir effectivement accompli ce que de nombreux pays en développement n'ont pas pu atteindre, soit affecter le comportement environnemental de plusieurs multinationales :

“(…) Namely by conducting public relations campaigns to gain leverage over firms that rely on building brand reputations. While globalization erodes the power of national governments to regulate firm conduct as falling barriers to trade and investment allow firms to exploit cross country differences in environmental regulations”²¹⁷.

Par ailleurs, vu de l'angle de la gestion d'affaires, de plus en plus de multinationales sont convaincues que la RSE pourrait contribuer à la productivité et au rendement de l'entreprise²¹⁸. De grandes multinationales basées au Canada telles que *SNC Lavalin* et *Alcan* (aujourd'hui appelée *Rio Tinto Alcan*) ont adopté cette philosophie en accordant une grande importance à la RSE dans la conduite de leurs activités²¹⁹. Il s'avère que la RSE est un concept que les multinationales se sont appropriées. Ces dernières l'encadrent avec des codes de conduite et s'engagent à son respect à travers des initiatives telles que le Pacte mondial. Elles y réfèrent constamment, notamment sur leurs produits à travers l'« *Eco/Social labelling* », en l'utilisant pour renforcer leurs réputations corporatives. Les normes environnementales ISO, dont l'ISO 14000, illustrent l'importance accordée par les multinationales à des problématiques non marchandes telles que l'environnement.

²¹⁶ Petra CHRISTMAN et Glen TAYLOR, “Environmental Self Regulation in the Global Economy: The role of firm capabilities”, dans S. M. LUNDAN (dir.), “Multinationals, Environment and Global Competition”, London, ELSEVIER, 2004, p. 122.

²¹⁷ *Id.*, note 204, 124.

²¹⁸ *Business and Human Rights*, “Why all companies should address human rights”, septembre 2006, en ligne: http://www.cca-institute.org/pdf/avery_business%26humanrights.pdf, p. 5; J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.17.

²¹⁹ *SNC Lavalin*, « Rapport d'activité 2007 sur la durabilité », en ligne : http://www.snclavalin.com/pdf/current/hse_f.pdf.

Elles représentent à ce titre une véritable marque d'accréditation qui permet aux entreprises de mieux se commercialiser et de « vendre » ce titre. Véritables outils de *marketing*, ce type d'investissements dans la responsabilité sociale entraîne des bénéfices à long terme pour l'entreprise, permettant d'éviter des débâcles de relations publiques et des atteintes à sa réputation corporative²²⁰. Celle-ci serait hautement vulnérable aux attentes du consommateur, des investisseurs, de la société civile et parfois même de l'État où le siège social de l'entreprise est situé²²¹.

Le domaine du développement durable et de la RSE nous démontre enfin l'existence d'une symétrie, pour ne pas dire complicité, entre multinationales et société civile. Ce constat constitue un argument édifiant pour le rejet du manichéisme qui oppose souvent les deux. Cette opposition devrait être relativisée si l'on considère leur position de force face à l'État, qui se retrouve parfois en arrière-plan en ce qui concerne ces problématiques.

2) La *soft law* des acteurs non étatiques

Les acteurs non étatiques, soit la société civile et les multinationales, créent et font un usage systématique des normes de *soft law*. Tous deux soutiennent des initiatives et des instruments internationaux non contraignants - donc de *soft law* - qui sont consacrés à des préoccupations non marchandes telles que la RSE. Il existe par contre un contexte particulier qu'il faudrait traiter avant d'aborder le recours des acteurs non étatiques à la *soft law*.

²²⁰ S. PICCIOTTO, *op. cit.*, note 43, p. 184.

²²¹ Il s'agit ici d'obligations imposées aux multinationales à travers des « *Long arm legislation* », qui couvre des questions telles que la corruption d'agents publics, très peu d'États ont ce type de législation, Voir Nguyen QUOC DINH, «Droit international public», Paris, L.G.D.J., 2002, p. 690.

Le rapprochement des acteurs non étatiques du statut de sujet de droit international, traité plus haut, évoque un changement dans la philosophie réglementaire. Une conséquence évidente qui implique que l'on ne pourrait plus s'attendre à un droit international du type «*command & control*». L'autoréglementation est de plus en plus considérée comme étant plus productive, efficace et efficiente²²². Cette réalité serait de plus renforcée par des changements au niveau national, notamment à travers les vagues de privatisation et un rejet de plus en plus évident de l'État providence²²³. Les membres de l'OCDE, dont la Communauté européenne et le Canada ont effectivement adopté des approches visant à l'optimisation de l'efficacité réglementaire. Il s'agit du rejet du modèle linéaire ou pyramidal de prise de décisions afin de le remplacer par un modèle circulaire. Un tel modèle serait basé, entre autres, sur une interaction et une participation pluridimensionnelle des diverses parties prenantes²²⁴. Cela implique l'établissement de procédures de consultations, de délibérations et de coopération avec les entreprises et les membres de la société civile concernés²²⁵. Ces approches sont applicables tant au niveau national qu'au niveau international²²⁶. Elles relèvent des caractéristiques de l'État post-moderne²²⁷ qui seraient transposées à l'échelle internationale afin de construire un espace public mondial où de nouvelles formes de démocratie seraient

²²² *Id.*, note 34, p.37; S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 182.

²²³ P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 250.

²²⁴ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 72.

²²⁵ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 12-15.

²²⁶ *Id.*, note 47, p. 15.

²²⁷ Selon Jacques Chevallier, l'État post-moderne est : « (...) un État dont les traits restent précisément, et en tant que tel, marqués par l'incertitude, la complexité, l'in-détermination : et ces éléments doivent être considérés comme des éléments structurels, constitutifs de l'État contemporain (...) il vise à mettre en évidence, par de-là l'extrême diversité des configurations étatiques, certaines tendances lourdes d'évolution, qui travaillent peu ou prou tous les États ». Ainsi, les États post-modernes sont des États dans lesquels la souveraineté tend à faire place à une logique nouvelle d'interdépendance et de coopération, effaçant la séparation entre affaires intérieures et étrangères, et reposant sur le rejet de la force et privilégiant le droit, la négociation et la coopération internationale. Voir Jacques CHEVALLIER, « L'État post-moderne », Paris, L.G.D.J., 2008, p.17-18.

entérinées. Une démocratie qui serait représentative, participative et délibérative²²⁸. Elle permettrait la participation et l'apport des diverses parties prenantes. Une approche volontariste d'autoréglementation découlerait de cette philosophie réglementaire. Selon cette approche, le rôle et le poids des acteurs non étatiques, perçus en tant que potentiels substitués à l'État, prendraient une ampleur exponentielle²²⁹.

De plus en plus de multinationales règlementent ainsi elles-mêmes leurs activités en s'imposant des standards internationaux ou auto-réglementaires qui excèdent parfois la portée de la réglementation locale. À cette fin, les instruments de *soft law* sont privilégiés à la place de la *hard law*, soit les lois et les traités²³⁰. La pression des lobbies et des groupes corporatifs dans les pays développés a un grand rôle derrière le fait que ces pays préfèrent des initiatives internationales et surtout non contraignantes, telles que le Pacte mondial, plutôt que des traités. Ces initiatives facilitent, plutôt qu'obligent, l'adoption de meilleurs standards dans la conduite des opérations à l'étranger²³¹.

Un exemple de ces instruments de *soft law* serait les « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises » (ci-après les « Normes »). Elles ont été adoptées en 2003, à la suite de la création en 1998 d'un groupe de travail spécial par la Sous-commission des droits de l'homme de l'ONU. L'objectif du groupe était d'entamer un projet traitant des responsabilités des multinationales dans le cadre du respect des droits fondamentaux.

²²⁸ *Id.*, note 7, p. 168.

²²⁹ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, note 30, p. 491; P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 542.

²³⁰ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p. 70; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 171.

²³¹ *Id.*, note 34, p. 303.

Leur autorité juridique découle des principes et des règles du droit international (traités et coutume) traditionnellement adressés aux États. Les Normes dirigent ainsi ces principes dans un contexte corporatif²³². Ce qui est intéressant est qu'outre les droits essentiels tels que le droit à la vie ou à la sécurité, les Normes couvrent également des questions de droit telles que la santé et la sécurité en milieu de travail ainsi que la protection de l'environnement²³³. Les Normes ignorent ainsi toute dichotomie parfois établie par la doctrine entre droits fondamentaux (dits de « première génération ») et droits socio-économiques et environnementaux (dits de « seconde génération »).

L'ONU offre également des commentaires visant à éclaircir et approfondir les Normes. Ces commentaires ont été rédigés grâce à la contribution de la société civile dans le cadre d'un groupe de travail organisé en 2003²³⁴. Les Normes de l'ONU ont également une particularité édifiante. Selon le préambule, les Normes contribuent à la création et au développement du droit international. En adhérant aux principes de cette initiative auto-règlementaire, les acteurs non étatiques participent ultimement à un processus de création de droit international, lui-même concrétisé à travers l'ébauche des Normes²³⁵. Celles-ci reconnaissent également que les obligations reliées aux droits de l'homme des entreprises seront respectées avec une plus ample efficacité si elles sont entérinées dans la politique et la pratique de l'entreprise²³⁶. C'est ce que prévoit également l'Agenda 21 qui promeut l'autoréglementation

²³² M. KRUGER et D. WEISSBRODT, *op. cit.*, note 56, p. 211.

²³³ *Id.*, note 56, p. 210; *Id.*, note 34, p. 261.

²³⁴ *Commentaires sur les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003), en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/links/commentary-Aug2003.html>; M. KRUGER et D. WEISSBRODT, *op. cit.*, note 56, p. 204.

²³⁵ Pour de plus amples détails, Voir S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 131 - Chapitre 3 : "Corporate Contributions to Customary International Law and « Soft » International Law".

²³⁶ *Id.*, note 226, Paragraphe 15.

corporative²³⁷. Il s'agit bel et bien d'une illustration du virement dans la philosophie réglementaire traité plus haut, de la latitude et de l'accommodement dont bénéficient les multinationales pour régler les aspects non marchands découlant de leurs activités.

Les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales (ci-après les « Directives ») constituent un autre exemple desdits instruments de *soft law*. Elles représentent une illustration claire de l'approche auto-réglementaire et volontaire de *soft law* sur des questions telles que la RSE²³⁸. La non-conformité aux Directives peut entraîner une plainte par tout intéressé, il s'agit bien de « non-conformité » et non de « violation », de même qu'il s'agit d'une « plainte » et non d'un « recours » devant un organe juridictionnel. La question ou le sujet relié à la plainte est alors discuté dans le cadre de réunions et de dialogues organisés sous l'auspice de l'OCDE²³⁹. Cette différence dans les véhicules procéduraux est emblématique de la différence dans l'approche réglementaire entre *soft law* et *hard law*²⁴⁰. Un nombre important de multinationales se sont engagées envers les Directives. Leur engagement est subordonné à la condition que d'une part les Directives maintiennent leur caractère volontaire, qu'elles soient d'autre part révisées constamment et qu'elles évoluent enfin suite à des consultations avec elles²⁴¹. Les multinationales ont d'ailleurs un statut privilégié au sein de l'OCDE où un *Business and Industry Advisory Committee* bénéficie d'un statut consultatif et où les

²³⁷ *Id.*, note 47, p. 58.

²³⁸ *Id.*, note 34, p.248.

²³⁹ *Id.*, note 34, p.254.

²⁴⁰ *Id.*, note 34, p.277.

²⁴¹ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 127.

interventions ainsi que les contributions des groupes corporatistes sont monnaies courantes²⁴².

Le Pacte mondial de l'ONU est également un parfait exemple d'initiative internationale de *soft law*. Il édicte des normes et des standards internationaux auxquels ses participants doivent s'engager. Il constitue également un véritable modèle de partenariat entre l'ONU, la société civile, les multinationales, les institutions académiques, les syndicats ainsi que les associations commerciales et industrielles. Ces acteurs s'y rassemblent dans le but de protéger et de promouvoir les valeurs communes qu'ils partagent²⁴³. Chaque année les membres soumettent des exemples d'actions concrètes visant le respect d'un des principes de l'initiative. La CCI est une des entités les plus prestigieuses à soutenir cette initiative et les vertus de l'auto-réglementation qui y sont encouragées²⁴⁴.

De plus, les multinationales adoptent des codes de conduite pour règlementer leurs activités unilatéralement. Les codes leur permettent d'assurer elles-mêmes la conformité à des règles et des standards sélectivement choisis, ceux-ci allant parfois jusqu'à excéder la portée de la réglementation locale²⁴⁵. Les codes de conduite complètent et complémentent les initiatives internationales telles que le Pacte mondial, faiblement opposables ou contraignantes. Les codes de conduite sont considérés comme un remède aux critiques de la société civile. Ils pourraient offrir également une sorte de protection proactive contre les poursuites judiciaires ou contre

²⁴² *Id.*, [note 47](#), p. 318.

²⁴³ *Id.*, [note 34](#), p.100; P. ROSIAK, *op. cit.*, [note 34](#), p.271; P. DE WARRT, *op. cit.*, [note 56](#), p.290; *Id.*, [note 47](#), p. 61.

²⁴⁴ *Id.*, [note 47](#), p. 62.

²⁴⁵ S. PICCIOTTO, *op. cit.*, [note 43](#), p. 185.

les campagnes publiques dénonçant leurs activités²⁴⁶. Leur contenu porte majoritairement sur la protection du consommateur, la lutte contre la corruption, l'environnement, les standards de travail et énonce un engagement et un respect envers la législation nationale ou locale²⁴⁷. Les codes de conduite sont basés à titre d'exemple sur les normes industrielles de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)²⁴⁸, dont l'ISO 14000 – *Environmental Standards for firms*²⁴⁹. Une panoplie d'autres organisations internationales élabore de telles normes dans de nombreux domaines, dont ceux de la santé et de la télécommunication²⁵⁰. Les incidences environnementales sont internalisées et standardisées auprès d'autres problématiques courantes de l'administration de l'entreprise. Elles sont dès lors traitées dans un cadre d'optimisation, d'efficacité et de transparence corporative²⁵¹.

En ce qui concerne la société civile, elle considère que de plus en plus d'États, dont surtout certains pays en développement, seraient inaptes à réglementer efficacement des aspects socio-environnementaux²⁵². La société civile opère à ce titre à plusieurs niveaux afin de militer pour le respect des dispositions contenues dans les instruments de *soft law* qui couvrent des principes du développement durable et de la RSE. Elle soutient et encourage ce type d'initiatives et d'instruments de *soft law* en dépit de son militantisme pour l'adoption d'un traité contraignant opposable aux multinationales, ce qui semble être pour le moment invraisemblable²⁵³. Cela est dû au

²⁴⁶ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 139.

²⁴⁷ *Id.*, note 47, p. 141.

²⁴⁸ Son objectif historique est de faciliter la coordination et l'unification internationales des normes industrielles. Depuis 1947, l'ISO a publié plus de 16 000 Normes internationales.

²⁴⁹ Les standards établissent des normes de gestions environnementales selon lesquels le certificat pourrait être obtenu par une entreprise suite à l'inspection d'experts indépendants et à l'assujettissement à un audit et un mécanisme de contrôle. Voir P. CHRISTMAN et G. TAYLOR, *op. cit.*, note 216, p. 119.

²⁵⁰ *Id.*, note 47, p. 137.

²⁵¹ *Id.*, note 47, p. 140.

²⁵² P. CHRISTMAN et G. TAYLOR, *op. cit.*, note 216, p. 122.

²⁵³ *Id.*, note 47, p. 143; J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p. 279; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 171.

fait que de nombreux gouvernements des pays développés et leurs entreprises considèrent que la RSE serait uniquement une activité volontaire²⁵⁴. Les acteurs de la société civile soutiennent tout de même les normes de *soft law* et ce, en dépit du scepticisme qui les entoure car elles ne seraient pas assez efficaces et contraignantes. Il importe de se pencher brièvement sur cette dernière question avant de conclure notre présentation sur le soutien des acteurs non étatiques aux instruments de *soft law*.

Nous pensons que la validité d'une norme ne devrait pas dépendre uniquement de ce seul critère d'effectivité. Il existerait ainsi un risque de disqualifier indûment toute norme ou tout système l'encadrant puisque le défaut d'effectivité d'une norme ne signifie pas pour autant qu'elle ne serait pas valide. Bien au contraire, les normes contenues à titre d'exemple dans les codes de conduite pourraient notamment établir des attentes légitimes, une certaine opposabilité contractuelle et des engagements incidents sur la réputation corporative²⁵⁵. Ce constat est illustré dans l'affaire de *Kukdong* et *Nike* au Mexique où le code de conduite de *Kukdong* constitua des engagements moraux et contractuels qui ont lié l'entreprise. Les engagements stipulés par l'entreprise dans son code de conduite, dont le droit à la liberté d'association, ont servi en tant que fondement pour restaurer les postes des employés licenciés pour avoir justement revendiqué ce droit²⁵⁶. La société civile soutiendrait effectivement qu'il y a une attente légitime de la part du consommateur à ce que les engagements contenus dans le code de conduite soient

²⁵⁴ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.37.

²⁵⁵ *Id.*, note 34, p.35; S. PICCIOTTO, *op. cit.*, note 43, p. 191.

²⁵⁶ *Id.*, note 43, p. 191.

véridiques et respectés. La violation systématique de ces engagements entraînerait le fait de quasiment induire le consommateur en erreur²⁵⁷.

Plusieurs exemples d'instruments de *soft law* internationaux font preuve d'un caractère contraignant. Ces exemples se trouvent notamment dans la réglementation financière et bancaire internationale²⁵⁸. Une importante partie de cette réglementation dépend de ce genre d'instruments. Leur cadre normatif préconise une approche basée sur le risque plutôt que basée sur les règles (*Risk based approach vs Rule based approach*). Une telle approche consacre la prévention des violations aux règles de manière proactive, plutôt que de les sanctionner ultérieurement de manière réactive. Un exemple serait les recommandations du Groupe Worsberg, les « Principes Worsberg », basées elles-mêmes sur les recommandations du GAFI²⁵⁹. Le groupe rassemble les dix plus grandes institutions bancaires du monde et une ONG, *Transparency International*, dans le but de consolider et de répandre leur lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme²⁶⁰. Le respect de ces

²⁵⁷ Les codes de conduite non respectés pourraient constituer de la publicité fautive et trompeuse dans la mesure où lesdits codes sont publiés et distribués par les entreprises et qu'ils contiennent des réclamations non véridiques. Ce qui est souvent le cas car ils améliorent considérablement l'image et la réputation corporative. On pourrait imaginer un recours en droit québécois fondé sur l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Cet article interdit à un fabricant ou un commerçant de faire à un consommateur une représentation fautive et trompeuse.

²⁵⁸ Notons que ce type de réglementation est fort répandu dans le secteur bancaire et financier. Il suffit d'ailleurs de se tourner vers la question de la réglementation des fonds souverains, question tourmentée par des polémiques et des débats tumultueux, auxquels les États-Unis et le FMI veulent imposer un code de conduite, Voir Steven WEISMAN, « *Overseas Funds Resist Calls for a Code of Conduct* », New York Times, 9 février 2008, en ligne : <http://www.nytimes.com/2008/02/09/business/09sovereign.html?scp=1&sq=weisman&st=nyt>.

²⁵⁹ GAFI (Groupe d'Action Financière Internationale), organisme affilié à l'OCDE, les recommandations sont un bon exemple pour illustrer ce type d'initiatives internationales de *soft law* et la portée de leur opposabilité. Organisme intergouvernemental créé en 1989 à l'initiative du G7 au sommet de l'Arche à Paris. La mission principale du GAFI est de formuler quarante recommandations axées sur la prévention et la répression du blanchiment d'argent ainsi que neuf recommandations spéciales sur la lutte contre le financement du terrorisme. Celles-ci posent les principes d'une coopération juridique et administrative entre les États. L'organisme contrôle la mise en œuvre par ses membres des recommandations où deux types de mesures ont été mises en place : une d'auto-évaluation et une d'évaluation mutuelle. Le premier volet implique l'envoi d'information sur la mise en œuvre des recommandations au GAFI. Le deuxième implique un contrôle réciproque par les membres entre eux. Notons que c'est cette même procédure qui est utilisée dans le cadre des travaux du groupe de travail des crédits à l'exportation et des garanties de crédits (CGE) à l'OCDE, qui vise à mener la lutte contre la corruption pour les agences de crédits d'exportations des États membres. Ces procédures d'auto-évaluation et d'évaluation mutuelle sont extrêmement efficaces grâce à leur effet dissuasif et l'embarras qu'ils peuvent causer aux États qui ne respectent pas les normes. Voir « *Paradis Fiscaux et opérations internationales: Mesures anti-évasion, Lutte contre le blanchiment, Pays et zones à fiscalité privilégiée* », Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2005, p.217-218; OCDE, « *Lutte contre la corruption : Corruption et crédits à l'exportation* », en ligne : http://www.oecd.org/topic/0,3373,fr_2649_34177_1_1_1_1_37447,00.html.

²⁶⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 329.

recommandations est la règle générale dans le domaine bancaire. Les accords et contrats bancaires internationaux contiennent d'une façon universelle des dispositions consacrées à l'engagement envers les Principes Worsberg ou les recommandations du GAFI.

Que ce soit dans le domaine du blanchiment d'argent ou de la RSE, les problématiques de la globalisation des marchés appellent à des modèles normatifs qui vont au-delà d'un modèle purement horizontal (auto-régulation) ou purement vertical (gouvernemental). D'autres modèles mixtes sont requis, et qui seraient créés notamment à travers une coopération interétatique, une régulation par des autorités privées compétentes ou par des organes judiciaires supranationaux²⁶¹. À ce titre, les multinationales et la société civile interviennent en tant que régulateurs symétriques, parfois sur un pied d'égalité avec les États. L'interaction entre la société civile et les multinationales, que ce soit au niveau national ou sous l'égide d'institutions internationales, pourrait bien constituer les débuts d'un développement de nouveaux régimes règlementaires internationaux²⁶². En bref, nous pouvons tout de même conclure que ces deux acteurs mènent des chemins parallèles quant au soutien et à la propagation des instruments de *soft law*. Ce qui nous amène à traiter d'un autre thème où leurs intérêts se croisent, soit la règle de droit internationale.

3) L'intérêt mutuel pour la règle de droit internationale

Ayant traité du rôle des acteurs non étatiques dans la propagation des normes de *soft law*, notre intérêt se tourne maintenant vers leur promotion commune de la

²⁶¹ *Id.*, note 5, p. 328.

²⁶² *Id.*, note 34, p.102.

règle de droit internationale. En effet, les pays développés, les organisations internationales telles que la Banque mondiale, le FMI, et l'OMC, les investisseurs et les multinationales ainsi que la société civile promeuvent et exigent la règle de droit afin d'assurer le succès de la globalisation des marchés²⁶³. Ces acteurs mondiaux exigent des réformes dans des marchés potentiels visant entre autres à réduire la corruption politique, à assurer le respect ou l'opposabilité des droits privés et contractuels et une compensation suite à toute expropriation²⁶⁴. L'équité, la non-discrimination, la liberté de mouvement et d'expression, le droit à un procès juste et équitable ainsi que le droit contre une détention arbitraire des individus sont des droits cardinaux à tout individu, entreprise ou organisation²⁶⁵.

La règle de droit implique un minimum de transparence décisionnelle et réglementaire, de stabilité, de clarté, de prévisibilité, de rejet de l'arbitraire ou du discrétionnaire et de publicité. Elle implique également la disponibilité de recours ou de mécanismes de consultations et de délibérations pour les parties prenantes affectées par l'adoption d'une quelconque mesure²⁶⁶. La règle de droit est ainsi un pilier fondamental dans la protection et l'épanouissement des droits économiques²⁶⁷.

La promotion de la règle de droit internationale était manifeste lors de la négociation pour l'accession de la Chine à l'OMC. La pression des grands groupes américains a été particulièrement incidente sur l'Accord de l'accession de la Chine à l'OMC (ci-après l'« Accord »). Ces derniers étaient désireux d'obtenir des garanties adéquates en matière de protection de la propriété intellectuelle et de la concurrence,

²⁶³ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 3.

²⁶⁴ S. CUMMINGS, *op. cit.*, note 32, p. 26; M. KRUGER et D. WEISSBRODT, *op. cit.*, note 56, p. 200.

²⁶⁵ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 107.

²⁶⁶ *Id.*, note 47, p. 306.

²⁶⁷ *Id.*, note 47, p. 23.

d'accès au marché chinois et de réformes judiciaires²⁶⁸. Le gouvernement chinois a dû réagir avec la mise en place d'importantes réformes internes. L'Accord prévoit entre autres la mise en place d'un mécanisme de révision judiciaire des décisions administratives qui affectent les entreprises. Il prévoit également la mise en œuvre d'une Gazette officielle où les lois et les règlements reliés aux accords de l'OMC seront publiés et disponibles. Ces réformes sont le fruit de critiques et de pressions conséquentes pour une plus ample démocratisation émanant à la fois d'entreprises, de la société civile et d'États tiers²⁶⁹.

En effet, la règle de droit serait un élément édifiant à la convergence ou à la complémentarité entre droits fondamentaux et droits économiques évoquée tout au long de cette étude. À ce titre, Mireille Delmas Marty souligne que : « (...) les accords du GATT de 1994 ont sans doute contribué à ébaucher la construction d'un État de droit en Chine »²⁷⁰. Il appert que la question du respect et de l'instauration de la règle de droit était effectivement une question centrale des négociations²⁷¹. La délégation chinoise à la Communauté européenne est du même avis : elle a soutenu que l'accession de la Chine à l'OMC serait un facteur décisif pour l'amélioration des droits de l'homme dans le pays²⁷².

L'exemple de l'accession de la Chine à l'OMC démontre en effet l'existence d'une synchronisation entre droits économiques et droits de l'homme. Une marge

²⁶⁸ Liu SUN, "Lessons from China's WTO Accession Negotiations: A look at likely implementation problems ahead", dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p.189; E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 642.

²⁶⁹ *Id.*, note 268, p.189; *Id.*, note 24, p. 642.

²⁷⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 170.

²⁷¹ *Id.*, note 268, p.185.

²⁷² Wolfgang BENEDEK, "The WTO and human rights" dans Wolfgang BENEDEK, Koen de FEYTER, et Fabrizio MARELLA (dir.), *Economic globalisation and human rights*, Cambridge, Cambridge University press, 2007, p.152; *Voir également Id.*, note 268, p.211.

existe afin d'équilibrer les deux ensembles en dépit du fait qu'ils se retrouvent parfois en conflit²⁷³. La société civile milite encore pour cet équilibre en recevant le soutien d'organes internationaux tels que le Haut commissaire des droits de l'homme de l'ONU qui appelle à une : « *human rights approach to trade* »²⁷⁴. À cet effet, il est difficile de ne pas admettre l'existence d'une complicité entre les multinationales et la société civile quant à la propagation de la règle de droit. Les deux acteurs sont soucieux pour des préoccupations non marchandes. Tous deux exercent une dynamique de pression redoutable sur les États, même les plus puissants tels que la Chine et ce, en dépit de la poursuite d'objectifs différents que ce soit la protection des droits de l'homme ou la promotion des affaires. Il importe ensuite d'examiner leur rôle quant à l'initiation des différends au sein d'une des plus importantes organisations interétatiques et internationales, soit l'OMC. Il s'agit d'un autre constat qui évoque la symétrie qui existe entre ces deux acteurs.

4) Initiation des différends au sein de l'OMC

Le règlement de différends impliquant les acteurs non étatiques et les États crée une jurisprudence par laquelle le droit international évolue²⁷⁵. À ce titre, la contribution des acteurs non étatiques est édifiante. En réglant leurs différends, les États peuvent également recourir à des conseils privés, les principaux acteurs du commerce international étant d'ailleurs des opérateurs privés. Des accords de l'OMC tels que GATS et ADPIC leur octroient directement des droits. Toutefois, les États demeurent attachés à une procédure de règlement des différends à l'OMC strictement

²⁷³ *Id.*, note 58, p. 225.

²⁷⁴ E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 637.

²⁷⁵ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 22.

interétatique et confidentielle²⁷⁶. Des acteurs non étatiques sont cependant souvent à l'origine d'un recours devant l'ORD tel que nous le verrons dans les paragraphes qui suivent.

Les personnes représentant les intérêts du secteur privé travaillent conjointement avec les responsables de nombreux États pour développer un agenda de contentieux à l'OMC en déterminant les questions à défendre et à soulever :

« It is frequently firms, industry associations, private sector attorneys and consultants that do much of the pre-litigation and behind the scenes work forming the crux of the arguments that are litigated by US and EU government officials in Geneva »²⁷⁷.

Ces personnes ont un rôle éducatif dans la recherche économique, le montage de dossiers et le rassemblement de la preuve²⁷⁸. L'État exerce tout de même un pouvoir de discrétion concernant sa volonté de porter plainte ou non, ce qui soulève néanmoins le risque que seuls les secteurs les plus puissants pourront compter sur leurs gouvernements afin de protéger leurs intérêts dans d'éventuels différends économiques internationaux.

Toute personne peut cependant contraindre son gouvernement, à travers l'accès à des instances judiciaires ou quasi-judiciaires, d'agir au niveau international. Aux États-Unis, un recours quasi judiciaire existe en vertu de l'article 301 du *Trade Act of 1974*. En vertu de ce recours, toute partie intéressée pourrait demander au *US*

²⁷⁶ Serge GUINCHARD, et al., « Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable », Paris, Dalloz, 2007, p.977.

²⁷⁷ C. BOWN et B. HOEKMAN, *op. cit.*, note 4, p. 869; Voir également P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 13.

²⁷⁸ S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 247.

Trade Representative d'entamer une enquête sur la pratique d'un État étranger²⁷⁹. Les recours devant les tribunaux fédéraux américains de droit commun pourraient également constituer le début d'une procédure américaine au niveau international. Cela a été le cas dans la fameuse affaire de «*Shrimps*», qui sera traitée plus en détails plus loin, où une ONG environnementale avait entamé un recours devant un tribunal fédéral américain. Dans le cadre de l'Union européenne, une procédure similaire pourrait être entamée auprès de la Commission européenne en vertu du *Règlement sur les obstacles au commerce*²⁸⁰. Au Canada, l'organisme chargé de traiter ce type de recours est le Tribunal canadien du commerce extérieur, un organisme quasi-judiciaire créée en vertu d'une loi habilitante, la *Loi sur le tribunal canadien du commerce extérieur*²⁸¹.

Nous devons noter que ces trois instances internes traitent des « questions typiques » du régime du commerce mondial telles que les subventions, les mesures de *dumping* et *anti-dumping*, les barrières techniques au commerce, etc. Ce qui expliquerait l'intervention limitée de la société civile auprès de ces organismes par rapport à celle des entreprises ou des lobbies corporatifs²⁸². Les militants de la société civile seraient effectivement peu intéressés par les différends visant l'application du droit actuel ou par ceux qui n'impliquent pas l'établissement de précédents. Cette idée est encore plus marquée pour les organisations à vocation sectorielle ou thématique (*issue-based organizations*) telles que *Green Peace* ou *Oxfam*. Ces dernières sont préoccupées par des questions telles que les incidences et les impacts

²⁷⁹ Section 301 of the Trade Act of 1974, US Department of Commerce, en ligne : <http://www.osec.doc.gov/ogc/occic/301.html>; C. BOWN et B. HOEKMAN, *op. cit.*, note 4, p. 870; C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 421.

²⁸⁰ *Règlement du Conseil N°3286/94*; en ligne : http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/index_en.htm

²⁸¹ Voir mandat du tribunal, en ligne : http://www.citt-tece.gc.ca/mandate/index_f.asp; et Voir la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, c. 47.

²⁸² *Id.*, note 47, p. 245.

du commerce mondial sur l'environnement et les droits de l'homme²⁸³. Par conséquent, le choix d'intervenir directement pour invoquer ces questions dans les différends de l'OMC pourrait leur être plus intéressant.

Les acteurs non étatiques impliqués dans l'initiation de la procédure ont enfin un grand rôle à jouer suite à l'adoption d'une décision internationale favorable à leur égard. Un rôle qui se concrétise par leurs campagnes de relations publiques à l'étranger ou de plaidoyer auprès des acteurs politiques étatiques afin d'obtenir la conformité à la décision en question²⁸⁴.

Attribué principalement aux entreprises, ce rôle prépondérant touche à la polémique suivante : l'État ne serait-il pas qu'un simple porte-parole des acteurs économiques à l'ORD²⁸⁵? Il faudrait se poser la question de savoir qui seraient les véritables parties dans un litige tel que *CE- Bananes*²⁸⁶. Les pays africains contre ceux d'Amérique latine ? Les États-Unis contre la Communauté européenne ? Ou plutôt les puissants groupes agricoles américains, tels que *Chiquita*, contre leurs concurrents européens? Selon Charles-Emmanuel Côté, cette réalité évoque un défaut de transparence affectant certainement et péjorativement le règlement de différends à l'OMC²⁸⁷. De plus, ces questions entraînent logiquement deux autres: pourquoi ne pas permettre à ces groupes d'intervenir directement devant l'ORD à la place des

²⁸³ C. BOWN et B. HOEKMAN, *op. cit.*, note 4, p. 882.

²⁸⁴ *Id.*, note 4, p. 870.

²⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 323.

²⁸⁶ *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaignants : Équateur, Guatemala, Mexique, Honduras, États-Unis)*, WT/DS27.

²⁸⁷ Face aux avantages douaniers accordés par la Communauté européenne à de nombreux pays des Caraïbes et d'Afrique, *Chiquita* a vu son chiffre d'affaires diminué, et a exercé d'importantes pressions auprès du gouvernement américain afin d'agir au niveau de l'OMC; Voir Site web de la CNUCED, « Informations de marché dans les secteurs de produits de base : Bananes – Sociétés », en ligne : <http://r0.unctad.org/infocomm/francais/banane/societes.htm>, Voir également C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p.396; P. ROSIAK, *op. cit.*, note 34, p. 94.

États plaignants²⁸⁸ ? Nous nous demandons alors : pourquoi ne pas permettre également à la société civile d'intervenir dans ces différends directement afin de défendre à ce niveau international « l'intérêt collectif »?

Octroyer aux parties prenantes une capacité procédurale devant les juridictions internationales est caractéristique d'une modernisation du droit international, traditionnellement focalisé sur l'État en tant que sujet et acteur de première scène, ce qui reste véridique mais ne décrit pas la situation de manière complète. Permettre un tel accès sans une sanction étatique préalable dans un souci de gouvernance, d'équité et de transparence aura certainement un impact positif, un impact à pondérer avec la situation actuelle où les États sont perçus de façon notoire en tant que porte-paroles des acteurs économiques. En effet, dans deux différends sous le Chapitre XI de l'ALENA, les tribunaux ont dû déterminer si la mesure prise par l'État défendeur visait la protection des intérêts d'un concurrent clairement identifié par le plaignant. Selon le tribunal dans *SD Myers*, les mesures environnementales canadiennes désavantageant l'investisseur américain étaient principalement destinées à protéger les intérêts de *Chem-Security*, concurrent principal de *SD Myers*²⁸⁹. Dans *Methanex*, l'entreprise canadienne a soulevé que la mesure environnementale californienne en cause avantageait *Archer Daniels Midland*, un concurrent de *Methanex*. Elle accuse ce dernier d'avoir contribué à la campagne électorale du gouverneur californien qui a sanctionné la mesure en cause²⁹⁰. Ce rôle prépondérant des entreprises soulève ainsi de nombreux points

²⁸⁸ *Id.*, note 35, p.397.

²⁸⁹ D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 87.

²⁹⁰ *Id.*, note 34, p. 93.

d'interrogations et de fortes critiques qui dénoncent un agenda de commerce mondial poussé uniquement par des considérations strictement marchandes.

L'idée selon laquelle les multinationales et la société civile seraient les véritables parties aux différends internationaux économiques ne fait que renforcer la symétrie qui existe entre les deux. Ces deux acteurs ne font que gagner du terrain sur une scène initialement et strictement interétatique. Par ailleurs, cette idée paraît troublante pour de nombreux États, poussant même certains d'entre eux à s'opposer à une quelconque participation de ces acteurs non étatiques à l'OMC.

5) L'opposition à leur participation

Nombreux sont ceux qui considèrent les multinationales comme agents de leurs pays d'origine, qui proviennent majoritairement des pays développés. Suivant cette vision, les multinationales représenteraient une menace à la souveraineté de l'État dans lequel elles interviennent²⁹¹. Elles contribueraient à l'inégalité entre les pays et constitueraient un apport à la position des pays développés. Cet argument vaut également pour la société civile. Cette dernière est intervenue pour la première fois devant l'ORD à titre d'*amicus curiae* dans l'affaire de «*Shrimps*» pour appuyer la position américaine. C'est à ce titre que la plupart des membres de l'OMC, notamment ceux des pays en développement²⁹², ont critiqué la jurisprudence du groupe spécial et de l'organe d'appel qui a permis pour la première fois ce type d'interventions. Ils considèrent la question de la permission des interventions d'*amicus curiae* comme une question substantive et non procédurale, à décider et à

²⁹¹ J. ZERK, *op. cit.*, note 34, p.10.

²⁹² Notée lors de différentes rencontres et conférences, Voir S. TULLY, *op. cit.*, note 47, p. 255-257.

trancher donc par la voie d'un amendement du Mémorandum à sanctionner uniquement par les États membres²⁹³. Nous traiterons l'affaire de «*Shrimps*» plus en détail par la suite. Étant donné la stagnation des négociations du cycle de Doha et les désaccords entre les différents États membres, les organes de l'OMC ont dû réagir face aux pressions de la société civile. Cette dernière frappe sans cesse à leurs portes, bien fermées auparavant, mais qui ont dû désormais s'ouvrir progressivement²⁹⁴. Laisser à l'ORD la tâche de se prononcer sur des questions aussi problématiques risque d'engendrer des tensions et controverses au sein de l'OMC²⁹⁵.

Les membres de l'OMC se sont ainsi mis d'accord pour négocier une réforme de l'ORD (novembre 2001 – Doha)²⁹⁶. Ce projet de réforme devenait impératif afin d'adresser la controverse entourant la participation d'*amicus curiae* au sein du processus de règlement de différend de l'organisation. Plusieurs pays en développement soupçonnent et n'apprécient nullement le rôle de la société civile, en considérant sa participation comme un apport ou une contribution à la force des pays développés. La raison de ce rejet réside en ce que la plupart des acteurs de la société civile proviennent des pays développés²⁹⁷.

Cet argument repose principalement sur l'expérience dans «*Shrimps*»²⁹⁸ et dans le cadre d'autres décisions devant l'ORD où les communications d'*amicus curiae* soulevant des droits et des problématiques non marchandes ont été utilisées

²⁹³ Henry GAO, "Amicus Curiae in WTO Dispute Settlement: Theory and Practice", China Rights Forum, 2006, en ligne: www.hrichina.org/public/PDFs/CRF.1.2006/CRF-2006-1_Amicus.pdf, p.55; C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 410.

²⁹⁴ H. ASCENSIO, *op. cit.*, note 67, p.900.

²⁹⁵ E. PETERSMANN, *op. cit.*, note 24, p. 662.

²⁹⁶ R. PRATAP, "India and Dispute Settlement Reform Negotiations: A Critical Appraisal", dans K. BYTTEBIER et K. VAN DER BORGHT (ed.), "WTO Obligations and Opportunities: Challenges of Implementations", London, Cameron May, 2007, p. 367.

²⁹⁷ N. QUOC DINH, *op. cit.*, note 221, p.114.

²⁹⁸ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Plaignants : Inde, Malaisie, Pakistan, Thaïlande), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VII, 2755.

pour compléter et soutenir les arguments des États-Unis et de la Communauté européenne²⁹⁹. La question qui se pose donc est la distinction entre d'une part, l'assistance des tribunaux dans des matières relevant de l'intérêt public telles que l'environnement et les droits de l'homme et d'autre part l'assistance des parties afin d'influencer la décision en leur faveur³⁰⁰. Cette question évoque directement la polémique du *New Wave Protectionism* où des mesures légitimes, visant la protection de l'environnement à titre d'exemple, seraient présumées et considérées comme des mesures protectionnistes (ou d'expropriation dans le vocabulaire du droit de l'investissement)³⁰¹. Paradoxalement, ce sont les pays en développement qui ont le plus besoin de ces mesures de protection. Elles assureraient en effet un développement durable et équitable de leurs économies et de leurs sociétés fragiles³⁰². Ce sont également les pays en développement qui ont le plus besoin d'assistance de la part de la société civile et du secteur privé afin d'effectivement accéder et participer à l'ORD³⁰³.

Le débat dépasse la question de l'ORD. Initialement, l'Inde et la Chine étaient contre le recours à l'*amicus curiae*. Elles s'opposaient au principe même de la participation des ONG dans la prise de décisions et dans l'élaboration de politiques sur la scène internationale économique³⁰⁴. Selon elles, ces organismes proviennent de pays développés et adoptent des positions et des valeurs sur l'environnement et les droits de l'homme qui ne reflètent nécessairement pas celles des pays en

²⁹⁹ Voir Institut international pour le développement durable, "Doha Briefing Series: Developments Since the Fourth WTO Ministerial Conference", février 2003, en ligne: <http://www.ictsd.org/pubs/dohabriefings/doha8-review-dispute.pdf>.

³⁰⁰ *Id.*, note 288.

³⁰¹ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 411.

³⁰² James HARRISON, "The Human Rights Impact of the WTO", Oregon, Oxford and Portland, 2007, p.121.

³⁰³ Voir C. BOWN et B. HOEKMAN, *op. cit.*, note 4.

³⁰⁴ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, note 30, p. 508.

développement³⁰⁵. Certaines ONG seraient également des entités pseudo-politiques, *think tanks*, lobbies et groupes protectionnistes qui se faufilent tous dans cette large et hétérogène famille de la société civile³⁰⁶. Dans un différend opposant la Pologne et la Thaïlande, une organisation nommée la *Consuming Industries Trade Action Coalition* désirait intervenir à titre d'*amicus curiae*, ce qui a suscité une opposition virulente de la Thaïlande. Cette dernière invoqua un conflit d'intérêts flagrant car ladite organisation aurait utilisé le même conseiller juridique que la Pologne³⁰⁷.

Outre cet argument, nombreux sont ceux qui partagent l'avis que les multinationales et la société civile feraient mieux de mener leurs activités de plaidoyer à l'égard de leurs gouvernements à l'interne plutôt qu'à l'égard d'une organisation internationale³⁰⁸. C'est dans cette optique que des voix s'élèvent contre l'idée d'accorder un statut de personnalité juridique à ces acteurs, ces voix craignant une consolidation et un apport à la position des pays développés³⁰⁹. Ils craignent leur manque d'imputabilité et soulèvent également le danger que des groupes d'intérêts, tels que des groupes protectionnistes, puissent nuire au projet de parvenir à un régime de commerce mondial équitable et équilibré³¹⁰. Ceux qui sont en faveur de l'intervention de la société civile au sein de l'OMC sont en revanche d'avis que cela ne fera qu'augmenter la transparence et le soutien à l'OMC.

³⁰⁵ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, note 30, p. 482.

³⁰⁶ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 371.

³⁰⁷ La Pologne aurait violé ses obligations de confidentialité, des documents seraient passés à travers le cabinet juridique la représentant, et qui représentait également la CITAC. *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*. (Plaignant : Pologne), WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001; H. ASCENSIO, *op. cit.*, note 67, p.919.

³⁰⁸ *Id.*, note 24, p. 483.

³⁰⁹ P. DUMBERRY, *op. cit.*, note 45, p.107.

³¹⁰ T. MERON, *op. cit.*, note 66, p.321.

Par ailleurs, l'acceptation des interventions d'*amicus curiae* non sollicitées pose un problème aux pays en développement. Ces derniers n'auraient pas la capacité de répondre à de telles interventions à cause des contraintes de temps et de moyens financiers. Une autre préoccupation est d'assurer que de telles interventions n'affecteront pas l'égalité entre les parties. C'est à cet effet que l'Inde désire l'adoption d'une réforme de l'ORD. Elle propose d'ajouter un paragraphe à ce sujet à l'article 13 du Mémoire. L'ajout serait l'équivalent à l'article 37(2) du nouveau Règlement d'arbitrage du CIRDI³¹¹. En vertu de cet article, le tribunal arbitral s'assure que l'intervention non sollicitée ne perturbera pas l'instance et ne causera pas une charge excessive ou un préjudice à l'une des parties.

Finalement, l'idée de permettre les interventions d'*amicus curiae* est soulevée afin d'accroître la transparence de l'OMC, un argument adopté par les États-Unis puisque selon eux : «*The public has a legitimate interest in the proceedings*»³¹². Cette proposition est féroce rejetée par de nombreux pays en développement qui insistent sur la nature interétatique du processus de règlement de différends. L'intervention de ces personnes privées est considérée comme une atteinte à leur souveraineté. Ces pays sont également conscients de la « privatisation de l'État » dans les pays développés³¹³. En ouvrant cette porte à l'*amicus curiae*, ils craignent justement l'entrée de puissants groupes corporatistes, d'agents étatiques pseudo

³¹¹ R. PRATAP, *op. cit.*, note 296, p. 374.

³¹² Institut international pour le développement durable, «*Doha Briefing Series: Developments Since the Fourth WTO Ministerial Conference*», février 2003, en ligne: <http://www.ictsd.org/pubs/dohabriefings/doha8-review-dispute.pdf>.

³¹³ P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 535.

politiques déguisés en associations industrielles, commerciales, syndicales, centres de recherches et *think tanks*³¹⁴.

Paradoxalement encore, ce sont les pays en développement qui ont le plus besoin de transparence dans ces instances internationales en général et dans les différends d'investissements internationaux en particulier. Une transparence accrue aura pour effet de se prémunir contre un « capitalisme prédateur » qui contesterait - au nom de la protection et la promotion des investissements étrangers - la légitimité des mesures d'intérêt public nécessaire au développement de leurs sociétés.

En bref, pour les soins de cette étude, l'opposition des pays en développement illustre la catégorisation des multinationales et de la société civile en tant qu'acteurs non étatiques complices dans leur prolifération dans l'ordre juridique international, façonné - tel que nous l'avons soulevé - par les États, pour les États. Tout au long de cette partie, nous avons pu identifier d'autres thèmes tels que l'intérêt mutuel pour des préoccupations non marchandes et la règle de droit internationale, le soutien et le recours aux normes de *soft law* ainsi que le rôle dans l'initiation des différends au sein de l'OMC qui mettent en lumière cette complicité entre les deux acteurs et ce, en dépit de l'arche-rivalité que nombreux sembleraient percevoir hâtivement.

Notre objectif était d'illustrer la symétrie qui existe entre les deux forces en tant qu'acteurs non étatiques afin de mettre en perspective l'asymétrie évidente au niveau de l'accès à la justice internationale économique, traitée ci-dessous. Notons enfin que la position des pays en développement à l'égard de la société civile est loin d'être cohérente ou catégorique. Cette confusion résulte du fait que des ONG ont

³¹⁴ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 371.

soutenu tantôt la position des pays en développement dans de nombreuses causes et luttes telles que la réforme d'ADPIC, tantôt la position de pays développés tel que l'indique l'expérience de «*Shrimps*».

V) Asymétrie au niveau de l'accès à la justice internationale économique.

À ce stade, nous avons traité des motifs à l'appui de l'accès de la société civile à la justice internationale économique. Cette dernière y accèderait comme sujet actif de droit international au même titre que les multinationales ou les investisseurs. De plus, les symétries entre ces deux acteurs non étatiques que nous venons d'identifier militent pour leur accorder un statut égalitaire. Il s'agit maintenant d'identifier le domaine où un double standard existe entre ces deux forces, soit l'asymétrie au niveau de l'accès à la justice internationale économique.

1) L'accès direct des investisseurs

Le Chapitre XI de l'ALENA et les TBI sont considérés comme un « *human rights treaty* » ou comme un « *bill of rights* » pour les investisseurs³¹⁵. Le Chapitre XI et les TBI accordent des droits et des protections conséquents pour les investisseurs étrangers, garantis par un mode de règlement de différend accessible directement à l'investisseur lésé. Cela lui permet d'intenter un recours devant une juridiction

³¹⁵ Charles BROWER II, "NAFTA's Investment Chapter: Initial Thoughts about Second-Generation Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005, p.384; D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 69.

arbitrale internationale sans être nécessairement obligé de recourir aux tribunaux internes³¹⁶.

Les investisseurs bénéficient en effet des garanties du procès équitable dont la garantie contre le déni de justice³¹⁷. L'application de ce principe a connu un élargissement récent dû notamment à l'émergence de procédures prévues en vertu des TBI permettant aux victimes d'agir directement contre les États afin d'être dédommagées³¹⁸. Grâce aux TBI, l'investisseur étranger pourrait saisir une juridiction arbitrale internationale, indépendante et impartiale qui se prononcerait sur le déni de justice et sur la responsabilité de l'État selon le droit international.

Le CIRDI est un exemple de ce type de juridiction. Entrée en vigueur en 1966 dans le cadre du groupe de la Banque mondiale, la Convention du CIRDI avait pour but de créer un forum de règlement de différends regroupant investisseurs et États. Le processus arbitral encadré par l'institution implique une procédure contradictoire, une garantie des droits de la défense, l'égalité entre les parties ainsi qu'une décision fondée sur des considérations juridiques et non politiques³¹⁹. Les investisseurs peuvent donc dépendre sur une juridiction qui respecte leur droit à un procès équitable, ce qui n'est pas souvent le cas devant les juridictions des pays d'accueil.

Les TBI visent par ailleurs la protection des investissements étrangers à travers la juridicisation (*legalization*) des relations commerciales internationales. Il

³¹⁶ Une illustration intéressante de ces droits intervient dans une affaire où un investisseur, ayant la double nationalité égyptienne et italienne, abandonne la première pour poursuivre l'Égypte en vertu du traité d'investissement en vigueur entre *ses deux pays*. L'investisseur était convaincu d'avoir plus de chance à obtenir une juste compensation devant un tribunal arbitral international. En effet, sans motif, ni justification, l'État égyptien lui avait tout simplement confisqué un terrain qu'il avait acquis pour un projet de développement touristique. Voir *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte* dans Walid BEN HAMIDA, « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », dans Ibrahim FADLALLAH et al. (dir.), *Investissements internationaux et arbitrage*, Paris, La Gazette du Palais, Décembre 2007, p. 32.

³¹⁷ J. PAULSSON, *op. cit.*, note 162, p.2.

³¹⁸ *Id.*, note 162, p.3.

³¹⁹ N. QUOC DINH, *op. cit.*, note 221, p. 827.

s'agit d'un phénomène par lequel la présence et la force obligatoire du droit s'accroissent et par lequel le rôle du droit tend à se renforcer dans la conduite des relations internationales³²⁰. Ladite juridicisation s'est matérialisée et s'est concrétisée par la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux, signifiant que leur règlement se fait par un mécanisme ressemblant de plus en plus à une juridiction internationale, soit de plus en plus similaire à un tribunal judiciaire. Grâce à une volonté internationale de juridiciser les relations commerciales, il y a eu un développement d'un mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de plus en plus juridictionnalisé³²¹. L'objectif est ainsi de garantir l'accès à la justice, soit le droit à un recours et le droit à un juge aux investisseurs étrangers selon les préceptes de la règle de droit et du procès équitable. C'est à cet effet et tel que discuté plus haut que les multinationales et les investisseurs défendent et réclament désormais la règle de droit³²².

Ce constat est illustré dans le nouveau TBI entre l'Australie et les États-Unis signé en 2004. Ce traité contient les dispositions typiques concernant la protection et la promotion des investissements directs entre les deux pays. En revanche, l'accord diffère de ceux qui ont été signés récemment par les États-Unis puisqu'il ne prévoit aucun mode de règlement de différend pour son application. Le traité n'octroierait aucun recours direct aux investisseurs devant des juridictions arbitrales internationales. Selon le gouvernement australien, les raisons sont les suivantes :

³²⁰ Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques : Les cas de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC », Montréal, Thèses de doctorat de McGill, 2005, p. 11; D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 206.

³²¹ *Id.*, note 309, p. 13.

³²² D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 222.

« “*The Parties’ open economic environments*”, their “*shared legal traditions, and the confidence of investors in the fairness and integrity of their respective legal systems*”³²³».

Le mécanisme de règlement des différends prévu typiquement dans les TBI n’était pas nécessaire en l’espèce puisque l’investisseur américain ou australien peut s’attendre à un système de *common law* similaire au sien, à un traitement juste et équitable par l’administration ainsi qu’à un respect des exigences du procès équitable devant les tribunaux de droit commun.

En effet, l’ALENA et le règlement de différend arbitral prévu sont initialement des outils d’impermeabilité des investissements contre les défis judiciaires et administratifs du Mexique. L’ALENA impose également des principes de la *rule of law* américaine et de libre échange. Les signataires s’engagent à respecter la « norme minimale de traitement », le « traitement juste et équitable » et la « protection et sécurité intégrale » qui sont des principes incarnant le constitutionnalisme libéral américain³²⁴. Selon la vision américaine, le but est d’instaurer un modèle de libéralisme économique adoptant la règle de droit dans la réglementation des marchés et qui permettra la promotion de la liberté économique. La règle de droit accorderait aux investisseurs une série de protections ou de garanties couvrant les diverses discriminations, les expropriations sans indemnisation, le traitement juste et équitable ainsi que la protection et sécurité entière pour leurs

³²³ Citant l’*Australian Department of Foreign Affairs and Trade* dans *Id.*, note 34, p. 220.

³²⁴ Emmanuel DARANKOUM, « L’arbitrage commercial international », dans Guy LEFÈBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Montréal, Thémis, 2006, p.672; D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, note 34, p. 206.

investissements³²⁵. Ce modèle de libéralisme économique assurerait une stabilité et une prévisibilité accrues dans le domaine de l'investissement étranger direct³²⁶.

Du fait de l'inexistence d'un régime multilatéral universel d'investissement, les TBI constituent le véritable régime du droit de l'investissement étranger direct. Étant une composante du droit international, ces règles sont considérées comme étant supra-constitutionnelles³²⁷. Grâce à ce régime, les entreprises deviennent de véritables sujets du droit international de l'investissement³²⁸. Elles sont capables d'exécuter et de sanctionner des violations aux obligations de droit international et de les imposer aux États grâce à l'arbitrage³²⁹.

L'objectif d'attraction des investissements étrangers a pour conséquence d'accorder de plus amples droits aux investisseurs. Cet objectif a omis cependant la considération des droits des personnes affectées par les violations commises par les investisseurs dans la conduite de leurs activités³³⁰. Les justiciables affectés n'ont aucun recours ni aucune garantie d'accès devant la juridiction arbitrale. Cette dernière est désormais la juridiction exclusive, responsable pour entendre les litiges découlant de l'application du traité d'investissement en vertu duquel l'investisseur a pu mener ses activités.

2) Vers le modèle du procès équitable

L'asymétrie au niveau de l'accès à la justice internationale économique serait un éloignement du modèle du procès équitable qui protège les droits fondamentaux

³²⁵ *Id.*, note 324, p.673.

³²⁶ *Id.*, note 34, p. 185.

³²⁷ *Id.*, note 34, p. 3.

³²⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 63, p. 19.

³²⁹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 5, p. 187.

³³⁰ E. DARANKOUM, *op. cit.*, note 54, 151.

de *tous* les justiciables. Les exigences du procès équitable sont contenues notamment dans l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1946) qui a inspiré les autres instruments juridiques internationaux qui traitent du procès équitable³³¹. L'article énonce que :

« Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle³³². »

La Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas de valeur normative à cause notamment de l'absence de contrôle juridictionnel³³³. Elle demeure en revanche un instrument de référence³³⁴. La source de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après le « Pacte ») et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est en effet l'article 10 de la DUDH. Elle a également inspiré d'autres instruments internationaux tels que la Convention américaine des droits de l'homme (1969) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981)³³⁵.

L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après le « Pacte ») stipule le droit à un procès équitable et les garanties procédurales disponibles à tout justiciable. Le Pacte permet des communications individuelles

³³¹ L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), l'article 6-1 de la Convention Européenne des droits de l'homme (1950), et de nombreux TBI contiennent également des exigences en matière de procès équitable.

³³² Article 10, Déclaration universelle des droits de l'homme (1948).

³³³ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.88.

³³⁴ *Id.*, note 276, p.89.

³³⁵ *Id.*, note 276, p. 407.

contre les États signataires devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU³³⁶. Ce recours vise uniquement les particuliers excluant ainsi les personnes morales. Il est ineffectif à moins que l'État signataire n'ait adhéré à un protocole facultatif. Tous les États ne sont donc pas liés par ce mécanisme.

La CEDH est cependant génératrice de la jurisprudence la plus abondante en matière de droits de l'homme. Son article 34 établit que toute personne peut instituer un recours directement contre un État signataire qui a violé les obligations de la convention devant la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Le requérant peut être un particulier, une personne morale, une ONG ou un simple regroupement de personnes. La CEDH garantit ainsi un accès à la justice internationale à *toute personne*, soit la garantie d'un droit à un recours et le droit à un juge. La société civile peut à ce titre se prévaloir d'un recours institué en vertu de l'article 34 de la CEDH. Tel que nous le verrons plus loin, les juridictions du droit international économique ne garantissent pas un tel droit à la société civile.

Le procès équitable permet par ailleurs d'assurer le respect des garanties d'une bonne justice et la protection des garanties fondamentales³³⁷. En effet, la garantie d'un procès équitable compte parmi les piliers de toute société démocratique³³⁸. Les garanties d'une bonne justice sont illustrées notamment par la publicité des audiences, par l'indépendance et l'impartialité du tribunal ainsi que par l'obligation de délai raisonnable pour juger³³⁹.

³³⁶ *Id.*, note 276, p.90.

³³⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.408.

³³⁸ Julie MEUNIER, « Le procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p.191.

³³⁹ *Id.*, note 276, p.412.

La publicité de la procédure (débat et prononcé de la décision) est un principe fondamental consacré par l'article 6-1 de la CEDH protégeant les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et contribuant à préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. La publicité de la procédure octroie une transparence de l'administration de la justice qui contribue à l'atteinte de l'objectif du déroulement d'un procès équitable.

Le standard du procès équitable peut se transposer avec flexibilité d'un espace normatif à un autre³⁴⁰. Tel qu'évoqué auparavant, les Principes ALI / UNIDROIT de procédure civile transnationale facilitent ce transfert. Elles énoncent les garanties de droits fondamentaux de la procédure, elles-mêmes inspirées d'un rapprochement des systèmes juridiques. Leur objectif est d'élaborer : « une procédure mondialisée pour une économie mondialisée »³⁴¹. Le Pacte, l'article 6-1 de la CEDH et les Principes d'ALI/UNIDROIT permettent l'atteinte d'un modèle du procès équitable universel. Les préceptes d'équité, de loyauté, de liberté d'accès à la justice et de liberté de la défense ont été transposés dans les engagements internationaux et européens³⁴². En effet, l'influence notoire des instruments internationaux des droits de l'homme ou de libertés et des droits fondamentaux domine l'ordre juridique. Le domaine procédural est également affecté, on parle alors de droits fondamentaux du procès cristallisés³⁴³. L'accès à la justice est une question d'ordre public international. Un véritable droit substantiel à un procès équitable conforme aux exigences d'un État démocratique et

³⁴⁰ Payam SHAHRJERDI et Vincent TOMKIEWICZ, V., « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'OMC », dans Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p.269.

³⁴¹ E. DARANKOUM, *op. cit.*, note 54, p. 159.

³⁴² S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.19.

³⁴³ E. DARANKOUM, *op. cit.*, note 54, p. 162.

par la même aux garanties fondamentales d'une bonne justice s'internationalise³⁴⁴. Nous pouvons dès lors examiner le transfert de ces exigences aux juridictions du droit international économique.

Ces exigences semblent être assurées *prima facie* par le Mémorandum de règlement de différends de l'OMC. Les règles de l'organisation consacrent en effet une garantie juridictionnelle du droit à un recours, d'un droit à un appel, de l'indépendance et de l'impartialité des membres, du caractère raisonnable du délai pour rendre et exécuter les décisions, de la publicité des décisions ainsi que de l'exigence de la bonne foi dans l'engagement des procédures³⁴⁵. Les États impliqués dans un différend doivent en revanche consentir à la publicité de l'audience, à savoir son ouverture au public, ce qui s'est déjà passée à maintes reprises face à la pression citoyenne et à celle de la société civile³⁴⁶. La confidentialité des audiences à l'ORD est notamment un élément qui démontre l'absence d'une qualité juridictionnelle, confidentialité d'ailleurs remise en question et délibérée dans le cadre de la réforme de l'ORD prévue à Doha³⁴⁷.

Ladite réforme concerne également la question de la soumission des mémoires d'*amicus curiae* à l'ORD. En effet, l'équité ou l'éthique procédurale sont des notions qui permettent de croire qu'une procédure équitable suffit à garantir une décision juste. Or, le but à travers la procédure d'*amicus curiae* est en partie de: « (...) garantir, grâce à ses lumières, un procès équitable (...) »³⁴⁸. Les soumissions

³⁴⁴ *Id.*, note 276, p.19.

³⁴⁵ P. SHAHRJERDI et V. TOMKIEWICZ, *op. cit.*, note 340, p.271.

³⁴⁶ OMC Nouvelles 2005, « L'OMC ouvre pour la première fois au public une procédure de groupe spécial », 12 septembre 2005, en ligne : http://www.wto.org/French/news_f/news05_f/openpanel_12sep_f.htm.

³⁴⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.958.

³⁴⁸ Raymond GUILLIEN et Jan VINCENT, « Lexique des termes juridiques », Paris, Dalloz, 2003, p.39.

d'*amicus curiae* soulèvent au tribunal des faits et des arguments en vue de l'aider à rendre une décision plus juste et complète. Le droit commun du procès légitimerait, même dans la sphère internationale judiciaire, les interventions d'*amicus curiae*³⁴⁹.

L'*amicus curiae* est effectivement recevable devant les tribunaux pénaux internationaux, la Cour européenne des droits de l'homme de même que la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁵⁰. La question est fortement débattue au niveau de la CIJ où *a priori* cette procédure est ouverte uniquement aux organisations internationales intergouvernementales³⁵¹. Au niveau de l'OMC, des mémoires d'*amicus curiae* ont été communiqués au groupe spécial et à l'organe d'appel dès le premier différend qu'ils ont réglé. Suivant le précédent du GATT, les deux instances ont rejeté ces mémoires³⁵². En effet, cette position se conformait à la nature et à la vision exclusivement et strictement interétatique du GATT héritées par l'OMC³⁵³.

La situation a évolué depuis puisqu'aujourd'hui la jurisprudence de l'OMC impliquant les interventions d'*amicus curiae* émanant de la société civile et d'entités corporatives est importante. Ces interventions ont été effectuées en dépit de l'absence de dispositions qui les permettent explicitement. Tel que nous le verrons, annexer le mémoire à celui d'un État partie au litige est l'unique voie garantissant à un acteur non étatique d'être entendu par le groupe spécial ou l'organe d'appel. Il s'agit d'une faculté soumise à l'entière discrétion des membres. Le droit d'être entendu de ces acteurs n'est ni reconnu ni garanti; seuls les États parties bénéficient de ce droit.

³⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, note 5, p. 161.

³⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 166; Voir également H. ASCENSIO, *loc. cit.*, note 67, p.901-902.

³⁵¹ Selon une interprétation de l'article 34, paragraphe 2, du Statut de la Cour, Voir *Id.*, note 67, p.906.

³⁵² H. GAO, *op. cit.*, note 293, p.405.

³⁵³ P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 544.

En tant que juridiction interétatique, le système de l'ORD est caractérisé par son horizontalité où la souveraineté des États demeure un principe cardinal; d'où l'opposition ardue à toute forme d'intervention dans ce système par la société civile³⁵⁴. L'idée est évidente également à la CIJ où l'État demeure le principal acteur et partie aux différends. Tel que nous l'avons vu, ceci n'est plus tout à fait véridique pour l'OMC, où les États sont notamment perçus comme les porte-paroles des acteurs économiques dans le domaine de règlement des différends.

La situation diffère en revanche dans le cadre de l'arbitrage des différends d'investissements. Les acteurs non étatiques y sont des justiciables pour qui : “ le juge « naturel », de droit commun, est et reste le juge interne”³⁵⁵. Ces personnes s'attendent à une justice équivalente à celle qui se trouve en droit commun. Le CIRDI, en tant que mécanisme international de règlement de litige entre personnes privées et États, a pu faire preuve de sa capacité à institutionnaliser les exigences du procès équitable³⁵⁶. La nouvelle réforme de sa procédure a permis notamment l'intervention de la société civile dans le procès et la publicité des audiences. Il s'agit d'un droit d'accès à la procédure qui consacre le droit d'intervenir et non d'un droit d'accès à la justice, qui vise le droit à un recours et à un juge. Or, le droit prévu par la réforme vise uniquement l'intervention dans la procédure à titre d'*amicus curiae* et non à titre de partie au litige. Nous examinerons plus en détail ladite réforme plus loin.

³⁵⁴ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.955.

³⁵⁵ *Id.*, note 276, p.956.

³⁵⁶ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 276, p.989.

Donc, ni l'accès à la justice ni l'accès à la procédure ne sont garantis pour la société civile à l'ORD. Nous verrons que cela vient de changer au niveau de l'arbitrage des différends d'investissement. L'idée de l'accès à la justice de la société civile est cardinale étant donné que la complexité, les coûts et les rapports de force ont un effet dissuasif pour les justiciables. L'accès à la justice économique internationale par des justiciables lésés n'est pas prévu. L'investisseur qui violerait des droits fondamentaux par son activité ne serait *a priori* pas sanctionné par la justice internationale économique. Les multinationales ou les investisseurs sont les uniques acteurs qui peuvent se prévaloir d'un accès à la justice internationale économique. Ce monopole d'accès devrait être brisé afin de permettre à tous les justiciables et toutes les parties prenantes affectés par le différend d'investissement d'être entendus. Tel que traité plus haut, le déni de justice aux ressortissants étrangers, qui est une violation de droit international, ne devrait pas conduire à un déni de justice aux justiciables locaux ou nationaux affectés par le différend. Un double standard est évidemment en cause.

En effet, à l'exception de l'espace européen, les instruments et les réparations d'accès direct pour soulever des violations de droits de l'homme demeurent largement inefficaces. À l'inverse, l'accès direct des individus contre les États pour soulever des violations de droit international devant des juridictions internationales fleurit dans le domaine d'arbitrage d'investissements. L'action de la société civile en défense et en représentation d'intérêts collectifs pourrait remédier à ce double standard ou à cette asymétrie relative à l'accès à la justice. Certains groupes de la société civile ont été effectivement reconnus comme défenseurs de ces intérêts

collectifs - traditionnellement garantis et protégés par l'État - au niveau international³⁵⁷. En revanche, ceux-ci sont souvent dilués et ignorés eu égard aux réticences politiques, aux discrétions et sélectivités, aux manques de ressources, aux soucis des représailles ou encore aux contraintes contractuelles face à l'investisseur. L'intervention de la société civile, mieux informée et avisée, pour la défense des intérêts collectifs s'impose.

De plus, cela contribuerait à un rapprochement d'un modèle de démocratie universelle ou internationale participative-délibérative. En ce qui concerne la société civile et les diverses parties prenantes, ce modèle leur permettrait d'avoir un accès approprié à l'information, de participer aux processus décisionnels ainsi que d'avoir un accès effectif aux procédures administratives et judiciaires³⁵⁸. L'accès à l'information, la participation aux décisions et processus normatifs internationaux et l'accès aux recours (administratifs et judiciaires) sont en effet les trois axes de la gouvernance mondiale³⁵⁹.

Reconnaître le droit d'agir de la société civile dans un souci de gouvernance et d'effectivité des droits fondamentaux, c'est reconnaître l'émergence de nouveaux intérêts et la complexité des relations économiques internationales. Il s'agirait enfin de remédier à cette asymétrie qui établit un double standard indu et injuste entre les investisseurs et les autres justiciables.

³⁵⁷ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 303.

³⁵⁸ E. DARANKOUM, *op. cit.*, note 54, p. 160.

³⁵⁹ *Id.*, note 54, p. 161.

3) Fondement de l'accès à la procédure par la société civile

Il s'agit dans cette section d'analyser le fondement procédural repris par des décisions clés de l'organe d'appel de l'OMC et des tribunaux arbitraux appliquant l'ALENA ou les TBI. Ces décisions ont ouvert la porte (timidement certes) à la possibilité pour la société civile d'accéder à la justice internationale économique, une porte ouverte timidement puisqu'elle vise uniquement le droit d'accès à la procédure. Tel que nous l'avons évoqué plus haut, ce droit consacre seulement le droit d'intervenir et non le droit d'accès à la justice, qui vise le droit à un recours et à un juge, chose qui n'est pas prévue par la jurisprudence examinée ci-dessous.

Dans «*Shrimps*»³⁶⁰, trois ONG environnementales désiraient intervenir dans le but d'éclairer le groupe spécial sur les enjeux environnementaux en cause³⁶¹. Le groupe spécial avait décidé que les interventions non sollicitées seraient rejetées puisqu'incompatibles avec les règles et les procédures régissant le règlement des différends (le Mémoire). Toutefois, les parties ont été invitées à présenter les mémoires d'ONG en les annexant à leurs propres mémoires. Les mémoires d'ONG feraient partie intégrante de leurs dossiers, les parties étant donc les uniques responsables de leurs contenus.

L'organe d'appel a par contre infirmé cette décision. Il est même allé encore plus loin en accordant le droit au groupe spécial de considérer les interventions non

³⁶⁰ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Plaignants : Inde, Malaisie, Pakistan, Thaïlande), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VII, 2755.

³⁶¹ Le *Center for Marine Conservation (CMC)*, le *Center for International Environmental Law (CIEL)* et le *World Wide Fund for Nature (WWF)* qui est l'ONG de référence pour la protection des animaux à travers le monde. Voir H. GAO, *op. cit.*, note 293, p.52.

sollicitées à condition que celles-ci soient pertinentes³⁶². Selon l'organe d'appel, le pouvoir d'accepter les interventions non sollicitées d'*amicus curiae* relève de son pouvoir général de recueillir tout renseignement utile conformément à l'article 13 du Mémorandum³⁶³. La décision a également édicté que le groupe spécial peut, à sa discrétion, déroger aux procédures en vertu de l'article 12.1 du même accord.

Dans l'affaire *CE- Asbestos*³⁶⁴, cinq entités privées ont communiqué des mémoires dans le but d'intervenir dans la procédure. Deux mémoires, émanant d'autres organismes, ont été directement annexés au mémoire de l'Union européenne. Les arguments et les points soulevés dans ces derniers ont été effectivement pris en compte par le groupe spécial dans son analyse pour trancher ce différend, grâce à l'inclusion de ces mémoires dans les arguments des parties au litige. Ces dernières sont effectivement les seules à bénéficier du droit d'être entendues par le groupe spécial. Les trois autres ont été rejetés; ils provenaient de *Ban Asbestos Network*, *l'Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C.*, et *ONE* ("*Only Nature Endures*"), une ONG basée en Inde³⁶⁵.

Arrivé en appel, et vu le nombre important d'ONG, d'associations et d'organisations commerciales et industrielles qui songeaient à intervenir, l'organe d'appel a établi une procédure provisoire pour la communication des mémoires d'*amicus curiae*³⁶⁶. Ce pouvoir d'établir des procédures provisoires est prévu à

³⁶² Jorge VINUALES, "Amicus Intervention in Investor-State Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Novembre 2006-Janvier 2007, p.74; R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 362; T. MERON, *loc. cit.*, note 66, p.320.

³⁶³ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 406.

³⁶⁴ *Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 12 mars 2001.

³⁶⁵ Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 18 septembre 2000; p. 447.

³⁶⁶ Rapport de l'organe d'appel, *Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 12 mars 2001; Paragraphe 51; R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 363.

l'article 16 (1) des Procédures de travail. Dans cette décision, l'organe a insisté sur les caractéristiques des entités désirant intervenir. Les critères étaient les suivants : leurs sources de financement, la description de leurs relations avec les parties, leurs intérêts dans l'affaire, leur degré de contribution à la procédure et l'identification des points de droit qu'ils voudraient traiter. L'organe d'appel a réitéré son pouvoir de discrétion de les accepter ou de les rejeter.

En effet, les critères et conditions de l'organe étaient si exigeants que les dix-sept communications présentées ont été rejetées. Il est tout de même intéressant de noter que ce différend a suscité l'intérêt d'organisations et de personnes fort variées des quatre coins de la planète, allant d'entreprises minières d'amiante au Sénégal et en Inde à des professeurs et centres de recherches américains et australiens³⁶⁷. Cette diversité ou hétérogénéité des *amicus curiae* ne semble pas contredire la jurisprudence de l'organe d'appel. Il serait en effet disposé d'accepter les communications de toutes « personnes » autres que les parties au litige³⁶⁸. L'organe d'appel est au contraire uniquement intéressé à accepter les communications d'*amicus curiae* dans le seul cas où cela pourrait lui être bénéfique. Il est primordial que l'intervention puisse contribuer à résoudre une question de fait ou de droit, c'est à dire de pouvoir contribuer à la résolution du litige³⁶⁹.

De nombreuses décisions au niveau de l'ORD sont venues par la suite confirmer les précédents établis par les deux décisions examinées ci-dessus. En résumé, le groupe spécial tire ce pouvoir de l'article 13 du Mémorandum (selon

³⁶⁷ *Id.*, note 353, Paragraphe 53-56 (*Voir* notes de bas de page dans la décision).

³⁶⁸ *Id.*, note 353, Paragraphe 50. (Italiques ajoutées).

³⁶⁹ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 363.

l'interprétation de l'organe d'appel). En revanche, l'organe d'appel exerce ce pouvoir de discrétion en vertu de l'article 17.9 du Mémorandum en concordance avec l'article 16 (1) des Procédures de travail³⁷⁰. La définition de l'*amicus curiae* n'est pas encore précise dans le sens où sa personnalité reste nébuleuse (individus, multinationales, lobbies corporatifs³⁷¹, organisations intergouvernementales et non gouvernementales, etc.)³⁷². La jurisprudence de l'OMC a cependant dégagé deux types de critères. Tout d'abord, des critères de *ratione materiae* qui portent sur l'intérêt juridique des intervenants tel que la démonstration du degré de contribution à la résolution du litige; ainsi que des critères de *ratione personae* portant sur leurs qualités telles que l'exigence d'impartialité³⁷³. En second lieu, seules les informations factuelles et techniques communiquées seraient recevables au stade du groupe spécial. En revanche, devant l'organe d'appel, seuls les arguments et les questions juridiques seraient considérés, de plus l'information et l'argumentation communiquées ne devraient pas être déjà traitées par les parties au litige³⁷⁴.

Dans *Methanex Corporation*, le tribunal a adopté l'approche de l'ORD et de l'*Iran-US Claims Tribunal* permettant les interventions d'*amicus curiae*³⁷⁵. Il s'agit d'un différend tranché dans le cadre du Chapitre XI de l'ALENA. Il opposait

³⁷⁰ Mitsuo MATSUSHITA, Thomas J. SHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, « The World Trade Organisation : Law, Practice and Policy », Oxford, Oxford University Press, 2006, p.37; R. CASANOVA-JIMENEZ, *op. cit.*, note 43, p.37; Rapport de l'organe d'appel, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R; adopté le 10 mai 2000, Paragraphes 36-42.

³⁷¹ L'*American Iron and Steel Institute* et la *Speciality Steel Industry of North America*, ont présenté des mémoires d'*amicus curiae* à l'Organe d'Appel dans *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Un* (Plaignants : Communauté Européenne), WT/DS138/AB/R; adopté le 10 mai 2000.

³⁷² Le panel a accepté les présentations d'*amicus curiae* de deux pêcheurs australiens portant sur leurs opinions personnelles des standards sanitaires australiens. Cette décision illustre l'admissibilité de toute personne, autre que les parties au différend, à intervenir en tant qu'*amicus curiae*, Voir H. GAO, *op. cit.*, note 293, p.55; *Id.*, note 36, p. 362.

³⁷³ H. ASCENSIO, *loc. cit.*, note 67, p.912.

³⁷⁴ *Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, précité, note 353, Paragraphe 52; Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, (Plaignants : Pérou), WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002, Page 43, Paragraphe 169.

³⁷⁵ J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.356.

Methanex, une entreprise canadienne, et les États-Unis. En décidant ainsi, le tribunal a d'abord examiné la pratique des instances mentionnées ci-dessus et celle de la CIJ. Le tribunal a trouvé que la CIJ est liée par ses statuts pour limiter les différends et les interventions à ses procédures aux États uniquement. Cela ne s'appliquait pas au tribunal en cause, constitué dans le cadre du Chapitre XI de l'ALENA et régi par les règles d'arbitrages de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)³⁷⁶.

Dans ce différend, les requérants étaient trois ONG ayant une expertise environnementale considérable. Il s'agissait de l'Institut international pour le développement durable, *Communities for a Better Environment* et *Le Earth Island Institute*³⁷⁷. Leurs demandes d'intervention reposaient sur l'importance de cette affaire vu les incidences environnementales et d'intérêt public en cause. Ils ont demandé également que l'interprétation du Chapitre XI de l'ALENA soit faite à la lumière des principes du développement durable. Ils ont souligné que leur intervention pourrait aider le tribunal dans cette tâche³⁷⁸.

Les demandes procédurales des *amicus curiae* se résumaient ainsi: pouvoir examiner les plaidoiries des parties et leurs documentations, assister aux audiences, présenter des mémoires écrits et pouvoir plaider oralement. En effet, eu égard à la complexité de l'affaire, le tribunal cherchait à recueillir le plus d'information possible et a donc accepté leurs communications écrites³⁷⁹. Il a considéré que la question de permission des mémoires d'*amicus curiae* était une question procédurale régie par

³⁷⁶ *Methanex Corporation c. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"*, 15 janvier 2001, p.4.

³⁷⁷ Le dernier était impliqué dans le différend de *Shrimps* traité plus haut.

³⁷⁸ *Methanex Corporation c. United States of America*, note 376, p.4

³⁷⁹ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 360.

l'article 15(1) des règles d'arbitrage de la CNUDCI. Le tribunal a noté qu'il bénéficiait en vertu de cet article d'un pouvoir discrétionnaire quant à la conduite de l'arbitrage, et qu'il avait ainsi le pouvoir de permettre de telles interventions.

Concernant les questions d'accès aux audiences et des plaidoiries orales, le tribunal a conclu que l'article 25(4) des règles de la CNUDCI était applicable. L'article dispose que les audiences sont tenues à huis clos. Il fallait donc avoir le consentement des deux parties afin de déroger à cette règle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce³⁸⁰. Selon le même raisonnement, le tribunal n'aurait pas le pouvoir d'accorder aux *amicus curiae* le droit d'examiner les plaidoiries des parties et leurs documentations, une conclusion qui a été retenue également dans *UPS c. Canada*³⁸¹.

Dans ce dernier différend, régi par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, *United Parcel Service of America (UPS)* songeait à obtenir des dommages du Canada. Le préjudice justifiant les dommages découlerait de la concurrence déloyale de la part de Poste Canada, ce qui constituerait une violation des articles 1502 et 1503 de l'ALENA³⁸². Selon *UPS*, en ayant un avantage grâce à son monopole du courrier à lettres, l'entreprise étatique canadienne violait la concurrence avec les entreprises privées, dont *UPS*. Deux entités canadiennes, *Canadian Union of Postal Workers* et *the Council of Canadians* voulaient intervenir en tant que parties au litige. Dans le cas où le tribunal refuserait, elles souhaitaient intervenir à titre d'*amicus curiae*. La justification serait leur intérêt direct dans l'instance car elles sont des parties prenantes affectées par le jugement. Elles ont également soulevé qu'elles pourraient

³⁸⁰ *Methanex Corporation c. United States of America*, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"*, précité note 376, p.19; J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.74.

³⁸¹ *United Parcel Services c. Canada*, 24 mai 2007.

³⁸² Anthony VAN DUZER, "Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation", *Mc Gill Law Journal* (52 *McGill L.J.* 681), 2007, p. 13.

offrir une perspective différente de celle des parties³⁸³. De plus, elles désiraient contester la compétence du tribunal.

Le tribunal a décidé en premier temps que les interventions d'*amicus curiae* ne devraient jamais porter sur des questions juridictionnelles, les *amici curiae* ne pouvant pas empêcher les parties de régler leurs différends³⁸⁴. Le tribunal possède l'expertise et l'autorité de déterminer des questions procédurales telles que sa compétence³⁸⁵. Il s'agit de l'application du principe de *kompetenz kompetenz*, qui est d'ailleurs repris par l'article 21 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le tribunal a ensuite décidé qu'il n'avait pas le pouvoir d'ajouter une partie à l'instance. Cela contreviendrait à la nature consensuelle de l'arbitrage et à l'article 15 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. De plus, aucune des parties en l'espèce n'avait consenti à conduire l'arbitrage avec les intervenants³⁸⁶.

Dans l'affaire Vivendi c. la République argentine, cinq ONG³⁸⁷ ont présenté une requête « *for Transparency and Participation as Amicus Curiae* »³⁸⁸. Elles ont cité les précédents de *Methanex* et *UPS* en présentant leur requête. Les intervenants ont soutenu qu'ils avaient le droit de participer à ce différend en réclamant: « (...) *the right of every person to participate and make their voices heard in cases where decisions may affect their rights* »³⁸⁹.

³⁸³ *Id.*, note 369, p. 13.

³⁸⁴ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 366.

³⁸⁵ J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.75.

³⁸⁶ Voir Article 15, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 13.

³⁸⁷ *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Center for International Environmental Law (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. De Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, et Unión de Usuarios y Consumidores. Voir Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic (ICSID Case no. ARB/03/19), Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae*, p. 1.

³⁸⁸ La réponse à la requête a été rendue par décision provisoire le 19 mai 2005 dans *Id.*, note 387.

³⁸⁹ *Id.*, note 374, p. 2.

Les plaignants, soit le consortium dirigé par *Vivendi*, demandèrent au tribunal de rejeter l'intégralité de ces demandes. Ils demandèrent que le tribunal ne se considère pas lié par les précédents établis par d'autres tribunaux³⁹⁰. La République argentine approuva toutefois leur intervention. Au vu du désaccord entre les parties, le tribunal devait décider lui-même, sachant qu'aucun tribunal fonctionnant sous les règles du CIRDI n'avait déjà accordé le statut d'*amicus curiae* à une tierce partie au litige³⁹¹.

Concernant l'accès aux audiences et leur ouverture au public, le tribunal a conclu que cela ne pourrait être fait qu'avec le consentement et l'accord des deux parties conformément à l'article 32(2) du règlement du CIRDI³⁹². Cette disposition stipulait que le droit d'assister aux audiences est uniquement réservé aux parties au litige. Leur consentement était donc nécessaire pour déroger à cette règle, ce qui était le cas dans *Methanex et UPS* et dans de nombreux différends à l'OMC où cela a été possible uniquement grâce au consentement des parties. Le tribunal a donc rejeté cette première demande des intervenants.

En ce qui concerne la communication de mémoires écrits, le tribunal a déterminé qu'il avait l'autorité et la compétence de les accepter en vertu de l'article 44 de la Convention du CIRDI. En vertu de cet article, les questions procédurales non prévues par le règlement seront déterminées selon la discrétion du tribunal³⁹³. Il considéra donc la question d'*amicus curiae* comme étant une question procédurale à

³⁹⁰ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 77; Howard MANN, "The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles", *International Institute for Sustainable Development*, Août 2005, en ligne: <http://www.iisd.org>, p.9.

³⁹¹ *Id.*, note 374, p. 3.

³⁹² Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic, précité note 387, p. 2; J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.76.

³⁹³ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 16.

trancher en vertu de son pouvoir résiduel³⁹⁴. Tel que nous l'avons soulevé plus haut, le tribunal dans *Methanex* était arrivé à une conclusion similaire en se basant sur l'article 15(1) des règles de la CNUDCI, l'équivalent de l'article 44 de la Convention du CIRDI.

Le tribunal a également élaboré des conditions en vertu desquelles de telles communications seront permises en se basant sur les précédents des autres juridictions qui se sont prononcées sur cette même question. Ces conditions sont au nombre de trois : (a) la pertinence quant à l'affaire en cause, (b) le caractère convenable de l'intervention d'une tierce partie d'agir en tant qu'*amicus curiae* dans ladite affaire et (c) la procédure à travers laquelle l'intervention d'*amicus curiae* sera effectuée et considérée³⁹⁵.

Les plaignants étaient contre une telle interprétation. Selon eux, la permission d'*amicus curiae* est une question substantive et non procédurale puisqu'ils seraient entraînés dans un litige avec des entités autres que les parties à l'arbitrage. En adoptant la position retenue dans *Methanex*, le tribunal refusa une telle approche. Il a réitéré fermement que l'*amicus curiae* n'est pas une partie au litige, son rôle unique est d'assister le tribunal dans sa décision³⁹⁶. Cette assistance consiste à transmettre au tribunal des arguments, des perspectives et des éléments d'expertises que les parties n'ont pas soulevés³⁹⁷. Le tribunal a également décidé que le mémoire présenté par les *amici curiae* pourra traiter des questions factuelles et des questions de droit³⁹⁸.

³⁹⁴ *Id.*, note 387, p. 3.

³⁹⁵ *Id.*, note 387, p. 4; J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.76.

³⁹⁶ *Methanex Corporation c. United States of America*, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"*, précité note 376, p.14.

³⁹⁷ *Id.*, note 387, p. 4.

³⁹⁸ *Id.*, note 387, p.10.

L'*amicus curiae* peut donc prendre des positions en soulevant des arguments sur les points de fait ou de droit. Cela est d'ailleurs explicitement prévu par l'article 37(2) du nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI.

Enfin, de nombreuses décisions ont insisté sur le fait que les *amici curiae* pouvaient communiquer des mémoires dans la limite de la discrétion et de l'acceptation de la juridiction saisie. Il ne s'agit donc pas d'un droit. Seuls les États membres ou les parties aux différends ont le droit d'être entendu³⁹⁹. L'accès à la justice est uniquement garanti par la voie des traités, qui l'octroient *a priori* uniquement à un investisseur ou à un État.

Dans tous les cas étudiés, les intervenants ont soutenu que leur participation serait édifiante à la transparence de l'instance et donc à l'acceptation par le public des décisions de ces tribunaux⁴⁰⁰. L'accès de la société civile aux audiences serait désormais nécessaire afin de garantir la transparence du processus⁴⁰¹. Ce dernier argument a longtemps été soulevé par la société civile en sa propre faveur. Dans la partie qui suit, nous aborderons la question de la transparence et de l'intérêt public en cause dans ces décisions ainsi que les effets suscités par les interventions d'*amicus curiae*.

³⁹⁹ M. MATSUSHITA et al., *op. cit.*, note 370, p.37; J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.74; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R; adopté le 10 mai 2000, Paragraphes 42..

⁴⁰⁰ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 13.

⁴⁰¹ *Id.*, note 382, p. 16.

VI) Quels effets suscités par l'intervention de la société civile ?

L'accès à la procédure octroyé à la société civile à titre d'*amicus curiae* est permis dans le but de concilier des préoccupations de transparence⁴⁰². Les militants experts de la société civile saisissent cette opportunité pour promouvoir un développement progressiste du droit international économique à travers sa jurisprudence, un progressisme qui sous-entend la prise en compte de préoccupations socio-environnementales et de droits de l'homme dans l'interprétation du droit⁴⁰³. Ledit progressisme ressort dans de nombreuses décisions récentes et des TBI nouvellement signés par le Canada qui prévoient notamment le droit d'intervention à titre d'*amicus curiae*. Dans un souci d'adaptation aux récurrentes interventions de la société civile à titre d'*amicus curiae*, nous verrons également que le CIRDI a adopté des réformes conséquentes en amendant son règlement d'arbitrage.

1) Une transparence impérative et accrue

Tel qu'évoqué plus haut, diverses problématiques qui soulèvent la nécessité d'une plus ample transparence semblent être de plus en plus en cause dans les différends internationaux économiques. En effet, les traités d'investissements, bilatéraux ou multilatéraux accordent des droits conséquents aux investisseurs découlant du droit international comme le droit contre le déni de justice. Ces droits imposeraient des limites supranationales à l'exercice de la souveraineté étatique, de la législation nationale ainsi que des décisions judiciaires de l'État⁴⁰⁴. Ils pourraient

⁴⁰² Voir C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 416.

⁴⁰³ S. CHARNOVITZ, *loc. cit.*, note 30, p. 509.

⁴⁰⁴ S. TULLY, *loc. cit.*, note 47, p. 22.

constituer des défis potentiels au pouvoir règlementaire étatique⁴⁰⁵. L'octroi de dommages par le biais de l'arbitrage aux investisseurs suite à la violation desdits droits constitue un risque énorme aux gouvernements désireux de mettre en place des mesures règlementaires qui sont susceptibles d'affecter ces investissements⁴⁰⁶. Ce pouvoir de levier des investisseurs a suscité de fortes critiques et a engendré le mépris du public et de la société civile⁴⁰⁷. La légitimité au recours à l'arbitrage est mise en cause. Son objectif fondateur visant à dépolitiser l'investissement étranger direct est menacé par de nouvelles pressions politiques. Les critiques dénoncent le triomphe de l'intérêt particulier (des investisseurs) sur l'intérêt public (protégé par les mesures règlementaires étatiques).

Le droit international économique est désormais critiqué pour octroyer aveuglement des droits aux investisseurs sans la prise en compte des problématiques d'intérêt public, qui semblent être de plus en plus en cause⁴⁰⁸. La critique est la suivante : comment permettre à des tribunaux secrets d'écraser des mesures d'intérêt public, environnementales par exemple, au nom de la protection des intérêts privés? La légitimité entière du processus arbitral est ainsi remise en question⁴⁰⁹.

La réponse de Jan Paulsson est que les tribunaux ne sont plus secrets grâce aux nouvelles réformes du CIRDI que nous traiterons plus loin. Les décisions arbitrales ne visent qu'à veiller au respect des engagements internationaux des États et donc au respect de la règle de droit internationale. Le règlement des différends

⁴⁰⁵ *Id.*, note 47, p. 23.

⁴⁰⁶ On cite notamment l'exemple de l'abandon du projet de régime d'assurance automobile provincial du Nouveau Brunswick par peur de représailles des entreprises d'assurances américaines sous l'égide du Chapitre XI de l'ALENA. Voir D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 71.

⁴⁰⁷ E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p. 318.

⁴⁰⁸ K. MOLTKE et H. MANN, *loc. cit.*, note 50, p. 106.

⁴⁰⁹ J. PAULSSON, *op. cit.*, note 162, p.232.

entre États et investisseurs était assuré auparavant par l'entremise de la protection diplomatique. La règle de droit international appliquée par l'arbitrage commercial international vise à éviter l'intervention de l'État de l'investisseur. Le but étant de dissocier les investissements étrangers de la domination des puissances impérialistes⁴¹⁰. Cette vision est illustrée par la doctrine de Calvo adoptée par de nombreux États d'Amérique latine. Elle consiste à imposer à l'investisseur étranger d'épuiser les recours internes disponibles avant de recourir à la protection diplomatique⁴¹¹: “*By placing arbitration in the hands the investor, and not the state, they have also depoliticized the remedy*”⁴¹². Le modèle d'arbitrage contemporain assure ainsi une justice privée impartiale et également imperméable aux subjectivités et aux sensibilités qui existaient devant les juridictions nationales⁴¹³. La décision du tribunal est finale et n'est pas sujette à un appel. Un recours en annulation existe cependant en vertu de l'article 52 de la Convention du CIRDI⁴¹⁴. Le but de ce processus arbitral étant également de garantir un mode de règlement de différend efficace et rapide⁴¹⁵.

Or, le règlement des différends d'investissements est de nouveau politisé⁴¹⁶. Le *statu quo* décrit ci-dessus est menacé par la pression de la société civile, cette dernière exigeant l'octroi du statut d'*amicus curiae* dans les différends internationaux économiques afin de soulever à l'attention du tribunal arbitral des problématiques

⁴¹⁰ Voir Mark LARGAN, “International Corporate and Investment Banking: Practice and Law”, Londres, Institute of Financial Services, 2003, p.34; Ronald Charles WOLF, “Trade, Aid, and Arbitrate: The Globalization of Western Law”, Burlington, Ashgate, 2004, p.27; D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 59.

⁴¹¹ P. DUMBERRY, *loc. cit.*, note 45, p. 112.

⁴¹² J. PAULSSON, *op. cit.*, note 162, p.28.

⁴¹³ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 7, p. 25.

⁴¹⁴ Recours ouvrable dans les cas de vice dans la constitution du tribunal, son excès de pouvoir manifeste, corruption d'un de ses membres, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, et le défaut de motifs. Voir Article 52, *Convention d'arbitrage du CIRDI*.

⁴¹⁵ Théodore CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS c. Argentine* », Paris, *Revue générale de droit international*, 2007, p. 879.

⁴¹⁶ Noah RUBENS, “Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit?”, dans KLAUSEGGER et al. (dir.), *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, Vienne, Manz C.H. Beck Stampfli, 2009, p.488.

d'intérêt public⁴¹⁷. Tel que mentionné plus haut, ces différends semblent affecter effectivement de plus en plus l'intérêt public, ce qui n'était pas le cas dans le cadre traditionnel de l'arbitrage commercial international⁴¹⁸.

L'idée que les tribunaux tranchant des différends d'arbitrage d'investissements internationaux acceptent des interventions d'*amicus curiae* soulève par ailleurs certaines problématiques. Tout d'abord, la procédure d'arbitrage est privée, constituant un des avantages principaux pour les parties de recourir à ce mode de règlement de différends⁴¹⁹. Les parties impliquées protègeraient ainsi de l'information de nature commerciale sensible ou confidentielle. Les différends impliquant États et investisseurs sont considérés comme des questions de droit privé compte tenu de la relation commerciale entre les parties⁴²⁰.

Cependant, les limites entre droit privé et droit public se sont brouillées à l'instar de la globalisation des marchés. L'objectif initial de dépolitiser l'arbitrage est plus que jamais remis en cause. Les différends sont politisés et publicisés du fait de l'énorme intérêt public souvent en cause⁴²¹. Des intérêts collectifs, traditionnellement garantis par l'État, se sont vus appropriés par la société civile qui manifeste une volonté apparente d'intervenir au sein des différends d'investissement à titre d'*amicus curiae*⁴²². Tel que vu plus haut, jamais l'intérêt pour les droits non marchands transnationaux n'a plus été diffusé et propagé que dans l'ère de la globalisation des marchés. Des sentences arbitrales ont ainsi suscité de vives critiques

⁴¹⁷ J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.73.

⁴¹⁸ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *op. cit.*, note 36, p. 356.

⁴¹⁹ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 6; Graham D. VINTER, "Project Finance: A legal guide", Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p.137.

⁴²⁰ J. VINUALES, *op. cit.*, note 362, p.73.

⁴²¹ M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, note 5, p. 324.

⁴²² *Id.*, note 5, p. 324.

de par leur omission de considérer les problématiques d'intérêt public en cause⁴²³. Selon ces critiques, ces omissions jumelées avec l'opacité du processus entraîneraient inévitablement l'empiètement du marchand sur le non marchand⁴²⁴. La critique quant au manque de transparence est soulevée haut et fort lorsque des questions d'intérêt public sont en cause⁴²⁵.

Les motifs derrière l'acceptation de l'*amicus curiae* à l'ALENA émaneraient donc d'un souci de gouvernance. La permission d'une telle procédure a été octroyée compte tenu des préoccupations de transparence et de l'intérêt public en cause et ce, malgré le fait que les tribunaux arbitraux ne soient pas liés par les précédents des autres juridictions⁴²⁶. En effet, dans l'affaire *Methanex*, le tribunal a reconnu qu'interdire les interventions d'*amicus curiae* en l'espèce aurait pour effet de léser la légitimité publique du processus entier de règlement de différend sous le Chapitre XI de l'ALENA⁴²⁷. Tel que proposé par le Canada et les États-Unis, le tribunal a reconnu que les tribunaux établis en vertu du Chapitre XI de l'ALENA pourraient bénéficier d'une plus ample transparence compte tenu des préoccupations d'intérêt public soulevés.

La situation est par ailleurs similaire à l'OMC. Dans *CE- Asbestos*, l'organe d'appel avait établi une procédure permettant les interventions d'*amicus curiae*. En dépit du fait que cette procédure établie était provisoire et applicable uniquement à ce différend, le Secrétariat de l'OMC l'a publié sur son site internet. Il est clair que le

⁴²³ E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p. 314.

⁴²⁴ C. BROWER, *op. cit.*, note 315, p.370.

⁴²⁵ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p.2.

⁴²⁶ *Id.*, note 382, p. 12.

⁴²⁷ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 359.

Secrétariat était de l'avis que cela avantagerait l'image et la légitimité de l'OMC⁴²⁸. Il est important de noter que l'organe d'appel était évidemment conscient des préoccupations de transparence reliées à ce différend notamment à cause des questions de santé publique sous-jacentes au litige⁴²⁹. Cette transparence et démocratisation accrues sont illustrées par l'accès au public à une réunion d'un panel du groupe spécial qui a été permis pour la première fois en 2005. Toutes les décisions tranchées par l'ORD sont publiées par internet⁴³⁰. Les interventions de la société civile sont devenues en effet impératives à la transparence de l'instance⁴³¹. Nous notons une évolution avec la reconnaissance de la nécessité d'un degré plus élevé de transparence et la permission des présentations d'*amicus curiae*. Ce constat représente un véritable virement de la position du tribunal dans *Metalclad* qui ordonna aux parties de limiter au strict minimum les discussions publiques quant à l'affaire⁴³².

Ce constat a également été confirmé par le tribunal arbitral dans l'affaire *Vivendi*. Le différend opposait un consortium de sociétés et la République argentine concernant des concessions de distributions et de traitements d'eau potable pour l'agglomération de Buenos Aires. De nombreux acteurs de la société civile désiraient intervenir, leurs profils dégageaient une grande diversité par rapport à leurs expertises, leurs champs d'activités et leurs objectifs. Le dénominateur commun entre ces organisations était cependant leur intérêt pour ce différend⁴³³. Le tribunal a

⁴²⁸ J. VINALES, *op. cit.*, note 362, p. 74.

⁴²⁹ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 363.

⁴³⁰ E. PETERSMANN, *loc. cit.*, note 24, p. 667.

⁴³¹ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 15.

⁴³² E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p. 322.

⁴³³ *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/03/19), *Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission*, p. 4.

reconnu effectivement, pour la première fois dans ce type d'instances, qu'un intérêt public conséquent est en cause du fait que :

*“Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations.”*⁴³⁴

Dans sa deuxième décision, le tribunal a réitéré la présence d'un intérêt public majeur. Il devait se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Argentine, en considérant l'octroi de concessions et la privatisation de services publics de base affectant des millions de personnes, reconnaissant que des questions complexes de droit public et de droit international, incluant de droits de l'homme, pouvaient être effectivement traitées par le tribunal⁴³⁵. De plus, le tribunal était d'avis que sa décision risquerait d'engendrer une influence sur la manière dont les gouvernements et les investisseurs étrangers traiteront les difficultés soulevées dans le cadre de ce type de concessions de services publics. Les arbitres ont ainsi permis la communication de mémoires d'*amicus curiae*.

Enfin, nous retenons que plus un différend aurait une dimension publique, plus l'intervention de la société civile à titre d'*amicus curiae* serait bénéfique puisque cette dernière est capable d'ajouter à la légitimité du processus de règlement de différends, qui est accrue lorsque les *amicus curiae* bénéficient d'un caractère représentatif considérable⁴³⁶. Cet impératif de transparence a été soulevé et poussé

⁴³⁴ Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic, précité note 387, p. 5.

⁴³⁵ Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic, précité note 433, p. 9.

⁴³⁶ J. VINALES, *op. cit.*, note 362, p.76.

par la société civile elle-même, et est en effet considéré comme une « valeur fondamentale » du régime du droit international économique⁴³⁷.

Un tel constat est confirmé par la doctrine qui distingue désormais entre le domaine d'arbitrage des différends d'investissements et celui des différends de commerce international. Dans ce dernier, le manque de confidentialité pourrait nuire au processus d'arbitrage commercial, tandis que dans le premier la transparence et la connaissance du public du différend sont devenues des nécessités incontournables⁴³⁸.

Ce dernier fait accroît les opportunités pour les acteurs non étatiques en général et la société civile en particulier d'intervenir et d'influencer sur la scène internationale⁴³⁹. Une fois l'intervention possible, des arguments juridiques sont et seront soulevés en vue de pondérer les préoccupations d'intérêt public et d'intérêt privé. Leur intervention vise également la sensibilisation des investisseurs quant aux impératifs liés aux préoccupations non marchandes découlant de leurs activités⁴⁴⁰. L'ouverture des juridictions du droit international économique est une véritable opportunité pour la société civile d'accomplir ses objectifs⁴⁴¹.

2) Une approche intégrée et progressiste

Les différends internationaux économiques contemporains dépassent les problématiques strictement économiques ou commerciales. Des questions de droits de l'homme, de droit environnemental et de droits socio-économiques, donc de droits

⁴³⁷ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 6.

⁴³⁸ Delyan DIMITROV et Laurence SHORE, "The Public Interest In Private Dispute Resolutions", dans KLAUSEGGER et al. (dir.), *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, Vienne, Manz C.H. Beck Stampfli, 2009, p.163.

⁴³⁹ S. CHARNOVITZ, *loc. cit.*, note 30, p. 491.

⁴⁴⁰ R. CASANOVA-JIMENEZ, *op. cit.*, note 43, p.89.

⁴⁴¹ *Id.*, note 43, p.92.

non marchands, sont manifestement en cause et ce, de plus en plus⁴⁴². Des critiques soulèvent ainsi l’aveuglement de la jurisprudence du droit international économique quant à la prise en compte de ces questions dans le cadre de leurs analyses juridiques⁴⁴³.

Pourtant, le cadre normatif semble immuable à cette prétention. À titre d’exemple, les préambules de l’ALENA et de l’OMC reconnaissent explicitement le développement durable. Le Chapitre XI de l’ALENA prévoit également des dispositions d’exceptions concernant la validité et le droit de recourir aux mesures restrictives, sociales et environnementales, incarnant l’intérêt public (Articles 1101(4) et 1114 (1)). Ces articles constitueraient l’équivalent de l’article XX(b) du GATT⁴⁴⁴. De plus, l’accord rejette et décourage le *dumping social*. Tel qu’abordé plus haut, il s’agit d’une stratégie étatique visant à adoucir les mesures de protection de l’environnement, de la sécurité et de la santé au travail dans le but d’encourager les investissements étrangers⁴⁴⁵. Les parties ont prévu également l’Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l’environnement, qui établit le développement durable en tant qu’un de ses principaux objectifs⁴⁴⁶. L’Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail impose également aux parties l’obligation de maintenir de hauts standards de travail⁴⁴⁷. Ces articles constituent le fondement juridique pour l’adoption de mesures visant à protéger les préoccupations et les droits non marchands. Ils accordent à ces mesures légitimité et harmonie dans le

⁴⁴² R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 356.

⁴⁴³ K. MOLTKE et H. MANN, *loc. cit.*, note 50, p. 111.

⁴⁴⁴ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 90.

⁴⁴⁵ Article 1114 (2), *l’Accord de libre échange nord-américain*, (1994).

⁴⁴⁶ Article 1(b) : « favoriser un développement durable fondé sur la coopération et sur des politiques environnementales et économiques cohérentes », *l’Accord nord américain de coopération dans le domaine de l’environnement*, (1994).

⁴⁴⁷ Article 2 : “ (...) each Party shall ensure that its labour laws and regulations provide for high labour standards, consistent with high quality and productivity workplaces, and shall continue to strive to improve those standards in that light”, *l’Accord nord américain de coopération dans le domaine du travail*, (1994).

contexte de protection et d'encouragement de l'investissement ou du commerce mondial⁴⁴⁸.

Par ailleurs, le droit de l'investissement étranger est constitué par un système ramifié, non structuré, de règles émanant de traités bilatéraux, régionaux, multilatéraux, de codes de conduite et autres instruments⁴⁴⁹. Il s'agit d'un cadre juridique combinant règles formelles et semi-formelles (*hard et soft law*)⁴⁵⁰. Celui-ci serait inadéquat et insuffisant vu que les règles contraignantes de ce régime couvrent uniquement les droits des investisseurs (*hard law* – traités et accords) et non leurs obligations (*soft law* – codes de conduite et initiatives internationales telles que le Pacte mondial)⁴⁵¹.

Selon une perspective strictement positiviste, ces traités ne sanctionnent pas conventionnellement des questions d'intérêt public ou non marchandes⁴⁵². En d'autres termes, leurs dispositions n'*obligent pas* les parties à respecter les exigences du développement durable à titre d'exemple. En principe, les tribunaux appliquant les traités ne seraient donc pas tenus de prendre en compte ces questions. L'analyse par les tribunaux de la notion d'expropriation illustre cette problématique. Selon nous, la question suivante s'impose : comment tracer la limite entre les mesures légales, non discriminatoires, visant un intérêt public et légitime, donc non assujetties à compensation pour expropriation, et celles qui entraîneraient expropriation et

⁴⁴⁸ C. BROWER, *op. cit.*, note 315, p.384.

⁴⁴⁹ Eva NIEUWENHUYNS, "Global Development through International Investment Law: Lessons learned from the MAI", dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 296.

⁴⁵⁰ S. PICCIOTTO, *op. cit.*, note 43, p. 184; D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 9.

⁴⁵¹ E. NIEUWENHUYNS, *op. cit.*, note 449, p. 297.

⁴⁵² E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p.330.

compensation⁴⁵³? Il faut par ailleurs se demander si l'état du droit actuel édicterait que toute mesure de ce type constituerait automatiquement une expropriation⁴⁵⁴. Nombreuses décisions arbitrales ont été ainsi critiquées pour avoir retenu une analyse strictement économique afin de déterminer s'il y a eu ou non expropriation donnant ouverture à compensation par l'État poursuivi.

Une illustration de la prise en compte d'une analyse strictement économique se retrouve dans les arguments soulevés par *Methanex* contre les États-Unis et la décision dans *Metalclad c. Mexico*. En effet, *Methanex* considérait que les mesures californiennes constituaient de l'expropriation violant l'article 1110 de l'ALENA. L'argumentation de *Methanex* se basait sur une analyse qui tenait compte uniquement de l'impact économique causé par les mesures en cause⁴⁵⁵. Cette approche a déjà été retenue dans un différend antérieur, *Metalclad c. Mexico* couvert également par le Chapitre XI de l'ALENA. Il ne s'agit donc pas d'une approche étrangère à la jurisprudence du Chapitre XI de l'ALENA⁴⁵⁶.

La filiale mexicaine de *Metalclad* s'est vue refuser l'octroi d'un permis de construction municipal à plusieurs reprises. Le refus était fortement lié à la gestion des déchets toxiques industriels de la filiale. 20,000 tonnes de déchets chimiques coulaient dans les réserves d'eau potable de la municipalité, entraînant des manifestations importantes de la part de la communauté locale⁴⁵⁷. Le tribunal n'a pas pris en compte ces facteurs et n'a pas reconnu l'intérêt public en cause, ni le motif de santé publique justifiant le refus d'octroi du permis. D'autant plus qu'en présence de

⁴⁵³ *Id.*, note 42, p. 327.

⁴⁵⁴ *Id.*, note 42, p.329.

⁴⁵⁵ H. MANN, *op. cit.*, note 390, p.6.

⁴⁵⁶ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 83.

⁴⁵⁷ *Id.*, note 42, p. 82.

ces faits, *Metalclad* ne pouvait pas se prévaloir valablement de l'argument d'expropriation⁴⁵⁸. Au contraire, les divers obstacles bureaucratiques et administratifs auxquels *Metalclad* a fait face ainsi que ledit refus ont été jugés en tant que violations au principe du traitement juste et équitable de l'article 1105, s'agissant d'une expropriation selon l'article 1110 de l'ALENA⁴⁵⁹. En effet, la décision accorde aux investisseurs ce qu'ils invoquent typiquement dans ces litiges, c'est-à-dire une portée et une interprétation assez large de la notion d'expropriation⁴⁶⁰.

Le tribunal dans *Methanex* a en revanche opté pour une approche progressiste afin d'analyser s'il y a eu ou non expropriation, en adoptant une approche similaire à celle proposée et soulevée par les *amicus curiae* représentés par la société civile. En effet, le tribunal a trouvé que les mesures réglementaires ne constituaient pas une expropriation, non assujetties donc à une compensation. L'analyse du tribunal a été guidée par certains critères, soit : (a) les mesures entérinent un objectif d'intérêt public, tel que la protection de l'environnement; (b) elles doivent être non discriminatoires; (c) et adoptées selon un processus légal, soit conformément au bénéfice des garanties ou des protections requises par le droit (*due process*) et non selon un processus arbitraire ou discrétionnaire⁴⁶¹. La mesure en question était basée sur une étude scientifique effectuée par l'*University of California* et non sur des motifs politiques tel que suggéré par *Methanex*⁴⁶².

⁴⁵⁸ *Id.*, note 34, p. 84.

⁴⁵⁹ E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p.330.

⁴⁶⁰ S. TULLY, *loc. cit.*, note 47, p. 322.

⁴⁶¹ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 95; H. MANN, *op. cit.*, note 390, p.7; *Methanex Corporation c. United States of America*, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae*, précité note 376, p.14.

⁴⁶² *Id.*, note 34, p. 93.

Le tribunal dans *Methanex* a ainsi rejeté l'approche de *Metalclad* en refusant de prendre en compte un facteur économique unique. Il a choisi d'adopter une approche éclectique afin de parvenir à sa décision. Le tribunal dans *Metalclad* avait:

« (...) took an approach much more akin to a classic police powers approach under international law. (...) In effect, the Methanex Tribunal has applied a modern regulatory approach to the police powers concept, an approach long argued for by IISD and other civil society groups »⁴⁶³.

Cette approche éclectique serait véritablement inspirée des préceptes du développement durable et du principe d'intégration qui en découle. Selon ces principes, une analyse globale des intérêts et des problématiques en cause devrait avoir lieu afin de parvenir à une décision juste et équilibrée⁴⁶⁴. Les tribunaux appliquant les règles du Chapitre XI de l'ALENA seront certainement réticents à imposer des limites et des restrictions absolues au pouvoir réglementaire des États visant la protection des préoccupations non marchandes⁴⁶⁵.

De nombreux auteurs soulèvent ainsi que la jurisprudence du droit international économique au XXIème siècle sera de plus en plus focalisée sur les droits socio-économiques. Selon eux, cet exercice d'équilibre et de conciliation sera de plus en plus en cause⁴⁶⁶. En dépit du fait que la *stare decisis* n'existe pas dans ce type de juridictions, ils sont d'avis que la décision dans *Methanex* a établi un précédent⁴⁶⁷.

⁴⁶³ H. MANN, *op. cit.*, note 390, p.6.

⁴⁶⁴ E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p.333.

⁴⁶⁵ C. BROWER, *op. cit.*, note 315, p.398.

⁴⁶⁶ *Id.*, note 315, p.399.

⁴⁶⁷ H. MANN, *op. cit.*, note 390, p.9.

*BGT c. Tanzanie*⁴⁶⁸ est une autre décision où le tribunal a décidé conformément à ladite approche progressiste, soit en prenant également en compte dans son analyse des facteurs autres qu'économiques. Un consortium anglo-allemand s'est vu accordé une concession pour la distribution de services d'eau potable et de traitement d'égout aux résidents de Dar Es Salam. Cette concession entraîne la privatisation de la fourniture de ces services de base. Il importe de noter que cette concession a été octroyée selon les exigences d'un prêt accordé à la Tanzanie en 2003 par la Banque mondiale et autres institutions bancaires. Le prêt de 140 millions de dollars américains a pour but l'amélioration et l'expansion du système de traitement d'eau et d'égout de Dar Es Salam.

La Tanzanie a cependant révoqué la concession et a entrepris d'autres mesures contre le consortium. La concession a été révoquée notamment à cause du défaut de la part de *BGT* de respecter ses engagements contractuels. *BGT* a considéré que ces mesures constituaient une expropriation et une violation du traitement juste et équitable. L'entreprise a donc poursuivi la Tanzanie devant le CIRDI en vertu du TBI Grande Bretagne - Tanzanie.

Cinq ONG spécialisées dans le domaine des droits de l'homme, du développement durable et de l'environnement ont présenté une demande d'intervenir à titre d'*amicus curiae*. Le tribunal a accepté cette demande en exigeant la présentation d'un mémoire conjoint de tous les *amici curiae*. Cette décision a été rendue nonobstant l'opposition de *BGT* en vertu du nouveau règlement d'arbitrage du

⁴⁶⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, *Décision finale*, 24 juillet 2008.

CIRDI, que nous examinerons ci-dessous⁴⁶⁹. En citant *Methanex*, cette décision a été également appuyée par l'existence d'un intérêt public considérable en cause, qui dépasse les questions typiquement soulevées dans l'arbitrage commercial international⁴⁷⁰.

Les *amici curiae* ont notamment soulevé l'existence d'obligations de droits de l'homme et de développement durable applicables à l'investisseur dans l'opération d'infrastructures essentielles au bien-être de la population. Applicables initialement à l'État, ces obligations lui sont transposées dès le moment où l'investisseur devient l'opérateur privé responsable de la fourniture de services de base essentiels à la population. Cette affirmation a été reprise dans la décision du tribunal qui a confirmé que l'accès à l'eau potable est un droit de l'homme tel que reconnu par l'ONU, et tel que consacré par les objectifs du Millénaire⁴⁷¹. Les *amici curiae* ont soutenu que *BGT* n'a pas respecté cette responsabilité étant donné le déclin dans l'accès à l'eau potable dans plusieurs zones de Dar Es Salam. Donc, *BGT* a violé ses obligations contractuelles. En les considérant « utiles », le tribunal a pris en compte les soumissions des *amici curiae* quant à la responsabilité et l'obligation des investisseurs étrangers dans les secteurs hautement sensibles pour la collectivité tels que la distribution d'eau potable⁴⁷².

Toutefois, *BGT* avait soulevé de nombreuses difficultés, d'empêchements administratifs et d'autres mesures qui ont entravé la conduite de ses opérations. Le

⁴⁶⁹ *The Lawyers' Environmental Action Team, Legal and Human Rights Center, Tanzania Gender Networking Programme, Center for International Environmental Law, et International Institute for Sustainable Development. Voir Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, précité note 468, p.17.*

⁴⁷⁰ *Id.*, note 468, p. 101.

⁴⁷¹ *Id.*, note 468, p.107.

⁴⁷² *Id.*, note 468, p.112.

tribunal a affirmé qu'une diligence préalable repose aux investisseurs avant de décider de se lancer dans leur investissement. Il a signalé que les risques inhérents aux affaires ne relèvent pas du champ d'application de la notion d'expropriation⁴⁷³. Cet argument a été également soulevé par les *amici curiae* dans leur mémoire. Le tribunal a ainsi trouvé que les violations de la Tanzanie n'ont pas causé les pertes subies par *BGT*, rejetant ainsi ses demandes pour l'octroi de dommages à titre de compensation pour expropriation.

Retournons à présent au niveau de l'OMC, où les arguments de droit de la société civile, confirmés par l'ORD, peuvent décidément avoir effet sur la jurisprudence de l'OMC et sur l'interprétation de son droit⁴⁷⁴. En effet, lorsque la société civile intervient dans un différend, non seulement elle plaide ce que le droit est, mais également ce que le droit devrait être. Plusieurs ONG environnementales cherchent ainsi à ce que les accords de l'OMC soient interprétés à la lumière des principes du développement durable et d'autres principes de droit environnemental, ou que les questions environnementales aient préséance sur les questions économiques dans le cas de contradictions ou de conflits⁴⁷⁵. La société civile vise clairement à intervenir dans ces différends pour soulever des préoccupations d'intérêt public, les associer à l'interprétation du droit international économique et les inclure dans le développement de ce droit à travers sa jurisprudence⁴⁷⁶. Leur intervention aurait un impact sur le droit international économique conformément à l'idée soulevée par Charles-Emmanuel Côté :

⁴⁷³ *Id.*, note 468, p.178.

⁴⁷⁴ R. CASANOVA-JIMENEZ, *loc. cit.*, note 43, p.39.

⁴⁷⁵ *Id.*, note 43, p.41.

⁴⁷⁶ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 416.

« Il est permis de penser toutefois qu'il contribuera à l'élargissement des perspectives et au décloisonnement du droit international économique, par la prise en considération des aspects non-commerciaux de son application et celle des autres branches du droit international »⁴⁷⁷.

C'est ce que nous noterons dans «*Shrimps*» et dans *EC-Asbestos* où l'organe d'appel a dû trouver un équilibre entre des problématiques environnementales et de santé publique, et des mesures restrictives au commerce entraînant la violation de droits économiques⁴⁷⁸. Selon la doctrine, la décision de l'organe d'appel dans «*Shrimps*» est sans aucun doute édifiante⁴⁷⁹. La décision marque et illustre un défi notoire auquel l'ordre juridique international fait face, soit la transformation de cet ordre par l'avènement de nouveaux acteurs non étatiques⁴⁸⁰. Ces derniers invoquaient effectivement la nécessité d'intégrer le droit de l'environnement au droit de l'OMC⁴⁸¹.

L'ORD a cependant décidé que les mesures étatiques unilatérales restrictives au commerce étaient non recevables même en présence de motifs environnementaux⁴⁸². En se prévalant des principes de la Déclaration de Rio et de l'Agenda 21, «*Shrimps*» reconnaît la légitimité des mesures de protection de l'environnement restrictives au commerce. Cette reconnaissance s'applique

⁴⁷⁷ *Id.*, note 35, p. 419.

⁴⁷⁸ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 66; *Id.*, note 35, p. 405.

⁴⁷⁹ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, précité note 74.

⁴⁸⁰ L'auteur attribue également ce même effet à l'affaire *Pinochet* puisque cette décision défait à son tour un des piliers de cet ordre juridique international : l'immunité souveraine. Voir P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 180.

⁴⁸¹ H. ASCENSIO, *loc. cit.*, note 67, p.925.

⁴⁸² D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 65.

également aux mesures à portée extra-juridictionnelle lorsque celles-ci sont fondées sur un consensus international⁴⁸³.

Dans cette affaire, les États-Unis avaient interdit l'importation de crevettes provenant de quatre États asiatiques : l'Inde, la Malaisie, la Thaïlande et les Philippines. La méthode utilisée dans ces États pour pêcher les crevettes était, selon la position américaine, nuisible à l'environnement. Cette méthode causait la mort accidentelle des tortues, allant à l'encontre d'un règlement fédéral américain⁴⁸⁴. Les *Tiger Economies* impliquées contestaient cette interdiction qui, selon eux, serait une violation incontestable des principes de libre échange de l'OMC. Le soupçon au regard de ces mesures a été évidemment immédiat. Les pays en développement en général craignent la mise en place de telles mesures restrictives au commerce par des économies puissantes, justifiées par le prétexte de la protection de l'environnement. Bien évidemment, de telles mesures rentreraient dans le cadre d'un *New Wave Protectionism*⁴⁸⁵, dangereux car des préoccupations légitimes comme celles de l'environnement ou reliées au droit du travail seraient utilisées comme outils protectionnistes.

Le groupe spécial a décidé que les mesures contestées étaient incompatibles avec l'alinéa XI (1) du GATT de 1994, étant des restrictions quantitatives autres que

⁴⁸³ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, précité note 74, Paragraphe 168; E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p.331.

⁴⁸⁴ *Turtle Conservation; Shrimp Trawling Requirements*, 52. *Fed. Reg.* 24244 (June 29, 1987) dans P. SANDS, *op. cit.*, note 35, p. 534.

⁴⁸⁵ Le *New Wave Protectionism* ou « protectionnisme vert » est à nuancer avec le *Grandfather Protectionism*. Ce dernier impliquaient notamment la mise en place de barrières tarifaires et d'impositions discriminatoires aux produits étrangers. L'objectif du GATT était d'éliminer de telles mesures pour protéger et accroître le commerce mondial, tandis qu'avec le *New Wave Protectionism*, les États membres de l'OMC font face à de nouvelles formes et méthodes protectionnistes plus subtiles basées à titre d'exemple sur la protection de l'environnement ou les normes du travail. Voir Rubens RICUPERO, "Trade and Environment : Strengthening Complementarities and Reducing Conflicts", dans Gary P. SAMPSON et W. BRADNEE CHAMBERS (dir.), *Trade, Environment, and the Millenium*, New York, United Nations University Press, 2002, p.32; P. ROSIAK, *loc. cit.*, note 34, p. 112.

celles permises par l'accord. Par ailleurs, celles-ci ne pouvaient être justifiées au regard des exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994 et de son paragraphe (g) concernant la conservation des ressources naturelles épuisables⁴⁸⁶. L'organe d'appel a cependant surpris de nombreux commentateurs en décidant que ces mesures étaient provisoirement justifiées selon l'article XX (g) du GATT de 1994. Les États-Unis auraient un intérêt juridique dans la protection des tortues, ressource naturelle commune et en danger d'extinction⁴⁸⁷, infirmant ainsi la décision du groupe spécial, mais en ajoutant que les mesures des États-Unis ne satisfaisaient pas aux prescriptions générales énoncées dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994⁴⁸⁸.

Dans l'affaire *CE- Asbestos*⁴⁸⁹, le différend est survenu suite à l'adoption d'un décret français interdisant l'utilisation de l'amiante ou des produits en contenant. L'organe d'appel a décidé que la France avait le droit de protéger la santé publique en vertu de l'article XX(b) du GATT, signalant toutefois que l'ORD ne serait peut être pas aussi inflexible vis-à-vis les mesures d'intérêt public restrictives au commerce⁴⁹⁰. La décision a donc reconnu le droit de la France de protéger la santé publique en adoptant des mesures restrictives au commerce de l'amiante.

Ce constat a indiqué clairement que l'organe d'appel est soucieux d'interpréter les accords de l'OMC à la lumière des autres traités et accords du droit

⁴⁸⁶ La décision du Groupe spécial concordait avec la jurisprudence du GATT, notamment celle dans *États-Unis- Restrictions à l'importation de thon* (Plainte du Mexique) (1994), GATT Doc. DS29/R; Voir *Id.*, note 35, p. 112.

⁴⁸⁷ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, précité note 74, Paragraphe 187; P. SANDS, *loc. cit.*, note 35, p. 535.

⁴⁸⁸ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p. 66.

⁴⁸⁹ *Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 12 mars 2001.

⁴⁹⁰ *Id.*, note 34, p. 66.

international⁴⁹¹. C'est ce que l'ILA, organisation de la société civile dont nous avons traité, encourageait dans le but d'accroître la transparence de l'OMC⁴⁹². L'organe d'appel a également soulevé le principe de précaution dans son analyse de la compatibilité des mesures européennes contre le bœuf américain dans *CE-Hormones*. Selon ce principe, en cas de risque de dommages graves, l'absence de preuve scientifique déterminante ne devrait pas justifier l'omission d'adopter des mesures visant à protéger l'environnement ou la santé publique⁴⁹³. Il s'agit d'un grand principe préétabli par la Déclaration de Rio de 1992, au même titre que le développement durable. Il est inclus dans les Directives de l'OCDE et les Normes de l'ONU traitées plus haut⁴⁹⁴, il fait également partie des 10 principes essentiels du Pacte mondial (Principe 7)⁴⁹⁵.

L'interprétation de la notion d'expropriation ou du droit de l'OMC devrait ainsi considérer la règle de droit internationale dans les deux sens. D'une part, la protection d'investissement ou le commerce mondial et d'autre part, la validité de la réglementation des aspects non marchands⁴⁹⁶. Une approche inspirée du développement durable contribuerait en effet à éclaircir cette problématique puisqu'elle entraînerait la reconnaissance du pouvoir de l'État de gérer et de réglementer ses ressources naturelles. Selon ce même cadre, un haut degré de gouvernance est exigé visant à garantir des procédures justes, équitables, conformes

⁴⁹¹ P. LAMY, *loc. cit.*, note 70, p. 18; E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p. 324.

⁴⁹² P. DE WARRT, *loc. cit.*, note 56, p.286.

⁴⁹³ E. PETERSMANN, *loc. cit.*, note 24, p. 656.

⁴⁹⁴ Organisation de coopération et de développement économique, « Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », 31 octobre 2001, en ligne : <http://www.oecd.org>; Partie V – Environnement; *Commentaires sur les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003), en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/links/commentary-Aug2003.html>; Paragraphe 14 e).

⁴⁹⁵ « Principe 7 : Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution aux problèmes touchant l'environnement », Voir site web du Pacte mondiale, : <http://www.pactemondial.org/environnement.html>.

⁴⁹⁶ E. NIEUWENHUYIS, *op. cit.*, note 435, p. 297.

au droit à la propriété et de la jouissance qui en découle⁴⁹⁷. C'est effectivement ce que prévoit Agenda 21 qui vise ultimement l'intégration du développement durable à des niveaux pluridimensionnels⁴⁹⁸.

Ainsi, il est clair que depuis *Metalclad*, en résumant, beaucoup de choses ont changé. La décision n'était pas parvenue à équilibrer l'intérêt particulier des investisseurs et l'intérêt public en cause⁴⁹⁹. La société civile est désormais devenue garante de l'équilibre entre intérêt particulier et intérêt public. Face à sa pression, les tribunaux et les membres de l'ALENA ont adopté de nombreuses pratiques visant la promotion de la transparence du règlement de différends tel que nous le verrons dans les paragraphes qui suivent⁵⁰⁰.

Le déroulement public de l'instance, la publication des documents relatifs au litige, l'accès aux plaidoiries et la permission des présentations d'*amicus curiae* sont des développements progressistes. Ces décisions illustrent les efforts de la société civile pour établir la prise en compte, la considération et l'analyse de préoccupations d'intérêt public dans l'application du droit international économique⁵⁰¹.

3) Réformes institutionnelles et zones grises quant au droit d'accès

Les préoccupations de transparence, la pression de la société civile ainsi que la conciliation des préoccupations non marchandes sont des défis majeurs pour le CIRDI⁵⁰². La réforme de ses règles d'arbitrage, adoptée le 10 avril 2006, est justement une tentative d'adaptation à cette évolution de l'arbitrage commercial

⁴⁹⁷ E. KENTIN, *loc. cit.*, note 42, p.327.

⁴⁹⁸ S. TULLY, *loc. cit.*, note 47, p. 58.

⁴⁹⁹ *Id.*, note 42, p.338.

⁵⁰⁰ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p.17.

⁵⁰¹ C. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 35, p. 405.

⁵⁰² R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 355.

international⁵⁰³. De plus, de même que dans le cadre des organes de règlement de différends à l'OMC et à l'ALENA, cette réforme a également eu pour but de défendre la légitimité et la transparence du processus. Elle évoque par ailleurs la réaction de l'institution aux pressions à la fois politiques et judiciaires de la société civile. Il s'agit d'une véritable contribution de la part de cette dernière au développement des règles de l'arbitrage des différends d'investissements.

Aucun amendement n'a cependant été effectué à l'ALENA en dépit de la permission des interventions d'*amicus curiae* dans de nombreuses décisions arbitrales. Ces développements procéduraux ont été entérinés dans des déclarations⁵⁰⁴ émanant des trois membres dans la Commission de libre échange de l'ALENA - *NAFTA Free Trade Commission Statement on Transparency* du 7 octobre 2003⁵⁰⁵. Selon un auteur, cette déclaration constitue une réforme notoire du processus arbitral⁵⁰⁶. D'autres sont cependant convaincus qu'un degré d'incertitude subsiste en dépit de l'irréversibilité probable de la transparence accrue, exigée et reconnue dans ce type de différends⁵⁰⁷.

Une crainte d'incohérence et d'imprévisibilité est effectivement soulevée par ce type de décisions arbitrales. Les précédents d'autres tribunaux et les déclarations ne constituent aucunement une obligation opposable à des tribunaux constitués dans le futur⁵⁰⁸. Il est clair qu'aucune règle de *stare decisis* n'existe en arbitrage de

⁵⁰³ *Id.*, note 36, p. 354.

⁵⁰⁴ Les déclarations de la commission sont des notes interprétatives sur la transparence qui stipulent entre autres que : rien dans l'accord de l'ALENA n'impose aux parties une obligation de confidentialité dans le cadre du Chapitre XI, rien n'interdit les parties de divulguer au public des documents soumis ou publiés par un tribunal du « Chapitre XI », *Voir* A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 7.

⁵⁰⁵ *Id.*, note 382, p. 2.

⁵⁰⁶ J. PAULSSON, *op. cit.*, note 162, p.251.

⁵⁰⁷ *Id.*, note 382, p. 7 et p. 15.

⁵⁰⁸ T. CHRISTAKIS, *op. cit.*, note 415, p. 879.

différends économiques internationaux. De simples déclarations - telles qu'émise par la Commission de libre échange de l'ALENA - affirmant l'autorité des tribunaux arbitraux de pouvoir accepter les mémoires d'*amicus curiae* ne peuvent constituer des sources de droits ou des garanties procédurales.

Il s'agit d'une situation similaire à celle de l'OMC, dans le sens où au sein des deux systèmes, les États membres ne dégagent pas de volonté suffisante en faveur de la modification du texte des accords afin d'encadrer cette évolution⁵⁰⁹. La situation est toutefois à nuancer. Le Canada et les États-Unis se sont montrés très favorables à l'intervention de la société civile, tandis que la majorité des pays en développement à l'OMC se sont farouchement opposés à cette évolution.

Ainsi, tel que vu plus haut dans l'analyse jurisprudentielle, le droit par la société civile d'être entendu demeure pour l'instant entièrement soumis à la discrétion des membres de l'ORD ou des États parties. Ces derniers consentent cependant mutuellement à une telle soumission ou annexent le mémoire de l'*amicus curiae* aux leurs. Les organes de règlement de différends de l'OMC ne dégagent pas en effet une volonté notoire d'accepter et de considérer les mémoires d'*amicus curiae* (à moins que ceux-ci soient inclus dans l'argumentation des parties)⁵¹⁰. Ces derniers sont souvent rejetés pour des motifs procéduraux, ou de répétition d'arguments ou de faits déjà énoncés par les parties ou à cause de leur futilité.

Il existe un schisme véritable entre la théorie d'une part, selon laquelle le groupe spécial ou l'organe d'appel constatent leur pouvoir d'accepter et de considérer

⁵⁰⁹ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 10.

⁵¹⁰ C. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 35, p. 418; H. GAO, *loc. cit.*, note 293, p.55.

les communications d'*amicus curiae* et la pratique d'autre part. Ce constat démontre que ces instances sont encore loin de vouloir véritablement exercer ce pouvoir et d'en tenir compte dans leurs décisions⁵¹¹. La jurisprudence de l'ORD dégage également un degré fort élevé d'exigences et de conditions difficiles à atteindre pour la société civile. Accéder à la procédure de l'ORD n'est pas une mince affaire.

En dépit du fait que l'acceptation des communications d'*amicus curiae* soit devenue réalité, des procédures fixes et non provisoires devraient être établies pour régir ces communications. D'autant plus qu'il s'agit d'une procédure de *common law*, et que les États ayant une tradition juridique différente ne la connaissent forcément pas⁵¹². Dès lors, la constatation de ces changements par la jurisprudence uniquement ne suffit plus. L'absence de réformes institutionnelles pour les reconnaître pourrait être problématique. Ainsi, la société civile fait face à des zones grises quant à son accès aux juridictions de l'OMC et de l'ALENA.

Les réformes du CIRDI apportent en revanche de nouvelles innovations au système. Elles portent sur les mesures provisoires, sur la révision des procédures et sur les conditions de divulgation de conflits d'intérêts qui sont désormais plus strictes pour les arbitres⁵¹³. Les amendements les plus intéressants, concernant cette étude,

⁵¹¹ Des décisions encore plus récentes marquent ce schisme. Dans *EC- Sardines* où un particulier et le Maroc, un membre de l'OMC, avaient présenté des communications d'*amicus curiae* : Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, (Plaignants : Pérou), WT/ DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002, Page 43, Paragraphe 161. La même question s'est posée dans *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, (Plaignant : Pologne), WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001. Également dans où une ONG canadienne-amérindienne et deux ONG américaines environnementales désiraient intervenir : Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'oeuvre résineux en provenance du Canada*, (Plaignants : Canada), WT/ DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004, Paragraphe 9. Bref, un phénomène confirmé finalement par la décision la plus récente impliquant un débat sur l'intervention d'*amicus curiae*. Voir *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, (Plaignant : États-Unis), WT/DS30824 /AB /R, adopté le 6 mars 2006; Voir également "The WTO Appellate Body's Activities in 2007", *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press (11 J. Int'l Econ.L.193), 2008, p. 15; *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (Plaignant : Communautés européennes) WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007 (Rapport Organe d'appel), p.6.

⁵¹² S. CHARNOVITZ, *loc. cit.*, note 30, p. 531.

⁵¹³ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 354.

portent cependant sur le pouvoir du tribunal de permettre au public et aux tiers l'accès à l'instance. Ce pouvoir ne peut être exercé qu'à la condition qu'aucune des parties au litige n'objecte. La publicité devient la règle et la confidentialité l'exception, même si celle-ci doit être retenue si elle est demandée par l'une des parties.

L'autre amendement significatif est la possibilité pour les tiers de présenter des mémoires écrits en tant qu'*amicus curiae*⁵¹⁴. Cette dernière possibilité est assujettie à trois conditions énoncées à l'article 37(2) du règlement d'arbitrage amendé de la convention du CIRDI. La première est l'assistance du tribunal à trancher une question de fait ou de droit, en apportant un point de vue distinct de ceux des parties. L'intervention doit être limitée au litige et elle ne doit donc pas porter à titre d'exemple sur la compétence du tribunal. En dernier lieu, l'intervenant doit démontrer un intérêt significatif pour le différend⁵¹⁵.

Ces conditions soulèvent de nombreuses questions. Il n'est pas véritablement clair de savoir qui pourrait intervenir : individus ou multinationales ou société civile? Est-ce que le tribunal favoriserait l'intervention d'un « type » ou d'un « genre » de tiers plutôt qu'un autre? Toute personne ou entité pourrait *a priori* faire une telle présentation relative au différend. On pourrait cependant s'attendre à ce que ces conditions soient complétées par les critères énoncés par la jurisprudence de l'ALENA et de l'OMC, fait qui s'est déjà déroulé auparavant. Nous avons pu noter dans notre étude que les juridictions appliquant le droit international économique se réfèrent aux pratiques des unes des autres. L'essentiel pour le tribunal serait donc

⁵¹⁴ D. SCHNEIDERMAN, *loc. cit.*, note 34, p.76; A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 11.

⁵¹⁵ Article 37 (2), Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, CIRDI, en ligne : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/DocumentsMain.jsp>

d'examiner les caractéristiques de cette personne ou entité, plutôt que de se prononcer sur sa personnalité juridique. L'indépendance financière et la neutralité vis-à-vis des parties, le niveau de professionnalisme et d'expertise, leur transparence ainsi que leur intérêt par rapport au différend seront bien évidemment des critères décisifs pour permettre l'intervention des tiers⁵¹⁶. Ce dernier élément d'intérêt reste soumis à la discrétion interprétative du tribunal. Si la condition d' « intérêt significatif » nécessiterait l'existence d'un intérêt pécuniaire, les ONG, qui sont généralement des organismes à but non lucratif, seraient fortement désavantagées⁵¹⁷.

Enfin, en dépit de l'adoption de ces amendements, il est clair que les tribunaux arbitraux du CIRDI retiendraient toujours un contrôle considérable sur la permission ou le refus d'une intervention d'*amicus curiae*, contrôle qui serait exercé afin de s'assurer que les interventions accomplissent leur objectif prépondérant d'assistance au tribunal dans la résolution du différend⁵¹⁸. Le but est de s'assurer que les interventions n'aient pas pour effet d'entraver le déroulement de la procédure, sous des motifs déguisés ou d'ajouter un fardeau inacceptable aux parties⁵¹⁹. L'idée est de ne pas permettre non plus des présentations d'*amicus curiae* dans l'unique but d'apaiser les préoccupations publiques⁵²⁰. Cette approche suivrait les jurisprudences et précédents des juridictions de l'ALENA et de l'OMC que nous avons traités plus haut.

⁵¹⁶ R. BUCKLEY et P. BLYSCHAK, *loc. cit.*, note 36, p. 371.

⁵¹⁷ *Id.*, note 36, p. 368.

⁵¹⁸ *Id.*, note 36, p. 355.

⁵¹⁹ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 16.

⁵²⁰ En dépit du fait que les conditions sont cumulatives, « l'assistance au tribunal » est la première condition énoncée. Voir Article 37 (2) (a), Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, CIRDI.

Ces amendements illustrent en revanche la reconnaissance du besoin de transparence en tant que garant de la légitimité du processus arbitral, légitimité fortement en cause vu le déni d'un droit d'accès à la justice aux parties prenantes aux litiges. Tel que nous avons pu examiner tout au long de cette étude, la société civile désireuse d'intervenir à titre d'*amicus curiae* représente souvent la voix des justiciables affectés par la sentence arbitrale. Ce besoin de transparence est devenu désormais un impératif. Il évoque une évolution notoire du modèle d'arbitrage commercial international initialement prévu par la Banque mondiale lors de la création du CIRDI⁵²¹. Lesdits amendements au règlement se sont par ailleurs déclenchés selon les préceptes de libertés et de garanties de droits fondamentaux tels que le droit d'être entendu ainsi que le droit à un procès équitable. Ces changements procéduraux effervescent seraient-ils le début d'un véritable accès de la société civile à la justice économique internationale qui irait au-delà de l'intervention à titre d'*amicus curiae*? La réponse à cette question dépasse le cadre de cette étude. Toutefois, nous examinons dans les paragraphes qui suivent de nouveaux TBI signés par le Canada qui renforceraient une telle possibilité.

4) *“Free Trade Agreements with a heart”*

Le Canada a signé récemment une série de traités bilatéraux d'investissements contenant des dispositions encourageantes. Les nouveaux accords entre le Canada, le Pérou et la Colombie incluent des dispositions sur l'environnement, les conditions de travail, mais également un volet sur la transparence et la lutte contre la corruption.

⁵²¹ A. VAN DUZER *op. cit.*, note 382, p. 11.

Les traités sont également accompagnés d'accords de coopération dans le domaine du travail et de l'environnement.

L'ambassadrice canadienne à Lima a déclaré que ces nouveaux traités bilatéraux signés par le Canada ne sont pas des traités typiques. Ils sont différents de tous les autres car ils sont des : « *FTAs with a heart* »⁵²². Le gouvernement canadien a déployé de véritables efforts afin de présenter ces nouveaux accords comme des instruments progressistes, responsables et non strictement marchands, tandis que les gouvernements du Pérou et de la Colombie les publicisent avec fierté. Les dispositions sur l'environnement et les droits du travail seraient en effet des preuves que ces États n'auraient pas engagé leurs peuples dans une transaction à sens unique; à savoir celle qui bénéficierait uniquement à l'investisseur canadien. Pour les soins de cette étude, nous procéderons à l'analyse du TBI signé avec la Colombie le 21 novembre 2008⁵²³ qui est fort similaire à celui signé avec le Pérou le 29 mai 2008.

Le préambule énonce que la promotion du développement durable, du respect et de la protection des lois environnementales, des droits fondamentaux et des droits du travail sont des objectifs cardinaux du traité. La réduction de la pauvreté et la reconnaissance de la liberté de manœuvre étatique, dans la régulation du bien-être public, sont également enchâssées. Le chapitre sur l'investissement contient les clauses typiques sur le traitement national, la nation la plus favorisée, la norme minimale de traitement (Art. 803-805) et l'expropriation (Art. 811).

⁵²² Voir site web du Ministère des affaires étrangères et du commerce internationale, « Sommaire : libre échange avec la Colombie et le Pérou », en ligne : <http://www.international.gc.ca/commerce/multimedia/vid1.aspx>.

⁵²³ Accord de libre échange entre le Canada et la Colombie (2008), en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Fr%2008%20Colombia%20FTA%20-%20%20Investment.pdf>

Les dispositions du chapitre sur l'investissement consacrent également des règles portant sur des préoccupations non marchandes. D'abord, le traitement national et celui de la nation la plus favorisée peuvent être dérogés conformément aux cas prévus par ADPIC et ses dérogations. Tel qu'exposé plus haut, le traité confirme les dérogations aux règles d'ADPIC dans les cas d'urgence nationale ou de graves épidémies (Art. 809-4). Les parties pourront également exproprier ou nationaliser des investissements à des fins d'intérêt public. À cette fin, le traité renvoie la définition et l'interprétation de la notion d'intérêt public au droit international (Art. 811-1(a)). Le *dumping social*, soit l'assouplissement des mesures et des standards relatifs à la santé, à la sécurité et à l'environnement dans le but d'accommoder les investisseurs étrangers est prohibé (Art. 815). Des consultations entre les parties peuvent être tenues dans le cas de violation de cette disposition. Les parties sont par ailleurs invitées à encourager les entreprises à adopter volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises et à leur rappeler de l'importance de ces normes (Art. 816). Enfin, notons que ces dernières dispositions ne peuvent constituer le fondement d'une plainte devant le tribunal arbitral (Art. 819 (a)).

Le traité prévoit par ailleurs un accès à la procédure pour les « parties non contestantes » et donc ultimement pour la société civile (Art. 831). Le pouvoir du tribunal arbitral d'accepter les mémoires d'*amicus curiae* est confirmé. Les intervenants doivent avoir un intérêt significatif pour le litige, la procédure ne doit pas être perturbée et un fardeau trop lourd ou un préjudice ne doit pas être causé aux parties. Cette dernière condition est en effet prévue par l'article 37(2) du nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI. Le principe de la publicité des audiences est

également retenu par le traité, même si le tribunal peut ordonner le huis clos ou établir toute procédure spéciale dans le but de protéger des informations confidentielles et ce, à la demande d'une partie contestante (Art. 830-2).

Notons tout de même que des voix pessimistes se sont soulevées des deux côtés. Les accords ont pour but principal de promouvoir l'exploitation minière et pétrolière, des activités qui sont fort polluantes. Les investissements visent des secteurs et zones hautement sensibles en matière d'environnement, de droits du travail et de droits des communautés indigènes, qui sont souvent ignorées ou négligées. Cette préoccupation est à jumeler au fait que le gouvernement colombien actuel fait face à de fortes critiques pour de flagrantes violations des droits de l'homme⁵²⁴. Le pays est en guerre civile depuis plus de quarante ans. Des rapports d'exécutions systématiques par l'armée et les paramilitaires de droite proches du pouvoir ne cessent d'alarmer la communauté internationale⁵²⁵. Des cas récents de déplacements forcés de communautés aux fins d'accommoder des projets miniers ont été également dénoncés⁵²⁶. Les défis pour les investisseurs canadiens peuvent être dangereux faute d'adopter une conduite exemplaire, une considération sincère des droits fondamentaux des communautés locales, et un respect des préceptes du développement durable.

Enfin, on est loin d'un traité qui oppose effectivement et véritablement les droits fondamentaux ou non marchands en tant qu'obligations juridiques

⁵²⁴ *Projet accompagnement solidarité Colombie*, « Honte ou dignité – Projet de loi C-23 sur l'ALE Canada – Colombie- Lettre à Michael Ignatieff », 25 mai 2009, en ligne : <http://www.pasc.ca/spip.php?article489>.

⁵²⁵ Constanza VIEIRA, "COLOMBIA: UN Confirms 'Systematic' Killings of Civilians by Soldiers", 19 juin 2009, en ligne: <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=47300>.

⁵²⁶ *Centre Europe Tiers Monde*, "Human rights violations committed by transnational corporations in Colombia", decembre 2007, en ligne: http://www.cetim.ch/en/interventions_details.php?iid=288.

contraignantes aux investisseurs. Les dispositions socio-environnementales du traité sont uniquement soumises à un processus de consultation. La responsabilité sociale des entreprises demeure auto-règlementaire et volontaire. Elle maintient ainsi son caractère de *soft law*, tel qu'édicté par les Directives de l'OCDE ou les Normes de l'ONU traitées plus haut.

On est loin également d'un traité garantissant un véritable accès à la justice à la société civile ou aux particuliers, c'est-à-dire une garantie de droit à un recours et de droit à un juge. Les collectivités ou les justiciables qui seraient lésés par des activités d'investisseurs, conduites sous l'égide du traité, n'auraient qu'à canaliser leurs plaintes à travers leurs bureaucraties gouvernementales ou à travers les recours internes prévus par les accords sur la coopération dans le domaine du travail et de l'environnement⁵²⁷. La voie des observations d'*amicus curiae* auprès du tribunal arbitral est cependant garantie. En revanche, l'investisseur bénéficie d'un recours direct dans le cas d'une éventuelle violation du traité. Le double standard perdure. Mais, il faut dire qu'il s'agit d'un début prometteur, à jumeler avec les autres développements que nous avons examinés tout au long de cette étude.

⁵²⁷ Article 3-1 : « Chacune des Parties s'assure de donner accès à des mécanismes d'exécution judiciaires, quasi judiciaires ou administratifs visant à sanctionner ou à corriger les infractions à son droit de l'environnement. », Accord sur l'environnement entre le Canada et la Colombie (2008), en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/FR%20Colombia%20Environment%20Agreement%20formatted.pdf>;

Article 4 : « Chacune des Parties garantit que toute personne ayant dans une affaire un intérêt reconnu par sa législation puisse, de façon opportune, saisir un tribunal habilité à faire exécuter son droit du travail, à donner effet aux droits en matière du travail de cette personne et à prononcer des mesures correctives. », Accord de coopération dans le domaine du travail entre le Canada et la Colombie (2008), en ligne : http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords_collective/acct/Canada-Colombie_acdt.pdf.

CONCLUSION

Le mot *justice* est la traduction de *justitia* en latin et *Diké* en grec. Or, ces deux mots n'auraient pas exactement les mêmes significations. La subtilité entre les deux significations nous révèle deux conceptions de ce que la *justice* serait. *Diké* est l'expression proclamée suite à un partage égal satisfaisant à tous. *Diké* fut personnifiée en déesse, la fille de Zeus, déesse de l'harmonie et de la paix civile⁵²⁸. Par contre, *justitia* « ne sortirait pas des tribunaux », la sœur romaine de *Diké* rendait à chacun son dû sans aucune considération pour la satisfaction générale. Ces deux personnifications sont emblématiques de deux conceptions différentes de la *justice*, une conception éthique et morale par opposition à une qui est positiviste, rationaliste et strictement juridique⁵²⁹.

La société civile accèderait à une justice internationale économique qui aspire à être éthique et morale. Une *justice* qui exprimerait plus que la simple conformité avec les lois, une qui engendrerait harmonie et paix⁵³⁰. Une qui serait attentive à la voix de *toutes les personnes* affectées, qui poserait sur la balance les différents enjeux en cause afin d'arriver à une décision *juste*. La société civile soulèverait à la justice internationale économique les violations aux droits non marchands découlant de l'exercice de droits strictement marchands.

Or, le droit d'être entendu par cette justice est accordé à un acteur unique, représentant les pouvoirs du marché. La justice est ainsi uniquement attentive aux violations de droits marchands tandis que d'autres droits, non strictement marchands,

⁵²⁸ Guy CROS et P.C. SOLBERG, « Droit et la doctrine de la justice », Paris, Librairie Felix Alcan, 1936, p.81.

⁵²⁹ *Id.*, note 528, p.82.

⁵³⁰ *Id.*, note 528, p.80.

sont de plus en plus en cause. Ce double standard est emblématique d'une globalisation des marchés à sens unique. Nous croyons d'ailleurs que ce phénomène, autrement qualifié de mondialisation, pourrait mener l'humanité soit vers une paix mondiale⁵³¹, soit vers une nouvelle forme de tyrannie ou de dictature...La dictature du marché...

Cette modeste étude a ainsi examiné l'éventualité de l'accès par la société civile à la justice internationale économique. Étant donné son caractère fondamentalement hétérogène et ramifié, nous avons tenté de délimiter ce que nous entendons par la société civile, le but étant d'identifier le type de ces acteurs qui accèderaient à la justice internationale économique. Nous avons pu relever une niche d'acteurs ayant un pouvoir normatif considérable, soit des organisations de la société civile qui contribuent à la création du droit international. Ces acteurs ne sont pas à confondre avec les mouvements anarchiques ou altermondialistes. Ils ont effectivement une expertise et une notoriété incontournable quant à de nombreuses problématiques de la globalisation des marchés. Leurs normes ne sont pas formelles car aucune sanction juridique à leur violation n'est prévue. Elles sont cependant reprises comme source essentielle pour le législateur étatique et pour les organisations internationales.

La société civile ne bénéficie pas de la même légitimité que les États afin de représenter les collectivités. Elle n'est tout simplement pas élue. La problématique était donc d'identifier les motifs au soutien de son accès éventuel à la justice internationale économique. À l'heure de la globalisation des marchés que nous

⁵³¹ Voir M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, note 74, p. 4.

vivons, la société civile surgit en tant que puissance de premier rang dans la défense transnationale des droits non marchands. Elle opère directement sur le terrain. Elle est souvent même plus proche des communautés locales que les institutions étatiques. Elle a l'expertise et le savoir hautement complexe des enjeux reliés aux droits de l'homme, à l'environnement, et au développement durable en cause. Et surtout, la société civile a les capacités et les moyens d'exercer des pressions conséquentes sur les multinationales, les États, les institutions, et les juridictions impliquées dans la gouvernance économique mondiale. Il appert également que, grâce à l'opposabilité des droits marchands par la société civile, le droit international économique est interprété éclectiquement. Cela entraîne son « décloisonnement », soit son interprétation à la lumière des droits fondamentaux en cause. Le résultat est prometteur : les conflits entre les deux ensembles de normes sont du moins réduits. Ces développements permettraient un rapprochement à une *globalisation éthique*, et l'éloignement d'une *globalisation à sens unique*.

La justice internationale économique est en principe réservée aux États. Elle applique en effet le droit international public dont les uniques sujets sont les États et les organisations internationales. En principe, ces sujets sont les uniques acteurs capables d'être titulaires de droits et de devoirs internationaux. Or, ce principe est plus que jamais remis en cause. Les TBI sont venus octroyer des droits et des obligations internationales aux investisseurs, ces derniers étant des objets de droit international public classique puisqu'ils sont des acteurs non étatiques. La percée de la société civile et des multinationales au sein de l'ordre juridique internationale ne cesse cependant de s'amplifier. Cette percée se matérialise par une participation, une

collaboration, une coordination, une consultation, en somme, une présence sans précédent au sein des organisations internationales. À titre d'exemple, à la veille de la conférence de Copenhague sur le réchauffement climatique, 950 ONG bénéficient du statut d'observateur à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (« CCNUCC »). Cette intervention sans précédent des acteurs non étatiques serait emblématique d'un droit international public en pleine effervescence. Certains acteurs de la société civile seraient ainsi un jour des sujets à part entière de droit international public. Elle accéderait à la justice internationale économique en se prévalant de cette qualité nouvellement octroyée.

Outre leur caractéristique commune d'acteurs non étatiques, les symétries entre la société civile et les multinationales les placent sur un pied d'égalité. Il appert ainsi qu'un double standard existe car l'accès à la justice est garanti à un acteur uniquement et non pas aux deux. D'une part, les deux acteurs ont dérobé l'État de son monopole normatif, l'exemple le plus flagrant étant la question du développement durable et de la responsabilité sociale des entreprises. D'autre part, tous deux ont retrouvé un intérêt commun pour ces questions non marchandes. Tous deux légifèrent dans ce domaine par l'entremise d'instruments privés, de codes de conduite ou à travers d'initiatives internationales, soit des instruments de *soft law*. Tel qu'exposé plus haut, à la différence des normes étatiques, aucune norme ne prévoit de sanctions aux violations de ces instruments. Ces violations sont en revanche pénalisées à travers la sanction des consommateurs et des investisseurs de plus en plus avertis et de plus en plus exigeants en matière de responsabilité socio-environnementale.

À l'instar de ce recul de l'État, les deux acteurs exercent une pression imposante sur de nombreux États pour le respect de la règle de droit. Nous avons évoqué l'exemple de l'accession de la Chine à l'OMC. Nous pouvons raisonnablement nous attendre à des pressions similaires sur la Russie, la Libye, l'Iran, l'Algérie ou encore le Soudan qui ne sont pas encore des membres de l'OMC, mais qui y accèderaient peut-être un jour. Par ailleurs, les multinationales seraient les véritables initiateurs des différends à l'OMC. Mireille Delmas-Marty décrit la situation de la sorte : « (...) à mesure que l'on découvre à quel point les litiges de droit international public traités à l'OMC, et considérés comme interétatiques, concernent en réalité et de fort près les intérêts économiques privés »⁵³². Nous avons vu que cette réalité s'applique également à la société civile. Elle a soulevé à maintes reprises des questions environnementales et de santé publique auprès des États comme fondement à des recours devant l'OMC.

Face à cette dynamique d'intervention des acteurs non étatiques, les pays en développement soulèvent leur opposition à la percée générale de ces acteurs. L'accord de l'OMC ne leur avait prévu qu'un rôle strictement consultatif. Selon ces pays, l'organisation devrait demeurer interétatique où les États, les véritables sujets de droit international, sont les uniques acteurs de premier plan. La participation de la société civile et des multinationales est en effet perçue par les pays en développement comme un apport à la position des pays développés, d'où la grande partie de ces acteurs proviennent. Il faudrait tout de même examiner si la position de ces pays aurait changé vu les récentes mobilisations de la part de la société civile. Cette

⁵³²M. DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, note 7, p. 25.

dernière s'est fortement engagée auprès des pays en développement, entre autres, en matière de réforme d'ADPIC concernant l'accès aux médicaments génériques et quant à la question du réchauffement climatique.

Concernant la question de l'asymétrie entre les deux acteurs, les investisseurs bénéficient d'un accès direct à la justice internationale économique pour plusieurs raisons, l'objectif de dépolitiser le règlement des différends relatifs aux investissements étant une de ces raisons principales. L'État de l'investisseur lésé intervenait par l'entremise de la protection diplomatique, tandis que l'État d'accueil voyait sa souveraineté menacée face à de telles interventions. Une longue histoire de tensions dans les relations internationales, surtout les relations dites « Nord-Sud », s'était développée à cause de ces différends. Grâce à l'arbitrage, l'investisseur étranger est cependant protégé par un accès à une justice internationale, impartiale, et qui respecte les exigences du procès équitable.

Or, d'une part, dans le contexte de la globalisation des marchés ces différends se retrouvent de nouveau politisés dû à la pression de la société civile. En effet, les investissements étrangers touchent de plus en plus à des domaines qui suscitent un énorme intérêt public. D'autre part, ce sont justement ces mêmes exigences du procès équitable qui ne sont plus respectées. Des instruments de référence, telle que la Déclaration universelle des droits de l'homme, ainsi que des instruments contraignants, telle que la Convention européenne des droits de l'homme, réitèrent le droit de *toute personne* d'être entendue lorsque ses droits sont affectés. Pourtant, l'accès de la société civile a vu des progressions. Grâce à une plus grande acceptation de la procédure d'*amicus curiae*, de nombreuses juridictions ont entendu

les plaidoyers de la société civile. On est tout de même loin d'une satisfaction véritable *du droit d'être entendu*. Les raisons énoncées ci-dessus indiquent clairement que le double standard n'est plus justifié.

Le compte rendu des effets, déjà suscités par l'accès restreint de la société civile, ne fait par ailleurs que renforcer l'octroi d'un accès à part entière. Les juridictions du droit international économique ont longuement été accusées d'être « secrètes ». En ce qui concerne l'OMC, certains auteurs suggèrent d'ailleurs que la confidentialité des procédures à l'ORD serait un obstacle à l'atteinte d'une véritable juridictionnalisation⁵³³. Grâce à l'ouverture à la société civile, ces juridictions bénéficient d'une plus ample transparence et leur légitimité est mieux assurée. La question suivante et embarrassante résume la mise en cause de cette légitimité : comment permettre à des tribunaux « secrets » de (i) renverser des mesures publiques, ultimement votées par la voie démocratique, en faveur d'un investisseur privé, et (ii) de juger sans écouter/considérer les voix de toutes les parties prenantes affectées par le litige?

En soulevant directement à l'attention du tribunal le préjudice subi par les parties prenantes, la société civile a cependant pu engendrer la prise en compte de considérations juridiques non soulevées par les parties. Ce constat a été relevé dans de nombreuses décisions, où les juridictions saisies ont analysé les impacts de droits de l'homme, de développement durable et de santé publique soulevés par la société civile. En effet, la relation strictement contractuelle et privé entre l'État et l'investisseur empêche le premier de défendre adéquatement les problématiques non

⁵³³ C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 35, p. 84.

marchandes en cause, étant donné que le lien entre les deux est strictement monétaire et économique. L'État qui soulèverait ces problématiques serait automatiquement soupçonné de vouloir échapper à ses engagements contractuels, en se prévalant de prétextes liés aux préoccupations non marchandes.

Ces effets bénéfiques déjà suscités par l'intervention de la société civile ne sont pas des hypothèses. Au contraire, ils ont été repris et encadrés dans le nouveau règlement du CIRDI et dans les nouveaux TBI signés par le Canada. Ces derniers traités accordent une importance considérable aux préoccupations non marchandes, importance méconnue jusqu'alors dans le domaine de l'investissement étranger direct bien que longtemps soulevée et exigée par la société civile. Nous pouvons raisonnablement déduire que le Canada a été attentif à ces réclamations et plaidoyers.

En bref, à la veille de la Conférence de Copenhague sur le réchauffement climatique, nous croyons également qu'il existe une sincère volonté de la part de la communauté internationale de mieux veiller au respect de l'environnement et des aspects non marchands. Vingt ans auparavant, la fin de la guerre froide marqua une nouvelle ère de néolibéralisme et de développement strictement économique. Vingt ans plus tard, nous sommes convaincus qu'un grand mouvement s'intensifie pour une nouvelle ère de libéralisme responsable, et de développement économique durable.

Un accès de la société civile à la justice internationale économique - qui irait au-delà de l'intervention à titre d'*amicus curiae* - dans le but de défendre des droits non marchands est selon nous une éventualité réaliste. Les modalités et les conditions d'un tel accès restent à déterminer bien évidemment. Des modèles et des critères

peuvent être transposés de l'espace européen où un tel accès fleurit⁵³⁴. Une chose est claire : la société civile ne cessera pas d'intervenir à titre d'*amicus curiae* auprès des juridictions internationales économiques. Au contraire, nous croyons que ces interventions ne feront qu'augmenter, jusqu'à ce que leur droit d'être entendu soit véritablement reconnu.

Enfin, le véritable apport de cette étude est la présentation d'une idée ambitieuse, voir provocatrice, d'un accès de la société civile à la justice internationale économique qui irait au-delà de l'intervention à titre d'*amicus curiae*, déjà elle-même fort controversée, dans le but de défendre des droits non marchands. Une société civile qui (i) se dote d'un pouvoir normatif édifiant; (ii) se projette en tant que défenderesse de première ligne des préoccupations et des droits non marchands; (iii) s'investit pour « décloisonner » le droit international économique en soulevant l'applicabilité des droits fondamentaux; (iii) et qui se présente en tant que partenaire essentiel dans un ordre juridique international, où elle récupère de plus en plus des attributs de sujet de droit international.

En considérant entre autres les TBI récemment signés par le Canada, l'étude s'est également axée vers une vision canadienne qui, nous le croyons et l'espérons, vise sincèrement une globalisation des marchés *équitable* et un développement économique *durable*. La poursuite de ces deux derniers objectifs constitue le motif principal inspirant cette étude. Ceci dit, le mûrissement de notre idée et l'approche de notre étude ont été largement influencées par un milieu académique assez

⁵³⁴ Voir l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article établit que *toute personne* peut instituer un recours directement contre un État signataire qui a violé les obligations de la convention devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

exceptionnel. L'Université de Montréal, en tant qu'institution québécoise, est un forum unique pour l'échange de pensées scientifiques entre des courants nord américains ou anglo-saxons et continentaux ou francophones, et même au-delà, englobant des contributions des quatre coins de la planète. Le résultat est qu'un vaste spectre de positions académiques, allant du néolibéral à l'altermondialiste, y est fidèlement exposé. Cela nous a permis d'analyser avec un certain recul le rôle des divers acteurs de la gouvernance économique mondiale (États, organisations internationales, et acteurs non étatiques), et donc sans les idéaliser ou les démoniser. En somme, la richesse même de ce milieu, par son ouverture, son multiculturalisme, et sa sophistication scientifique présente un véritable climat propice à la culture d'une infinité d'idées et d'efforts académiques, dont cette modeste étude...

Bibliographie

Table de Jurisprudence

Cour suprême du Canada

British Columbia Hydro and Power Authority c. Colombie-Britannique
(Environmental Appeal Board), 2005 CSC 1, [2005] 1 R.C.S. 3

CIJ

Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie c. Slovaquie, CIJ 25 septembre 1997, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=8d&case=92&code=hs&p3=4&PHPSESSID=c917a91c9ce5ac2e8285ab665e82f0f0&lang=fr>

Avis consultatif sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, 11 avril 1949, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>

Cour permanente d'arbitrage

Affaire du “Rhin de fer”, Belgique c. Pays-Bas, CPA 24 mai 2005, en ligne : http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1220

CIRDI

Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic (ICSID Case no. ARB/03/19), *Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae*, 19 mai 2005.

Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic (ICSID Case no. ARB/03/19), *Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission*, 12 février 2007.

Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The

Argentine Republic (ICSID Case no. ARB/03/17), *Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae*, 17 mars 2006.

Aguas del Tunari, S.A. v. The Republic of Bolivia (ICSID Case no. ARB/02/3), *Decision on Respondent's Objections to Jurisdictions*, 21 octobre 2005.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1), *Décision finale*, 25 juillet 2007.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, *Décision finale*, 29 mai 2003.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, *Annulment decision*, 25 septembre 2007.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, *Décision finale*, 24 juillet 2008.

OMC

Australie – Mesures visant les importations de saumons, (Plaignant : Canada), WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, (Plaignant : Communautés européennes) WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007 (Rapport Organe d'appel).

Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 12 mars 2001 (Rapport de l'Organe d'appel).

Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plaignant : Canada), WT/DS135/R, adopté le 18 septembre 2000 (Rapport du Groupe spécial).

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaignants : Équateur, Guatemala, Mexique, Honduras, États-Unis), WT/DS27.

Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines, (Plaignants : Pérou), WT/ DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002.

États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaignants : Inde, Malaisie, Pakistan, Thaïlande), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VII, 2755 (Rapport de l'Organe d'appel)

États- Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de la Malaisie à l'Art. 21(5)) (2001), OMC Doc. WT/DS58/RW (Rapport du Groupe Spécial).

États-Unis – ARTICLE 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, WT/DS160/ARB25/1; adopté le 9 novembre 2001.

États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Un (Plaignants : Communauté Européenne), WT/DS138/AB/R; adopté le 10 mai 2000.

États-Unis- Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique) (1994), GATT Doc. DS29/R.

États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'oeuvre résineux en provenance du Canada, (Plaignants : Canada), WT/ DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004.

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, (Plaignant : Venezuela), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, (Plaignant : États-Unis), WT/DS30824 /AB /R, adopté le 6 mars 2006.

Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne, (Plaignant : Pologne), WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001.

ALENA

Glamis Gold Ltd c. United States of America, *Decision finale du tribunal arbitral*, 24 mai 2007.

Metalclad Corporation c. United States of Mexico, *Decision finale du tribunal arbitral*, 20 septembre 2000.

Methanex Corporation c. United States of America, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”*, 15 janvier 2001.

Methanex Corporation c. United States of America, *Décision finale*, 9 août 2005.

United Parcel Services c. Canada, *Decision finale du tribunal arbitral*, 24 mai 2007.

S.D. Myers Inc. c. Canada, *Partial award the merits*, 13 novembre 2000.

Table des lois

Canada

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. 1985, c. 47

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chapitre P-40.1

Autres États

Trade Act of 1974, US Department of Commerce, en ligne :
<http://www.osec.doc.gov/ogc/occic/301.html>

Règlement du Conseil N°3286/94; en ligne :
http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/index_en.htm

Doctrines

AMOUROUX, M., « La société civile globale : une « chimère insaisissable » à l'épreuve de la reconnaissance juridique », Montréal, Université de Montréal, 2007.

ASENCIO, H., « L'amicus curiae devant les juridictions internationales », Paris, *Revue générale de droit international*, 2001.

BARRAL, V., « La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », Paris, *Revue générale de droit international*, 2006.

BEN HAMIDA, W., « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », dans Ibrahim FADLALLAH et al. (dir.), *Investissements internationaux et arbitrage*, Paris, La Gazette du Palais, Décembre 2007.

BENEDEK, W., "The WTO and human rights" dans Wolfgang BENEDEK, Koen de FEYTER, et Fabrizio MARELLA (dir.), *Economic globalisation and human rights*, Cambridge, Cambridge University press, 2007.

BOWN, C., et HOEKMAN, B., "WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector", *Journal of International Economic Law* Vol. 8 N. 4, Oxford University Press, 2005.

BROWER II, C., "NAFTA's Investment Chapter: Initial Thoughts about Second-Generation Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005.

BUCKLEY, R., et BLYSCHAK, P., "Guarding the Open Door: Non-party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *Banking and Financial Law Review* dans ABI/INFORM, Juin 2007.

CASANOVA-JIMENEZ, R., “Trade and Investment Disputes: Whose business is it anyway ?”, Montreal, Mc Gill Institute of Comparative Law, 2002.

CHARNOVITZ, S., “Opening the WTO to NGO interests”, dans S. CHARNOVITZ, “Trade Law and Global Governance”, London, Cameron May, 2002.

CHARNOVITZ, S., “Two centuries of participation: NGO’s and International Governance”, dans S. CHARNOVITZ, “Trade Law and Global Governance”, London, Cameron May, 2002.

CHEVALLIER, J., « L’État post-moderne », Paris, L.G.D.J., 2008.

CHRISTAKIS, T., « Quel remède à l’éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l’affaire *CMS c. Argentine* », Paris, *Revue générale de droit international*, 2007.

CHRISTMAN, P., et TAYLOR, G., “Environmental Self Regulation in the Global Economy: The role of firm capabilities”, dans Sarianna M. LUNDAN (dir.), “Multinationals, Environment and Global Competition”, London, ELSEVIER, 2004.

CÔTÉ, C.E., « La participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques : Les cas de l’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC », Montréal, Thèses de doctorat de McGill, 2005.

CÔTÉ, C.E., « La participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques : L’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC », Bruxelles, Bruylant, 2007.

CICHOWSKI, R., “The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance”, London, Cambridge University Press, 2007.

CROS, G., et SOLBERG, P.C., « Droit et la doctrine de la justice », Paris, Librairie Felix Alcan, 1936.

CUMMINGS, S., "The Internationalization of Public Interest Law", *Duke Law Journal* (57 Duke L.J. 891), 2008.

DARANKOUM, E., « Mondialisation et arbitrage collectif : les perspectives de la justice arbitrale internationale », dans Nabil ANTAKI, et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Thémis, 2006.

DARANKOUM, E., « L'arbitrage commercial international », dans Guy LEFÈBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Montréal, Thémis, 2006.

DELMAS-MARTY, M., « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », Montréal, les Éditions Thémis, 2003.

DELMAS-MARTY, M. « Les forces imaginantes du droit : Le relatif et l'universel », Paris, les Éditions du Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, M. « Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné », Paris, les Éditions du Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, M. « Les forces imaginantes du droit : La refondation des pouvoirs », Paris, les Éditions du Seuil, 2007.

DEACON, B., « Vers une mondialisation socialement responsable : les enjeux pour la sécurité sociale », dans Roland SIGG et Christina BEHRENDT (dir.), *La sécurité sociale dans le village globale*, Berne, Peter Lang, 2004.

DE WARRT, P., « Sustainable development through a socially responsible trade and investment regime », dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

DUMBERRY, P., « L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », Paris, *Revue générale de droit international*, 2004.

D. VINTER, G., "Project Finance: A legal guide", Londres, Sweet & Maxwell, 2006.

EBERLY, D., "The Rise of Global Civil Society: Building Communities and Nations from the Bottom Up", New York, Encounter Books, 2008

EDLER-WOLLSTEIN, S., KOHLER-KOCH, B., "It's about participation, stupid. Is it? Civil society concepts in comparative perspective", dans Bruno JOBERT et Beate KOHLER-KOCH (ed.), *Changing Images of Civil Society: From protest to governance*, Londres, Routledge, 2008.

FRANCK, S., "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution", *Virginia Journal of International Law* (47 Va. J. Int'l L. 767), 2008.

FRENCH, D., "The Role of The State and International Organisations in Reconciling Sustainable Development and Globalisation", dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

GAO, Henry, "Amicus Curiae in WTO Dispute Settlement: Theory and Practice", *China Rights Forum*, 2006, en ligne: www.hrichina.org/public/PDFs/CRF.1.2006/CRF-2006-1_Amicus.pdf.

GEORGES, S., « ATTAC : Remettre l'OMC à sa place », Paris, Mille et une nuits, 2001.

GUILLIEN, R., et VINCENT, J., « Lexique des termes juridiques », Paris, Dalloz, 2003.

GUINCHARD, S., et al., « Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable », Paris, Dalloz, 2007.

HABERMAS, J., « Droit et démocratie : entre faits et normes », Paris, Gallimard, 1997.

HARRISON, J., “The Human Rights Impact of the WTO”, Oregon, Oxford and Portland, 2007.

HIGGINS, R., «Problems and Process: International law and how we use it », Oxford, Oxford University Press, 1993.

JACQUEMAIN, M., « État et marché à l’heure de la mondialisation. Babel comme perspective sociologique », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l’État à l’heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007.

KENTIN, E., “Sustainable Development in International Investment Dispute Settlement: The ICSID and NAFTA Experience”, dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

KRUGER, M., et WEISSBRODT, D., « Current Developments : Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights », American Journal of International Law, Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005.

LARGAN, M., *International Corporate and Investment Banking: Practice and Law*, Londres, Institute of Financial Services, 2003.

MAGRIS, F., « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère mondiale : La Banque Mondiale, le FMI, et l’OMC », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l’État à l’heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007.

MANN, H., “The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles”, *International Institute for Sustainable Development*, Août 2005, en ligne: <http://www.iisd.org>.

MANIRUZZAMAN, A., « International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements : A Prognostic View », Wisconsin

International Law Journal, dans Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005.

MATSUSHITA, M., et al., « The World Trade Organisation : Law, Practice and Policy », Oxford, Oxford University Press, 2006.

MEUNIER, J., « Le procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003.

MOLTKE, K., et MANN., H., « Misappropriation of Institutions : Some Lessons from the Environmental Dimension of the NAFTA Investor-State Dispute Settlement Process », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, La Haye, Kluwer Academic Publishers, 2001.

MOLKE, K.V., “A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development”, *International Institute for Sustainable Development*, 2004, en ligne: www.iisd.org/pdf/2004/trade_model_inv.pdf.

MUCHLINSKI, P., “Human Rights and Multinationals: Is There A Problem ?”, International Affairs, Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005.

NIEUWENHUYS, E., “Global Development through International Investment Law: Lessons learned from the MAI”, dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

NOREL, P., « État et marché : Éléments pour l'histoire d'une synergie », dans Nicolas THIRION (dir.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007.

PAULSSON, J., “Denial of justice in international law”, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

PICCIOTTO, S., “Rights, Responsibilities and Regulation of International Business”, *Columbia Journal of Transnational Law*, dans Fiona BEVERIGDE (dir.), *Globalization and International Investment*, Burlington, Ashgate, 2005.

PETERSMANN, E., “Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society”, Leiden, *Leiden Journal of International Law*, 2006.

PRATAP, R., “India and Dispute Settlement Reform Negotiations: A Critical Appraisal”, dans K. BYTTEBIER et K. VAN DER BORGHT (ed.), “WTO Obligations and Opportunities: Challenges of Implementations”, London, Cameron May, 2007.

ROSIK, P., « Les transformations du droit international économique : Les États et la société civile face à la mondialisation économique », Paris, L’Harmattan, 2003.

RICUPERO, R., “Trade and Environment : Strengthening Complementarities and Reducing Conflicts”, dans Gary P. SAMPSON et W. BRADNEE CHAMBERS (dir.), *Trade, Environment, and the Millenium*, New York, United Nations University Press, 2002.

RODRIGUEZ-GARAVITO, C., “Nike’s law: the anti-sweatshop movement, transnational corporations, and the struggle over international labour rights in the Americas”, dans Boaventure de SOUSE SANTOS et Cesar A. RODRIGUEZ-GARAVITO (dir.), *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*, Cambridge, Cambridge university press, 2005.

SANDS, P., “Turtles and Torturers: The Transformation of International Law”, *Inaugural Public Lecture as Professor of International Law*, University of London, dans ABI/INFORM, Juin 2000.

SCHNEIDERMAN, D., “Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy’s Promise”, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

SENGUPTA, A., “Implementing the Right to Development”, dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

SHAHRJERDI, P., et TOMKIEWICZ, V., « Le procès équitable dans l’espace normatif de l’OMC », dans Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003.

SINDICO, F., « Soft Law and the Elusive Quest for Sustainable Global Governance », Leiden, *Leiden Journal of International Law*, 2006.

STEENVORDE, R., “Regulatory Transformations in International Economic Relations”, Njmegen, WLP, 2008.

STIGLITZ, J., « Making globalisation work », New York, Norton & co., 2006.

SUN, L., “Lessons from China’s WTO Accession Negotiations: A look at likely implementation problems ahead”, dans Nico SHRIJVER et Friedl WEISS (dir.), *International Law and Sustainable Development*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

SUY, A., « La théorie des biens publics mondiaux: une solution à la crise », Paris, L’Harmattan, 2009.

TULLY, S., “Corporations and International Lawmaking”, Boston/Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

VAN DUZER, A., “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation”, *Mc Gill Law Journal* (52 McGill L.J. 681), 2007.

VINUALES, J., “Amicus Intervention in Investor-State Arbitration”, *Dispute Resolution Journal*, Novembre 2006-Janvier 2007.

QUOC DINH, N., “Droit international public”, Paris, L.G.D.J., 2002.

WOLF, R.C., “Trade, Aid, and Arbitrate: The Globalization of Western Law”, Burlington, Ashgate, 2004.

ZERK, J., “Multinationals and corporate social responsibility”, Cambridge, Cambridge University press, 2007.

“The WTO Appellate Body’s Activities in 2007”, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2008.

« Paradis Fiscaux et opérations internationales: Mesures anti-évasion, Lutte contre le blanchiment, Pays et zones à fiscalité privilégiée », Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2005.

Articles et liens

Bulletin du FMI pour la société civile, « Rapport d’une ONG : Le FMI louangé pour sa transparence », février 2007, en ligne :

<http://www.imf.org/External/NP/EXR/cs/fra/2007/index.htm#art2b>.

Business and Human Rights, “Why all companies should address human rights”, septembre 2006, en ligne: [http://www.cca-](http://www.cca-institute.org/pdf/avery_business%26humanrights.pdf)

[institute.org/pdf/avery_business%26humanrights.pdf](http://www.cca-institute.org/pdf/avery_business%26humanrights.pdf)

Business and Industry Advisory Committe at the OCDE, en ligne:

<http://www.biac.org/aboutus.htm>

Cluster Munition Coalition, « *The Coalition* », en ligne :

<http://www.stopclustermunitions.org/the-coalition/>

Comité international de la croix rouge, « Armes à sous munitions : Un nouveau traité pour mettre fin à des decennies de victimes civiles », 2008, en ligne :

[http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0838/\\$File/ICRC_001_0938.PDF!](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0838/$File/ICRC_001_0938.PDF!)

[Open](#).

Constanza VIEIRA, “COLOMBIA: UN Confirms ‘Systematic’ Killings of Civilians by Soldiers”, 19 juin 2009, en ligne:

<http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=47300>

EarthJustice, “Victories: Bechtel Drops Case in Bolivia Water Case”, 19 janvier 2006, en ligne:

http://www.earthjustice.org/our_work/victory/?issue=®ion=&office=27410256

Centre Europe Tiers Monde, “Human rights violations committed by transnational corporations in Colombia”, decembre 2007, en ligne:

http://www.cetim.ch/en/interventions_details.php?iid=288 .

Friends of the Earth, « Towards binding Corporate Accountability », en ligne:

<http://www.foei.org/en/campaigns/corporates/towards.html>

International Institute for Sustainable Development, “Doha Briefing Series: Developments Since the Fourth WTO Ministerial Conference”, février 2003, en ligne: <http://www.ictsd.org/pubs/dohabriefings/doha8-review-dispute.pdf>

LAMY, P., « La société civile exerce une influence sur le programme de travail de l’OMC », Discours d’ouverture du Forum public de l’OMC, 4 octobre 2007, en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl73_f.htm

LAMY, P., « La place et le rôle du droit de l’OMC dans l’ordre juridique international », Discours devant la Société européenne du droit international, 19 mai 2006, en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl73_f.htm

OMC Nouvelles 2005, « L’OMC ouvre pour la première fois au public une procédure de groupe spécial », 12 septembre 2005, en ligne :

http://www.wto.org/French/news_f/news05_f/openpanel_12sep_f.htm

Projet accompagnement solidarité Colombie, « Honte ou dignité – Projet de loi C-23 sur l’ALE Canada – Colombie- Lettre à Michael Ignatieff », 25 mai 2009, en ligne :

<http://www.pasc.ca/spip.php?article489>

SANG-HUN, C., “S. Korean Cabinet Offers to Quit after Beef Protests”, New York Times, 10 juin 2008, en ligne:

<http://www.nytimes.com/2008/06/10/world/asia/10korea.html?partner=rssaol&emc=rss>.

WEISMAN, S., « Overseas Funds Resist Calls for a Code of Conduct », New York Times, 9 février 2008, en ligne :

<http://www.nytimes.com/2008/02/09/business/09sovereign.html?scp=1&sq=weisman&st=nyt>.

International Institute for Sustainable Development, “Bolivian water dispute settled, Bechtel forgoes compensation”, Investment Treaty News, 20 janvier 2006, en ligne: www.iisd.org/pdf/2006/itn_jan20_2006.pdf

Institut international de développement durable, « Responsabilité sociale des entreprises : Guide de mise en œuvre pour les entreprises », 2007, en ligne : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=884>.

SNC Lavalin, « Rapport d’activité 2007 sur la durabilité », en ligne : http://www.snclavalin.com/pdf/current/hse_f.pdf.

Sudan Divestment Task force, “Petro China, CNPC, and Sudan: Perpetuating Genocide”, avril 15 2007, en ligne: http://www.sudandivestment.org/docs/petrochina_cnpc_sudan.pdf

Save Darfur, « Warren Buffet’s China Divestment : Good or Greed ? », 16 août 2007, en ligne : http://www.savedarfur.org/newsroom/clips/warren_buffetts_china_divestment_greed_or_good/

Organisations internationales

ONU

United Nations, « *Reference document on civil society participation* », août 2001, en ligne : <http://www.un.org/ga/president/55/speech/civilsociety1.htm>

« Normes sur la responsabilité en matière de droits de l’homme des sociétés transnationales et autres entreprises », U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), en ligne :

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En).

Commentaires sur les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, U.N. Doc.

E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003), en ligne :

<http://www1.umn.edu/humanrts/links/commentary-Aug2003.html>

Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales, "Action 21", en

ligne: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action2.htm>

Nations unies, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, juin

1992, en ligne: <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

Pacte mondial, en ligne : <http://www.pactemondial.org>

OCDE

OCDE, « Lutte contre la corruption : Corruption et crédits à l'exportation », en ligne :

http://www.oecd.org/topic/0,3373,fr_2649_34177_1_1_1_1_37447,00.html.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques, « Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », 31 octobre 2001,

en ligne :

http://www.oecd.org/document/28/0,3343,fr_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html;

Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les

transactions commerciales internationales de l'OCDE, adopté en 1997, en ligne :

http://www.oecd.org/document/20/0,3343,fr_2649_34859_2649236_1_1_1_1,00.htm

1

Commission européenne

Commission européenne, « La responsabilité sociale des entreprises: Une

contribution des entreprises au développement durable », Bruxelles, le 2.7.2002,

COM(2002) 347 final, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0347:FIN:FR:PDF>.

Commission européenne, « Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », juillet 2001, en ligne : http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper_fr.pdf;

OMC

Organisation mondiale du commerce, “*Guidelines for arrangements on relations with Non-Governmental Organizations*” 1996, en ligne : http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/guide_e.htm.

UNIDROIT

Les principes d’ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>

Accords internationaux

Traités bilatéraux d’investissements

United States-Singapore Free Trade Agreement, 15 janvier 2003, en ligne : http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf

Accord de libre échange Canada- Pérou, 29 mai 2008, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/andean-andin/can-peru-perou.aspx?lang=fr>.

Accord de libre échange Canada- Colombie, 21 novembre 2008, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&redirect=true>

Accord de libre échange nord américain

Accord de libre échange nord américain (ALENA), 1er janvier 1994, en ligne : http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu_id=50&menu=R.

Accord nord américain de coopération dans le domaine du travail, en ligne : <http://new.naalc.org/index.cfm?page=213>

Accord nord américain de coopération dans le domaine de l’environnement, en ligne :

http://www.cec.org/pubs_info_resources/law_treat_agree/naaec/naaec02.cfm?varlan=français