

Non classifié

DAFFE/IME/RD(99)3



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

OLIS : 08-Sep-1999
Dist. : 09-Sep-1999

PARIS

Or. Ang.

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES
COMITE DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
ET DES ENTREPRISES MULTINATIONALES**

**LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE DANS UN MONDE
EN VOIE DE MONDIALISATION**

Ce document, rédigé par le professeur Arghyrios A. Fatouros, de l'Université d'Athènes, est une version révisée d'un document présenté par l'auteur à la Conférence de Budapest sur les principes directeurs de l'OCDE, en novembre 1998.

81226

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

DAFFE/IME/RD(99)3
Non classifié

Or. Ang.

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE DANS UN MONDE EN VOIE DE MONDIALISATION

Arghyrios A. Fatouros¹, Université d'Athènes

1. Il y a plus de vingt ans, le 21 juin 1976, le Conseil de l'OCDE a adopté une Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, dont l'un des éléments essentiels était un texte intitulé "Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales".² L'adoption des Principes directeurs a été suivie d'une période de débats et d'activités d'une grande intensité. La structure et la formulation des Principes directeurs ont largement influencé l'action menée pour établir des normes internationales à l'intention des entreprises multinationales. Mais, par la suite, l'intérêt est progressivement retombé. Toutefois, en partie à cause de la négociation d'un Accord multilatéral sur l'investissement et des réactions qu'elle a provoquées, l'attention s'est de nouveau portée récemment sur les Principes directeurs et sur le rôle qu'ils pourraient jouer dans l'environnement actuel de l'économie mondiale.

2. Ce regain d'intérêt offre l'occasion de réexaminer les Principes directeurs et la démarche sur laquelle ils se fondent à la lumière de la situation et des préoccupations d'aujourd'hui. Tel sera l'objet de ce document. On s'attachera tout d'abord aux grandes évolutions qu'ont connues depuis 1976 l'environnement économique de l'investissement direct étranger (IDE) et les politiques mises en œuvre à l'égard de cet investissement. Puis, après avoir examiné le fonctionnement des Principes directeurs dans le passé, on proposera plusieurs solutions possibles pour faire en sorte qu'ils répondent mieux aux préoccupations actuelles.

1. Un projet de ce texte a été présenté lors de la Conférence sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, organisée par l'OCDE à Budapest du 16 au 18 novembre 1998. En révisant ce texte, j'ai tiré profit des débats de la Conférence, sans essayer toutefois d'exploiter pleinement toute la richesse des réflexions suscitées par cette conférence. Ce document est rédigé sous l'unique responsabilité de l'auteur, dont les opinions personnelles ne reflètent pas nécessairement les positions de l'OCDE ou de ses pays Membres.

2. Dernière édition : OCDE, *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* (OCDE Doc. OCDE/GD(97)40), Paris, OCDE, 1997 (ci-après "Principes directeurs de l'OCDE").

L'ENVIRONNEMENT ECONOMIQUE DES PRINCIPES DIRECTEURS HIER ET AUJOURD'HUI

Historique

3. En 1976, lors de l'adoption des Principes directeurs, les activités des entreprises multinationales (ou transnationales) et leur impact socio-économique au niveau national suscitaient de nombreuses appréhensions.³ Ces appréhensions tenaient principalement à la nouveauté du phénomène, mais elles s'inscrivaient aussi dans un contexte plus ancien d'interrogation quant à la sécurité de l'IDE et aux limites à respecter dans les pays d'accueil pour la réglementation de l'IDE et des entreprises multinationales (ci-après dénommées "EMN"). Ce contexte n'est qu'indirectement lié aux Principes directeurs, mais il est important pour bien comprendre la situation qui régnait à l'époque.

4. Les années qui ont suivi immédiatement la fin de la deuxième guerre mondiale ont été marquées par un vaste effort, national et international, de restructuration économique. Dans les Etats à économie de marché d'Europe occidentale, les pouvoirs publics sont directement et massivement intervenus dans les activités économiques, en soumettant à de multiples réglementations les acteurs et secteurs économiques ainsi que le fonctionnement des entreprises publiques. On a assisté à une nationalisation de grande ampleur d'industries clés et on a conservé en partie les mesures de contrôle de l'entrée et de l'activité des entreprises sous contrôle étranger qui avaient été mises en place antérieurement (dans les années 30 et durant la guerre). En Europe centrale et orientale, l'avènement du socialisme de type soviétique a entraîné de vastes nationalisations et un strict contrôle étatique de l'économie. Au niveau international, l'amorce d'une libéralisation des échanges et des investissements internationaux a laissé longtemps intacte la prédominance de l'intervention directe des pouvoirs publics dans le domaine économique.

5. Au cours des décennies qui ont suivi, la décolonisation a créé de nouveaux problèmes en ce qui concerne le régime des biens appartenant à des étrangers, les pays venant d'accéder à l'indépendance étant soucieux de maîtriser leur économie et leurs ressources, eu égard en particulier à la présence, sur leur territoire, d'investissements remontant à l'époque coloniale. Cette fois encore, les mesures de nationalisation et de contrôle des entreprises étrangères ont été nombreuses. Bien qu'en fait les pays qui accueilleraient des investissements étrangers (ou qui se montraient particulièrement actifs dans la réglementation de ces investissements) n'aient pas tous été des pays en développement, c'est de plus en plus en termes de confrontation entre les pays développés et les pays en développement que ce dossier a été envisagé. En même temps, à mesure que le développement international devenait hautement prioritaire sur la scène politique internationale et dans le cadre des organisations internationales, on a mis l'accent sur le rôle que pouvait jouer l'IDE et les avantages qu'il pouvait procurer.⁴

6. Dans les années 70, avec l'internationalisation croissante de la production, l'attention s'est portée sur la montée des EMN, leur rôle dans l'économie mondiale et leur impact sur les économies nationales.

3. Pour avoir une idée des préoccupations que les entreprises multinationales suscitaient au début des années 60/70, voir, parmi un très grand nombre d'ouvrages sur ce thème : J.H. Dunning ed., *The Multinational Enterprise* (Londres, Allen & Unwin, 1971) ; R. Vernon, *Sovereignty at Bay/The Multinational Spread of U.S. Enterprises* (New York, Basic Books, 1971) ; C. Tugendhat, *The Multinationals* (New York, Random House, 1972) ; R.J. Barnet, R.E. Mueller, *Global Reach/The Power of the Multinational Corporations* (New York, Simon & Schuster, 1974). Pour bibliographie portant sur cette période et axée sur les aspects juridiques, voir A.A. Fatouros, "The Computer and the Mudhut: Notes on Multinational Enterprise in Developing Countries", *Columbia J. Transn'l.* 10 (1971), pp. 325-363.

4. Voir, par exemple, la série des rapports des Nations Unies, qui a débuté en 1956 et s'est poursuivie dans les années 60, "The International Flow of Private Capital" ; cf. également Nations Unies, Département du développement économique et social, *Foreign Investment in Developing Countries* (New York, 1968).

Dans le cadre de la campagne des Nations Unies pour un nouvel ordre économique international, une action a été menée en vue de la mise au point de principes juridiques pour la réglementation des EMN. Des longs débats sur les règles à appliquer ont abouti à l'adoption de textes programmatoires de large portée, comme la Charte des droits et devoirs économiques des Etats,⁵ et à la négociation de projets de "codes internationaux de conduite" n'ayant pas un caractère contraignant.⁶

7. Bien que la dimension nord/sud ait tenu une place prédominante dans le débat politique et juridique au sujet de l'IDE, un grand nombre de pays développés partageaient les préoccupations à l'égard de l'impact des activités des EMN. C'est pourquoi, et peut-être aussi pour devancer une action de la part d'autres organisations internationales, les pays Membres de l'OCDE ont entrepris de formuler un ensemble de normes applicables aux EMN. Ainsi a été négociée et adoptée la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, qui comprend les décisions spécifiques, mais liées, sur les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, sur le traitement national et sur les stimulants et obstacles à l'investissement international.⁷ Ces décisions ont été depuis lors modifiées et complétées à plusieurs reprises.

8. Au moment de l'adoption des Principes directeurs, la situation dans les pays de l'OCDE se présentait ainsi :

- L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie était fréquente, par le biais de mesures générales et indirectes ou de mesures spécifiques de "réglage" de l'économie ou axées sur certains secteurs.
- La nationalisation de branches d'activité n'était plus à l'ordre du jour dans les pays de l'OCDE et ceux-ci étaient clairement d'accord sur les conditions à respecter en cas d'expropriation (essentiellement une indemnisation adéquate).
- Dans ce contexte, les syndicats jouaient un rôle très influent sur le plan politique, idéologique et économique, indépendamment de la coloration politique des gouvernements en place.
- Le nouveau phénomène des EMN ne laissait pas indifférent. Panacée pour certains, démoniaques pour d'autres, les EMN, pour la majorité de l'opinion, étaient assimilées aux entreprises américaines, même si cela n'était pas entièrement vrai à l'époque (et l'a été encore moins par la suite).

5. Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 3281 (XXIX), 12 décembre 1974. Pour une analyse contemporaine, voir R. F. Meagher, *An International Redistribution of Wealth and Power: A Study of the Charter of Economic Rights and Duties of States* (New York, Pergamon, 1979).

6. Pour une bonne présentation et d'utiles indications, voir N. Horn ed., *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* (Antwerp, Kluwer, 1980) ; S.J. Rubin and G.C. Hufbauer eds, *Emerging Standards of International Trade and Investment/Multinational Codes and Corporate Conduct* (Ottawa NJ, Rowman & Allanheld, 1983) ; S. Metaxas, *Entreprises transnationales et codes de conduite/Cadre juridique et questions d'effectivité* (Zurich, Schulthess, 1988).

7. Pour un exposé récent de la genèse des Principes directeurs par le Secrétariat de l'OCDE, voir, OCDE, "Expérience de la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales", (document OCDE, DAFFE/IME(98)15, 3 novembre 1998). Pour un examen plus ancien de la genèse et des missions des Principes directeurs, voir R. Blanpain, *The Badger Case and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (Deventer, Kluwer, 1977) ; Theo W. Vogelaar, "The OCDE Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-up Procedures and Review", dans Norbert Horn ed. *op. cit.* supra note 6, pp. 127-139 ; Philippe Levy, "The OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises", dans S.J. Rubin et G.C. Hufbauer eds., *op. cit.* supra note 6, pp. 47-62.

- En corollaire, les mesures de contrôle de l'entrée et de l'activité des entreprises sous contrôle étranger étaient très répandues, bien qu'on se soit efforcé de plus en plus d'assurer un traitement non discriminatoire aux entreprises déjà établies.

9. Bien évidemment, le contexte de l'époque se reflète dans les dispositions de fond et de procédure des Principes directeurs. Toutes les décisions prises à cette occasion tenaient pour acquise la possibilité d'un rôle actif direct des pouvoirs publics dans l'économie ; on n'a aucunement tenté d'y fixer de véritables limites, si ce n'est qu'on s'est efforcé d'instaurer des normes implicites d'équité et des normes explicites de non-discrimination.⁸ Ces aspects (et d'autres) concernant le contenu et le fonctionnement des Principes directeurs seront examinés un peu plus loin, lorsqu'on s'attachera au rôle que pourraient jouer actuellement les Principes directeurs.

La situation actuelle

10. Aujourd'hui, plus de vingt ans après l'adoption des Principes directeurs, ce qui frappe d'emblée, c'est le phénomène de "mondialisation", comme on l'appelle couramment, ou, autre appellation sans doute préférable, "d'intégration mondiale".⁹ Ce processus reste inégal et asymétrique, en ce qui concerne aussi bien les pays et régions que les branches d'activité. Malgré tout, on ne peut nier qu'il rapproche de plus en plus les économies nationales ; l'économie mondiale a tendance à fonctionner, non pas comme une juxtaposition d'économies nationales distinctes, mais comme un seul système économique. On abaisse aujourd'hui les barrières qui entouraient les territoires nationaux et qui permettaient aux économies nationales de s'abriter sélectivement les unes par rapport aux autres et par rapport au marché mondial, ce qui conférait leur efficacité aux interventions économiques des pouvoirs publics.¹⁰ L'IDE est un élément essentiel de ce processus et les EMN en sont les principaux architectes et bénéficiaires.

11. En liaison avec ce processus – et il faut y voir à la fois la cause et le résultat – les mentalités, les attitudes et les politiques de toutes les parties concernées ont radicalement évolué. Au niveau national, une puissante tendance à la libéralisation, apparue au milieu des années 80, conduit à l'abaissement, et souvent à l'élimination, des obstacles et contrôles restreignant l'entrée de l'IDE et les activités des EMN. Les gouvernements se montrent généralement bien plus favorables à l'IDE. C'est dans ce plus large contexte que les gouvernements des pays Membres de l'OCDE ont décidé de négocier un Accord multilatéral sur l'investissement, qu'ils avaient envisagé antérieurement sans concrétiser leurs intentions.

8. L'élimination des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements faisait, bien entendu, l'objet d'une autre série d'instruments de l'OCDE, à savoir les Codes de libération.

9. Ce terme donne sans doute une idée plus claire de la nature et de la dynamique de ce phénomène. Pour un essai de clarification terminologique et factuelle, voir A.A. Fatouros, "International Law in the Era of Global Integration", dans *Mélanges Valticos* (à paraître).

10. Comme on s'efforce de le montrer dans cette très brève description, tous ces éléments sont la manifestation d'une tendance (ou d'un ensemble de tendances) et ne créent pas une situation définitive pleinement établie. La réalité de ces tendances est indéniable, mais ce serait une erreur de considérer qu'elles revêtent leur forme définitive, que des changements de politique ne pourraient ni modifier ni influencer. Voir l'étude citée dans la note précédente.

12. La situation a donc profondément évolué :

- Le rôle économique de l'Etat n'est plus le même ; il ne s'est pas en fait affaibli, mais beaucoup modifié. Les pouvoirs publics conservent une place très importante dans l'économie, mais ils interviennent maintenant de façon indirecte et, de préférence, a priori ; ils s'efforcent d'influer sur l'environnement économique de manière à obtenir le type de comportement des entreprises (et d'autres effets) qu'ils jugent souhaitable. Un grand nombre d'instruments de réglementation directe de l'économie par les pouvoirs publics ne sont plus utilisés.
- Les EMN se sont multipliées. Elles sont aujourd'hui bien plus nombreuses¹¹, et elles ne sont plus considérées comme exclusivement américaines.
- Comme on l'a déjà indiqué, les contrôles applicables à l'IDE ont diminué, essentiellement sous l'effet de mesures nationales (unilatérales), parfois d'accords régionaux et, à un degré très limité, d'accords à l'échelle mondiale. Le traitement non discriminatoire des entreprises sous contrôle étranger a gagné du terrain et les restrictions et contrôles applicables à l'entrée des entreprises étrangères n'ont absolument pas disparu, mais ils sont moins fréquents et moins rigoureux. Les turbulences récentes sur les marchés financiers ne paraissent pas avoir eu de graves répercussions sur les tendances de l'IDE, mais elles ont mis en lumière la nécessité d'une coordination de la surveillance au niveau international.
- Les syndicats sont aujourd'hui moins puissants et moins influents, au niveau national et international. Dans le domaine social et politique, de nouveaux acteurs ont fait leur apparition, les Organisations non gouvernementales (ONG). Pour autant qu'on puisse généraliser, vu leur diversité, les ONG ont tendance à se montrer plus idéologues, moins prêtes au marchandage et plus politiques, bien qu'elles traitent de questions (ou peut-être justement à cause de cela) se situant traditionnellement aux marges de l'action politique et économique, notamment l'écologie, la santé publique ou les activités caritatives.

LA FONCTION DES PRINCIPES DIRECTEURS DANS CE NOUVEL ENVIRONNEMENT

13. Ce nouvel environnement ne peut qu'avoir de profondes répercussions sur le rôle et l'impact à envisager pour les Principes directeurs. Il faut encore une fois remonter dans le temps pour examiner comment les Principes directeurs ont fonctionné depuis leur adoption, avant de voir comment ils pourraient opérer dans un proche avenir.

Rôle et fonction des Principes directeurs

14. En adoptant des normes de conduite applicables aux EMN, on reconnaissait non seulement que les activités de ces entreprises influent largement sur les économies nationales, mais aussi que cette influence diffère – certainement quand à ses causes et peut-être quant à ses effets – de celle d'autres acteurs économiques puissants. La puissance et les moyens accrus des EMN ne tiennent pas uniquement à l'ampleur de leurs ressources et à l'importance des activités auxquelles elles se livrent, mais aussi – et c'est peut-être l'élément essentiel – à leurs liens transnationaux. Leur structure et leur organisation – le fait qu'elles opèrent dans plusieurs pays et dans un grand nombre de systèmes juridico-administratifs distincts, qu'elles s'appuient sur des ressources et des activités situées dans un grand nombre de pays et qu'elles sont

11. Pour des données récentes, voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 1999/Tendances et déterminants* (New York/Genève, UN 1998).

à même de transférer entre elles des ressources et des informations – leur confèrent, par rapport aux entreprises opérant dans un seul pays, davantage de pouvoir et une bien plus grande liberté d'action.

15. Les Principes directeurs ont expressément reconnu ces réalités. Comme il est indiqué dans leur introduction, ils "tiennent compte des problèmes pouvant résulter de la structure internationale de ces entreprises".¹² Bien qu'une autre disposition fondamentale des Principes directeurs soit qu'ils "traduisent, le cas échéant, des pratiques recommandables pour toutes les entreprises" (aussi bien multinationales que nationales),¹³ le but qui leur a été globalement assigné est de régir les éléments de l'interaction entre les ENM et les économies nationales qui sont spécifiques aux EMN.

16. Ce souci transparait dans l'ensemble du texte des Principes directeurs. Il est d'ailleurs visible, voire explicite, dans certaines dispositions plus que dans d'autres. Tel est le cas, par exemple, de la section consacrée à la publication d'informations et d'un grand nombre des dispositions concernant les principes généraux ou l'emploi et les relations professionnelles. D'autres dispositions, notamment celles relatives à la concurrence ou à l'environnement, traitent de problèmes qui ne sont pas spécifiques aux EMN, mais communs aux entreprises puissantes, nationales ou étrangères, étant entendu que, dans le cas des EMN, on ne peut négliger le fait que leur puissance tient dans une large mesure à leurs liens transnationaux.

17. Le postulat des Principes directeurs n'est pas que les EMN ont nécessairement tiré indûment avantage (quelle que soit la signification de l'adverbe "indûment" dans ce contexte) de leur puissance ou de leur plus grande liberté d'action. En fait, sur un plan général, rien ne permet de déduire du texte des Principes directeurs un quelconque jugement défavorable à l'égard des EMN. Dans la mesure où, en constituant un ensemble modèle de dispositions arrêtées d'un commun accord, les Principes directeurs ont servi à devancer des tentatives plus "radicales" de réglementation internationale, ils ont été utiles aux EMN – et les ont peut-être même protégées – dans leur confrontation avec les pays d'accueil. Toutefois, leur adoption et leur existence même avaient clairement pour but de renforcer les pouvoirs des gouvernements (et des syndicats) vis-à-vis des EMN. En cela, les Principes directeurs ressemblaient aux codes internationaux de conduite qui ont été négociés aux Nations Unies peu après, à l'instigation des pays en développement.¹⁴ Or, alors que les codes de conduite envisagés reposaient principalement sur l'idée d'un conflit inégal entre des entreprises toutes puissantes et des gouvernements sans moyens et cherchaient donc à faire en sorte que les pays d'accueil puissent pleinement contrôler les activités des EMN de façon à faire prévaloir les politiques nationales, les Principes directeurs de l'OCDE en sont restés au point de vue traditionnel qui veut que, des pouvoirs publics et des EMN, les premiers soient les plus puissants dans la forme et dans les faits. Les Principes directeurs visaient uniquement à rétablir un équilibre préexistant et présupposé entre les deux acteurs dans la mesure où cet équilibre avait subi les effets des moyens particuliers des EMN – tout en évitant toute interférence indue avec les intérêts légitimes des entreprises.

18. Les interrelations entre le cadre d'action national et international, tant pour les EMN que pour les gouvernements, sont traitées par les Principes directeurs dans toute leur complexité et leur diversité. Les interactions avec les législations nationales sont envisagées sous de multiples facettes. Les Principes directeurs soulignent d'emblée la nécessaire conformité au droit national et la nécessaire soumission aux autorités nationales. Mais ils vont au-delà de ces obligations qui, après tout, leur étaient bien antérieures. Ils recommandent également de respecter les politiques nationales ; ils appellent à une attitude de loyauté à l'égard des intérêts des pays d'accueil, en ne se bornant pas à l'obéissance formelle à la loi et à l'autorité. De plus, et c'est là un élément très important, qui tient en partie à leur caractère international et à leurs

12. Principes directeurs de l'OCDE, introduction, paragraphe 6.

13. Principes directeurs de l'OCDE, introduction, paragraphe 9. L'absence de différences entre la situation des entreprises nationales et celle des entreprises multinationales est un point que font constamment valoir les représentants des entreprises qui participent au suivi des Principes directeurs via le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC).

14. Voir supra, note 6.

objectifs spécifiques, ils complètent souvent les lois et politiques des pays d'accueil, au lieu de simplement les confirmer. Les Principes directeurs sont en outre des normes internationales de comportement respectueux des lois, loyal et responsable dans le cadre national.

19. Le caractère "volontaire" des Principes directeurs est étroitement lié à ces caractéristiques. Il peut être envisagé à plusieurs niveaux. Tout d'abord, les Principes directeurs ne sont pas formellement contraignants pour les Etats qui les ont adoptés, non seulement parce qu'ils n'ont pas été adoptés sous une forme juridiquement contraignante, mais aussi parce que les Etats ou les gouvernements n'en sont pas destinataires. Par ailleurs, même pour les EMN, qui en sont les destinataires, les Principes directeurs sont des "recommandations". On peut supposer qu'il s'agit d'une conséquence de leur origine internationale, l'hypothèse étant que les normes de droit international n'ont pas normalement un caractère impératif pour les personnes physiques et morales. Mais on peut, bien entendu, s'interroger sur la validité de cette hypothèse, sans doute plus aisément aujourd'hui qu'en 1976.

20. De plus, même en s'en tenant à la doctrine classique, il aurait été possible pour les gouvernements concernés d'accepter des dispositions les obligeant à adopter des normes juridiques internes impératives. Dans la mesure où le droit national n'aurait pas été suffisant, en raison du caractère transnational des activités des EMN, ce droit aurait pu être complété par des engagements internationaux de coopération intergouvernementale pour la mise en œuvre des normes. Le fait que cette voie n'ait pas été choisie montre que le caractère volontaire des Principes directeurs n'est pas dû à une prétendue incapacité d'adopter en droit international des règles impératives à l'égard des personnes privées, mais à une réticence collective des Etats concernés à adopter des normes contraignantes.

21. Si cette question du caractère volontaire des Principes directeurs est complexe, c'est aussi pour d'autres raisons. D'emblée, l'idée était que les Principes directeurs devaient opérer en étroite liaison avec les dispositions des autres décisions contenues dans la Déclaration de 1976, en particulier celles sur le traitement national, et également avec les Codes de libération. Ces autres textes, plus traditionnels du point de vue juridique, imposent des obligations précises aux gouvernements en ce qui concerne l'admission et le traitement des EMN.

22. Toutefois, le caractère "volontaire" des Principes directeurs ne les a aucunement privés de leur efficacité – et ce d'une façon que les gouvernements qui les ont adoptés n'avaient peut-être pas totalement prévue – au moins tant que les gouvernements, réunis au sein du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales (CIME), et les syndicats et employeurs, représentés par les deux comités consultatifs, ont cherché à leur donner effet. En réalité, durant les premières années, l'absence de caractère obligatoire a plutôt renforcé qu'affaibli l'efficacité des Principes directeurs.¹⁵ Grâce à ce caractère volontaire, les organes de l'OCDE (et les organes nationaux) chargés de l'application ("suivi") des Principes directeurs ont pu disposer d'une plus grande latitude pour leur interprétation et leur application. Précisément parce que les dispositions des Principes directeurs ne sont pas impératives et n'imposent pas d'obligations juridiques formelles, le CIME (et les autorités nationales compétentes) ont pu les interpréter en fonction de ce qui était considéré comme répondant aux exigences de chaque cas d'espèce et élargir leurs effets dans le sens d'une conduite jugée "appropriée" et non d'une conduite "impérative". La leçon qu'on peut tirer des premières années d'application des Principes directeurs est que l'existence de procédures d'application et d'un mécanisme institutionnel est plus importante que la nature juridique d'un instrument, dès lors qu'il y a volonté de l'utiliser efficacement.

15. Sur les questions liées au caractère volontaire des Principes directeurs, voir H. Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct for MNEs", dans N. Horn ed., *op. cit.* supra note 6, pp. 3-39 ; A.A. Fatouros, "On the Implementation of International Codes of Conduct: An Analysis of Future Experience", *Am. U. L. Rev.* 30 (1980), pp. 941-972 ; E. Decaux, "La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite", *Annuaire français de droit international* 29 (1983), pp. 81-97 ; voir également les ouvrages cités dans la note 6.

23. Une autre caractéristique des Principes directeurs, dont on ne peut clairement déterminer l'importance véritable, même après toutes ces années, réside en ce que leur effet (volontaire) est limité géographiquement aux seuls pays de l'OCDE. D'emblée, il s'est agi de recommander aux EMN opérant sur le territoire des pays Membres de l'OCDE d'observer les Principes directeurs.¹⁶ Cette caractéristique paraît avoir sensiblement influé sur le contenu des Principes directeurs. On n'y trouve, par exemple, aucune référence aux considérations liées au développement économique qui devaient apparaître dans des textes similaires (notamment les codes de conduite internationaux rédigés sous l'égide des Nations Unies, adoptés ou restés à l'état de projet), car ils étaient censés s'appliquer à des pays (plus ou moins) économiquement développés. On peut en outre légitimement penser que ce texte correspond à certaines attentes quant à la conduite des EMN et des pays d'accueil – et quant à la situation prévalant dans les économies et sociétés des pays d'accueil – ces attentes étant valables dans le contexte des pays de l'OCDE, mais ne l'étant pas nécessairement dans d'autres cas.

24. On peut attribuer à deux facteurs principaux le fait que, malgré cette limitation de large portée, les Principes directeurs ont exercé une influence remarquable. D'une part, leur texte était bien rédigé ; bref et concret, il évite trop de détails ainsi que des formules doctrinales, voire juridiques. D'autre part, les EMN, qui en sont les destinataires, exercent leurs activités sur l'ensemble de la planète et ont tendance à appliquer de façon plutôt cohérente certains principes et pratiques, qui peuvent ne varier qu'assez peu d'un pays à l'autre. On observe donc une tendance intrinsèque à l'uniformité des opérations des EMN et, dans la mesure où les préceptes édictés dans les Principes directeurs sont acceptés par les entreprises pour leurs activités dans un ensemble de pays, ils ont tendance à influencer sur leurs activités dans les autres pays.

Possibilités dans les circonstances actuelles

25. L'évolution de l'environnement économique et politique se répercute à plusieurs égards sur le fonctionnement des Principes directeurs. Tout d'abord, les thèmes traités dans les Principes directeurs ne sont pas restés les mêmes. Au tout début, par exemple, les Principes directeurs mettaient tout particulièrement l'accent, aussi bien dans leur texte même que dans leur mise en œuvre effective, sur les questions concernant l'emploi. Beaucoup d'affaires dont a été saisi le CIME pour "clarification" au cours des premières années d'application concernaient ces questions. Dix ans plus tard, l'intérêt suscité par ces dossiers semblait s'être affaibli pour un certain temps. Mais, depuis quelques années, l'emploi occupe de nouveau le devant de la scène, pour deux raisons : le chômage élevé dans un grand nombre de pays de l'OCDE et les conditions de travail problématiques observées dans un grand nombre de pays en développement. La récente Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail témoigne clairement du regain d'intérêt à cet égard.¹⁷ On peut s'attendre à ce que le CIME soit de nouveau saisi de dossiers concernant le travail et l'emploi.

26. L'environnement et sa protection prennent eux aussi de plus en plus d'importance. Le dernier ajout aux Principes directeurs est un nouveau chapitre sur la protection de l'environnement, adopté en 1991. Sous l'action des ONG, qui s'intéressent de plus en plus à ces questions et qui sont de plus en plus présentes dans les enceintes internationales et y jouent un rôle de plus en plus grand, le thème de la protection de l'environnement est appelé à prendre de plus en plus d'importance. Il en est sans doute de même pour d'autres questions qui n'avaient pas un si grand retentissement il y a une vingtaine d'années, comme la protection de la santé publique ou même les droits de l'homme. Les ONG – et cet aspect est sans doute plus important – pourraient introduire dans le débat économique devant les organes de l'OCDE une perspective à plus long terme qui a fait longtemps défaut à l'approche classique des entreprises.

16. Paragraphe 1 de la Déclaration de l'OCDE de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

17. Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (18 juin 1998), *Int'l Legal Materials* 37 (1998), pp. 1233-1240.

27. Mais, hormis ces nouvelles questions, les mutations de l'économie mondiale, surtout celles qu'on attribue à l'intégration mondiale, pourrait être à l'origine de nouvelles approches dans les Principes directeurs et d'une modification des critères et méthodes utilisés pour leur interprétation et leur application. Les problèmes ne sont pas perçus de la même manière et leur importance relative évolue. Aujourd'hui, on ne se préoccupe plus exclusivement, ni même principalement, des interactions et des conflits effectifs ou potentiels d'intérêts et d'objectifs entre les pouvoirs publics et les EMN. L'attention se porte sur les modalités de fonctionnement de l'économie de marché auxquelles les acteurs économiques, y compris les pouvoirs publics, s'efforcent maintenant de se conformer. La question fondamentale est de plus en plus de savoir comment empêcher les EMN d'adopter des comportements qui faussent le bon fonctionnement des marchés.

28. Pour lever tout malentendu, il faut souligner que ce qui est en cause, ce n'est pas tant un changement d'objectifs qu'un déplacement du centre principal d'intérêt. D'une part, les préoccupations quant au bon fonctionnement du marché étaient certainement présentes au moment de l'adoption des Principes directeurs. D'autre part, les autorités nationales jouent toujours un rôle prééminent ; elles conservent une position privilégiée pour l'adoption de mesures concernant les marchés, nationaux et internationaux ; ce sont elles qui, individuellement ou solidairement, se doivent d'agir pour assurer le bon fonctionnement du marché, afin d'éviter des distorsions et des dysfonctionnements. Ce qui est relativement nouveau, c'est que leur rôle de promoteur de l'économie nationale est aujourd'hui considéré comme égal à leur rôle d'acteur international influant sur le fonctionnement du marché mondial, même si, en fait, elles sont beaucoup plus efficaces dans le premier rôle (et, pourrait-on dire, s'y intéressent bien davantage).

29. Sans vouloir disserter longuement sur la notion de marché, il faut au minimum noter que le marché mondial n'est pas un phénomène naturel ou transcendant, mais une construction sociale, un artefact social qui a pris forme de différentes manières au fil du temps, au départ principalement sous l'action des pouvoirs publics au niveau national, puis, aujourd'hui, également au niveau international. Si le marché existe et fonctionne, c'est grâce aux règles et pratiques nationales et internationales ; ce sont elles qui définissent le cadre de référence, ce qui est autorisé, ce qui est interdit, dans quelles conditions les actes des personnes privées (par exemple un contrat) sont opposables aux parties, et quand et comment un acte juridique accompli dans un autre pays est "reconnu", c'est-à-dire produit ses effets.

30. Du point de vue des Principes directeurs, mettre davantage l'accent sur l'action à mener par les pouvoirs publics pour assurer le bon fonctionnement du marché (essentiellement, cette fois encore, par des mesures nationales), en se préoccupant plutôt du bon fonctionnement du marché que de la conformité aux politiques nationales, suppose essentiellement, comme on l'a vu, un changement de centre d'intérêt et non un changement d'objectifs. Or, cela signifie indéniablement une modification essentielle de la façon dont les Principes directeurs doivent être perçus. En partie à cause de leur propre formulation ("les entreprises devraient ...") et en partie du fait que les textes et les négociations ultérieurs, surtout dans le cadre des codes internationaux de conduite des Nations Unies, ont influé sur les mentalités, on considère souvent que les Principes directeurs imposent des obligations aux investisseurs. Ce n'est pas à proprement parler inexact. Il est vrai que les Principes directeurs imposent des devoirs aux EMN, quel que puisse être leur objectif spécifique. Or, une approche de ce type, reflétant les préoccupations et les débats des années 70, ne correspond pas à la façon dont les Principes directeurs peuvent traiter certaines questions dans leur nouvel environnement et, surtout, ne rend pas correctement compte des préoccupations et des approches actuelles. Des obligations pour les investisseurs supposent des droits correspondants, accordés probablement par les pouvoirs publics. Le souci actuel du bon fonctionnement du marché implique d'une certaine manière des obligations pour les deux parties, les pouvoirs publics et les investisseurs. Il est dans l'intérêt commun de chacun et il incombe aux uns et aux autres de faire en sorte que le marché ne soit pas faussé et qu'il ne subisse pas de dysfonctionnements.

31. Si le bon fonctionnement du marché doit être le critère de base pour l'interprétation et l'application des Principes directeurs, il faut entendre cette notion dans un sens large. Il ne faut pas se limiter uniquement aux préoccupations strictement économiques, mais prendre en compte également la

plupart des préoccupations qu'on qualifie généralement de sociales. On comprendra aisément cette vision des choses. On admet largement aujourd'hui qu'une entreprise portant atteinte à l'environnement fausse en même temps les conditions du marché. Il en est de même en cas de conditions de travail inférieures aux normes ou d'activités créant des risques pour la santé. Il n'est ni difficile ni déraisonnable de définir ainsi le fonctionnement du marché en englobant ces considérations. Au contraire, une définition restrictive du marché élimine des éléments importants de la signification établie de ce terme et occulte en fait la réalité du marché.

32. Le cadre juridique de base pour le marché mondial s'est mis en place au départ au moyen d'actions nationales unilatérales plus ou moins parallèles, qui ont été complétées de plus en plus par des actions internationales conjointes à de nombreux niveaux. Pour que ce cadre fonctionne correctement, il faut éviter les distorsions induites par les pouvoirs publics, et c'est l'objectif visé par l'action internationale prenant la forme d'accords multilatéraux de libéralisation. Mais il faut aussi éliminer les distorsions dues à l'action du secteur privé, et ce sont précisément ces distorsions qu'on cherche à empêcher, non seulement via les Principes directeurs, mais aussi à travers les lois nationales concernant la protection de la concurrence et de l'environnement et d'autres domaines connexes.

33. Le modèle opératoire des Principes directeurs et l'expérience qu'on peut tirer de leur application peuvent être des éléments précieux dans ce contexte. Tout en n'exagérant pas leur importance dans le passé, on peut tirer parti des modes d'action et des approches qui ont présidé à leur application. On peut s'appuyer à cet égard sur les trois principales composantes de ces modes d'action : premièrement, des normes internationalement reconnues ; deuxièmement, un mécanisme institutionnel international et des procédures connexes pour l'interprétation et l'application des normes ; troisièmement, une étroite interaction entre les normes et les mesures nationales et internationales.

34. La nécessité de normes convenues et établies au niveau international est évidente compte tenu du caractère international des activités des EMN et des progrès de l'intégration mondiale. Les lois et autres mesures nationales peuvent se révéler inefficaces, non seulement à cause de leur diversité, mais aussi à cause des contraintes qui affectent l'action nationale sur le plan de la compétence. Les normes internationales nécessaires ne constitueraient pas un code complet régissant le comportement des EMN ou régulant le marché mondial. Il faudrait qu'elles soient sélectives et visent des aspects particuliers du fonctionnement du marché, le but étant d'éviter les distorsions et les dysfonctionnements. L'une de leurs principales fonctions serait de rendre plus efficace l'action nationale menée à ces fins, mais, dans les circonstances actuelles, elles ne se limiteraient pas nécessairement à l'action nationale unilatérale. Il faudrait qu'elles rendent possible également une action conjointe au niveau international, soit par une coordination des actions nationales, soit par des méthodes plus traditionnelles reposant sur le droit international public.

35. Sur le fond, on peut faire valoir que, du fait de l'évolution des mentalités et des politiques dans les pays d'accueil, les prescriptions du type de celles qui figurent dans les Principes directeurs sont encore plus utiles aujourd'hui que dans le passé. Globalement, les gouvernements interviennent moins directement dans l'économie. Aujourd'hui, ils s'efforcent d'influer sur le fonctionnement du marché d'une façon plus indirecte et, surtout, moins contingente. Il y a sans doute une plus forte probabilité que la capacité de fonctionnement transnational des EMN se répercute sur l'efficacité de ces méthodes. La libéralisation des réglementations concernant l'entrée et l'activité des entreprises sous contrôle étranger, se doublant d'une moindre intervention directe des pouvoirs publics à l'égard des entreprises nationales et étrangères, prive les pays d'accueil d'un grand nombre des instruments qu'ils pouvaient utiliser dans le passé pour faire en sorte que les EMN et leurs composantes se conforment aux politiques nationales ou agissent dans le respect du bon fonctionnement du marché.

36. Illustrons ce point par un exemple concret. Dans la mesure où les EMN sont à même de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles sans contrôle efficace de la part des autorités des pays où elles exercent leurs activités, le marché ne fonctionne pas correctement ; dans ce cas, l'élimination d'autres contrôles ou

restrictions de source publique ne contribue pas à améliorer l'efficacité économique, au niveau national ou international, mais risque en fait d'amplifier les effets de distorsion du marché créés par les pratiques des EMN. Les dispositions applicables des Principes directeurs, dans la mesure où elles complètent ou améliorent les réglementations nationales concernant la protection de la concurrence, aideront alors à éviter les situations économiquement nocives. Cela vaut encore plus pour les dispositions des Principes directeurs relatives à la protection de l'environnement.

37. Pour l'application efficace de normes internationales, l'existence d'un mécanisme institutionnel quelconque se révèle indispensable. L'expérience de l'application des Principes directeurs est à cet égard particulièrement instructive. Dès le départ, les Principes directeurs n'étaient pas un simple texte proposé aux EMN et aux gouvernements en leur laissant toute latitude pour s'y conformer ; les Principes directeurs ont été assortis d'un mécanisme institutionnel et d'un ensemble de procédures pour leur application¹⁸ et leur amélioration. Ce mécanisme s'appuie non seulement sur le comité compétent de l'OCDE, le CIME, mais aussi sur les deux comités qui représentent les partenaires sociaux, le Comité consultatif économique et industriel (BIAC) et la Commission syndicale consultative (TUAC), auxquels s'ajoute un réseau de Points de contact nationaux au niveau des autorités nationales des pays Membres. L'existence de cet ensemble d'institutions et de procédures à plusieurs niveaux est fondamentale et explique l'efficacité des Principes directeurs pendant de nombreuses années.

38. Le CIME est chargé de plusieurs missions, dont deux sont particulièrement importantes : d'une part, l'examen périodique de l'expérience acquise dans l'application des Principes directeurs ainsi que des dispositions mêmes des Principes directeurs a permis à plusieurs reprises de les compléter et de les modifier, en les adaptant aux nouvelles préoccupations ; d'autre part, le processus de "clarification" des Principes directeurs confié au CIME via l'examen de cas précis lui a conféré une nouvelle responsabilité qui, tout en admettant son caractère intrinsèquement flou, a largement contribué, il n'y a pas très longtemps, à renforcer le rôle des Principes directeurs. Ces deux procédures sont mises en œuvre en étroite coopération avec les deux instances consultatives. L'amélioration des Principes directeurs au moyen du mécanisme de clarification tient en fait pour une large part à l'action des syndicats, qui se sont montrés prêts à saisir le Comité d'affaires précises.

39. On peut donc voir dans les travaux du CIME (avec un peu d'imagination, voire d'hyperbole) un exercice combinant les attributs d'une décision judiciaire (ou arbitrale),¹⁹ d'un commentaire autorisé et d'un processus de modification (ou de révision). Tout cela, bien entendu, dans le contexte du caractère volontaire des Principes directeurs, ce qui fait que la mention de ces modes de prise de décision relève plus de la métaphore que de l'analogie.

40. Avant d'examiner les exigences et possibilités actuelles pour les procédures et organes d'application, il est sans doute utile de se demander pourquoi les activités de l'OCDE concernant les Principes directeurs ont manifestement faibli. Comme on l'a indiqué précédemment, très peu d'affaires ont été soumises récemment au CIME pour examen et clarification. L'OCDE poursuit ses activités de promotion, mais, du point de vue d'un observateur extérieur, on peut légitimement affirmer que l'intérêt pour cette question semble avoir décliné, malgré l'intense débat que suscite ces derniers temps le dossier des investissements étrangers privés. Plusieurs explications possibles viennent à l'esprit, mais il faut les examiner soigneusement avant de les retenir. Il se peut par exemple que, au moins dans les pays de l'OCDE, les EMN aient aujourd'hui renoncé aux comportements les plus insignes qui ont pu soulever des

18. D'un point de vue sociologique (ou psychologique ?), il est intéressant de noter que les termes "application" et "mise en œuvre" au sens des Principes directeurs ont été systématiquement évités pendant longtemps au CIME, comme s'ils avaient une connotation blasphématoire. On préférerait le terme neutre de "suivi".

19. Cette fonction a, bien entendu, été expressément "exorcisée" par les textes qui s'y rapportent ; voir, en particulier, la seconde Décision révisée du Conseil (juin 1991), qui précise que "le Comité devra s'abstenir de tirer des conclusions sur le comportement d'entreprises déterminées".

problèmes devant le CIME. Il se peut aussi que l'état d'esprit de l'opinion ait changé et n'incite pas les syndicats ou les pouvoirs publics à saisir le CIME de ce type d'affaires. Il s'agit d'un point important, qu'il faut étudier de près.

41. Pour en venir à la possibilité d'une relance future de l'application des Principes directeurs, on pourrait dire que, dans le contexte actuel, l'appareil institutionnel paraît trop lourd. Le CIME est une instance de trop grande taille, ses procédures sont trop lentes et la probabilité de traitement rapide d'une affaire semble faible. L'appareil institutionnel ne paraît donc adéquat que pour les affaires majeures soulevant des questions d'une extrême importance. Il faudrait peut-être examiner les possibilités d'allègement des institutions et procédures actuelles, de façon que les affaires qui ne soulèvent pas des points fondamentaux puissent également être traitées. On pourrait imaginer, par exemple, que le CIME se réunisse en "chambres" plus restreintes pour s'acquitter de certains aspects de l'application des Principes directeurs (par exemple, les clarifications), tout en siégeant, bien entendu, en session plénière pour d'autres procédures (voire pour une sorte d'"appel"). Il n'est pas facile de concilier l'égalité de représentation d'Etats souverains au sein d'un comité et un mode de fonctionnement souple et adaptable, mais on trouve dans la pratique internationale diverses modalités qui sont parvenues à ce tour de force.

42. Dans cet ordre d'idées, il y a lieu d'examiner la possibilité de faire participer de nouveaux acteurs aux procédures qui se rapportent aux Principes directeurs. Les échanges de vues entre le CIME et les représentants des entreprises et des syndicats ont été très utiles. Tout en gardant à l'esprit le risque qu'une plus large participation alourdisse l'ensemble du processus, il y aurait peut-être aussi certains avantages. Il pourrait être utile, à ce stade, d'introduire des perspectives nouvelles et différentes. Les ONG, tout au moins certaines d'entre elles, seraient toutes désignées. Mais avant une telle ouverture, il faudrait étudier soigneusement les problèmes éventuels, les critères de choix de ces organisations, les procédures à leur appliquer, les limites de leur participation, etc.

43. On pourrait aller plus loin, au-delà d'un éventuel réaménagement des institutions et des procédures, et examiner les dispositions mêmes des Principes directeurs, tant en ce qui concerne les thèmes traités que leur formulation et leur effet. Le premier point va de soi et ne pose pas en lui-même de difficultés ; les types d'activités qu'exercent aujourd'hui les EMN, leurs modes opératoires actuels et les autres éléments qui s'y rattachent devront être examinés afin de déterminer s'il faut traiter des thèmes supplémentaires dans les Principes directeurs. Mais le deuxième point est source de difficultés et de controverses. On pourrait songer à un ensemble de dispositions dosant différemment les règles générales et les règles particulières. On pourrait même envisager également de moduler l'intensité de certaines normes : certaines dispositions conserveraient leur nature actuelle, alors que d'autres pourraient être des recommandations adressées aux Etats (voire des engagements de leur part) en vue de l'adoption de règles impératives conformes aux normes édictées. La coexistence de règles à caractère plus ou moins contraignant est aujourd'hui courante dans un grand nombre d'instruments juridiques (et également dans les systèmes juridiques des Etats) et on ne voit pas pourquoi ne pas l'envisager dans le cas présent.

44. Question encore plus délicate : faut-il conserver la répartition actuelle des responsabilités ? Comme on l'a indiqué précédemment, les Principes directeurs s'adressent aux entreprises, bien que les Etats conservent la possibilité d'adopter des règles contraignantes aux mêmes fins à l'échelon national. Une action au niveau international allant au-delà de l'adoption de clarifications ou de recommandations complémentaires n'est pas envisagée. Les normes sont formulées et adoptées au niveau international, mais toute action dans le domaine de l'application reste au niveau national. Or, le bon fonctionnement du processus d'intégration mondiale (y compris le bon fonctionnement des marchés) peut exiger non seulement une action nationale, faisant ou non l'objet d'une coordination internationale, mais aussi une action internationale, dans les domaines relevant des activités des EMN (par exemple la protection de la concurrence ou de l'environnement). L'absence de toute possibilité d'action au niveau international laisse le champ libre, non seulement à d'éventuelles pratiques des EMN faussant les marchés, mais aussi à des agissements ayant le même effet de la part des Etats les plus puissants.

45. Des spéculations de cet ordre n'impliquent aucunement qu'on en revienne aux conceptions et approches antérieures légitimant une réglementation publique directe au niveau national ou international. De plus, la perspective d'un accord multilatéral traitant des questions concernant l'IDE, quel que soit le niveau auquel il se situe et quel qu'en soit le cadre, peut conduire à envisager ces possibilités sous un autre angle. L'adoption des Principes directeurs, il y a vingt-deux ans, constitue un résultat remarquable parce qu'elle a marqué l'heureux aboutissement d'un exercice d'imagination juridique et institutionnelle. Peut-on imaginer aujourd'hui l'adoption de normes et de règles impliquant une action au niveau international ? Manifestement, cette voie serait semée d'embûches, car aux difficultés sur le fond s'ajouteraient celles de nature institutionnelle. Or, ce dont il s'agit en définitive, c'est sans doute de savoir si les décideurs d'aujourd'hui, pour adapter les Principes directeurs aux circonstances et nécessités actuelles, sont à même d'exercer le même type d'imagination juridique et institutionnelle qui a pu prévaloir il y a moins d'un quart de siècle, lors de l'adoption des Principes directeurs.