

Séminaire de travail:

Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique

Céligny, Genève, 4-5 mai 2001.

Edition: CETIM/AAJ

Notes en forme de « conclusion »:

Réflexions de caractère général et sur un projet de code de conduite volontaire soumis au Groupe de travail de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies sur les sociétés transnationales

Par Georges A. leBel

Professeur à la Faculté des sciences juridiques de l'Université Québec, Montréal, Canada.

En 1974 le Tribunal Russell II avec Lellio Basso et le professeur Rigaux, a posé la question du rôle et de la complicité des multinationales dont ITT, dans les coups d'État d'Amérique latine dont les généraux furent les instruments. C'était aussi l'année de la création d'un Centre sur les multinationales à l'ONU.

Pourtant ce n'était pas nouveau, Mossadegh avait été victime de la CIA américaine au secours des Sept Sœurs; Arbenz de la *United Fruits*, et combien d'autres. C'est cette même compagnie, rebaptisée *Chiquita Brands* aujourd'hui en faillite, qui, par ses contributions électorales, a pu faire agir les États-Unis à l'OMC dans l'affaire de la banane pour contrer les politiques européennes (Lomé puis Cotonou) un peu sensibles à ce droit que l'on qualifiait de droit au développement, puis de droit du développement, avant de le réduire à une condition générale de réalisation des droits de l'Homme.

Pourquoi revenir en arrière et tenir ainsi un discours d'ancien combattant? Ah! que nous avons raison de proposer avec le Tiers-monde le Nouvel Ordre économique international en 1974, le droit des peuples à l'autodétermination, au développement, à la gestion de ses ressources naturelles, au libre choix de son système politique et économique. Ce n'est pas si loin tout cela.

Même si on nous traite de rêveurs ou d'utopistes, on ne peut céder à l'air du temps, au cynisme ambiant, à l'égoïsme érigé en vertu, à la sanction économique comme seule jauge du progrès humain.

Il est bon parfois de revenir sur l'histoire et de voir par exemple ce qui s'est passé à la fin du siècle dernier lorsque les barons voleurs américains constituaient des empires, littéralement "hors la loi", baptisés alors 'trusts', parce que les législations concernant les entreprises étaient étatiques et que leurs activités étaient devenues continentales avant de devenir globales. Pour répondre à cette évolution, on a procédé de deux façons: d'abord par l'élaboration de lois uniformes progressivement adoptées par tous les États, puis par des réglementations nationales que permettait la «*Commerce Clause*» de la Constitution. Bien sûr, il fallut attendre cinquante ans, la grande crise et une menace de «*Court Packing*» pour qu'en 1937 soit enfin acceptée l'idée toute simple que l'État pouvait au nom du bien commun imposer des contraintes à la propriété¹.

N'est-ce pas ce que nous recherchons aujourd'hui, mais sans pouvoir nous référer à cette autorité internationale qui puisse exciper avec suffisamment d'autorité du bien commun de l'humanité pour brider l'appétit des transnationales; et nos forums judiciaires sont si éparpillés et éclatés que l'on ne peut s'entendre pour en désigner un suprême.

Cette introduction ne vise en fait qu'à me dédouaner, afin de pouvoir avec franchise, émettre des doutes non seulement sur la juridiction, mais aussi sur la tactique choisie par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme de proposer des « principes relatifs au comportement des sociétés² ».

Certes l'histoire encore peut nous conforter. Rappelons-nous le choix fait par Eleanor Roosevelt³ et René Cassin de proposer un Code volontaire décrivant des aspirations plutôt que des obligations que les États n'auraient pas assumées, misant que le temps concrétiserait en réalité cet espoir de l'humanité. La question reste donc, avons-nous ce temps? Et que nous en coûte-t-il d'attendre?

Quelle hiérarchie? Pour quelles normes?

Avant d'aborder la question cruciale du statut de sujet de droit international des transnationales⁴, j'aimerais m'interroger sur la voie choisie: Est-ce que le terrain des droits de l'homme est le meilleur pour aborder la question de la hiérarchie des normes en droit international et la sujétion nécessaire mais non réalisée du droit économique international aux impératifs du maintien de la paix et de la promotion et la pleine réalisation de tous les droits de l'Homme⁵?

L'aspiration pour les peuples du monde au développement ne s'est pas traduite au niveau économique. Cet échec progressivement constaté après 1975 a suggéré à certains une tactique nouvelle qui serait de proposer aux puissances capitalistes, si prétendument anxieuses d'opposer aux Soviétiques d'alors l'exigence du respect des droits individuels de l'Homme, que le droit au développement était un droit de l'Homme.

Cette tactique a permis au Sommet mondial de Copenhague de proclamer que c'est la libéralisation des échanges qui assurerait la croissance économique qui seule garantissait le développement devenu durable de chaque individu. Et les États unanimes de constater, ici même à Genève en juin dernier que finalement, cinq ans après, ces engagements réduits n'avaient pas inspiré leurs politiques sociales.

Allons-nous alors répéter cette tactique de transformer un combat qui se livre sur le terrain concret des rapports économiques, des rapports de force, des rapports d'exploitation, en un combat pour les droits de l'Homme? Il s'agit du problème juridique classique de qualification⁶.

En proposant de réduire l'exploitation économique⁷ à sa seule dimension des droits de l'homme, ne sommes-nous pas en train de légitimer l'oppression fondamentale dans le dessein d'en minimiser les conséquences les plus extrêmes et les plus fâcheuses? Peut-on reconnaître la dignité de l'Homme qu'on exploite?

Si les « gnomes de Zurich ou de Bâle » qui hantaient les cauchemars monétaires d'un de Gaule ont finalement triomphé, la question reste ouverte: où trouverons-nous le rapport de force pour leur imposer des normes? Pourquoi ajouter à l'imposante masse des codes

volontaires qui, après ceux de l'OCDE puis la déclaration de l'OIT révisée en 2000, n'en finissent plus de s'accumuler?

La politique est une arène où se rencontrent et se rencontreront toujours la conscience et le pouvoir. Nous avons la conscience des peuples pour nous. Est-ce une force suffisante⁸ pour imposer la sujétion des transnationales au respect de certaines normes? Et surtout, ne risquons-nous pas, ce faisant, de leur permettre ce à quoi elles aspirent depuis toujours, d'échapper à ce qu'elles nomment le "risque souverain"; d'échapper à la souveraineté des États et au droit international privé pour agir à égalité avec les États dans la sphère du droit international public, à ce sommet qu'elles occupent dans la sphère économique?

Mais s'agit-il vraiment d'un sommet, quand on voit la hiérarchie traditionnelle des normes bousculée par l'arrivée de l'OMC et de ses décisions arbitrales, la Convention de Bâle sur les flux trans-frontières de déchets dangereux écartée par une décision arbitrale de l'ALENA (NAFTA) dans l'affaire *Metalclad*; les conventions de LOMÉ ignorées dans l'affaire de la banane à l'OMC? Il y a là une inversion de la hiérarchie traditionnelle des normes et l'on a beau dire que la *lex mercatoria*⁹ reste dépendante, l'effectivité de la norme nous oblige à constater que c'est là que se définissent les conditions d'élaboration des rapports entre les sujets du droit international.

Nous sommes ici en présence de deux logiques qui semblent incompatibles: la logique du profit et celle du respect des droits de l'Homme. Pourtant on agit comme s'il n'y avait pas de contradiction entre l'appropriation privative du profit et la promotion des droits. Ce postulat implique que l'on puisse toujours créer des profits sans exploiter ni la nature, ni l'homme. Cette idée de profit repose sur l'appropriation individuelle des avantages, alors que la finalité de l'action de l'État se légitime par la protection de l'intérêt général et du bien commun. Certaines législations¹⁰ nationales ont reconnu le caractère parfois incompatible de ces deux logiques. Mais elles deviennent explosives avec la mondialisation puisque reconnaître la personnalité juridique internationale aux sociétés transnationales ce serait reconnaître à l'appropriation privée le statut d'intérêt général puisqu'il n'y a pas, ou pas encore, au niveau international, de structure de socialisation des risques qui est la contrepartie du privilège de la responsabilité limitée. Ce serait postuler résolue l'inéluctable contradiction libérale qui fait de la concurrence son principe et du triomphe des plus forts l'objet de l'interaction sociale.

Ce serait encore oublier que la machine corporative repose sur le privilège exorbitant de la responsabilité limitée accordé par l'État, et qu'elle a été spécifiquement conçue pour l'accumulation du capital par le mécanisme de la privatisation des profits et de la socialisation des risques et des coûts, mécanisme qui n'a pas son pendant au niveau international. Les économistes parlent de processus d'externalisation des coûts, mais quand nous constatons les dégâts causés aujourd'hui à l'environnement par des sociétés dissoutes, quand nous voyons des tonnes d'arsenic se déverser dans le Danube ou le Grand Lac des Esclaves du Nord canadien, (Nunavut), nous pouvons dire qu'il y a là privilège sans possibilité de recours en responsabilité.

Cependant, on aura beau refuser de reconnaître la qualité de sujet de droit international aux transnationales, il faudra quand même reconnaître qu'elles sont derrière l'épaule de ceux qui rédigent les règles. Faut-il rappeler ici le cri du cœur d'un champion de la globalisation¹¹, le USTR Charlene Barshefski de l'administration Clinton, qui disait que le principal enjeu des rapports internationaux était de savoir qui rédigeait les règles et que jamais les USA n'avaient été dans une meilleure position à cet effet. Et de claironner: « *Globalization is US* »¹².

Au risque de grossir le trait et de trahir la subtilité de plusieurs interventions, je vais tenter de m'acquitter maintenant de la tâche qui m'échoit de retenir les éléments de nos débats autour de la sujétion des transnationales aux règles de droit.

Les transnationales et le droit

Nous avons pris note du projet de code de conduite volontaire susceptible d'être proposé aux travaux de la Commission des droits de l'Homme ¹³.

D'abord qui dit code de conduite 'volontaire' se situe d'emblée dans l'univers de l'image, de la publicité, de la légitimité et non directement dans celui de la légalité. L'adoption de ces codes n'a aucun effet juridique contraignant et ne prend son effectivité pour le juriste que s'il s'agit dans un procès en responsabilité, de démontrer que la conduite du défendeur s'est ou non conformée aux standards qui ont cours dans le domaine couvert par le code. Une analogie permettra de comprendre: on adopte dans les hôpitaux des protocoles opératoires à l'aune desquels on mesurera la responsabilité du chirurgien qui s'en est écarté. Le code volontaire sert donc à délimiter les règles de l'art dont le respect minimise la responsabilité. On comprendra donc que l'autorégulation devient ici relativement indécente ¹⁴ puisque sa seule utilité juridique est d'évaluer la conduite de l'auteur de la norme s'il était poursuivi en responsabilité.

Malgré cette limite, nous avons conclu qu'il importait que ces normes volontaires existent puisque si elles pouvaient en certaines circonstances servir d'excuse, elles pouvaient aussi servir d'appui à des recours en responsabilité. Si de plus, elles devenaient obligatoires, les recours nationaux en seraient facilités.

Mais c'est une conclusion unanime de nos délibérations que nous ne devons en aucune circonstance reconnaître quelque personnalité juridique de droit international public que ce soit aux sociétés transnationales ¹⁵. Les sociétés sont des créatures privilégiées de l'État national ¹⁶ qui doivent rester comptables devant les juridictions étatiques de droit privé, qu'elles relèvent selon les systèmes de la compétence de l'État de leur création ou du lieu effectif de leur siège ou de leurs activités. C'est ici que le concept de contrôle peut intervenir pour désigner la juridiction compétente ¹⁷. L'action unilatérale d'un État ne peut rendre les contrats avec ou entre des parties privées, fussent-elles transnationales, dépendants du droit international public ¹⁸.

Adopter une autre règle ne permettrait pas plus de poursuivre les transnationales internationalement, mais risquerait de leur donner accès à des contre-mesures vis-à-vis des États, légitimerait les tactiques de pressions économiques sans ouverture équivalente au rôle des États sur les transnationales. Cela justifierait aussi la participation des transnationales à l'élaboration des normes, et leur conférerait peut-être aussi certaines protections réservées aux droits de l'Homme qui leur sont déjà accordées par certaines législations nationales ¹⁹.

Par ailleurs, les transnationales sont soumises comme les individus au droit pénal international si elles viennent à en violer les règles, malgré que le Statut de Rome se limite aux « personnes physiques ». Les professeurs Queloz et Baigun ont examiné comment et soupesé surtout les possibilités de la double imputation.

Le droit international privé reconnaît la désignation de la législation applicable à un contrat, même s'il s'agira la plupart du temps de la juridiction économiquement dominante qui sera choisie²⁰. Mais cette élection du for ou de la législation applicable ne devrait en aucune circonstance être évoquée pour échapper à des règles de *Jus cogens* ou d'application *erga omnes* en droit international public²¹.

Et surtout, en droit international public, ce sont les États qui devront répondre du non-respect par leurs commettants des obligations internationales²².

Cette règle donne cependant des résultats souvent incompris par l'opinion publique quand il appartient à un État de payer les dommages causés par une transnationale qui relève de sa compétence. L'application systématique de cette règle constituerait peut-être un levier pour inciter les États à exercer une action préventive dont l'actualité nous donne peu d'exemples. Cette règle existe et est appliquée à l'Accord de Libre-Échange Nord américain (ALENA) où l'État est comptable de la non-application ou du non-respect de sa législation du travail ou environnementale par une entité soumise à sa compétence.

Là où cela devient plus contestable c'est lorsque, comme dans le projet de l'AMI (accord multilatéral sur les investissements) négocié à l'OCDE, on envisageait de donner aux transnationales le pouvoir de poursuivre en dommages pour perte d'occasion d'affaires ou de profits, les États qui modifieraient les conditions d'un investissement, par exemple en adoptant de nouvelles règles concernant l'environnement. On a même vu dans les textes de négociations qui ont fait l'objet d'une fuite pendant le Sommet des chefs d'État des Amériques, qu'on pouvait tranquillement considérer devoir compenser les investisseurs étrangers pour les conséquences de l'agitation sociale²³.

Nous avons donc fait consensus, il n'est pas souhaitable de reconnaître les sociétés transnationales comme sujet du droit international public. Mais ce n'est pas parce que ce n'est pas souhaitable que cela ne se fera pas. Notre collègue Tandon a bien démontré que plusieurs États se transforment en agents sinon en « complices » des transnationales, et pour le professeur Rigaux, ces États sont moins impuissants qu'hypocrites quand ils affirment des principes mais n'agissent pas pour les mettre en œuvre.

Comment alors forcer les États à agir? Où rechercher tant la responsabilité des États que celle des transnationales? Ce n'est plus ici une question d'absence de règle de droit, mais plutôt de volonté ou de capacité pratique d'exercer effectivement les recours existants. Que faire lorsqu'un État refuse ou n'ose pas exercer les recours qui seraient pourtant à sa portée²⁴?

Certes il reste un recours devant les juridictions nationales, sachant que ce n'est pas facile. Nous reconnaissons facilement la compétence territoriale ou matérielle et les critères de rattachement sont connus. Ce n'est que lorsque se posent les questions de compétence *ratione personae* que la spécificité des transnationales entre en jeu. Certains systèmes de droit se réfèrent alors au droit du constituant, alors que d'autres se réfèrent au lieu du siège²⁵. Au-delà du problème technique du rattachement, c'est toute la question de savoir s'il est des cas où la nature même des transnationales ou de leurs activités crée un vide juridique où seul un recours ou une juridiction de droit international public pourrait s'avérer utile. Nos travaux n'ont pas conduit à identifier une seule dimension de l'action des transnationales qui ne puisse être traitée au niveau national auquel il appartient de toute façon d'appliquer les règles de droit international.

Cependant, chacun de nous a à l'esprit l'incommensurable injustice qui résulte trop souvent de l'action des transnationales. Pensons à Bhopal, aux déversements pétroliers en mer, mais aussi aux grands travaux qui déplacent des populations entières.

Rappelons ici un seul cas, celui de l'accident de la minière canadienne *Cambior* en Guyana. La rupture d'une digue de rétention des produits de lessivage du minerais empoisonne gravement un fleuve dont dépendaient la vie et la culture d'un peuple autochtone Saramaka. Les poursuites locales s'avéraient aléatoires et d'une efficacité douteuse devant un judiciaire à l'indépendance peu assurée. Les initiateurs de la poursuite au Canada, siège de la multinationale, ont alors fait face à la batterie complète des procédures pour les décourager et surtout les priver financièrement des moyens de continuer leur action²⁶. Le recours national reste notre proposition, mais il est difficile et coûteux. Espérons que la conférence de La Haye de juin prochain sur le droit international privé nous fournira quelques pistes de solution, par exemple l'extension du recours de *Common law en 'estoppel'* qui permet d'opposer à un État ses engagements pris par ailleurs.

En attendant, il faut revoir les causes de l'échec de la Commission de l'ONU sur les transnationales qui dépassent à mon avis la suggestion du séminaire qu'une définition trop étroite en aurait miné la pertinence. Il me semble qu'un mouvement de l'opinion publique internationale conteste les prétentions actuelles du grand capital et la privatisation du droit public. Au-delà du contractualisme, il existe une quête pour une participation démocratique nouvelle qui réintroduit le politique dans les rapports économiques internationaux. C'est là que réside une exigence nouvelle qui forcera l'économie à se mettre à l'écoute sinon au service de la démocratie.

Montréal, 14 mai 2001
Georges A. leBel

Notes

1. Ce sont principalement les États constitutants qui, dans les fédéralismes nord-américains (USA, CANADA et MEXIQUE) confèrent la personnalité juridique; mais une fois cela fait, les entités constituées bénéficient d'une capacité globale, identique à celle des personnes physiques, et leur réglementation nationale repose sur le principe de la réciprocité de traitement entre les différents États de la nation.

2. Le dernier rapport du président El-Hadji Guissé porte la cote E/CN.4/sub.2/2000/12, 28 août 2000.

3. « The major strategic decision of Eleanor Roosevelt as chairman of the committee was to give priority to the formulation of a nonbinding code defining human rights. Binding treaties could follow later, she said. This decision may have been her greatest contribution to the cause. For one thing, she harbored few illusions about her own country. She knew how slowly improvement came, for example, in the race situation in the American South. She recognized that the Senate would be most unlikely to ratify a human rights treaty that was binding. Then, too, she took a dim view of the Communist countries. She recognized that when they said that enforcement of human rights pledges should be left to each government within its own country, they did so to give themselves a dispensation from following the rules. In such places, the Universal Declaration describes an aspiration, not a reality. That may be no bad thing: Roosevelt may have been right in believing that reaching global agreement on the standards mankind would like to achieve is at least a step forward ». *A World Made New Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, by Mary Ann Glendon, Random House, 2001.

4. Je ne peux ici que référer au texte succinct mais très précis et complet sur les transnationales que nous a fourni le Professeur Rigaux et qu'on retrouve au chapitre V de Bedjaoui, Mohammed (ed); *Droit international, Bilan et perspectives*, Tome I, Ed. Pédone, Paris, 1991.

5. « Loin de constituer la loi suprême, les accords commerciaux doivent être subordonnés au respect de toutes les autres conventions internationales concernant les droits sociaux et culturels de la personne, comme celui de l'environnement et de l'OIT » Passet, René, *Le Monde diplomatique*, Fév. 2001.

6. Le contexte mondial impose aux États de s'ouvrir aux flux économiques. Or le droit international public fondé sur la primauté du politique, s'en trouve déplacé par l'exigence d'ouverture économique qui sert aujourd'hui de prétexte à escamoter la volonté politique ou démocratique. Dans ce contexte, l'idée de l'entreprise nationale

même semble dépassée et la définition de la société transnationale devient impossible avec la financiarisation des actifs et l'éparpillement planétaire des actionnaires eux-mêmes parfois mondialisés. Voir à cet effet le texte du Professeur Dimitri Uzunidis.

7. Notre ami Yash Tandon du Zimbabwe nous a mis en garde contre une série de postulats faux: Ce ne sont pas les STN qui sont les véhicules du capitalisme, mais le capital lui-même qui est spéculatif et dématérialisé et dont la volatilité constitue le plus grand danger. Il faut donc aller au-delà des STN pour voir comment les transformations du capital minent les économies du Sud et la capacité d'action des États. L'action ici systématique du FMI et de la Banque mondiale serait beaucoup plus déterminante sur les pays du Sud que celle des transnationales.

8. Serait-il utile alors de rappeler que « Entre le faible et le fort, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime » (Pascal, *Les Pensées*).

9. Les recours des entreprises pharmaceutiques contre l'Afrique du Sud montrent bien que les transnationales préfèrent payer localement dans un marché qui ne représenterait que 1% du volume des ventes, plutôt que de se faire imposer une règle qui les assujettirait aux droits économiques et sociaux.

10. C'est par exemple l'article 317 du Code civil du Québec: {317}. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. ».

11. « Je définirais la mondialisation comme la liberté pour mon groupe d'investir où il veut, quand il veut, pour produire ce qu'il veut, en vendant où il veut et en ayant à supporter le moins de contraintes possible en matière de droit du travail et de conventions sociales. » Percy Barnevik, Président de la société helvético-suédoise *ABB Industrial Group*. Repris dans le *Devoir*, Montréal, 5 mai 2001.

12. Madame Barshesky, US Trade Representative (*NY Times*, nov.6,97) a déclaré à l'occasion du refus par les membres du Congrès d'accorder un pouvoir de négociation spécial au Président (*Fast Track*): «The only question now is who writes the rules. And I say America has never been in a better position to write rules than it is today. Globalisation is US » On pourrait continuer longtemps à se désoler sur les insuffisances du droit à brider complètement la puissance et la force. Mais de quel droit s'agit-il en fait s'il ne consacre que le droit du plus fort?

13. Que la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme nomme les « Principes relatifs au comportement des sociétés en matière de droits de l'Homme ».

14. Outre l'idée de conflit d'intérêt, c'est le relent du système corporatisme qui pointe où les intérêts privés regroupés se voient conférer par l'État la capacité de réglementer leur propre conduite. Il s'agit donc d'une forme de privatisation de la fonction réglementaire qui accepterait de soumettre la défense de l'intérêt général par l'État aux impératifs des intérêts privés.

15. Pour une définition juridique des transnationales voir l'excellent texte déjà cité du professeur Rigaux et qu'on retrouve au chapitre V de Bedjaoui, Mohammed (ed); *Droit international, Bilan et perspectives*, Tome I, Ed. Pédone, Paris, 1991.

16. Le projet d'une société de création européenne ne pose pas ici de problème dans la perspective de développement d'un droit de caractère fédéral au sein de l'Europe unie.

17. C'est ici que le concept de contrôle peut intervenir pour désigner la juridiction compétente.

18. Le professeur Rigaux a évoqué ici la possibilité que par la technique ancienne de la 'protection diplomatique' de ses ressortissants, un État puisse arriver à ce résultat. Mais le recours à ce moyen reste mal vu parce qu'historiquement, il s'est toujours agi d'appliquer des règles occidentales à d'autres par et pour les riches et les puissants.

19. La Cour suprême du Canada, (arrêt Valérie Ford (15 décembre 1988)) a reconnu aux personnes juridiques certaines protections découlant de la Charte constitutionnelle des Droits. Cette théorie est acceptée aux USA depuis qu'en 1819; la Cour suprême dans l'affaire *Dartmouth College* a étendu la protection de l'article 1 para 10 de la Constitution aux contrats des corporations; réservant le pouvoir réglementaire de l'État dans l'arrêt *Charles River Bridge* (1837), on a cependant étendu la protection du quatorzième amendement aux corporations qui selon l'*obiter dictum* du *Chief Justice* Waite (Santa Clara County 1886), « are persons within the meaning of the fourteenth Amendment. ». Ce qui devait amener en 1978 à leur accorder la protection de la liberté de parole au titre du « corporate political speech » (*First National Bank vs Bellotti*).

20. On pourrait s'interroger ici sur le caractère de contrat d'adhésion de certaines des dispositions d'élection de juridiction ou de législation ou de clause arbitrale. Il est à noter par exemple que le Code civil du Québec (art. 1379) définit le contrat d'adhésion comme celui où 'les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions et qu'elles ne pouvaient être librement discutées'. Le contrat d'adhésion s'interprète en faveur de l'adhérent, contre le stipulant (art. 1432). Comme partout, est nulle la clause contraire à l'ordre public.

21. Nonobstant l'interprétation extensive faite de l'avis consultatif de la CIJ du 11 juillet 1949, « Réparation des dommages subis au service des Nations Unies », Rec. 1949, p. 185, qui conférerait un statut juridique « dérivé ». Voir le texte du professeur Bonet.

22. Étant entendu que cet État a préalablement accepté telles obligations et tels recours. C'est une des conséquences de la souveraineté que l'on ne peut poursuivre le souverain que s'il a préalablement accepté de l'être devant l'instance où il le sera.

23. Les projets de textes en négociation pour la création de la Zone de libre-Échange des Amériques (ZLEA, FTAA en anglais, ALCA en espagnol et portugais) qui ont fait l'objet d'une fuite concomitante au Sommet des Amériques de Québec en avril 2001, comportent un projet de paragraphe prévoyant l'indemnisation des investisseurs étrangers pour pertes y compris d'occasion d'affaires et de profit résultant d'évènements comme l'insurrection, le soulèvement, l'émeute, la grève ou autre conflit civil (*civil strife*) et autres évènements de même nature. Bien sûr, telle compensation et possibilité de poursuite et de réclamation est soumise à la condition habituelle du traitement national, mais on a même écarté cet élément dans le cas où l'on pourrait imputer une négligence ou une réaction disproportionnée de l'État qui réagirait à tels évènements ou bouleversements sociaux. On trouve ce texte en anglais sur le site <www.wtowatch.org/library/admin/uploadfiles/FTAA_02_Report_on_Investment-D>.

Le ministre canadien a promis la diffusion de ces textes en français dans un prochain avenir sur le site de son ministère: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/>.

24. Il faut aussi tenir compte du fait que les institutions financières internationales avec leur programme d'ajustement structurel emprisonnent les États dans des conditionnalités qui constituent autant de garanties pour les transnationales; tout écart par rapport aux conditions imposées se traduisant par un étranglement du crédit de l'État récalcitrant; d'autant plus que l'aval de la Banque mondiale conditionne souvent toutes les autres opérations de financement.

25. On peut se demander cependant si ce problème existe vraiment. C'est vrai que les juridictions continentales ont élaboré des critères complexes pour déterminer le lieu réel du siège en fonction du concept de décision ou de contrôle. Mais le droit anglo-saxon a lui aussi élaboré des règles qui permettent de dépasser la fiction de la personnalité juridique distincte et de soulever, comme ils disent, le 'voile corporatif' pour considérer en certaines circonstances la responsabilité du « *holding* ». C'est la théorie de l'« *Entreprise entity* » exposé dans l'arrêt britannique *Smith Stone Ltd vs B*;1939, 4 A.E.R. 116 qui élabore une série de critères pour considérer le *holding* comme *alter ego* de la filiale. Au Canada, l'affaire *Famous Players* (1936) S.C.R.141 avait déjà permis à la Cour suprême d'établir ce lien qu'une décision récente a permis d'étendre à la responsabilité pénale: (Buanderie centrale (1994).3 R.S.C.29. p. 46): une entité corporative ne peut agir que par son âme dirigeante, identifiée ou désignée par le contrôle qu'elle peut exercer sur l'autre.

26. On désigne en anglais du terme *SLAPP* (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*) cette tactique qui consiste à accumuler les recours contre les demandeurs qui épuisent leurs ressources en vaines défenses et finissent souvent par abandonner la partie: poursuite en diffamation contre le groupe écologiste qui dénonce les actions de la multinationale; poursuite au pénal pour avoir recueilli des fonds dans le but de comploter pour commettre un libelle criminel; requête en injonction pour que le tribunal interdise aux demandeurs de continuer de diffuser de l'information; etc...