

La nationalisation partielle de l'amiante au Québec au regard du droit international public

Ghislain Otis

Volume 1, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1101577ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1101577ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Otis, G. (1984). La nationalisation partielle de l'amiante au Québec au regard du droit international public. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 1, 117–162. <https://doi.org/10.7202/1101577ar>

La nationalisation partielle de l'amiante au Québec au regard du droit international public

GHISLAIN OTIS *

Pour la majorité des juristes québécois, la nationalisation¹ partielle de l'industrie de l'amiante au Québec demeurera marquée par un projet d'expropriation de la Société Asbestos qui, tout en ayant donné lieu à une bataille judiciaire, ne s'est jamais traduit par l'exercice de la puissance publique². Comme l'État québécois menaçait de s'approprier les biens d'une société membre d'un groupe multinational, l'internationaliste, quant à lui, a pu y voir un autre épisode du volumineux contentieux international en matière de traitement des biens étrangers. Comme il se doit, nous emprunterons ici la loupe de l'internationaliste.

* Chargé de travaux pratiques à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1. Le mot « nationalisation » est ici employé à titre de terme générique référant à tout transfert à l'État de biens privés, que ce transfert s'opère par voie contractuelle ou par l'exercice de la puissance publique. Au cours de cette étude, nous utiliserons plus fréquemment le terme « expropriation » pour décrire l'acquisition forcée par l'État de biens privés.
2. La loi n'a jamais été effectivement appliquée, puisque les négociations entre le gouvernement du Québec et la General Dynamics Corporation aboutirent, le 9 novembre 1981, à un accord en vertu duquel la Société nationale de l'amiante faisait l'acquisition de gré à gré du contrôle de la Société Asbestos par l'achat de 51% des actions votantes de la General Dynamics of Canada devenue Mines SNA Inc. Voir le *Communiqué de presse*, Société nationale de l'amiante, 12 février 1982.

En 1977, le gouvernement du Québec mettait de l'avant une nouvelle politique de l'amiante visant à assurer une présence québécoise accrue dans ce secteur industriel où l'on considérait que le Québec se trouvait dans une position avantageuse par rapport à la concurrence internationale³. La stratégie de mise en œuvre de cette politique comporterait quatre mesures qui consistaient en 1^o en la création d'une société d'État chargée de la recherche, du développement et de l'exploitation de gisements d'amiante; 2^o la conclusion d'ententes de développement avec les sociétés productrices; 3^o la création d'un bureau de l'amiante et enfin 4^o l'acquisition de gré à gré d'intérêts importants dans les grandes sociétés œuvrant dans le secteur au Québec⁴.

C'est ainsi que l'État a acquis le contrôle des sociétés Bell Amiante Ltée, Atlas Turner Ltd et Turner Building Products Ltd, toutes sociétés membres du groupe britannique Turner Newall⁵. Toutefois l'acquisition de la Société Asbestos s'avéra plus problématique puisque la société mère, la General Dynamics Corporation de St-Louis (Missouri), refusa jusqu'en novembre 1981 les offres gouvernementales d'achat des actions de la General Dynamics of Canada, une société de gestion au nom de laquelle était enregistrée la majorité des actions votantes de la Société Asbestos⁶.

Devant l'impasse dans les négociations avec la General Dynamics Corporation, l'Assemblée nationale adopta, le 22 juin 1979, la *Loi modifiant la Loi constituant la Société nationale de l'amiante*⁷ (ci-après dénommée « la Loi québécoise »). L'article 20 de cette loi confère au gouvernement le pouvoir d'exproprier pour le compte de la S.N.A. une partie ou la totalité des biens de la Société Asbestos ou de ses filiales⁸. Ce sont donc les biens de la Société Asbestos qui sont visés et non les actions de celle-ci détenues par la General Dynamics of Canada ou encore les actions de cette dernière appartenant à la General Dynamics Corporation de St-Louis. Le même jour, la Société Asbestos intentait devant la Cour supérieure des procédures visant à faire déclarer nulle la

3. Voir « La politique québécoise de l'amiante », *Québec-Canada*, vol. 5, n° 8, novembre 1977.

4. *Id.*, p. 1.

5. Voir le *Rapport annuel 1982-83*, Société nationale de l'amiante, p. 1.

6. *Id.*, p. 11.

7. *Loi modifiant la Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, L.Q. 1979, c. 44.
Cette loi venait modifier la *Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, L.Q. 1978, c. 42.

8. *Id.*, art. 20.

loi pour cause d'inconstitutionnalité. Le 26 mai 1980, la Cour supérieure décida que la loi était valide⁹. La Cour d'appel confirma le jugement¹⁰, qui devint final le 16 mars 1981 lorsque la Cour suprême du Canada rejeta la requête de la société pour permission d'appeler¹¹. La licéité de la Loi québécoise en droit interne canadien ayant été constatée, qu'en est-il au regard du droit international public? Quelle est la pertinence de cet ordre juridique? Quel impact pourrait avoir la Loi québécoise sur le droit des gens? Voilà les questions auxquelles nous répondrons au cours de cette étude. Dans la première partie, nous verrons si en adoptant la loi permettant l'expropriation de la Société Asbestos, l'État québécois voyait sa démarche inscrite dans l'ordre juridique international. Pour ce faire, il faudra déterminer si l'atteinte aux biens de la Société Asbestos constituait une situation tombant sous l'empire du droit international relatif à la protection des investissements étrangers et pouvant, dès lors, donner lieu à une réclamation internationale en faveur des intérêts étrangers concernés. On évoque ici la question de la protection internationale des intérêts indirects étrangers dans les sociétés nationales.

De ce rattachement à l'ordre juridique international dépendra ensuite l'examen dans la deuxième partie de la question de savoir si, par l'adoption de sa loi, le Québec a contribué au droit international coutumier en matière d'expropriation d'avoirs étrangers. Par conséquent, nous ne pourrions éluder le problème de l'identification des normes régissant ces expropriations. Nous verrons que ce problème appelle une solution particulière dans le cas de mesures imputables à un État industrialisé à économie de marché comme le Canada.

Il importe de préciser ici que, même si les biens de la Société Asbestos n'ont pas fait l'objet de mesures d'expropriation, l'adoption par l'État québécois d'un texte législatif fait partie de sa démarche juridique dans ce qu'elle a de plus formel quant à son imputabilité à l'État canadien au plan des relations internationales. À ce titre, cet acte législatif, du simple fait de son adoption, est susceptible de s'intégrer à la pratique internationale génératrice de norme coutumière; d'où la pertinence de son analyse par l'internationaliste¹².

9. *Société Asbestos Limitée c. Société nationale de l'amiante et le Procureur général de la province de Québec*, [1980] C.S. 331.

10. *Société Asbestos Limitée c. Société nationale de l'amiante et le Procureur général du Québec*, [1981] C.A. 43.

11. *Asbestos Corp. Ltd. c. Société nationale de l'amiante et autre*, [1981] 1 R.C.S. v. (requêtes).

12. Voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19, où la Cour permanente de Justice internationale

I. — LA LOI QUÉBÉCOISE VISE DES INTÉRÊTS INDIRECTS ÉTRANGERS PROTÉGÉS PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. — La Loi touche des intérêts américains dans une société canadienne

1. — *La Société Asbestos : entité à capital étranger membre d'un groupe multinational*

Pour bien saisir la problématique de cette étude, il convient de décrire la structure corporative à laquelle se rattachait la Société Asbestos avant que la SNA n'en acquière le contrôle par voie consensuelle en 1982. La Société Asbestos fut constituée en 1925 en vertu des lois du Canada et possède une charte fédérale¹³. Au moment de l'adoption de la loi, elle était contrôlée par la General Dynamics of Canada Ltd, une société *holding* pourvue également d'une charte fédérale et constituée en vue de détenir 56% des actions votantes de la Société Asbestos. La General Dynamics of Canada, quant à elle, se trouvait sous le contrôle exclusif de la General Dynamics Corporation Ltd¹⁴. Cette société de St-Louis constitue l'entité mère d'un groupe multinational actif dans les domaines des mines, de la construction navale, de l'aéronautique et de la fabrication d'armements. Elle se classait en 1979 au 158^e rang des sociétés multinationales selon les statistiques fournies par le Centre sur les sociétés transnationales de l'ONU¹⁵.

Il ressort des faits que la Société Asbestos visée par la loi d'expropriation était membre d'un groupe multinational et qu'elle constituait ce qu'il convient d'appeler une société à capital étranger, c'est-à-dire une société dont le capital provient ultimement d'investisseurs étrangers grâce à une structure corporative chevauchant plus d'un système juridique national¹⁶. Or il existe en droit international des

commentait ainsi la valeur de précédent de la législation nationale : « Au regard du droit international les lois nationales sont de simples faits, des manifestations de la volonté de l'État au même titre que les décisions judiciaires. »

13. Voir le *Rapport annuel*, 1980, Société Asbestos Limitée.

14. Voir le *Communiqué de presse*, *supra*, note 2.

15. Voir *Transnational Corporations in World Development : a Reexamination*, E/C 10/38, p. 397.

16. Pour une définition de la société à capital étranger dans le cadre des groupes transnationaux, voir L. KOPELMANAS, « L'application du droit national aux sociétés multinationales », (1976) 150 *R. C. A. D. I.* 295-336.

standards applicables à l'expropriation des avoirs étrangers, qui, s'ils sont méconnus, peuvent constituer le fondement de la responsabilité internationale de l'État auteur des mesures attestatoires à ces biens étrangers. L'application de ces normes requiert par ailleurs l'identification d'une victime ayant la personnalité juridique et à laquelle on pourra imputer une nationalité autre que celle de l'État en cause. Cet élément d'extranéité s'avère nécessaire à l'assujettissement d'une conduite étatique aux règles de droit international dont l'étranger constitue le bénéficiaire. Il faudra donc savoir si, en voulant exproprier la Société Asbestos, société à capital étranger, l'État québécois menaçait de porter atteinte à des avoirs étrangers ou du moins de léser des intérêts étrangers protégés par le droit international. La démarche logique consistera d'abord à rechercher la nationalité de la Société Asbestos.

2. — *La nationalité canadienne de la Société Asbestos*

La question de la nationalité de la Société Asbestos revêt une importance capitale puisque de la réponse que l'on y apportera pourra dépendre la pertinence du droit international à l'égard de la nationalisation de l'amiante au Québec. L'internationalité du problème de l'expropriation des biens de la Société Asbestos ne sera pas contestable si l'on peut reconnaître à celle-ci la nationalité américaine en raison du contrôle ultime exercé par la General Dynamics Corporation. Il s'agira d'une situation non équivoque où l'État cherche à porter atteinte à des biens étrangers en territoire québécois. Par contre, si on conclut à la nationalité canadienne de la Société Asbestos, la pertinence du droit international sera moins évidente vu l'absence apparente d'élément étranger.

Le problème de la détermination de la nationalité des personnes morales a depuis longtemps préoccupé les auteurs qui ont eu à se pencher sur une pratique abondante des États¹⁷. Les tribunaux d'arbitrage ont également dû se prononcer sur les critères d'existence d'un lien

17. Voir sur ce sujet H.B. REIMANN « Nationality and Diplomatic Protection of Companies and their Shareholders », (1970) 4 *J.W.L.T.* 719-725; G.I.F. LEIGH, « Nationality and Diplomatic Protection », (1971) 20 *I.C.L.Q.* 453-475; S. BASTID, « Nationalité des sociétés et la protection diplomatique », (1966-69) *Travaux du Comité français de droit international privé* 247-265; H. KRONSTEIN, « The Nationality of International Enterprises », (1952) 52 *Col. Law Review* 985-1002; G.A. VAN HECKE, « Nationalities of Companies Analysed », (1961) 8 *N.I.L.R.* 223-239; M. TRAVERS, « La nationalité des sociétés commerciales »,

national entre une société commerciale et un État¹⁸. La Cour internationale de justice a étudié la question dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company*¹⁹. Entre autres sujets, la Cour avait à décider de la nationalité de la Barcelona Traction, société constituée selon les lois du Canada et ayant son siège social à Toronto, mais dont les actionnaires majoritaires étaient de nationalité belge²⁰. Dans sa recherche des éléments constitutifs de la nationalité de la société, la Cour note plus d'une fois la nécessité d'établir un lien entre la Barcelona Traction et un État donné²¹. Pour ce faire, elle s'inspire de la pratique dominante qui accorde préséance aux critères du lieu d'incorporation et du siège social, pour ensuite observer que « toutefois, sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale »²².

Pour la Cour, les éléments déterminants permettant de conclure à la nationalité canadienne de la Barcelona Traction furent le lieu d'incorporation et du siège social, auxquels elle ajoute plusieurs autres liens formels avec le Canada pour conclure que : « Ainsi s'est créé un lien étroit et permanent [avec le Canada] que le passage de plus d'un demi

(1930) 33 R.C.A.D.I. 5-111; L.C. CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), pp. 89-148.

18. Voir *Accessory Transit Company*, (États-Unis v. Costa Rica), reproduit dans MOORE, 2 *International Arbitrations* 1562; *Stirling*, (Grande-Bretagne v. Chili), résumé dans G. SCHWARZENBERGER, *International Law* (3^e éd., 1957), pp. 395-396; *F.W. Flack*, (Grande-Bretagne v. Mexique), 5 R.S.A. 61; *Madera Company Ltd*, (États-Unis v. Mexique), résumé dans *Annual Digest* 1931-1932 no. 134; *W.C. Greenstreet*, (États-Unis v. Mexique), 4 R.S.A. 462; *Mexico Plantagen G.m.b.h.*, (Allemagne v. Mexique), reproduit dans *Annual Digest* 1931-1932 n° 135; *I'm Alone*, (Canada v. États-Unis), 3 R.S.A. 1609; *Agency of Canadian Car and Foundry Company, Ltd*, (États-Unis v. Allemagne), 8 R.S.A. 460.
19. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, ci-après dénommée l'affaire *Barcelona Traction*.
20. Dans ce litige opposant la Belgique et l'Espagne, la Belgique avait soumis à la Cour une réclamation à l'encontre d'une mise en faillite de la Barcelona Traction prononcée par un juge espagnol. De façon incidente, la Cour a été amenée à déterminer si la Belgique pouvait exercer la protection diplomatique de la Barcelona Traction. La nécessité d'examiner la nationalité de cette société tient du fait que le protégé doit posséder la nationalité de l'État protecteur.
21. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 42, par. 70.
22. *Ibid.*

siècle a encore renforcé... Les rapports entre la Barcelona Traction et le Canada sont donc multiples »²³.

Il paraît difficile de soutenir, à l'instar de certains auteurs²⁴, que la Cour refuse ainsi l'application aux personnes morales du critère du « lien effectif » (*genuine link*) appliqué dans l'affaire *Nottebohm* aux fins d'établir la nationalité d'une personne physique²⁵. Nous estimons plutôt qu'elle n'a pas exclu totalement la considération du « lien effectif »²⁶, mais qu'elle en a défini les composantes en consacrant la primauté d'effectivités formelles ou légales (effectivités principales), tels le lieu d'incorporation et le siège social, sur les effectivités factuelles ou économiques (effectivités subsidiaires) tels l'origine des capitaux et le lieu du centre d'exploitation de l'entreprise relevant de la société. Ce n'est que dans cette perspective que la Cour rompt avec la démarche adoptée dans l'affaire *Nottebohm* où elle se contenta d'exiger une effectivité quelconque justifiant le lien national²⁷.

Toutefois, les « effectivités subsidiaires » ne seront vraisemblablement mises à contribution que lorsque le lieu d'incorporation et le lieu du siège social ne coïncideront pas, ce qui est rare en pratique.

À la lumière des principes posés dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que l'on peut à bon droit considérer comme exprimant l'état du droit positif, la nationalité canadienne de la Société Asbestos ne fait pas de doute. La société a été constituée selon les lois du Canada ; son siège social était situé en 1979 à Montréal où se trouvaient ses organes administratifs ; c'est à Thetford Mines, au Québec, que se trouvent ses installations principales²⁸. Enfin son conseil d'administration était composé en majorité de citoyens canadiens²⁹. Il y a donc cumul, à l'égard du Canada, des effectivités principales et de certaines effectivités

23. *Id.*, p. 42, par. 71.

24. Voir L.C. CAFLISCH, « Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case », (1971) 31 *Zaor V.* 175 ; H.W. BRIGGS, « Barcelona Traction : The Jus Standi of Belgium », (1971) 65 *A.J.I.L.* 342 ; REIMANN, *loc. cit. supra*, note 17.

25. Voir l'affaire *Nottebohm*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

26. Voir dans le même sens F.A. MANN, « The Protection of Shareholders' Interest in the Light of the Barcelona Traction Case », (1973) 67 *A.J.I.L.* 259-274.

27. Voilà pourquoi la Cour affirme pouvoir établir une analogie limitée avec les règles qui régissent la nationalité des individus. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 42, par. 70.

28. La Société Asbestos possède également des installations en Allemagne.

29. Voir le *Rapport annuel*, 1980, *op. cit. supra*, note 13.

subsidiaries, même si le contrôle ultime de la société provient de l'étranger. On peut en dire autant de la General Dynamics of Canada également constituée au Canada et ayant son siège social à Montréal³⁰ avant qu'elle ne change de raison sociale à la suite de l'acquisition d'une participation majoritaire par l'État québécois, pour devenir « Mines S.N.A. Inc. » (Thetford Mines).

Le fait que la société visée par la Loi québécoise est une société canadienne met en relief le problème de l'application du droit international qui, nous l'avons dit précédemment, ne protège que les biens étrangers contre les expropriations prétendument illicites. Le bénéficiaire des règles de droit international pertinentes étant l'étranger, il nous faudrait retrouver dans la problématique de la nationalisation de l'amiante cet élément d'extranéité. Pareil élément ne semble résider que dans la nationalité américaine de la General Dynamics Corporation de St-Louis³¹ qui détenait en dernier ressort le contrôle de la Société Asbestos. Il faudra donc établir si l'origine étrangère des capitaux constitue un fondement suffisant de rattachement à l'ordre juridique international.

B. — La protection internationale des intérêts américains

1. — *Le problème de rattachement à l'ordre juridique international*

Nous avons vu que seule l'extranéité des capitaux investis dans la Société Asbestos, par le biais de la General Dynamics of Canada, peut justifier l'application du droit international³². Cette extranéité de second degré³³ rend incertain le rattachement au droit international. Dans cette situation, poser le problème de l'application du droit des gens, c'est en fait se demander si cet ordre juridique estime lourde de conséquences

30. Voir le *Rapport annuel 1982-83*, *op. cit. supra*, note 5, p. 9.

31. Si on applique le critère principal du lieu d'incorporation et du siège social, la société General Dynamics Corporation possède indubitablement la nationalité américaine, puisqu'elle fut constituée aux États-Unis et a son siège social à St-Louis (Missouri).

32. La complexité de la vie économique et le polymorphisme des grandes entreprises transnationales actuelles font que les situations où les intérêts économiques étrangers apparaissent couverts par l'écran d'une société nationale sont très fréquentes. On en veut pour preuve le nombre important de « filiales canadiennes » de sociétés étrangères faisant affaire au pays.

33. Voir à ce sujet KOPELMANAS, *loc. cit. supra*, note 16.

l'appropriation par un État des biens d'une société ayant sa nationalité, mais dans laquelle ont investi indirectement les nationaux d'un autre État. Ces « intérêts » indirects étrangers sont-ils *directement* protégés par le droit international ? Dans l'affirmative, la mesure de dépossession prévue par la Loi québécoise tombe sous l'empire du droit des gens et pourrait être génératrice de responsabilité internationale à l'encontre du Canada appelant ainsi la présentation d'une réclamation internationale par l'État dont l'investisseur étranger est le national c'est-à-dire les États-Unis.

S'il entend soumettre une réclamation internationale par voie de protection diplomatique, un État doit en effet être à même d'exciper d'une violation du droit international, que cette violation le frappe directement ou dans la personne de l'un de ses nationaux. L'identification d'une situation tombant sous l'empire de l'ordre juridique international est donc indispensable. C'est dans cette perspective que la Cour, dans l'affaire *Barcelona Traction*, a traité du même problème de rattachement à l'ordre juridique international qui nous préoccupe. Elle devait déterminer si les intérêts indirects des sociétés belges dans la *Barcelona Traction* jouissaient d'une protection directe en droit international de façon à justifier la présence de la Belgique devant la Cour. Voici comment elle expose très succinctement la problématique :

En l'espèce, il est donc capital de rechercher si les pertes qu'auraient subies des actionnaires belges de la *Barcelona Traction* ont eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires. Autrement dit, un droit de la Belgique a-t-il été violé du fait que des droits appartenant à des ressortissants belges, actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge, auraient été enfreints ?

C'est donc l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à la Belgique et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne ce problème de la qualité de la Belgique³⁴.

2. — *La thèse de la non-application du droit international*

Selon cette position toute référence au droit international relatif à la protection des biens étrangers se trouve exclue lorsque l'État expropriant ne s'approprie que les biens appartenant en propre à une société possédant sa nationalité. Dans cette perspective, on ne peut envisager qu'un État puisse causer à son propre national une lésion entraînant la

34. Affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, pp. 32-33, par. 35-36.

violation d'une obligation internationale relative aux étrangers. L'actionnaire étranger ayant investi au premier ou deuxième degré dans cette société ne peut, quant à lui, prétendre à une violation de ses droits. Tout au plus peut-on parler d'une entorse à ses intérêts, lesquels ne sont l'objet d'aucune protection directe par le droit des gens, quelle que soit leur importance économique³⁵. Cette thèse se fonde sur la projection au plan du droit international du principe de droit interne de la personnalité juridique de la société comme entité distincte de ses actionnaires³⁶. Ainsi l'atteinte aux droits de la société ne constitue pas une entorse aux droits des actionnaires en raison de la séparation patrimoniale découlant de l'individualité juridique de la société. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la C.I.J. s'inspirant des systèmes de droit interne reconnaissait l'application en droit international du principe de la personnalité juridique de la société :

C'est sur une stricte distinction entre deux entités séparées, la société et l'actionnaire, chacune dotée d'un ensemble de droits distincts que repose la notion de société anonyme et que se fonde sa structure. La séparation

35. On admet également qu'au-delà de la « fiction » de la personnalité morale de la société dont le patrimoine est frappé par l'acte de dépossession, l'actionnaire assume ultimement toute perte économique pouvant en résulter. Voir notamment les propos de la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 35, par. 44. Cette idée ressort avec force des remarques suivantes faites par le ministère canadien des Affaires extérieures : « (Note that since shares are only evidence of ownership in a corporation, their fate is inextricably tied up with that of the corporation. Consequently, when a corporation is nationalized the shareholder loses the substance in which he had an interest; his share certificates are useful only as documentary proof of his former ownership. This proof facilitates the distribution of compensation but the continued existence of the share certificates does not countervail the actual loss. Thus the effective loss is suffered on the date when the company in which the claimant owned shares was nationalized). » Reproduit dans J.-G. CASTEL, *International Law — Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (3^e éd., 1976), p. 1119.

36. La personnalité juridique de la société a suscité l'intérêt de juristes de plusieurs pays, d'où une pléthore d'ouvrages et d'articles sur le sujet. Voir *inter alia* : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* (1932), t. 1; H. Kelsen, *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit* (1953); M. WOLFE, « On the Nature of Legal Persons », (1938) 54 *L.Q.R.* 494-521; D.H. BONHAM et D.A. SOBERMAN, « The Nature of Corporate Personality », dans J.S. ZIEGEL (dir.), *Études sur le droit canadien des compagnies* (1967), t. 1, pp. 3-32.

des patrimoines de la société et des actionnaires est une manifestation importante de cette distinction³⁷.

Une pratique arbitrale³⁸ et une doctrine abondante³⁹ avaient déjà fait appel à cette référence au droit interne pour définir en droit international la nature juridique distincte de la société. Logiquement, il en résulte qu'une lésion par l'État expropriant des droits de la société ne constitue pas une attaque directe aux droits des actionnaires étrangers qui n'ont alors aucun droit de réclamation internationale par le truchement de l'État dont ils possèdent la nationalité. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la C.I.J. dans l'affaire *Barcelona Traction*⁴⁰. Par contre, l'actionnaire étranger est protégé par le droit international quand l'acte dommageable imputable à l'État vise les droits rattachés à la détention de titres représentatifs du capital social, tels le droit aux dividendes, le droit à la participation aux assemblées annuelles et le droit à une quote-part des actifs liquidés. Il s'agit là de droits dont l'actionnaire est titulaire en propre à l'exclusion de la société ; si cet actionnaire est étranger il est habilité à réclamer la conformité des mesures en cause au droit international applicable⁴¹.

-
37. Affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 34, par. 41. La Cour semble fonder ce renvoi au droit interne sur l'article 38(1)(c) de son Statut, *infra*, note 72, mentionnant « les principes généraux de droits reconnus par les nations civilisées » comme source du droit international : *ibid.* Pour une critique de cette approche, voir C. DE VISSCHER, « La notion de référence (renvoi) au droit interne dans la protection diplomatique des actionnaires de sociétés anonymes », (1971) *R.B.D.I.* 1-6; CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, pp. 171 et ss.
38. Par commodité, nous renvoyons aux très nombreuses décisions commentées par CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, pp. 172-192.
39. *Id.*, pp. 3-10; S. BASTID, R. DAVID *et al.*, *La personnalité morale et ses limites : études de droit comparé et de droit international public* (1960); S. GALLAGHER, « The Private Corporate Entity on the International Plane » (1954-1955) 34 *Neb. Law Review* 47-58; P. DE VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales », (1961) 102 *R.C.A.D.I.* 395-513.
40. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 36, par. 46. La conclusion de la Cour veut que seuls les droits de la société canadienne pouvaient avoir été lésés par la faillite prononcée de façon prétendument illicite par le juge espagnol. Les actionnaires belges n'ayant été affectés que dans leurs intérêts non protégés par le droit international, leur État national n'avait pas qualité pour exercer la protection diplomatique en prenant fait et cause pour eux devant la Cour.
41. *Id.*, p. 36, par. 47; voir CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, p. 154; D. BINDSCHEDLER, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », (1964) 100 *Revue de la Société des juristes bernois* 174; DE HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires* (1965), p. 145; S. PETREN, « La

Il faut cependant retenir que les conclusions de la Cour doivent s'interpréter dans le contexte précis où la société touchée n'a ni la nationalité de l'État auteur des mesures attaquées, ni celle de l'État prétendant exercer la protection diplomatique⁴². La Cour a, en effet, refusé de se prononcer sur l'hypothèse qui nous intéresse, c'est-à-dire le cas où la société expropriée serait de la nationalité de l'expropriant⁴³.

La thèse de la non-application du droit international signifierait donc que l'on doit appliquer la distinction entre les droits de la société et les intérêts de ses actionnaires même au cas où la société est la nationale de l'État qui prétend exproprier ses biens. De la sorte, aucun actionnaire étranger ne verrait ses droits atteints et ne subirait de dommage direct, d'où l'exclusion du droit international. Quant à la société, elle n'a également aucun recours international, d'abord en l'absence d'extranéité nécessaire à l'application du droit international, et ensuite parce que, de toute façon, par l'effet de la substitution propre à la protection diplomatique⁴⁴, l'État expropriant serait à la fois auteur de l'acte illicite et titulaire du droit de protection. Cette démarche semble emporter l'adhésion de certains auteurs⁴⁵, les opinions les plus récentes étant celles de M. Diez de Velasco⁴⁶ et E. Jiménez de Aréchaga⁴⁷. Ce dernier exprime fidèlement la position traditionnelle des pays en voie de développement devant les interventions des États exportateurs de capitaux en faveur de leurs nationaux actionnaires de sociétés étrangères.

confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», (1963) 109 *R.C.A.D.I.* 493-524; BRIGGS, *loc. cit. supra*, note 24, pp. 335-336; M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », (1974) 141 *R.C.A.D.I.* 166.

42. La *Barcelona Traction* n'avait ni la nationalité espagnole, ni la nationalité belge, mais bien la nationalité canadienne, donc celle d'un État tiers au litige.

43. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 48, par. 92.

44. Voir H. THIERRY, S. SUR *et al.*, *Droit international public* (2^e éd., 1979), p. 646.

45. Voir C. ROUSSEAU, « Principes de droit international public », (1958) 93 *R.C.A.D.I.* 533; DE HOICHEPIED, *op. cit. supra*, note 41, p. 183.

46. DIEZ DE VELASCO, *loc. cit. supra*, note 41, à la p. 166 affirme : « Il reste à démontrer qu'un État a une obligation internationale envers un autre État pour la violation de droits de sociétés ayant la nationalité de l'État auteur du prétendu "acte illicite" et que les autres États ont, dans ce cas, le droit d'exercer la protection diplomatique des actionnaires qui seraient leurs nationaux et qui auraient subi un préjudice dans leurs intérêts par ricochet des mesures adoptées envers la société. Si l'on pose une prémisse qui n'est pas démontrée, on ne peut prétendre faire admettre la conclusion comme certaine. »

47. Voir E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « Diplomatic Protection of Shareholders in International Law », (1965) 4 *Philippine I.L.J.* 93-94.

Une jurisprudence arbitrale assez ancienne a refusé d'appliquer le droit international en faveur d'actionnaires étrangers de sociétés nationales⁴⁸.

En définitive, comme la Loi québécoise ne vise que les biens de la Société Asbestos, une société canadienne, et non les actions de la General Dynamics of Canada, ni la Société Asbestos, ni la General Dynamics of Canada, ni la General Dynamics Corporation, ne bénéficierait d'une situation internationalement protégée par rapport à cette législation. Si l'on souscrivait à la non-internationalité du problème, seuls les tribunaux canadiens auraient compétence et seul le droit interne canadien y trouverait application. Il ne nous semble pas possible d'adopter cette thèse pour les raisons qui suivent.

3. — *La coutume spéciale reconnaissant l'application du droit international*

En admettant la non-internationalité des retombées juridiques d'une atteinte aux intérêts étrangers indirects, on conclut à l'absence de protection juridique d'ordre supranational en faveur de l'investisseur étranger qui recourt, par choix ou par obligation légale⁴⁹, à la forme corporative relevant de l'ordre juridique de l'État d'accueil. Du point de vue de l'État expropriant, cette position procure une immunité devant la responsabilité internationale qu'il aurait pu encourir à l'endroit d'une société étrangère. La situation est, en effet, différente du cas où la société ne relevant pas de l'État expropriant dispose d'un recours international par le biais de la protection diplomatique exercée par son État national⁵⁰.

48. Voir *Chemin de fer de la Baie de Delagoa*, (Grande-Bretagne/États-Unis v. Portugal), reproduit dans MOORE, *5 International Arbitrations* 4984; *Alsop & Co.*, (Chili v. États-Unis), résumé dans SCHWARZENBERGER, *op. cit. supra*, note 18, p. 403; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, (États-Unis / Reparation Commission), 2 R.S.A. 777.

49. On a connu des exemples de législations nationales d'États hôtes subordonnant les activités d'intérêts étrangers sur leur territoire à une incorporation selon la loi territoriale. Voir CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, p. 213; P. DE VISSCHER, *loc. cit. supra*, note 39, à la p. 472. Le P^r Reuter assimile l'effet de pareilles législations à la pratique très controversée de la clause Calvo : P. REUTER, *Droit international public* (4^e éd., 1973), p. 198. Pour un exemple contemporain de ce type de législation. Voir R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », (1982) 176 *R.C.A.D.I.* 313-314.

50. La société étant dans ce cas, étrangère par rapport à l'État expropriant, il y a application claire du droit international relatif aux étrangers.

Mais qu'en est-il, au regard du droit international positif, de cette théorie de l'exclusion de tout droit de réclamation en faveur de l'actionnaire étranger détenteur d'intérêts indirects dans une société nationale expropriée⁵¹ ? La C.I.J. dans l'affaire *Barcelona Traction* n'est pas allée jusqu'à l'exclusion de tout droit en faveur de cet actionnaire, puisqu'elle a spécifiquement éludé l'étude de la question⁵². Elle n'en a pas moins admis que le droit international connaît la séparation patrimoniale entre la société et ses actionnaires, de sorte qu'une lésion des droits de la société ne peut constituer une contravention aux droits des actionnaires étrangers⁵³. La décision de la Cour peut donc servir d'autorité pour nier à l'investisseur étranger la reconnaissance d'un droit à faire valoir contre l'État national de la société dans laquelle il a investi, mais seulement dans la mesure où l'on considère la personnalité juridique de la société comme étant *immuable*, sans égard à la nationalité de celle-ci. C'est dire que l'existence en faveur de l'actionnaire étranger d'un quelconque droit protégé par le droit international passera par la rupture de la séparation patrimoniale à laquelle la Cour n'a reconnu que quelques dérogations conventionnelles *sui generis* dans certains domaines, dont celui des nationalisations⁵⁴. Il faudra un rapprochement, sinon une confusion, entre la situation juridique de la société et celle de ses actionnaires étrangers, de sorte que les droits de celle-ci deviennent imputables en propre à ces derniers, et que soit rétablie ainsi l'extranéité préalable à l'application du droit international. Il importe, par conséquent, de vérifier la possibilité, en droit international, de mettre à l'écart l'individualité juridique de la société au bénéfice de ses actionnaires étrangers, dans le cas où celle-ci possède la nationalité de l'État expropriant.

Une doctrine éminente serait favorable à l'existence d'une règle coutumière dérogeant au principe de la personnalité juridique de la société à capital étranger, lorsque celle-ci ne possède elle-même aucun recours international, c'est-à-dire lorsqu'elle est nationale de l'État auteur des mesures prétendument illicites⁵⁵. Plusieurs juges se sont

51. Nous utilisons l'expression « société nationale » pour décrire la situation d'une société ayant la nationalité de l'État expropriant.

52. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 48, par. 92.

53. *Id.*, p. 36, par. 46.

54. *Id.*, p. 40, par. 61. Rappelons que la Cour avait à se pencher sur le cas d'une société ne relevant pas de l'État en cause, c'est-à-dire l'Espagne.

55. Les auteurs suivants posent comme seule condition que la société soit nationale de l'État en cause : voir S. BASTID et F. LUCHAIRE, « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », dans BASTID,

également prononcés dans ce sens dans l'affaire *Barcelona Traction*⁵⁶. Dans un but équitable, le droit international tendrait à conjurer la « captivité juridique » de l'investissement étranger par rapport à l'ordre interne de l'État d'accueil. Qu'en est-il au juste ?

La pratique conventionnelle et diplomatique des États exportateurs de capitaux cherche généralement à assurer à l'actionnaire étranger un droit direct au respect du droit international en cas d'expropriation des biens d'une société nationale.

À la faveur de l'après-guerre, les pays exportateurs de capitaux se sont faits les instigateurs d'une multitude de traités bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection des investissements étrangers⁵⁷. Depuis une quinzaine d'années, ces accords se multiplient et confèrent généralement un droit direct en faveur de l'actionnaire ressortissant d'une Partie

DAVID *et al.* (dir.), *op. cit. supra*, note 39, p. 166; J.M. JONES, « Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », (1949) 26 *B.Y.I.L.* 232; BINDSCHEDLER, *loc. cit. supra*, note 41, p. 173; S. FRIEDMAN, *Expropriation in International Law* (1953), pp. 172-175; P. REUTER, *Droit international public* (2^e éd., 1963), p. 154; G. WHITE, *Nationalization of Foreign Property* (1961), pp. 67 et ss.; CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, p. 210 et ss. D'autres auteurs exigent de plus que les investisseurs étrangers contrôlent ou détiennent un intérêt important dans la société nationale : voir DE HOICHEPIED, *op. cit. supra*, note 41, p. 188; D.C. KISS, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », dans BASTID, DAVID *et al.* (dir.), *op. cit. supra*, note 39, p. 209; C. ROUSSEAU, « Principes de droit international public », (1958) 93 *R.C.A.D.I.* 533; C. DE VISSCHER, « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'État sous la législation duquel la société s'est constituée », (1936) 17 *R.D.I.L.C.* 624. Enfin, on exige parfois que la société nationale soit en voie de liquidation, en faillite ou « pratiquement défunte » (*practically defunct*) : voir D. O'CONNELL, *International Law* (1965), t. II, p. 1130.

56. Voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 51 (juge Koo); l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, pp. 65 et ss. (Juges Fitzmaurice, Jessup, Gros et Riphagen).

57. Des études détaillées existent relativement aux accords conclus par différents pays. Pour la pratique française, voir P. JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », (1979) 2 *J.D.I.* 274-325; pour la pratique américaine, M. PIPER, « New Directions in the Protection of American-Owned Property Abroad », (1979) 4 *Int'l Trade L.J.* 345; pour la pratique allemande, F.H. HARTMAN, *Nationalisierung und Enteignung im Völkerrecht* (1977). Certaines études générales traitent également des pratiques suisse et britannique : *Bilateral Treaties for International Investment*, International Chamber of Commerce, 1980; C. IMPERIALI, « Les bénéfices excessif : une pratique limitée et controversée », (1978) *A.F.D.I.* 679-710.

en cas d'expropriation par l'autre Partie des biens d'une société constituée en vertu de ses lois, donc ayant sa nationalité⁵⁸. L'effet de ces clauses est de faire abstraction de l'existence juridique autonome de la société

58. Les techniques rédactionnelles auxquelles recourent les parties s'avèrent fort variées. Certains États, comme le Royaume-Uni et les États-Unis, utilisent un langage explicite. Nous reproduisons ces clauses à titre d'exemple. 1° « Art. IV (2): Property of nationals and companies of either Party, *including direct and indirect interests in property*, shall receive all possible protection and security within the territories of the other party. Such property shall not be taken except for a public purpose, nor shall it be taken without the prompt payment of just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent of the property taken; and adequate provision to the time of taking for the determination and payment thereof » (USA/Oman (1960) 11 *U.S.T.* 1835) (les italiques sont de nous). 2° « Art. 5 (1): Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of the expropriating Party and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or impending expropriation became public knowledge, shall include interest at such rate as may be prescribed by law until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. Provision shall be made by law giving a national or company concerned a right to speedy review of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph by a judicial or other independent authority of the Contracting Party making the expropriation. (2) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its own territory, and in which nationals or companies of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee prompt, adequate and effective compensation in respect of their investment to such nationals or companies of the other Contracting Party who are owners of those shares » (*Singapore — United Kingdom — Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, (1976) 15 *I.L.M.* 592-593). On trouve une technique différente dans la pratique française. Celle-ci consiste d'abord à définir le mot « investissement » de façon à inclure les intérêts indirects étrangers dans les sociétés nationales et ensuite à soumettre toute atteinte à ces « investissements » aux règles classiques du droit relatif aux nationalisations d'avoirs étrangers. Voici comment on y définit généralement le mot investissement: « Les actions ou autres formes de participation, même minoritaires et indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une ou l'autre des parties contractantes ».

propriétaire des biens expropriés, qui occulte la nationalité étrangère des intérêts en cause⁵⁹. Les formules utilisées sont certes variables et les mécanismes multiples, mais l'affirmation du principe sous-jacent, faisant du détenteur étranger d'intérêts indirects le bénéficiaire du droit international relatif aux investissements privés étrangers, paraît uniforme et constante. On peut dire que la majorité de ces traités protège les intérêts étrangers de second degré lorsque l'extranéité se manifeste par société interposée, c'est-à-dire lorsque l'étranger possède des intérêts dans une société nationale par le biais d'une seconde société nationale que nous appellerons une « société-écran »⁶⁰. Ainsi, on retrouve dans la définition des investissements couverts par les traités l'idée que toute forme d'intérêts attribuables aux ressortissants des hautes parties contractantes sera protégée⁶¹. La portée de ces termes est suffisamment large pour couvrir les intérêts de second degré. Ces acceptions extensives jettent une lumière utile sur l'interprétation qu'il faut faire des clauses de protection d'intérêts directs ou indirects en cas d'expropriation⁶².

Un ensemble de conventions bilatérales incorporant une règle donnée peut constituer l'élément matériel d'une règle coutumière, s'il

Voir JUILLARD, *loc. cit. supra*, note 57, p. 317. Pour un exemple de la technique canadienne, voir l'entente Canada-Barbade où on accorde à l'« investisseur » étranger le droit à une indemnité conforme au droit international en cas de nationalisation. Cette définition du bénéficiaire de la protection du droit international est suffisamment étendue pour embrasser tout intérêt indirect de premier ou second degré. Voir *Échange de notes entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Barbade constituant un accord relatif aux investissements canadiens en Barbade et aux garanties de ces investissements de la part du gouvernement canadien par l'intermédiaire de son mandataire, la Société pour l'Expansion des Exportations*, [1970] *R.T. Can.* n° 29.

59. On stipule en définitive que l'État hôte ne peut faire indirectement en expropriant les biens d'une société nationale ce qu'il ne pourrait pas faire directement en s'appropriant les actions elles-mêmes : c'est-à-dire dépouiller l'investisseur étranger en contravention du droit international.

60. C'est la position de General Dynamics Corporation (de St-Louis) par rapport à la Société Asbestos.

61. Voir *supra*, note 58.

62. Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire des termes utilisés dans leur contexte et à la lumière du but et de l'objet du traité. Voir l'article 31(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* reproduite dans M. LEBEL, F. RIGALDIES *et al.*, *Droit international public, notes et documents* (2^e éd., 1978), t. 1, p. 104. Comme le but clairement exprimé de ces accords est de stimuler et protéger efficacement les investissements, les États exportateurs de capitaux y verront un outil de sauvegarde des intérêts de second degré.

appert qu'il existe une *opinio juris* en marge du cadre conventionnel⁶³. Nous estimons, toutefois, que les conventions étudiées ne servent qu'à illustrer la pratique des États exportateurs de capitaux, puisque les pays en voie de développement qui sont parties à ces ententes, le sont, nous le verrons, sans nécessairement avoir la conscience qu'ils expriment de cette façon ce qui représente l'état du droit coutumier. D'autre part, l'inclusion d'une règle dans un instrument conventionnel peut constituer un comportement représentant la pratique de l'État instigateur de cette inclusion, si ce comportement correspond à son *opinio juris* en dehors du traité. Or on peut penser que les États industrialisés, exportateurs de capitaux et foyers des groupes multinationaux caractérisés par de complexes réseaux d'intérêts indirects, estiment que ces intérêts doivent jouir d'une protection en droit international. Leur conviction à cet égard ressort de l'article 9(c) du projet de convention de l'O.C.D.E. sur la protection des biens étrangers, qui reconnaît à l'actionnaire étranger une protection directe dans le cas où la société dont les biens sont expropriés relève de l'État expropriant⁶⁴, de sorte qu'un simple intérêt devient à toute fin pratique un droit. Cette *opinio juris* ressort également de leur pratique diplomatique, car ils interviennent en faveur de leurs nationaux détenant des intérêts indirects, même de second degré, dans des sociétés étrangères expropriées par leur État national⁶⁵. La pratique et la position canadiennes à cet égard doivent être particulièrement soulignées⁶⁶. Cette attitude des États industrialisés apparaît comme le

63. Voir l'affaire *Nottebohm*, *supra*, note 25.

64. Même si cette convention n'a jamais été signée, elle représente néanmoins un texte de nature juridique émanant des États les plus préoccupés de la protection des intérêts privés à l'étranger. On pourrait, par conséquent, y voir la cristallisation de ce que les États membres considèrent comme étant de droit. C'est ce qui ressort de la résolution accompagnant le projet et qui semble y référer comme à la formulation de principes de droit positif. Voir *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the O.E.C.D. on the Draft Convention*, (1968) 7 *I.L.M.* 117 et ss.

65. Pour un exposé fouillé des interventions devant les tribunaux internationaux, voir CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, pp. 172-204. Notons que dans l'affaire *Barcelona Traction*, l'Espagne et la Belgique ont admis la protection des intérêts étrangers dans les sociétés nationales.

66. Dans un énoncé de politique émanant du Secrétariat d'État aux Affaires extérieures publié en 1967, on affirmait : « Where a Canadian national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a foreign company and where the State under the laws of which that company was incorporated and of which it is therefore a national, injures the company, the Canadian Government may intervene to protect the interests of the Canadian national. Thus the Canadian Government

corollaire inéluctable de leur vision d'une économie mondiale fondée sur l'interdépendance des États ainsi que sur la liberté et la sécurité des investissements privés outre-frontière⁶⁷.

Nous avons vu que par ailleurs, que les États en voie de développement se sont traditionnellement opposés aux interventions diplomatiques des États exportateurs de capitaux en invoquant les principes précédemment énoncés à l'appui de la thèse de la non-application du droit international. Aujourd'hui, ces États, recevant massivement des capitaux étrangers, s'y opposent toujours et invoquent des motifs additionnels. Ils voient dans la souveraineté économique de l'État la pierre angulaire des relations économiques internationales. Loin d'être un principe devant être consacré par le droit coutumier, la protection des investissements étrangers doit être conciliable avec les aspirations de l'État détenteur de la souveraineté économique et unique maître d'œuvre de la politique économique nationale⁶⁸. Dès lors, il n'est guère étonnant que les pays en voie de développement contestent la pertinence même du droit international dans l'établissement de modalités d'exercice du droit souverain de nationaliser les avoirs privés étrangers⁶⁹. *A fortiori* récusent-ils le principe de la sauvegarde en

generally does espouse claims of Canadian citizens who are shareholders in nationalized foreign corporations. *At law, there would appear to be no difference between this and other types of claims, and claims arising out of such shareholdings can be included in lump sum settlements* (les italiques sont de nous). Reproduit dans CASTEL, *op. cit. supra*, note 35.

67. Voir G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », (1962) *A.F.D.I.* 522.

68. Ces principes sont rigoureusement et solennellement énoncés dans les résolutions 3281 et 3201 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voir *Charte des droits et devoirs économiques des États*, A.G. Rés. 3281, Doc. off. A.G., 29^e session, supp. n° 31, p. 53, Doc. N.U. A/9631 (1976); *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, A.G. Rés. 3201, Doc. off. A.G., 6^e session extraordinaire, supp. n° 3, pp. 3-5, Doc. N.U. A/S - 11/3 (1974). Pour un exposé doctrinal de la position des pays en voie de développement, voir F.V. GARCÍA-AMADOR, « The Proposed New International Economic Order: A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation », (1980) 12 *University of Miami Journal of International Law* 1.

69. Dans le célèbre arbitrage entre Texaco et la Libye, R.-J. Dupuy souligne clairement cette volonté d'évacuer l'ordre juridique international. Voir *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, reproduit dans (1977) 104 *J.D.I.* pp. 374-375, par. 79-32 et ci-après dénommé la sentence *Texaco Calasiatic*.

droit international des intérêts étrangers de second degré dans les sociétés nationales membres de groupes transnationaux. On doit donc constater l'absence d'un consensus au sein de la communauté internationale sur cette question qui catalyse en réalité « un intense conflit de systèmes et de valeurs », comme l'affirmait la C.I.J.⁷⁰. Il en est ainsi en dépit d'une vaste offensive occidentale de récupération conventionnelle du droit classique favorable aux investissements par le biais des accords bilatéraux protégeant les intérêts indirects. Il appert que les pays en développement n'y souscrivent que par sujétion à des impératifs économiques, et non parce qu'ils y voient un mode d'expression de ce qu'ils considèrent comme devant être de droit général. En fait, depuis le début du siècle, ils se sont opposés aux interventions diplomatiques des États exportateurs de capitaux en faveur de leurs nationaux actionnaires de société étrangères.

Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*⁷¹, la C.I.J. a rappelé que le constat d'une norme coutumière générale est subordonné à la démonstration d'une pratique étatique généralisée dans le sens de la règle invoquée et d'une *opinio juris* de la communauté internationale dans son ensemble⁷². Même si la Cour semble rompre avec une certaine conception outrancièrement volontariste de la coutume⁷³, elle dégage néanmoins l'idée d'un « volontarisme représentatif », c'est-à-dire tributaire des États particulièrement intéressés⁷⁴. Or la protection des intérêts étrangers indirects dans les sociétés nationales

70. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 47, par. 89.

71. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3.

72. *Id.*, pp. 42-43, par. 73-74. Voir également l'article 38(1)b) du Statut de la Cour internationale de Justice, reproduit dans P. REUTER et A. GROS, *Traité et Documents diplomatiques* (4^e éd., 1976), p. 60; *Droit d'asile*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 266.

73. C'est du moins l'opinion de K. MAREK, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », (1970) 1 *R.B.D.I.* 53. F. Rigaldies estime que cette décision introduit la notion de « processus majoritaire » de formation de la coutume. Il n'est pas possible de dire si l'auteur y voit un critère strictement numérique : voir F. RIGALDIES, « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international », (1980-81) 15 *R.J.T.* 434-435.

74. Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra*, note 71. L'arbitre R.-J. Dupuy a d'ailleurs repris l'idée en faisant dépendre l'existence d'une coutume de l'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'États appartenant aux différents groupes représentatifs. Voir *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, *supra*, note 69, pp. 378-379, par. 87.

expropriées ne bénéficie pas de l'adhésion des États intéressés, puisque les principaux pays d'accueil des investissements étrangers s'y opposent⁷⁵. C'est pourquoi il ne nous paraît pas possible de souscrire à l'opinion de messieurs L. Caflisch et autres voulant que l'existence d'une coutume générale doit être constatée. La position de ces auteurs fut exprimée avant le mouvement réformiste des pays en voie de développement et il n'est pas du tout certain qu'elle serait encore défendue aujourd'hui.

Cela étant, il ne faudrait pas pour autant priver la pratique des pays industrialisés de toute signification *de jure*. S'il est impossible de parler d'une coutume proprement universelle, on peut sans doute y reconnaître une coutume d'application spéciale aux pays exportateurs de capitaux dans leurs relations mutuelles et qui protège les intérêts indirects, même de second degré.

L'existence d'une norme coutumière liant spécialement un groupe d'États est admise par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁷⁶ et par la doctrine⁷⁷, même si l'article 38 du Statut de la Cour n'en prévoit pas expressément la possibilité. Si la base de formation de la coutume spéciale est généralement géographique et régionale, rien n'empêche que pareille norme ne lie un certain groupe d'États à partir de donnée géopolitiques ou politico-économiques. Ainsi, l'arbitre P. Reuter reconnaît clairement que des règles différentes trouveront application en matière d'indemnisation pour cause d'expropriation, selon que les parties en causes sont ou non des États favorables aux investissements⁷⁸. Pour qu'il y ait émergence d'une coutume spéciale, il suffira qu'un groupe d'États participe effectivement, de façon uniforme et constante, à l'application d'une règle avec la conscience qu'il s'agit d'un comportement dicté par une obligation internationale⁷⁹. Si on applique ces critères à

75. Bien que dénuées formellement de force obligatoire, les résolutions précitées, exprimant les positions des pays en voie de développement, ont une influence certaine sur le contenu du droit coutumier. En effet, nous pensons qu'elles reflètent l'*opinion juris* des pays en voie de développement et viennent ainsi rompre l'« universalité » du droit classique favorable aux pays développés en matière d'investissements.

76. Voir *Droit d'asile*, *supra*, note 72; *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 176; *Droit de passage sur territoire indien*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 6.

77. Voir notamment THIERRY, *SUR et al. op. cit. supra*, note 44, p. 119.

78. Voir *American Independent Oil Co. v. Kuwait*, (1982) 21 *L.L.M.*, 1033, ci-après dénommée la sentence *Aminoil*.

79. Voir *Droit d'asile*, *supra*, note 72, pp. 276-277.

la pratique des États exportateurs de capitaux, dont le Canada et les États-Unis font partie, on peut prétendre qu'ils sont liés par une coutume qui les contraint à reconnaître l'application du droit international relatif aux nationalisations en faveur des actionnaires étrangers de leurs sociétés nationales, qui, elles, ne peuvent en bénéficier du fait de leur nationalité indigène. Ainsi l'investisseur étranger devient le point de rattachement exclusif des règles de droit, de sorte que l'on ne parle plus de simples intérêts mais bien de droits qui passent de la société à l'actionnaire.

Du point de vue théorique, nous estimons, à l'instar de certains auteurs⁸⁰, que le fondement de cette règle réside dans une adaptation au niveau de l'ordre international du procédé de droit interne appelé le « lever du voile corporatif » (*lifting of the corporate veil*)⁸¹, qui consiste à faire abstraction de la réalité corporative pour imputer aux actionnaires les obligations ou les droits constituant normalement l'apanage exclusif de l'organe social⁸². Pareille opération permet la substitution des actionnaires, jusqu'à concurrence de leur intérêt dans la société, dans les droits de celle-ci.

À la lumière de la pratique, cette substitution s'opère de plein droit, la société n'ayant pas à être en voie de liquidation ou dépouillée de ses pouvoirs essentiels par l'État expropriant⁸³. Elle est de plus « spéciale »,

80. Voir BINDSCHEDLER, *loc. cit. supra*, note 41, p. 175; CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, pp. 213-214.

81. Cette expression représente un calque de l'anglais, ce qui, pour certains, est en fait un emprunt de mauvais aloi. Nous estimons plus juste de parler du « lever du voile social ».

82. On se démarque ici du droit interne puisque celle-ci permet généralement d'écarter le masque corporatif pour le rabattre ensuite afin d'attribuer à la société les qualités ou les agissements de ses membres. Le résultat est donc l'inverse de ce que connaît le droit international où le point d'imputation définitif après le lever du voile est l'actionnaire et non la société. Sur cet aspect du droit interne, voir H.-J. BAUSCHKE « Lifting the Veil in German and French Law », (1976) *J. Bus. L.* 294-296; E.J. COHN et C. SIMITIS, « Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent », (1963) *12 I.C.L.Q.* 189-225; F. IACOBUCCI et D.L. JOHNSTON, « The Private and Closely-held Corporation », dans ZIEGEL, *op. cit. supra*, note 36, t. 2, pp. 68-137.

83. Le moment précis où s'opère cette substitution revêt une importance particulière par rapport à la règle d'épuisement des recours internes dans le domaine de la protection diplomatique. Si on admet que le lever du voile social est concomitant à l'acte d'expropriation, on attribue immédiatement les droits de la société aux actionnaires étrangers. Or comme le principe de la personnalité morale de la société subsistera généralement dans l'ordre interne, l'actionnaire

car elle ne joue qu'en faveur des actionnaires ne possédant pas la nationalité de l'État expropriant, et « parfaite » dans le sens que l'investisseur ne se voit conférer ni plus ni moins de protection que n'en aurait la société si elle pouvait elle-même se prévaloir du droit international⁸⁴. Enfin, la disparition du patrimoine distinct de la société entraîne la fin de la séparation des dettes qui pourront, dès lors, être prises en compte lors du calcul de l'indemnité due aux actionnaires, afin de respecter les droits prioritaires des créanciers de la société.

Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la C.I.J. a reconnu la possibilité en droit international d'écarter le voile social en faveur des actionnaires étrangers dans le domaine précis des nationalisations. La Cour a cependant qualifié cette pratique de *lex specialis* dépendant de stipulations conventionnelles ou de circonstances exceptionnelles⁸⁵. La circonspection de la Cour semble parfaitement justifiée dans le cas où la société expropriée ne relève ni de l'État demandeur ni de l'État expropriant. L'attitude de la Cour semble, par ailleurs, corroborée par la doctrine qui constate une pratique limitée et erratique quant à l'octroi d'un droit litigieux aux actionnaires d'une société de nationalité d'un État tiers⁸⁶. De façon générale, on estime que la société, titulaire de

étranger n'aura pas qualité devant les tribunaux nationaux pour obtenir une indemnité ou réparation du préjudice subi. On pourra alors faire valoir que la règle d'épuisement des recours s'y trouve écartée du fait de l'impossibilité d'avoir accès aux tribunaux de l'État expropriant. Si, par contre, on conclut que le lever du voile social n'est effectif que lorsque la société est neutralisée (dans le sens qu'elle se voit dans une situation de droit qui compromet définitivement toute action sociale au profit des actionnaires en vue d'obtenir réparation pour l'expropriation), alors on pourra dire que le lever du voile social ne se fera qu'au moment où la société aura épuisé tous les recours internes, puisque ce ne sera qu'à ce moment qu'elle deviendra réellement impuissante au plan des recours. La pratique est ambiguë à cet égard et il reste à voir comment les tribunaux internationaux l'interpréteront. Nous estimons qu'une interprétation respectueuse de la règle de l'épuisement des recours devrait prévaloir, car on ne saurait déroger allègrement à cette règle puisant son existence dans le respect de l'égalité souveraine des États. Voir JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit. supra*, note 47, p. 77.

84. Si, par exemple, la société a déjà touché une indemnité en vertu de la législation nationale, l'actionnaire étranger insatisfait n'obtiendrait en droit international que la différence entre l'indemnité exigible et le montant déjà perçu par la société.

85. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, pp. 39 et 47, par. 59 et 90.

86. Voir CAFLISCH, *op. cit. supra*, note 17, pp. 218-236. Même si on concédait que, lorsque la Cour affirme que la protection des actionnaires étrangers doit être prévue dans un traité, elle vise également le cas où la société possède la

principe du droit lorsque seuls ses biens sont touchés, peut alors bénéficier de la protection du droit international par le truchement de son État national. Dans cette hypothèse, on ne retrouve pas le déterminisme équitable qui sous-tend la pratique favorable au lever du voile social dans le cas d'investissements rendus captifs en raison du lien de nationalité existant entre la société et l'État expropriant. Il n'y a donc aucun motif pour opérer une confusion de la réalité juridique et de la réalité économique. Au surplus, il faut garder à l'esprit qu'en faisant abstraction de la réalité corporative, l'actionnaire étranger se trouve substitué à la société dont la personnalité juridique est alors mise en veilleuse, ce qui l'empêche d'être l'objet de protection au regard du droit des gens (et non nécessairement en droit interne). En corollaire, l'État tiers national de la société ainsi « disparue » se voit dépouillé du droit d'exercer la protection diplomatique de celle-ci, alors qu'en principe il devrait posséder la qualité exclusive pour porter l'affaire devant les instances internationales. Il s'agirait là d'une entorse inutile aux règles de la protection diplomatique, et trop sérieuse pour que les États y souscrivent.

Dans le cas de la Société Asbestos, la disparition du voile social ne ferait que révéler l'existence d'une autre société canadienne, la General Dynamics of Canada, actionnaire majoritaire de la Société Asbestos. Le rattachement au droit international ne serait donc pas encore réalisé même si l'on attribuait à la General Dynamics of Canada les droits de la Société Asbestos devant l'expropriation. Toutefois, on peut écarter le voile social une seconde fois en raison de la règle qui protège les intérêts de second degré.

En définitive, il est possible de conclure que par la technique du « lever du voile social » reconnu par le droit coutumier applicable aux États occidentaux et industrialisés, on peut conférer à la General Dynamics Corporation, actionnaire américain, les droits appartenant normalement à ses sociétés canadiennes suite à une expropriation des avoirs de la Société Asbestos par l'État québécois. Cette société étrangère subit alors le préjudice et se trouve à devenir le bénéficiaire

nationalité de l'État défendeur, il faudra tenir compte de l'évolution qu'a connue le droit coutumier depuis 1969. Or cette évolution est favorable à l'apparition d'une règle protégeant les intérêts indirects étrangers dans les sociétés nationales. La Cour a bien pris soin de préciser qu'elle se prononçait selon « l'état présent du droit ». Voir l'affaire *Barcelona Traction, supra*, note 19, p. 47, par. 90.

direct de l'application du droit international en matière de nationalisation de biens étrangers. On se situe d'emblée sous l'empire du droit des gens. Les dispositions de la Loi québécoise, de par leur portée même, sans égard à leur mise en œuvre effective, atteignent donc les strates du droit international du fait qu'elles habilent formellement l'État à s'en prendre à des intérêts indirects étrangers protégés par le droit international coutumier. La simple adoption de cette loi, nous le verrons, est d'une incidence certaine dans l'ordre juridique international à titre de législation nationale s'intégrant à la pratique étatique formatrice de coutume.

Il importe maintenant d'examiner si la Loi québécoise respecte le droit international substantif, ou si elle s'en démarque. Nous serons alors à même de jauger l'apport du Québec au droit international relatif à l'expropriation d'intérêts étrangers.

II. — L'ŒUVRE QUÉBÉCOISE DE CONSOLIDATION DU DROIT CLASSIQUE DES EXPROPRIATIONS

A. — L'application du droit classique aux pays industrialisés

1. — *La remise en cause du droit coutumier classique*

Pour plusieurs, l'identification de règles précises formant le droit international positif en matière d'expropriation paraîtra tenir de la gageure. En fait, c'est presque devenu un lieu commun que d'évoquer l'affrontement au sein de la communauté des États de deux conceptions quant au droit devant régir l'appropriation publique d'intérêts privés étrangers⁸⁷. D'une part, les États développés à économie de marché, exportateurs de capitaux pour la plupart, s'attachent au droit classique, lequel reconnaît à l'État le droit souverain d'exproprier les biens étrangers situés sur son territoire, à condition que cette dépossession forcée procède de l'utilité ou de l'intérêt public, qu'elle ne soit pas discriminatoire envers l'investisseur étranger et qu'elle ne viole aucun engagement contractuel ou conventionnel prohibant spécifiquement l'expropriation. De plus, la mesure doit être accompagnée d'une indemnité rapide, suffisante et réelle ou « prompte, adéquate et effective »,

87. Il existe un très grand nombre d'ouvrages, monographies ou articles de périodiques traitant des expropriations en droit international. L'exposé général le plus complet nous a paru être celui de HIGGINS, *loc. cit. supra*, note 49, pp. 259-391.

suivant l'expression adoptée dans les instruments internationaux (*prompt, effective and adequate*)⁸⁸. Pour les États exportateurs de capitaux, ce droit favorable aux investissements a l'avantage de reconnaître la valeur de l'investissement privé comme un élément essentiel du développement économique mondial.

Quant aux pays en voie de développement, nous avons déjà brièvement signalé leur attitude devant le régime traditionnel de protection juridique des investissements étrangers⁸⁹. Nous en reparlerons ici de façon un peu plus détaillée. Ces États ne se contentent pas de répudier le droit classique, ils se constituent de plus les promoteurs d'une conception nouvelle du droit tendant vers l'instauration d'un nouvel ordre économique international⁹⁰. Cette conception est fondée, nous l'avons déjà souligné, sur la notion de souveraineté économique

88. La formulation de ces normes a été reprise dans d'innombrables instruments internationaux, lors de multiples déclarations des représentants de ces États et par plusieurs tribunaux nationaux ou internationaux. Par commodité, nous nous limiterons à reproduire la version la plus récente de la position des États industrialisés. Elle est tirée d'un projet de code publié dans le rapport du groupe intergouvernemental de travail sur le Code de conduite sur les sociétés transnationales : « Dans l'exercice de leur souveraineté, les États ont le droit de nationaliser ou d'exproprier les biens étrangers situés sur leur territoire. Toute appropriation de biens, qu'elle soit directe ou indirecte, conforme au droit international, doit être non discriminatoire, dans l'intérêt public, conforme à la procédure légale et ne doit pas violer des engagements contractuels ou autres garantissant spécifiquement la non-dépossession ; elle doit être accompagnée du versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective. Cette indemnité doit correspondre à la valeur totale des biens, y compris leurs intérêts, calculée sur la base de leur valeur loyale et marchande, y compris leur valeur en tant qu'entreprise en pleine activité, ou, le cas échéant, déterminée sur la base d'autres méthodes d'évaluation acceptées au plan international, sans qu'il soit tenu compte des effets sur leur valeur de la mesure ou des mesures d'expropriation, ou de leur éventualité. Cette indemnité doit être librement convertible et transférable et ne doit être soumise à aucune mesure restrictive applicable au transfert des paiements, des recettes ou du capital. Reproduit dans (1982) 1 *D.J.I.* 58-59.

89. Voir *supra*, p. 135.

90. Au sujet du nouvel ordre économique international, voir notamment GARCÍA-AMADOR, *loc. cit. supra*, note 68 ; H.J. GEISER, « A new International Economic Order : Its Impact on the Evolution of International Law », (1978) 9 *A.E.I.* 97 ; G. WHITE, « A New International Economic Order », (1975-76) 16 *Virginia Journal of International Law* 331 ; B.H. WESTON, « The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth », (1981) 75 *A.J.I.L.* 437-475 ; D. COLARD, *Vers l'établissement d'un nouvel ordre économique international* (1977).

comme seul point de rattachement du processus de nationalisation à l'ordre juridique international. L'expression la plus claire de cette tendance réformatrice se retrouve dans les résolutions 3281 et 3201 de l'Assemblée générale des Nations Unies que nous avons déjà citées⁹¹. L'article 4(e) de la « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial » contient une proclamation solennelle du droit de nationaliser, sans en soumettre l'exercice à aucune des conditions classiques, excluant même le droit à l'indemnité compensatoire⁹². Dans la même veine, l'article 2(c) de la « Charte des droits et devoirs économiques des États » permet à l'État de nationaliser les biens des investisseurs étrangers auxquels les autorités « devraient » verser une « indemnité adéquate »⁹³. Cette indemnité sera établie selon les prescriptions du droit interne et compte tenu de *toutes* les circonstances jugées pertinentes⁹⁴. Aucun de ces textes ne reconnaît la pertinence du droit international⁹⁵.

91. Voir *supra*, note 68.

92. Article 4: « Le nouvel ordre économique international devrait être fondé sur le plein respect des principes énoncés ci-dessous : [...] e) Souveraineté permanente intégrale de chaque État sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque État est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'État. Aucun État ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable ».

93. Article 2: « Chaque État a le droit : [...] c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question d'indemnisation donne lieu à un différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens ».

94. Pour une liste des circonstances que les États en voie de développement considèrent comme pertinentes, voir N. GIRVAN, « Expropriating the Expropriators: Compensation Criteria from a Third World Viewpoint », dans R.B. LILLICH (éd.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law* (1973), pp. 149-179. On devrait notamment tenir compte, le cas échéant, des bénéfices excessifs, de l'exploitation de la nation ainsi que de la spoliation de l'environnement. *Id.*, p. 169.

95. *Contra*: J. CASTAÑEDA, « La Charte des droits et devoirs économiques des États », (1974) 20 *A.F.D.I.* 31-77.

Il nous semble que l'on ne peut nier l'impact de ces résolutions et d'une certaine pratique qui les confirme⁹⁶ sur l'état du droit coutumier positif. Même si l'on peut déceler dans des sentences arbitrales récentes, telles la sentence *Texaco Calasiatic c. Gouvernement libyen*⁹⁷ et la sentence *Aminoil c. Kuwait*⁹⁸, une volonté de conférer une valeur positive universelle aux règles classiques à peine reformulées dans la résolution 1803⁹⁹, on peut certainement prétendre que les résolutions 3201 et 3281 ont opéré une dislocation de l'*opinio juris* constatée par la résolution

96. Voir IMPERIALI, *loc. cit. supra*, note 57. Pour quelques cas d'application de la théorie des bénéfices excessifs, voir R.C. WESLEY, « A Compensation Framework for Expropriated Property in the Developing Countries », dans LILLICH, *op. cit. supra*, note 94, pp. 3-48.

97. Voici ce qu'affirme l'arbitre R.-J. Dupuy: « En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une « *opinio juris communis* », la résolution 1803 (XVII) paraît au Tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière. En effet, à partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les États expriment clairement leur opinion. L'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'États appartenant aux différents groupes représentatifs indique sans ambiguïté la reconnaissance universelle des règles incorporées, à savoir en ce qui concerne les nationalisations et l'indemnisation, l'utilisation des règles en vigueur dans l'État nationalisant, mais cela en conformité avec le droit international ». Reproduit dans (1977) 104 *J.D.I.* 379, par. 87.

98. L'arbitre Reuter déclare à propos de la résolution 1803: « This text which obtained a unanimous vote in the General Assembly, codifies positive principles, recognized by the Constitution and Law of Kuwait... » Voir *supra*, note 78, p. 1032.

99. Les États industrialisés ont en effet interprété la résolution 1803 comme retenant le droit classique. Voir S.M. SCHWEBEL, « The Story of the U.N.'s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources », (1963) 49 *A.B.A.J.* 463-469; R. DOLZER, « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », (1981) 75 *A.J.I.L.* 559; *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les richesses naturelles* (Résolution 1803 (XVII)), reproduite dans C.A. COLLIARD et A. MANIN, *Droit international et histoire diplomatique* (1971) t. 1, p. 279. L'article 4 de cette déclaration se lit comme suit: « La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnu comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ce cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international ».

1803¹⁰⁰. Ces textes, en raison de leur contenu abstrait et général et du vote massivement favorable dont ils ont été l'objet de la part des pays en voie de développement¹⁰¹, servent certainement à exprimer une conviction de ces États dérogatoire au droit classique¹⁰². En fait, la désaffection des pays en voie de développement à l'endroit du droit traditionnel est encore des plus actuelles, comme en témoignent les positions irréductibles adoptées lors des sessions d'élaboration du projet du Code de conduite sur les sociétés transnationales¹⁰³. Le droit traditionnel peut difficilement prétendre à l'universalité car il n'emporte plus, à l'échelle planétaire, l'adhésion majoritaire des États intéressés¹⁰⁴.

100. Dans la sentence *Texaco Calasiatic, supra*, note 69, p. 378, par. 87, l'arbitre semble étudier les résolutions 1803, 3201 et 3281 de façon isolée et parallèle, sans avoir considéré l'interrelation entre ces textes et surtout l'influence réelle du vote des pays en voie de développement en faveur des textes réformistes sur le droit constaté par la résolution 1803. Il se contente d'observer : « Sur le deuxième point, à savoir la détermination de la valeur juridique en fonction des principes émis, il apparaît indispensable au Tribunal de céans de distinguer les dispositions constatant un droit existant sur lequel la généralité des États a manifesté son accord et les dispositions introduisant des principes nouveaux rejetés par certains groupes représentatifs d'États et ne représentant qu'une valeur *de lege ferenda* : celles-ci n'ont cette valeur *de lege ferenda* qu'aux yeux des États qui les ont adoptées ; pour les autres, le rejet de ces mêmes principes implique qu'ils les considèrent comme allant *contra legem*. Pour ce qui est des premières, qui proclament des normes reconnues par la communauté internationale, il ne s'agit pas de créer une coutume, mais de la confirmer en la formulant et en précisant sa portée, permettant par là même de déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'une règle juridique ».

101. *Id.*, p. 377, par. 85. Par exemple, 118 États ont voté en faveur de la résolution 3281, 6 contre et 10 abstentions. Or, les votes favorables sont venus en bloc des pays en voie de développement. Sans constater une « coutume instantanée », ce vote, ajouté à l'adoption par consensus de la résolution 3201, vient rompre « l'accord » existant autour de la résolution 1803. L'arbitre Dupuy n'a pas relevé ce fait.

102. Voir DOLZER, *loc. cit. supra*, note 99, pp. 557 et ss.

103. Les représentants des divers groupes d'États y ont formulé des positions bien connues, les États industrialisés prônant le droit classique et les pays en voie de développement reprenant le contenu de la résolution 3281. Voir *supra*, note 88. Voir aussi M.H. MULLER, « Compensation for Nationalization : A North-South Dialogue », (1981) 19 *Col. J. Trans. L.* 73-78.

104. Voir *Plateau continental de la mer du Nord, supra*, note 71. En définitive, les États ne semblent s'entendre que sur un point ; l'État possède le droit d'exproprier les biens étrangers, mais il doit respecter les limites de sa juridiction territoriale. Cette condition de territorialité est propre à tout acte de puissance publique régissant la situation juridique des biens. Pour un exposé du principe et des exceptions, voir THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, pp. 300 et ss.

2. — *La consécration du droit classique par la coutume spéciale*

Il ne s'agit pas pour autant de conclure, comme semblent le faire certains auteurs¹⁰⁵, à l'absence de règle en droit international coutumier relativement aux nationalisations; et encore moins de nier aux règles coutumières classiques toute valeur positive. Devant l'éclatement de la coutume générale, nous sommes d'avis que ces règles fondées sur le triptyque d'utilité publique, de non-discrimination et d'indemnité « prompte, adéquate et effective », demeurent partie intégrante du droit positif à titre de normes spécialement applicables aux États industrialisés occidentaux dans leurs relations mutuelles. On ne s'étonnera guère que nous parlions de nouveau de coutume spéciale, puisque la question de la protection internationale des intérêts indirects étrangers dans les sociétés nationales et la question du contenu normatif de cette protection procèdent du même conflit de valeurs et de systèmes que nous évoquions dans la première partie de notre étude¹⁰⁶.

Si la doctrine ne paraît pas avoir exploré la possibilité d'une coutume spéciale en matière de protection des intérêts indirects étrangers, l'idée d'une telle coutume applicable aux nationalisations n'est pas tout à fait nouvelle. Ainsi, selon un auteur, on peut penser que les résolutions 3201 et 3281, du fait du vaste mouvement de consensus qu'elles traduisent parmi les pays en voie de développement, expriment une coutume ayant force obligatoire dans leurs relations mutuelles¹⁰⁷. D'autres juristes donnent aussi l'impression, sans qu'ils l'énoncent explicitement, d'abonder dans le sens d'un droit spécial¹⁰⁸.

Avec une optique quelque peu différente, l'arbitre P. Reuter adopte dans la sentence *Aminoil c. Kuwait* une démarche empirique dans la recherche des règles présidant au calcul de l'indemnité. Il propose de régler chaque litige « cas par cas » en tenant compte principalement du fait que les parties en cause sont ou non favorables à la protection des investissements étrangers¹⁰⁹. Cette démarche pragmatique, empreinte d'un certain relativisme juridique, se retrouve également parmi les solutions proposées par plusieurs auteurs pour obvier à l'impasse que

105. Voir entre autres THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, pp. 317-318; NGUYEN QUOC DINH, P. DALLIER *et al.*, *Droit international public* (2^e éd., 1977), p. 58.

106. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 47, par. 89.

107. Voir J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens », (1978-79) 14 *R.B.D.I.* 225, cité dans B. STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions », (1980) *Revue de l'Arbitrage* 33.

108. Voir, par exemple, CASTEL, *op. cit. supra*, note 35, p. 1162.

109. Voir *supra*, note 78.

l'on constate au niveau des règles d'application universelle, surtout quant à l'indemnisation¹¹⁰.

Nous croyons, quant à nous, qu'un pragmatisme à outrance mène inexorablement à la négation de toute forme ferme et identifiable dans le domaine et que, dès lors, l'approche du « cas par cas » ne revêt de sens que dans la perspective d'un différend impliquant un pays industrialisé et un État en voie de développement. La pratique au sein des pays industrialisés s'avère suffisamment générale et constante pour que l'on soit à même de circonscrire des règles correspondant essentiellement au droit classique et auxquelles ces États attachent une valeur positive. Dans un tel cas, la reconnaissance de normes spéciales *communes* à ce groupe d'États (incluant le Canada et les États-Unis) nous paraît plus compatible avec leur position que l'idée un peu confuse de règles empiriques fortement teintées d'imprévisibilité et susceptibles d'application arbitraire.

La démonstration d'une coutume spécialement applicable aux pays industrialisés ne requiert pas que l'on dresse ici un répertoire exhaustif de la pratique pertinente. Il suffira de mettre en relief le fait que, depuis le début du siècle, ceux-ci ont promu et favorisé l'application du droit traditionnel, que ce soit au sein des organisations internationales¹¹¹ dans leurs relations bilatérales¹¹² et multilatérales ou par leurs positions

110. Voir F.G. DAWSON et B.H. WESTON, « Prompt, Adequate and Effective: A Universal Standard of Compensation », (1961-62) 30 *Fordham Law Review* 751-752; R.B. LILLICH, « The Valuation of Nationalized Property in International Law: Toward a Consensus or More "Rich Chaos" », dans LILLICH, *op. cit. supra*, note 94, pp. 183-204.

111. Dans le cadre du débat au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, les pays occidentaux industrialisés se sont constamment opposés aux résolutions s'éloignant du droit classique. Pour une étude de leurs votes et de leurs réserves lors des délibérations relatives à ces textes, voir IMPERIALI, *loc. cit. supra*, note 57. Les interventions des représentants occidentaux sont reproduites dans Doc. off. A.G. 29^e session, 2^e comm., 1649^e séance, pp. 495-496, Doc. N.U. A/C. 2/SR. 1649 (1974).

112. Les États industrialisés exigent généralement le respect du droit classique pour qu'un État hôte puisse procéder à une expropriation des biens de leurs ressortissants. Voir les déclarations de l'ambassadeur américain lors de l'élaboration du projet de nationalisation de la potasse en Saskatchewan, dans M. APPEL-MOLOT et J. KIRK-LAUX, « The Politics of Nationalization », (1979) 12 *Canadian Journal of Political Science* 239. Dans leurs relations conventionnelles, ils s'assurent que les accords bilatéraux de protection des investissements contiennent une clause relative à l'expropriation dont les termes imposent à l'État hôte le respect des critères d'utilité publique, de non-discrimination et d'indemnité « prompte, adéquate et effective ». Voir *supra*, note 57.

devant les tribunaux internationaux¹¹³. Les auteurs soulignent qu'il est difficile de concilier la position « doctrinale » des pays industrialisés avec la pratique des accords forfaitaires par laquelle ils règlent à l'amiable les effets d'expropriations non conformes au droit traditionnel¹¹⁴. Certains y voient la preuve d'une évolution du droit vers une solution mitoyenne fondée sur des « principes équitables » plus respectueux des réalités politiques et économiques et des intérêts réels des protagonistes de la problématique « Nord-Sud »¹¹⁵. Cette thèse nous engage à mesurer l'impact des accords forfaitaires sur le contenu du droit coutumier classique. Dans l'Affaire *Barcelona Traction*, la Cour jugea que ces accords n'ont aucun effet sur le droit coutumier, les États y souscrivant à partir de considérations variables propres à chaque cas¹¹⁶. L'arbitre P. Reuter adopta la même position en 1982 dans la sentence *Aminoil*, où le Kuwait prétendait que les accords forfaitaires appliquant la méthode d'évaluation dite de la « valeur du livre » avaient codifié une règle coutumière propre au domaine pétrolier. L'arbitre rejeta l'argument, en notant la grande diversité dans les modalités contenues à chaque accord, de même que l'absence d'*opinio juris* des États, mûs par des impératifs étrangers au droit¹¹⁷. Cette observation sur l'attitude des États face aux règlements forfaitaires semble corroborée par les propos suivants que tenait un Secrétaire d'État aux Affaires extérieures du Canada :

113. Voir, par exemple, la position du gouvernement britannique dans *Anglo-Iranian Oil Co.*, C.I.J. Mémoires et plaidoiries 1952, pp. 81 et ss.

114. Voir entre autres R.B. LILICH et B. WESTON, *International Claims: Their Settlement by Lump-sum Agreements* (1975); S. MAHMAS-SANI, « Sentence arbitrale rendue à Genève, le 12 avril 1977 », (1980) *Revue de l'Arbitrage* 176 et ss.; MULLER, *loc. cit. supra*, note 103, pp. 55-70, où l'auteur étudie particulièrement les cas récents des nationalisations péruviennes et vénézuéliennes. Voir aussi D.A. GANTZ, « The Marcona Settlement: New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property », (1977) 71 *A.J.I.L.* 474-493; J.E. HUERTA, « Peruvian Nationalizations and the Peruvian-American Compensation Agreements », (1977-78) 10 *New York I.L. Pol.* 19.

115. Voir DOLZER, *loc. cit. supra*, note 99, pp. 577 et ss.

116. Voir l'affaire *Barcelona Traction*, *supra*, note 19, p. 40, par. 61.

117. Voir *American Independent Oil Co. v. Kuwait*, *supra*, note 78, pp. 1035-1036. L'arbitre affirme: It can be maintained that such acceptance was wise but it would be somewhat rash to suggest that it had been inspired by juridical considerations: the *opinio juris* seems a stranger to consents of that type. Voir également la position de l'arbitre Mosk dans *American International Group Inc. v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 23 *L.L.M.* 18.

The international law purist might view such lumpsum negotiations with some distaste. But, of necessity, Canada has had to take into account the realities of state practice and state attitudes... In agreeing to resort to the technique of the lumpsum settlement, Canada is not waiving any rights under the traditional rules of state responsibility... Compromise settlements of this nature on the international plane [do not] affect the underlying principles of customary international law any more than a compromise settlement out of court affects rules of legal liability under domestic law¹¹⁸.

Comme l'avait souligné la C.I.J. dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*¹¹⁹, la simple répétition des précédents ne suffit pas, il faut encore que les agissements des États soient motivés par la conscience d'obéir à une obligation internationale. Nous sommes conséquemment d'avis qu'à moins d'admettre un nouveau fondement objectiviste de la coutume, qui naîtrait d'une nécessité logique de concilier les intérêts des parties¹²⁰, il faut conclure que ces accords n'ont pas d'effet sur le contenu du droit coutumier.

Quel que soit le droit applicable dans un cadre « Nord-Sud », on constate que, dans leurs relations mutuelles, les États industrialisés manifestent un attachement continu aux normes traditionnelles. C'est ce que révèle l'article 3 du projet de convention de l'O.C.D.E. relative à la protection des investissements¹²¹. Cette *opinio juris* ressort également

118. Discours de P. Martin reproduit dans S.A. WILLIAMS et A.L.C. DE MESTRAL, *Introduction to International Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (1979), p. 103.

119. Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra*, note 71, p. 44, par. 77.

120. Pour une défense de la thèse objectiviste, voir NGUYEN QUOC DINH, DALLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 105, p. 307.

121. Voir *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the O.E.C.D. on the Draft Convention*, *supra*, note 64. Les pays membres du Conseil de l'Europe, qui sont presque tous des pays développés, ont eu l'occasion d'intégrer dans le droit conventionnel régissant leurs relations mutuelles, la reconnaissance du droit classique. En effet, l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (1952) 213 R.T.N.U. 263 dit : « Toute personnes physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

La France, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont expliqué qu'ils interprétaient cette disposition comme une condition du droit classique. Voir HIGGINS, *loc. cit. supra*, note 49, pp. 360-361.

de la pratique récente de la France¹²² et du Canada¹²³ et, de façon indirecte, de la « pratique négative » qui consiste pour l'État à s'abstenir de recourir à l'exercice de la puissance publique en privilégiant les mécanismes consensuels d'acquisition par l'État de biens privés étrangers¹²⁴.

Il nous paraît, somme toute, raisonnable de conclure que tout acte d'expropriation imputable à un État occidental industrialisé qui atteint des détenteurs d'intérêts indirects ayant des activités sur son territoire et provenant d'un autre pays industrialisé devra, sous peine de donner ouverture à une réclamation internationale, se conformer au droit traditionnel. C'est le cas de la Loi québécoise, qui touche des intérêts américains de second degré et qui se trouve imputable à la Fédération canadienne dans l'ordre juridique international¹²⁵. En examinant la

122. L'État français par sa *Loi de nationalisation* du 11 février 1982, nationalisait cinq grandes sociétés industrielles ainsi que plusieurs banques et compagnies financières. La loi atteignait ainsi des intérêts étrangers minoritaires. Voir le texte intégral de la loi reproduit dans (1982) 1 *D.J.I.* 211 et ss. Dans une décision du 11 février 1982, le Conseil constitutionnel français jugeait la loi non discriminatoire et concluait que l'indemnité offerte s'avérait pleinement appropriée. Voir la *Décision du 11 février 1982 N° 82-139 D.C. déclarant la Loi de nationalisation conforme à la constitution* reproduite dans (1982) 1 *D.J.I.* 218 et ss. D'après les règles d'évaluation prévues dans la loi, il semble en effet que le droit classique soit respecté. Voir P. JUILLARD, « Les nationalisations françaises », (1981) 27 *A.F.D.I.* 539-567.

123. Pendant l'élaboration de la loi lui permettant d'exproprier les biens de sociétés à capital étranger œuvrant dans le secteur de la potasse, le gouvernement de la Saskatchewan a retenu les services d'une étude d'internationalistes qui eurent pour tâche de faire en sorte que le texte de loi soit conforme au droit classique. Une analyse de l'*Act respecting the Development of Potash Resources in Saskatchewan*, R.S.S. 1978, c. P-18, nous convainc que ce résultat fut atteint. Voir APPEL-MOLOU et KIRK-LAUX, *loc. cit. supra*, note 112, pp. 237-238.

124. C'est l'approche que l'on a retenue lors de la nationalisation de la potasse en Saskatchewan et lors de l'acquisition de Canadair et Petrofina par le gouvernement fédéral.

125. Voir WILLIAMS et DE MESTRAL, *op. cit. supra*, note 118, p. 93. Voir aussi l'article 7 du Projet d'articles sur la responsabilité des États préparé par la Commission du droit international, de même que l'abondante jurisprudence citée par la Commission reproduit dans (1971) 2 *Ann. de la C.D.I.*, 1^{re} partie, p. 209 et ss., Doc. N.U. A/CN. 4/246/1971/Add. 1 à 3 (1971). Voici le texte intégral de l'article 7: « Est aussi considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet État, ont la qualité d'organe d'un établissement public ou d'une autre institution publique autonome, ou encore d'une collectivité publique territoriale (commune, provinces, régions, cantons,

comptabilité de la Loi québécoise avec le droit international, il faut se rappeler cependant que celle-ci n'a pas été appliquée. Par voie de conséquence, l'exercice ne vise pas à mesurer la responsabilité internationale du Canada, mais à situer la manifestation formelle de volonté que constitue la loi¹²⁶ par rapport à la pratique occidentale, afin d'en évaluer l'impact sur l'évolution du droit coutumier. Il y a lieu maintenant d'examiner la loi à la lumière des critères du droit des gens.

B. — La conformité de la Loi québécoise avec le droit classique

Précisons d'entrée de jeu, qu'à titre de composante de l'État canadien, le Québec possède le droit autonome de nationaliser les biens étrangers situés sur son territoire¹²⁷ et qu'il n'existe aucun traité entre le Canada et les États-Unis pouvant restreindre le droit du Québec d'exproprier des biens sur son territoire pour des fins provinciales légitimes¹²⁸. Il n'existe également aucun contrat de concession liant le Québec à la Société Asbestos ou la General Dynamics. Le droit coutumier constitue en conséquence la seule source de droit pertinente.

1. — *La condition d'utilité publique*

Les auteurs et les tribunaux internationaux sont peu enclins à censurer l'appréciation que fait l'État expropriant de l'utilité publique ou de l'intérêt public¹²⁹. Par ailleurs, partageant le même attachement à la propriété privée et valorisant l'apport économique de l'investissement étranger, les États développés à économie de marché ont jusqu'à

États membres d'un État fédéral, administration autonome de territoires dépendants, etc.), et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité.» La Commission de droit international ainsi que la doctrine estiment que cet article 7 représente l'état du droit coutumier.

126. Voir *supra*, note 3.

127. Voir A. LAJOIE, *Expropriation et fédéralisme au Canada*, (1972), pp. 171-175. Par ailleurs, les tribunaux ont reconnu que la Loi québécoise n'avait pas d'effet extraterritorial. Voir *supra*, notes 10 et 11.

128. Une convention que pourrait avoir ratifiée l'État central à cet égard ne lierait que ce dernier dans la mesure de ses compétences législatives. Voir LAJOIE, *op. cit. supra*, note 127, pp. 171-175; F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence* (1982), pp. 1195-1196.

129. Voir HIGGINS, *loc. cit. supra*, note 49, p. 292.

récemment restreint le champ du secteur public aux services publics jugés plus ou moins essentiels¹³⁰.

Toutefois, la pratique contemporaine marque clairement l'apparition d'un nouvel étatisme, à la faveur duquel les autorités invoquent non plus l'utilité publique, mais bien la notion plus large d'intérêt public pour justifier leur nouveau rôle d'intervenant direct dans l'activité économique. Citons en exemple les nationalisations françaises par lesquelles l'État devient actif dans les secteurs industriels, bancaires et financiers¹³¹. Mentionnons également le gouvernement de la Saskatchewan qui se trouve impliqué dans l'extraction et la transformation de la potasse; sans parler de la participation directe et croissante d'États comme le Royaume-Uni, le Canada et la Norvège¹³² à l'exploitation et à la commercialisation des ressources pétrolières. Le projet québécois s'inscrit dans cette tendance en ce qu'il visait, selon la politique gouvernementale, à établir une solide présence québécoise à tous les stades industriels du secteur de l'amiante¹³³. Cette démarche est certainement conforme au droit classique qui ne prohibe que les pseudo-nationalisations visant à favoriser des intérêts purement privés ou à servir de représailles politiques¹³⁴.

2. — *La condition de non-discrimination*

Quant à la non-discrimination, la portée de la Loi québécoise est moins claire, bien que nous estimions qu'elle soit également conforme au droit international coutumier à cet égard. En vertu de l'article 20 de la loi 121, la Société Asbestos Corporation a été choisie pour être seule incluse dans le champ de la mesure législative à l'exclusion des autres sociétés œuvrant dans le secteur de l'extraction de l'amiante au Québec¹³⁵. On peut dès lors certainement parler de traitement particulier.

130. Voir APPEL-MOLOU et KIRK-LAUX, *loc. cit. supra*, note 112, p. 227. Pour une étude des nationalisations dans le monde occidental de l'après-guerre, voir N.R. DOMAN, « Postwar Nationalization of Foreign Property in Europe », (1948) 48 *Col. Law Review* 1125-1161.

131. Voir JUILLARD, *loc. cit. supra*, note 122.

132. Voir MULLER, *loc. cit. supra*, note 103, p. 70.

133. Voir *supra*, note 3.

134. Voir THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 318.

135. Les concurrents de la Société Asbestos étaient Johns-Manville Corp. of Canada (contrôle américain), Carey Canadian Mines of Canada (contrôle américain), Lake Asbestos et National Asbestos Corp. (contrôle américain), Bell Asbestos

Toutefois, la seule existence objective d'un traitement particulier ne constitue pas en soi la preuve irréfutable qu'une mesure est discriminatoire au regard du droit international coutumier applicable. Il ressort des études d'éminents internationalistes que ce n'est que lorsqu'une mesure s'adresse arbitrairement et spécifiquement aux étrangers en raison de leur qualité d'étranger ou de leur nationalité particulière que l'on pourra conclure à une rupture avec la norme anti-discriminatoire¹³⁶.

La discrimination se manifestant comme un traitement inégalitaire entre deux entités identifiables, on ne saurait parler de mesure discriminatoire lorsqu'un acte ne peut, en raison de sa nature ou de son objet, établir aucune distinction. Une loi ne peut établir de distinction à l'encontre des étrangers en faveur des nationaux si les nationaux sont absents de la problématique. L'industrie de l'extraction de l'amiante au Québec en 1979 était, à toutes fins utiles, entre les mains d'étrangers¹³⁷. De cette situation de monopole étranger découle l'impossibilité d'offrir un traitement favorable à des intérêts locaux inexistantes. La doctrine relève cette difficulté et conclut généralement à l'absence de discrimination dans cette hypothèse¹³⁸.

Mais le droit international prohibe également la discrimination arbitraire entre les investisseurs étrangers, notamment en raison de leur nationalité. On peut prétendre que, si l'article 20 vise nommément la Société Asbestos, ce n'est pas en raison de l'origine américaine de ses capitaux, sinon on aurait également prévu l'expropriation des biens du géant Johns-Manville of Canada, de Carey Canadian Mines ou de Lake Asbestos, qui sont toutes des sociétés à capital américain engagées dans le secteur de l'amiante au Québec¹³⁹. Il semble que les critères retenus par les autorités portaient plutôt sur la place occupée par l'entreprise sur le marché mondial, la possibilité de développer une industrie nationale

Mines Inc. (contrôle britannique) et Abitibi Asbestos (contrôle britannique). Voir *L'amiante, une richesse québécoise*, Conseil régional de développement des Cantons de l'Est (1974), p. 19.

136. Voir G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law* (1969), p. 163; WESTON, *loc. cit. supra*, note 90, p. 445.

137. Voir *supra*, note 135.

138. Voir J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective* (1972) t. 5, p. 473; THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 318; WESTON, *loc. cit. supra*, note 90, p. 442; WHITE, *op. cit. supra*, note 55, p. 144.

139. Voir *supra*, note 135.

de transformation de la fibre d'amiante, l'absence d'attaches internationales, ainsi que les perspectives de rentabilité. Ces critères ne paraissent pas arbitraires, d'autant qu'ils furent appliqués à toutes les sociétés ¹⁴⁰.

Enfin, pour qu'une action fût discriminatoire, il faudrait qu'il y eût différence de traitement entre deux ou plusieurs entités par ailleurs susceptibles d'un traitement égalitaire ¹⁴¹. Des différences de fait et de droit peuvent rendre la condition d'une entreprise tellement particularisée par rapport aux autres qu'il sera impossible ou déraisonnable d'aménager un traitement uniforme pour tous. À cet égard, la situation de la Société Asbestos était très particularisée, car l'expropriation d'aucune autre société ne semblait devoir être envisagée, compte tenu des critères précédemment énoncés et du fait que les autres sociétés convoitées par l'État québécois avaient été acquises de gré à gré ou étaient sur le point de passer aux mains de l'État ¹⁴².

3. — *La condition d'indemnisation « prompte, adéquate et effective »*

L'article 23 prévoit formellement le versement d'une indemnité à la Société Asbestos ¹⁴³. L'expression « prompte, adéquate et effective » pour décrire l'indemnité exigée par le droit classique ne représente que des paramètres juridiques n'imposant aux autorités expropriantes aucun langage législatif particulier ni aucune méthode d'évaluation précise.

140. Voici l'explication gouvernementale du traitement particulier réservé à la Société Asbestos : « Le gouvernement du Québec acquerra de gré à gré le contrôle de la Société Asbestos. Cette entreprise est la seule qui correspond aux critères fixés par le gouvernement : elle doit être importante ; elle doit avoir une bonne part du marché mondial ; elle doit avoir une bonne qualité de fibre ; elle doit être libre d'attaches internationales ; elle doit être rentable, et ses perspectives de rentabilité pour l'avenir doivent être satisfaisantes ». Voir « La politique québécoise de l'amiante », *loc. cit. supra*, note 3.

141. Les auteurs précisent que la règle de non-discrimination s'applique aux entreprises « à situation égale ». Voir THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 318. Le président du groupe intergouvernemental de travail sur le projet de code de conduite sur les sociétés transnationales a mis de l'avant une formulation de la règle de non-discrimination se lisant comme suit : « without discrimination between enterprises in comparable situations ». Voir MULLER, *loc. cit. supra*, note 103, p. 75.

142. Voir M. JANNARD, « L'achat de Bell force Asbestos à s'expliquer », *La Presse*, 14 mai 1980 ; voir aussi le *Rapport annuel 1982-83*, *op. cit. supra*, note 5.

143. Voir la *Loi modifiant la Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, *supra*, note 7, art. 23.

Les termes sont plutôt l'expression de ce que l'on considère comme devant être le résultat ultime du traitement de l'exproprié, sans égard aux modalités comptables ou financières de l'opération. Cette expression n'a donc rien d'une formule magique, puisque le caractère approprié de l'indemnité se mesure *in concreto* d'après les critères propres aux États industrialisés occidentaux. On comprend pourquoi ceux-ci ont souscrit à la résolution 1803 ne référant qu'à l'exigence d'une indemnité « adéquate ». Pour eux la rapidité et l'effectivité ne sont en fait que des modalités de versement de l'indemnité « adéquate »¹⁴⁴. Par conséquent, la loi n'a pas à reprendre les termes « prompte, adéquate et effective » pour définir l'indemnité due à l'exproprié. Elle n'a pas davantage à référer au droit international. Il suffira qu'elle retienne des principes et une méthode d'évaluation qui soient, dans les faits, respectueux des normes internationales applicables.

Selon l'arbitre Reuter dans la sentence *Aminoil*, l'indemnité satisfaisante entre États favorables aux investissements sera celle qui assurera la continuité de l'influx de capitaux étrangers dans l'économie de l'État expropriant¹⁴⁵. À cette fin, l'indemnité devra garantir à l'investisseur le maintien de sa capacité d'investir et, pour ce faire, celui-ci devra récupérer la valeur capitale du patrimoine nationalisé sous réserve de déductions licitement appliquées¹⁴⁶. Cette formule se situe aux antipodes de la théorie niant le droit à l'indemnité mise de l'avant par certains pays en voie de développement mais constitue une simple formulation particulière de la position des pays industrialisés. Ces États ont généralement préconisé les méthodes d'évaluation fondées sur la juste valeur marchande de l'entreprise dans une perspective de continuité de son exploitation¹⁴⁷. On constate que c'est la solution retenue par la Loi

144. Voir SCHWEBEL, *loc. cit. supra*, note 99.

145. Voir *supra*, note 78, pp. 1033-1034.

146. *Id.*, p. 1039.

147. Voir MULLER, *loc. cit. supra*, note 103, pp. 42-43. Le projet de convention de l'O.C.D.E. relatif à la protection des investissements à son article 3, appuyé des commentaires, va dans le même sens : voir *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the O.E.C.D. on the Draft Convention*, *supra*, note 64. Voir également le texte proposé par les membres occidentaux du groupe intergouvernemental de travail sur le projet de Code de conduite sur les sociétés transnationales, *supra* note 88 : M. SORNARAJAH, « Compensation for Expropriation : The Emergence of New Standards », (1979) 13 *J.W.T.L.* 108-131. Dans l'affaire *Aminoil*, on a également appliqué, entre pays favorables à l'investissement, la formule de la juste valeur marchande tenant compte de la continuité de l'entreprise. Il en fut de même

québécoise¹⁴⁸. Le principe du marché conceptuel est en général favorable à l'exproprié, puisqu'il postule l'existence de conditions souvent absentes dans la situation d'expropriation dont, entre autres, l'égalité et le libre arbitre des parties¹⁴⁹. L'approche retenant la continuité d'exploitation de l'entreprise (*as a going concern*), que l'on allie au marché conceptuel, permet de tenir compte du niveau de profit et de la valeur d'actifs intangibles comme l'achalandage¹⁵⁰. Toutefois, l'article 44 prévoit l'application de ces règles *au moment de transfert de propriété*, ce qui ne permet pas de tenir compte de l'effet néfaste que pourrait avoir eu la perspective d'expropriation sur la valeur de l'entreprise avant la dépossession réelle. La loi se démarque en cela de la pratique des États industrialisés qui prônent l'exclusion de ce facteur négatif du processus d'évaluation¹⁵¹. Cependant, il semble que l'annonce de l'expropriation possible de la Société Asbestos ait eu plutôt pour effet de hausser la valeur de ses actions¹⁵². D'autre part, la procédure arbitrale prévue aux articles 31 à 59 comporte l'avantage pour l'exproprié d'éviter les injustices pouvant résulter de l'application arbitraire par les autorités expropriantes de la formule prescrite législativement.

L'article 45(1) prescrit que l'on ne pourra ajouter à l'indemnité établie conformément à l'article 44 aucune somme pour tenir compte du préjudice pouvant résulter de l'expropriation¹⁵³. Si elle déroge au

dans *American International Group*, *supra*, note 117, p. 11. Dans leurs accords forfaitaires avec les États expropriants en voie de développement, les États industrialisés ont fréquemment accepté des indemnités basées sur la « valeur nette au livre » (*net book value*), moins généreuse que la juste valeur marchande. Voir LILLICH, *op. cit. supra*, note 94, p. 201. L'arbitre P. Reuter souligne à juste titre que ces ententes dans le domaine pétrolier du moins, comportent une variété infinie de modalités d'un cas à l'autre et que les considérations sous-jacentes à ces accords sont économiques ou politiques et non juridiques. Voir *supra*, note 78, pp. 1035-1036.

148. Voir la *Loi*, *supra*, note 7, art. 44.

149. Voir *Analyse financière*, C.F.P.B.Q. (1983), pp. 100 et ss.

150. *Id.*, pp. 91 et ss.

151. Voir MULLER, *op. cit. supra*, note 103, p. 43; voir aussi *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the O.E.C.D. on the Draft Convention*, *supra*, note 64 et voir le projet de Code de conduite sur les sociétés transnationales, *supra*, note 88.

152. Voir M. NADEAU, « Une hausse de plus de 100% en un an : Qui fait grimper la valeur des actions ? », *Le Devoir*, 12 décembre 1978.

153. Voir la *Loi québécoise*, *supra*, note 7, art. 45(1).

principe reconnu à l'article 58 de la *Loi sur l'expropriation*¹⁵⁴, cette disposition est conforme au droit international qui ne contraint l'expropriant à « effacer toutes les conséquences de l'acte »¹⁵⁵ de dépossession que lorsque ce dernier se trouve entaché d'illicéité pour cause d'arbitraire ou de discrimination. C'est qu'alors l'acte étatique devient constitutif de délit international entraînant pour l'État l'obligation de verser non plus une indemnité *compensatoire*, mais bien de payer une indemnité *réparatoire* tendant à effacer complètement les effets pécuniaires de l'acte illicite qui vont au-delà de la simple valeur des biens touchés¹⁵⁶. Si, dans l'ordre interne, on reconnaît parfois le droit à une compensation en sus de l'indemnité due en raison de la perte de la valeur des biens, il en va différemment en droit international, lorsque, comme en l'espèce, l'expropriation n'est ni arbitraire ni discriminatoire.

La loi prévoit que l'on pourra opérer diverses retenues pouvant réduire le montant final de l'indemnité. Les retenues pour arrérages fiscaux¹⁵⁷ et pour dettes¹⁵⁸ ne présentent aucune difficulté¹⁵⁹. Cependant, la déduction visant la compensation des coûts nécessaires à la normalisation de l'entreprise en matière de protection de l'environnement et de la santé et sécurité des travailleurs semble plus problématique¹⁶⁰. Cette retenue à saveur pénale n'est pas sans rappeler une certaine pratique des pays en voie de développement qui refusent ou limitent le droit à l'indemnité pour cause d'exploitation des travailleurs et de spoliation de l'environnement par l'exproprié¹⁶¹. D'un point de vue juridique, il nous

154. *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., c. E-24. Plusieurs modifications ont eu lieu, voir L.Q. 1978, c. 19, art. 50; L.Q. 1979, c. 72, art. 332 et c. 83, art. 9; L.Q. 1982, c. 21, art. 1^{er} et L.Q. 1983, c. 21.

155. Voir *Usine de Chorzów*, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, pp. 47-48.

156. Voir D. CARREAU, P. JUILLARD *et al.*, *Droit international économique* (1978), pp. 453-454. Voir aussi THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 318. Pour une étude fouillée du principe de la *restitutio in integrum*, voir HIGGINS, *loc. cit. supra*, note 49, pp. 314-321.

157. Voir la *Loi québécoise*, *supra*, note 7, art. 46.

158. *Id.*, art. 48(1).

159. Ces retenues furent appliquées par les arbitres dans les affaires *Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya v. Libyan American Oil Company*, (1981) 20 *I.L.M.* 169-170 et *American Independent Oil Co. v. Kuwait*, *supra*, note 78.

160. Voir la *Loi québécoise*, *supra*, note 7, art. 45(2).

161. Voir GIRVAN, *loc. cit. supra*, note 94. C'est, par ailleurs, l'attitude initiale qu'avait adoptée le Pérou lors de la nationalisation des biens de Marcona Mining Company, voir HUERTA, *loc. cit. supra*, note 114, p. 42.

apparaît que cette disposition cadre mal avec le contexte des relations entre États industrialisés à économie de marché. Ceux-ci ne semblent pas reconnaître la légalité de ces déductions, à moins de violation manifeste de la loi par l'exproprié¹⁶².

Mais si l'on fait abstraction de cette dernière réserve, on peut valablement considérer que le mécanisme de fixation de l'indemnité aménagé par la loi permet d'en établir une qui soit « adéquate » selon le droit coutumier qui nous intéresse¹⁶³.

La loi envisage de plus une indemnité « prompte »¹⁶⁴, car l'expropriant doit aviser l'exproprié de l'indemnité qu'il entend verser dans les trente jours de l'expropriation¹⁶⁵. À défaut d'accord sur cette indemnité, une partie pourra demander qu'un conseil d'arbitrage soit constitué¹⁶⁶; ce conseil est instruit d'urgence et doit rendre sa sentence indemnitaire dans les quatre-vingts-dix jours de la saisine¹⁶⁷. Tout appel est jugé d'urgence¹⁶⁸ et la sentence est exécutoire à la demande d'une partie¹⁶⁹, c'est-à-dire, dans les faits, dans un délai jugé convenable par l'exproprié¹⁷⁰.

162. Voir, par exemple, la déclaration du Secrétaire d'État américain Rogers sur la légalité, en droit chilien, des bénéfices réalisés par les sociétés américaines expropriées par le gouvernement Allende; *Secretary of State's Statement on Chilean Nationalizations*, (1970) 10 *I.L.M.* 1307.

163. Il semble qu'en dépit de leur position « dure » adoptée lors des négociations avec le gouvernement, les dirigeants d'Asbestos en soient venus à une conclusion analogue. Ainsi, dans le *Rapport annuel* 1980 de la société, on retrouve l'appréciation suivante du calcul de l'indemnité prévue à la loi : « La société est d'opinion que la contrepartie de ses biens devrait être sensiblement supérieure à leur valeur comptable indiquée au bilan et ne prévoit pas que la matérialisation (sic) de la menace actuelle d'expropriation puisse être préjudiciable à sa situation financière consolidée ». *Rapport annuel*, 1980, *supra*, note 13, p. 8.

164. Les pays développés estiment en général que sera « prompte » l'indemnité payable dans les dix années de l'expropriation. Voir MULLER, *loc. cit. supra*, note 103, p. 47.

165. Voir la Loi québécoise, *supra*, note 7, art. 23.

166. *Id.*, art. 31.

167. *Id.*, art. 35(2), 51.

168. *Id.*, art. 55.

169. *Id.*, art. 53.

170. On exige souvent, en droit traditionnel, la possibilité de saisir un tribunal international après épuisement des recours internes. Voir *supra*, note 99. Nous doutons que l'Exécutif québécois ait la compétence constitutionnelle pour saisir un tribunal international de pareil litige. Il nous semble que la saisine

Pour être « effective » au sens du droit traditionnel, l'indemnité doit être payable en monnaie convertible et transférable¹⁷¹. La loi ne prévoit pas explicitement le versement de l'indemnité sous forme de numéraire ou de titres directement convertibles en numéraire. C'est cependant ce qu'il faut inférer de l'article 48, qui assure l'exproprié du paiement d'intérêts composés semi-annuellement à un taux égal à celui des banques à charte sur les dépôts à terme de 90 jours et rajustable tous les 90 jours jusqu'au versement de l'indemnité¹⁷².

En définitive, cette étude du texte de la loi nous permet de dégager les éléments essentiels d'une indemnité rapide, suffisante et réelle. Bien sûr, nous ne pouvons que spéculer sur la question de savoir si c'eût été le résultat réel de son application si on avait effectivement exproprié la Société Asbestos.

4. — *La contribution québécoise à la consolidation du droit classique*

Nous savons que la source matérielle de la norme coutumière se trouve dans la pratique, c'est-à-dire dans une série de comportements uniformes imputables aux États. En plus d'actes formellement internationaux, tels des traités, la substance de cette pratique peut également être tributaire de l'ordre étatique interne et ainsi prendre la forme de législations nationales, de décrets ou de décisions judiciaires¹⁷³. Ces actes unilatéraux émanant de l'ordre national devront cependant être aptes à produire des effets internationaux¹⁷⁴ et correspondre à ce que l'État auquel ils sont imputables considère comme étant de droit au plan international.

d'un tribunal international relève de l'Exécutif fédéral, seul détenteur de la personnalité juridique internationale dans ce domaine. Voir CHEVRETTE et MARX, *op. cit. supra*, note 128, pp. 1194 et ss.

171. Voir *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the O.E.C.D. on the Draft Convention, supra*, note 64, et le projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, *supra*, note 88. Voir aussi THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 319; MULLER, *loc. cit. supra*, note 103.

172. Voir la Loi québécoise, *supra*, note 7, art. 48.

173. Voir THIERRY, SUR *et al.*, *op. cit. supra*, note 44, p. 110; NGUYEN QUOC DINH, DALLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 105, p. 298.

174. *Ibid.*

Parmi ces éléments de forme interne pouvant participer à la coutume internationale, l'acte législatif est naturellement celui qui retient ici notre attention. Pour contribuer au droit coutumier, cet acte législatif devra donc satisfaire à certaines conditions. 1^o Il faut d'abord qu'il ait une existence vérifiable dans l'ordre interne et 2^o qu'il soit imputable à l'État de la sphère internationale; 3^o il devra ensuite être apte à produire des effets internationaux et 4^o on devra finalement s'assurer qu'il correspond à l'*opinio juris* de l'État auquel il est imputable.

En remplissant toutes ces conditions, la loi nationale pourra alors contribuer au droit coutumier de diverses façons. Si elle est le véhicule d'un comportement nouveau, elle pourra enclencher le mouvement d'élaboration de la coutume¹⁷⁵. Si elle s'inscrit dans un axe de convergence interétatique déjà en place, elle viendra enrichir le droit dans sa phase formative. Enfin, la loi jouera un rôle de consolidation du droit préexistant, si elle intervient alors qu'une pratique constante et une *opinio juris communis* se sont déjà cristallisées en droit positif.

C'est justement ce rôle de consolidation que nous estimons pouvoir attribuer à la Loi québécoise par rapport au droit coutumier spécialement applicable aux États développés à économie de marché, dont elle respecte l'essentiel des prescriptions. Ce texte législatif possède en effet une existence vérifiable et effective, puisqu'il fut sanctionné le 22 juin 1979, qu'il est entré en vigueur le même jour¹⁷⁶ et qu'il est toujours en vigueur. L'absence de mise en œuvre de ses dispositions n'affecte en rien le fait objectif de son existence. Nous dirons même que son abrogation éventuelle ne serait d'aucune incidence, puisqu'au regard du droit international la loi nationale n'est qu'un simple fait¹⁷⁷. Or un fait existe dès son actualisation sans égard à sa durée. Nous avons déjà expliqué que les actes d'un État fédéré sont considérés en droit des gens comme étant le fait de l'État canadien¹⁷⁸, de sorte que la loi remplit également la condition d'imputabilité. Quant à la condition d'internationalité, elle est aussi satisfaite puisque nous avons vu que la loi atteint des intérêts indirects de nationalité américaine. Le contenu de la loi correspond enfin très bien à ce que le Canada, à l'instar des autres pays développés,

175. Voir RIGALDIES, *loc. cit. supra*, note 73.

176. Voir la Loi québécoise, *supra*, note 7, art. 55(3).

177. Voir *supra*, note 3.

178. Voir *supra*, note 125.

considère comme étant de droit en matière d'expropriation de biens étrangers¹⁷⁹.

La loi adoptée par l'État québécois est venue confirmer le fait que, dans leurs relations mutuelles, les États industrialisés occidentaux demeurent attachés à ce droit battu en brèche par les pays en développement et les États socialistes. S'ajoutant à l'expérience de la nationalisation de la potasse en Saskatchewan, cet exemple de la pratique canadienne nous permet, de plus, d'observer que le droit traditionnel résiste assez bien aux assauts du nationalisme économique qui se fait jour chez les membres du club sélect des États nantis¹⁸⁰.

* * *

Au cours de cette étude, nous avons démontré que le projet d'expropriation des biens de la Société Asbestos, une société canadienne à capital étranger, n'était pas sans conséquence dans l'ordre juridique international. Nous avons constaté que la négation de l'internationalité du problème ne saurait reposer sur la réalité des relations internationales où l'atteinte, même à des intérêts indirects étrangers, donne lieu à l'affirmation des règles relatives au traitement des biens étrangers.

179. Voir la déclaration du délégué canadien lors des débats portant sur la résolution 3281, *supra*, note 111. M. Berlis déclarait : « Le Gouvernement du Canada ne croit pas que les investisseurs canadiens doivent occuper une position privilégiée dans les économies des pays où ils investissent leurs capitaux, mais ce qu'il soutient, c'est que, si un État hôte adopte des mesures contre les investisseurs étrangers, il ne doit pas exercer de discrimination contre les investisseurs canadiens et que les mesures doivent être conformes à ses obligations internationales... la délégation canadienne ne conteste pas le droit qu'a un État de nationaliser les biens étrangers, sous réserve du versement d'une indemnité... mais ne saurait accepter un texte qui cherche à poser en principe qu'un État peut nationaliser des biens étrangers sans verser d'indemnité ».

180. Il faut noter que certaines initiatives fédérales en matière de télécommunications, de contrôle de l'investissement étranger et d'approvisionnement énergétique ne sont pas sans soulever quelques difficultés juridiques d'ordre international. Voir E. MENDES, « The Canadian National Energy Program : An Example of Assertion of Economic Sovereignty or Creeping Nationalization in International Law » (1981) 14 *Van J. Trans. L.* 475; A. SAUNDERS et I. GAULT, « The National Energy Program and the Pursuit of Claims Under International Law », *Resources*, mai 1982; D.W. MAC PHARLANE, « Extraterritoriality and the Canadian Oil Industry », dans *Le droit international et la pratique du droit au Canada*, Travaux du Congrès de 1981 du Conseil canadien du droit international, pp. 90-105; CASTEL, *op. cit. supra*, note 35, pp. 1164 et ss.

Certes, cette pratique sert à renforcer la protection de l'investisseur étranger devant la volonté d'émancipation économique de l'État expropriant. On comprend, dès lors, qu'elle ne soit le fait que des États exportateurs de capitaux et contestée par les pays en voie de développement auxquels elle ne peut conséquemment être opposable à titre de droit coutumier.

C'est à la même notion de droit coutumier spécial, qui postule le constat d'une crise de la coutume universelle, qu'il faut recourir pour identifier le droit régissant l'expropriation de biens étrangers par un État développé et exportateurs de capitaux. Malgré l'éclatement de la coutume universelle, il existe une règle spéciale entre les pays industrialisés consacrant la pérennité des normes classiques qui assujettissent tout acte d'appropriation de biens étrangers au respect des critères d'utilité publique, de non-discrimination et d'indemnisation « prompte, adéquate et effective ».

À titre d'entité constitutive de l'État canadien, membre du groupe des États occidentaux exportateurs de capitaux, le Québec est soumis à cette coutume spéciale. Par sa loi, l'État québécois se montre fidèle à cette coutume qu'il contribue par le fait même à consolider. Même si on ne s'en est jamais prévalu, cette loi vient enrichir la pratique canadienne à titre de législation nationale imputable à l'État canadien au plan international. Voilà une contribution, directe et bien réelle du Québec, à l'élaboration du droit international.