

Carole Tremblay

**Les contrats conclus par la Couronne du
chef du Canada avec des personnes morales
ou physiques et dont l'objet se rattache
au territoire québécois**

Cette étude commandée par la Commission n'a pas fait l'objet d'une présentation aux commissaires par l'auteur

Introduction

Le présent document a pour toile de fond l'identification des conditions propres à assurer la continuité de l'ordre juridique interne dans une hypothèse d'accession du Québec au statut d'État indépendant. Le maintien d'un régime juridique stable et ordonné, dont les règles demeurent prévisibles, constituerait, en effet, une condition nécessaire à la stabilité des relations juridiques entre les personnes et à la sécurité des transactions.¹

Dès l'accession à l'indépendance, en principe l'ordre constitutionnel canadien devrait cesser d'avoir effet sur le territoire québécois. La Constitution canadienne et les lois et règlements fédéraux n'auraient plus d'application, et les tribunaux judiciaires et administratifs fédéraux, quant à eux, perdraient leur juridiction.

Afin d'éviter le vide juridique, des mesures appropriées de nature constitutionnelle et législative devraient être mises en oeuvre dès le changement de souveraineté. De même, des règles de droit transitoire deviendraient nécessaires dans certains cas pour préciser le droit et la juridiction applicables à des situations juridiques et des litiges nés avant l'indépendance.

Règle générale, des mesures législatives destinées à préserver la stabilité de l'ordre juridique seraient requises principalement à l'égard des matières relevant de la compétence fédérale. Dans les autres domaines qui ressortissent déjà à la compétence du Québec, les lois et autres normes juridiques existantes seraient simplement reconduites en tant que lois et normes du nouvel État et tireraient leur source des pouvoirs constitutionnels dont le nouvel État se serait également doté.

Dans la recherche des moyens d'assurer la continuité juridique, nous nous attardons ici au domaine des relations contractuelles. Nous examinons dans les pages qui suivent le cas particulier des contrats de la Couronne fédérale dont l'objet se rattache au territoire québécois.² Il s'agit de déterminer quel est le régime juridique qui régirait de tels contrats dans un contexte où la Couronne fédérale n'exercerait plus aucune compétence à l'égard du Québec, à la suite d'un changement de souveraineté sur le territoire québécois.

Les contrats du gouvernement fédéral demeureraient-ils exécutoires et, dans l'affirmative, le

-
1. «... la continuité du droit, garantie de sécurité, est une exigence primordiale de l'ordre juridique...», C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international*, 3e éd., Paris, A. Pedone, 1970, p. 242, cité in A. Gruber, *Le droit international de la succession d'États*, Paris, Faculté de droit Paris V - Bruylant Bruxelles, 1986, p. 205.
 2. Pour une étude élaborée portant sur les relations contractuelles de droit privé et d'autres domaines du droit privé, voir: J.G. Castel, J. Talpis, *L'accession du Québec à la souveraineté et la continuité de l'ordre juridique: les apports du droit international privé*, document préparé pour le Secrétariat de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté.

Québec y serait-il obligé de quelque façon? Les parties qui auraient contracté avec le gouvernement fédéral continueraient-elles d'être liées par leurs engagements contractuels et, si oui, contre quelle autorité pourraient-elles faire valoir leurs droits? Nous verrons que ces questions font appel à des considérations qui relèvent, selon les circonstances, soit du droit international ou du droit interne. Nous verrons également qu'à moins que des mesures précises ne soient prises pour assurer la continuité des contrats, il est difficile de prévoir les normes juridiques qui pourraient régir la situation. Au préalable, nous donnerons d'abord un aperçu des divers types d'ententes contractuelles susceptibles d'être conclues par le gouvernement fédéral.

1. Les contrats gouvernementaux fédéraux

Dans le cadre du régime fédéral, la Couronne du chef du Canada, par ses agents, mandataires ou représentants, en vertu de la loi ou de sa capacité générale de contracter³, est partie à une multitude d'actes juridiques conclus avec des personnes privées, qu'il s'agisse d'individus ou de sociétés, canadiens ou étrangers.

Les types les plus courants de contrats gouvernementaux peuvent être présentés comme suit:

les contrats de fournitures et de services, qui portent sur l'achat ou la location de biens meubles (v.g. articles, produits, outillage, marchandises, matériaux, approvisionnement), ou sur la prestation de services, qu'ils soient professionnels (v.g. ingénieur, architecte, avocat, informaticien ou compagnie d'assurances) ou de soutien (v.g. entretien, déneigement, messagerie, publication, etc.);

- les contrats de travaux publics, qui portent sur la construction, la réparation ou la rénovation d'immeubles;
- les contrats d'acquisition, d'aliénation ou de location de biens immeubles;
- les contrats de concession de services publics, qui confient à un concessionnaire le fonctionnement ou l'exploitation d'un service public.⁴

Un autre type de contrat de concession doit être mentionné. Il s'agit du contrat qui a pour objet

3. Au sujet de la capacité générale de contracter de la Couronne, voir: *Labrecque c. P.G. du Québec*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1082; C. Turpin, *Government Contract*, London, Penguin Books Ltd., 1972, p. 19; P. Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1989, p. 163.

4. Pour une discussion des types de contrats gouvernementaux, voir notamment: Pierre Lemieux, *Les contrats de l'Administration fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, 1981; Patrice Garant, *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991, pp. 411 et ss.; René Dussault, Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, tome 1, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, pp. 593 et ss.

de confier à une personne morale ou physique (le concessionnaire) des droits d'exploitation, souvent exclusifs, de ressources naturelles se trouvant sur des terres publiques.

Ce genre de concessions, avec la concession de services publics déjà évoquée précédemment, tiennent une place de premier plan dans la doctrine internationale qui traite des effets d'un changement de souveraineté sur les contrats consentis par l'État prédécesseur. Cela s'explique du fait que la période récente de décolonisation a conduit nombre de nouveaux États à remettre en question les concessions accordées à des entreprises étrangères sous l'empire du pouvoir colonial.

Du point de vue des nouveaux États issus de la décolonisation, l'étendue des monopoles d'exploitation de services publics (v.g. chemins de fer) et de ressources naturelles confiés à des intérêts étrangers avait souvent pour effet, s'ils devaient être maintenus, de priver leur population nationale de leviers économiques et stratégiques jugés essentiels. Il y a tout lieu de croire que ce problème particulier au contexte de décolonisation ne se poserait pas dans le cas du Québec au regard des contrats conclus par la Couronne fédérale. (Voir à cet effet le texte présenté à l'annexe A).

Toujours dans le but de donner un aperçu des types de contrats gouvernementaux susceptibles d'être conclus par la Couronne fédérale, il convient d'examiner le cas de l'octroi de subventions gouvernementales à des personnes physiques ou morales. La question de savoir si la promesse ou l'octroi d'une subvention constitue un contrat ne peut faire l'objet d'une réponse générale car tout dépend des circonstances particulières à chaque cas. Le cas échéant, l'examen des termes de la loi ou du règlement habilitant peut fournir des indices permettant de qualifier la nature de l'octroi. Si, par exemple, l'on y a prévu le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non des fonds publics, il serait difficile d'établir l'existence d'un contrat. Par contre, si la prise d'engagement formel est prévue, et si les circonstances présentent les éléments constitutifs d'un contrat, il pourrait s'agir d'un acte de nature contractuelle. Au Québec, par exemple, il existe un Règlement sur la promesse et l'octroi de subventions,⁵ qui assujettit tout octroi et toute promesse de subvention d'un ministère ou d'un organisme du gouvernement à l'approbation préalable, selon le montant de la subvention, soit du gouvernement ou du Conseil du trésor, sauf si le montant est inférieur à 5 000\$. En pratique, une fois l'approbation obtenue, l'organisme ou le ministère et le bénéficiaire de la subvention signent un document intitulé «contrat d'octroi de subvention». Dans de telles circonstances, il serait possible de prétendre que la signature du contrat donne lieu à un engagement formel de nature contractuelle.⁶

5. R.R.Q., c. A-6, r. 22, p. 1-185 [D. 186-81, (1981) 113 G.O. II, 507].

6. À notre connaissance, le gouvernement fédéral n'a pas adopté de règlement d'application générale en matière d'octroi de subventions. Certains règlements particuliers ont été adoptés à l'égard de subventions dans certains secteurs. La diversité des conditions d'attribution ne permet pas de proposer une qualification générale de l'octroi de subventions. De plus, très peu de décisions judiciaires ont été rendues sur le sujet. Voir, en doctrine: René Dussault, Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., vol. 1, Québec, P.U.L., 1984, pp. 607-608.

L'éventail des contrats gouvernementaux fédéraux, dont les types les plus courants ont été évoqués plus haut, est vaste et diversifié. Les contrats qui nous intéressent sont ceux qui ont force exécutoire et dont l'exécution se rapporte à des objets situés sur le territoire québécois, qu'il s'agisse de location d'immeubles, d'entretien ou de réfection d'installations ou de terrains fédéraux, de louage de services professionnels, de droits d'exploitation de services publics, de fourniture de biens, etc.

Le groupe de contrats que nous définissons pour les fins de la présente analyse (que nous désignerons ci-après par les «contrats fédéraux rattachés au Québec») se caractérise par le rattachement à des objets qui tomberaient sans doute sous juridiction et sous propriété exclusives du Québec si ce dernier accédait au statut d'État indépendant. Deux précisions demeurent toutefois nécessaires à ce sujet.

D'une part, bien qu'on puisse supposer que l'ensemble des parties de territoire relevant du droit de propriété fédéral - nous envisageons ici le droit de propriété et non la compétence législative - deviendrait propriété de l'État québécois du fait du changement de statut politique, on ne peut pas écarter totalement l'hypothèse que le Canada prétende continuer de détenir la propriété de certains espaces ou installations. Dans un tel cas, le sort de l'accessoire, c'est-à-dire des contrats liés à de tels espaces ou installations, suivrait ultimement le sort du principal. Les aspects juridiques de cette éventualité de nature plutôt exceptionnelle ne sont pas analysés dans le présent document.

D'autre part, plusieurs contrats conclus par la Couronne fédérale portent sur des matières qui s'étendent à tout le Canada. Il en est ainsi notamment de contrats d'équipements militaires. Les droits et obligations éventuels d'un Québec devenu indépendant à l'égard de ce genre d'engagements contractuels fédéraux pourraient vraisemblablement relever de négociations entre les deux États. Nous n'en traiterons pas dans le cadre du présent document.

Dans un scénario d'accession du Québec à l'indépendance, les considérations juridiques applicables aux contrats fédéraux rattachés au Québec diffèrent selon que les co-contractants de la Couronne fédérale sont des personnes morales ou physiques étrangères ou des personnes morales ou physiques qui auront acquis la citoyenneté québécoise (ou un domicile québécois pour les personnes morales). Il est à noter que les citoyens canadiens des autres provinces canadiennes et les personnes morales qui auraient un domicile à l'extérieur du Québec deviendraient, sur le plan juridique, des personnes étrangères.

Dans le cas des étrangers, le droit international pourrait imposer certaines normes en matière de respect par l'État successeur des droits contractuels accordés par l'État prédécesseur.

Pour ce qui est des personnes qui auraient acquis la citoyenneté québécoise, le droit interne devrait régir les droits contractuels issus de contrats conclus avec la Couronne fédérale.

Nous examinerons généralement les conditions et mesures par lesquelles le Québec pourrait

assurer la stabilité des rapports juridiques à l'égard des contrats fédéraux rattachés au Québec. De telles mesures, qui pourraient satisfaire également les exigences du droit international en la matière, seraient ainsi destinées à s'appliquer sans égard à l'origine du co-contractant.

2. Les contrats conclus avec des étrangers: le droit international et la doctrine des droits acquis

Dans la discussion théorique des questions liées au droit international de la succession d'États, la doctrine des droits acquis occupe une place prédominante.⁷ La volonté des États de protéger les droits détenus par leurs nationaux dans des territoires qui accèdent au statut d'États indépendants, et l'importance économique que revêtent souvent de tels droits pour leurs détenteurs, expliquent en partie l'intérêt suscité par ce sujet et, également, la grande controverse qui l'entoure.

Les «droits acquis» dont il s'agit sont ceux acquis par une personne contre l'État prédécesseur sous l'empire du droit de celui-ci et que cette personne désire continuer d'exercer, par suite de l'accession de l'État successeur à l'indépendance. Ce sont des droits privés, corporels ou incorporels, qui ont été acquis de bonne foi, que l'on peut évaluer monétairement et dont on peut faire la preuve. Il peut s'agir de droits de propriété, de contrats de concession ou de créances contractuelles diverses, nés du fait de l'État prédécesseur.

Dans le cadre de la succession d'États, les questions soulevées consistent à déterminer si l'État successeur «hérite» des obligations de l'État prédécesseur corrélatives aux droits détenus par des personnes physiques ou morales, et si l'État successeur peut modifier ou abroger de tels droits.

Du point de vue du droit international, le traitement de ces questions varie selon qu'il s'agit de droits détenus par des nationaux de l'État successeur ou par des nationaux d'autres États, y compris ceux de l'État prédécesseur.

La protection des droits acquis par des nationaux de l'État successeur relève du droit interne du nouvel État. Il revient à l'État successeur de déterminer l'étendue de la protection qu'il entend accorder aux droits acquis antérieurement. Certains ont pu suggérer que le droit international s'intéresse également à la protection des droits des nationaux de l'État successeur. Toutefois, les recours de ces derniers s'exerçant en principe seulement devant les tribunaux domestiques, c'est avant tout le droit interne qui serait appelé à régir la situation, à tout le moins dans notre

7. Voir, par exemple: D.P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, pp. 237-496; Y. MaKonnen, «State Succession in Africa, Selected Problems», (1986) *Recueil des cours, Académie de droit international*, tome 200, pp. 93-234; Ko Swan Sik, «The Concept of Acquired Rights in International Law», (1977) 24 *Neth. Int. L.R.* 120; A. GRUBER, *Le droit international de la succession d'États*, Paris, Faculté de Droit Paris V - Bruylant Bruxelles, 1986, pp.94-117.

tradition juridique. (Nous reviendrons plus loin sur les questions de droit interne).

S'il s'agit plutôt de droits acquis par des étrangers (i.e. par des nationaux d'autres États, y compris ceux de l'État prédécesseur), ces droits pourraient bénéficier d'une certaine protection en vertu du droit international, quoique cette question fasse l'objet d'opinions contradictoires.⁸

En principe, des droits d'abord opposables à l'État prédécesseur et nés de son fait ne devraient par la suite devenir opposables à l'État successeur que si, en vertu du droit international, il y a transmission des obligations du premier État au second. Or, cette question essentielle est elle-même controversée et l'opinion se divise principalement en deux écoles. Pour les tenants de la théorie de la continuité ou de la succession universelle, l'État successeur hérite en quelque sorte de l'ensemble des droits et obligations détenus par l'État prédécesseur. Il devient lié de la même manière et dans les mêmes termes. Par contre, pour les tenants de la théorie de la table rase, il y a séparation complète. L'État successeur n'est pas responsable des conséquences juridiques résultant des actes posés par l'État prédécesseur.⁹

Le débat sur cette question, tout comme la plupart des matières traitées par le droit international contemporain de la succession d'États, apparaît être largement influencé par le clivage d'intérêts entre d'un côté, les États qui ont récemment acquis leur indépendance dans le contexte de la décolonisation (qui sont généralement partisans de la table rase) et de l'autre, les États industrialisés qui les ont précédé dans l'exercice de la souveraineté sur les territoires en cause (dont plusieurs sont plutôt partisans de la continuité).

Dans ce contexte, l'émergence de normes en droit international positif est difficile à cerner. Si l'on s'en remet à certains ouvrages d'auteurs spécialisés qui ont observé la pratique des États en la matière, il est possible de dégager certains principes.¹⁰

Il est généralement admis que la pratique des États ne permet pas de retenir la théorie de la succession universelle de l'État successeur aux obligations et droits de l'État prédécesseur. Par contre, la théorie de la table rase n'aurait pas, quant à elle, le caractère absolu que lui prêtent certains publicistes. En principe, certains droits acquis survivraient au changement de souveraineté et devraient être respectés par l'État successeur, peu importe qu'il y ait transmission ou non des obligations. Les protections reconnues par le droit international,

8. Plusieurs publicistes reconnaissent que la doctrine des droits acquis des étrangers constitue le chapitre le plus controversé du droit de la succession d'États. Voir notamment: Jacques Brossard, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, P.U.M., 1976, p. 467 et ss. et 680 et ss.

9. Voir: D.P. O'Connell, précité note 7, pp. 9-35 et 298; A. GRUBER, précité note 1; A.R. Cowger, «Rights and Obligations of Successor States: An Alternative Theory», (1985) 17 *Case W. Res. J. Int'l L* 285-314.

10. Principalement, D.P. O'Connell, précité note 7.

même si leur étendue véritable demeure difficile à identifier, peuvent être présentées comme suit.

- Le droit de propriété

L'étranger à qui l'État prédécesseur a conféré un droit de propriété a un droit acquis que l'État successeur doit respecter. Toutefois, ce n'est pas l'immutabilité du droit qui est protégée. L'État successeur peut le modifier mais doit fournir une indemnisation suffisante s'il y met fin.¹¹

- Les contrats gouvernementaux

La pratique des États ne permettrait pas de conclure à la transmission automatique à l'État successeur des droits et obligations de l'État prédécesseur qui sont issus de contrats conclus avec des étrangers (nationaux de l'État prédécesseur ou d'autres États), bien qu'aux termes d'accords de succession, on ait parfois retenu le principe de transmission.¹² Par contre, une répudiation complète de tels droits et obligations de la part des États successeurs serait rare.

Évidemment, dans le cas du Québec, rien n'empêcherait ce dernier de reconnaître la continuité des contrats fédéraux rattachés au Québec conclus avec des étrangers avant l'indépendance. Des mesures appropriées pourraient prévoir la subrogation du Québec aux droits et obligations de la Couronne fédérale dans de tels contrats. Le Québec se trouverait alors dans la même position que l'État prédécesseur vis-à-vis du co-contractant et le contrat demeurerait régi par les mêmes termes.¹³ Ces mesures pourraient valoir tant pour les contrats conclus avec des étrangers que pour ceux qui l'auraient été avec des personnes qui deviendraient citoyens du nouvel État québécois.

La continuité des contrats pourraient également être prévue par voie d'accord entre les deux États, accord que le Québec traduirait par la suite dans ses lois. L'exemple de l'Inde et du Pakistan jette un éclairage concret sur cette façon de procéder. La répartition des contrats gouvernementaux entre l'Inde et le Pakistan a été prévue par une ordonnance émise en vertu du *Indian Independence Act*. Les contrats conclus par l'Inde britannique avant la séparation, pour des objets liés exclusivement au territoire qui allait devenir celui du Pakistan, devaient être tenus pour avoir été conclus pour et au nom du Pakistan. Ce nouveau Dominion était investi de tous les droits et obligations nés ou à naître en vertu de ces contrats, incluant l'obligation de satisfaire tout jugement ou ordonnance judiciaire déjà rendu en rapport avec ces contrats. Tous les autres contrats étaient réputés avoir été conclus pour et au nom de l'Inde. Un comité d'experts avait

11. Voir *Ibid.*, pp. 266-268.

12. *Ibid.*, pp. 298.

13. La continuité des contrats est la solution générale retenue par Jacques Brossard, précité note 8, pp. 474 et 695 à 697.

été formé pour proposer des principes de répartition entre les deux États des contrats existants.¹⁴

Dans le cas où l'État successeur ne prévoit pas de mesures formelles de prise en charge des droits et obligations contractuels, qu'advient-il de ces contrats en vertu du droit international. Tout ce qu'on peut affirmer avec quelque certitude sur le sujet, c'est que le droit international impose à l'État successeur, dans une certaine mesure, l'obligation de respecter les droits acquis des étrangers:

Perhaps the most scientifically correct scheme of rules to solve the problem of the effect of change of sovereignty on contracts is the following: The proper law of the contract, which will ordinarily be the law of the predecessor State, should be looked to in order to ascertain if the contract has expired from frustration; in most legal systems the disappearance of the contracting State from the place of performance will have this effect, but if the law of the successor State provides for complete succession the effect will be negated. International law looks to the proper law to determine what it should protect. In the event of frustration of the contract in virtue of the proper law, and as a consequence of State succession, what remains to be protected is the equitable interest that survives the frustration. In civil law systems this interest is governed by the doctrine of unjust enrichment; in the common law it is governed by rules which prescind from the theory of unjust enrichment. Therefore, the successor State will incur, in virtue of international law, the obligation of satisfying the equities created by the proper law, should the contract be frustrated, and the obligation of performance should it not be frustrated [...].¹⁵

Le principe du respect des droits acquis, et le principe corollaire de la compensation des droits auxquels il est porté atteinte, devraient recevoir application à l'égard des contrats de concession et, vraisemblablement, des autres types de contrats gouvernementaux.¹⁶

14. Indian Independence (Rights, Property and Liabilities) Order, 1947, *Gazette of India Extraordinary*, 14 August 1947, s. 8, cité in D.P. O'Connell, précité note 7, pp. 363-366.

15. J.P. O'Connell, précité note 7, pp. 302-303. Si l'on devait analyser l'effet de l'accession du Québec à l'indépendance sur les contrats fédéraux rattachés au Québec dans le cadre des règles du droit civil, la perte de toute autorité de l'État fédéral à l'égard du territoire québécois pourrait, *de lege ferenda*, être assimilée par analogie à une cause d'extinction des obligations contractuelles, soit en raison de l'impossibilité d'exécution, soit en raison de la disparition du débiteur. À la différence du droit civil qui retient du contrat une approche fondée sur l'existence d'obligations réciproques, la *Common Law* adopte une approche globale du contrat, ce qui lui a permis de développer les doctrines, inexistantes en droit civil, de l'imprévisibilité et de la «frustration», en vertu desquelles il peut être mis fin au contrat. Bien qu'en droit civil, le changement de souveraineté ne rendrait pas, à strictement parler, impossible l'exécution des contrats fédéraux par la Couronne fédérale, nous pouvons croire qu'un juge saisi de la question chercherait à adapter les règles du droit civil à la situation.

16. *Ibid.*, pp. 345-52, 355.

*[...] ce à quoi l'étranger a réellement droit, c'est au respect de la créance acquise (intérêts, dividendes, rentes, loyers, profits, etc.) et non pas à l'immutabilité du droit ou du contrat lui-même. À moins que le nouvel État ne s'engage de son propre chef à reconnaître celui-ci, il n'a aucune obligation de le maintenir par la suite.*¹⁷

*An acquired right becomes in the act of the change of sovereignty subject to the law of the successor State. The latter may assimilate it into its own legal order. It may make it subject of its own legal formalities, to its own taxation laws, to its own rules governing uses and alienation [...]*¹⁸

*[The successor State] remains competent to cancel, abrogate or modify such rights [...] it is open to the new State either to permit existing concessions and acquired rights to continue unimpaired by the change of sovereignty and to adapt them to any modifications which might occur in the domestic law of the territory, or to offer compensation to those aliens whose rights may be adversely affected by the successor State's subsequent legislative act.*¹⁹

- Le cas du Québec

Examinant ces questions dans le contexte québécois, Jacques Brossard souligne au départ que dans la pratique des États, le maintien des droits acquis a été réglé le plus souvent par voie d'accords. Il note également que l'évolution de la doctrine et de la pratique montre que l'on retient de plus en plus le principe de continuité des droits acquis, sous réserve du pouvoir de l'État successeur de les modifier et de son obligation d'indemniser leur titulaire s'il y met fin. Il remarque qu'une position plus radicale a été mise de l'avant dans le contexte de décolonisation, où toute obligation de respecter les droits acquis a été contestée, sinon répudiée. Notant que le Québec n'est pas une colonie mais un état autonome englobé par une fédération et que sa population participe au gouvernement de la fédération elle-même par l'élection de députés, Brossard conclut que la continuité devrait être la règle en matière de droits acquis en cas d'accession à l'indépendance, sous réserve du droit du nouvel État, après l'indépendance, de modifier ou d'abroger les droits eux-mêmes avec compensation.²⁰

Le droit international ne fournit pas de norme de droit positif qui permettrait de déterminer si les droits et obligations issus de contrats conclus avant l'indépendance par l'État prédécesseur

17. Jacques Brossard, précité, note 8, p. 470. Le principe de l'enrichissement sans cause, aussi mentionné par O'Connell, devrait guider l'indemnisation (p. 471).

18. D.P. O'Connell, précité note 7, p. 264.

19. O. UdoKang, *Succession of New States to International Treaties*, New York, Oceana Public, 1972, p. 503, 505.

20. J. Brossard, précité note 8, pp. 466-474 et 680 à 696. Ses conclusions sont exprimées en pages 695-696.

passent ou non, dans leur intégralité, à l'État successeur.

Toutefois, le droit international impose une obligation générale de respecter les droits acquis par les étrangers. Ils s'ensuit, dans le cas du Québec, que celui-ci devrait respecter les créances que les étrangers auraient acquises de bonne foi en vertu de droits accordés par la Couronne fédérale et qui sont rattachés au territoire québécois. Après l'accession à l'indépendance, le Québec pourrait modifier les droits ainsi accordés, ou les abroger, sous réserve d'une obligation d'indemniser leurs titulaires.

3. Les contrats conclus avec des personnes qui détiendraient la citoyenneté québécoise: le droit interne

L'exposé qui précède au sujet de la protection accordée par le droit international aux droits contractuels détenus par des étrangers a permis de montrer que l'absence de mesures formelles précisant les droits et obligations du nouvel État à l'égard des contrats conclus par l'État prédécesseur et rattachés au territoire du successeur risque d'entraîner l'incertitude et l'insécurité des relations de droit. D'une part, il est difficile de trouver en droit international des normes sûres et incontestables. D'autre part, en droit interne, le fait de laisser aux tribunaux la tâche d'identifier les règles de droit applicables à la faveur de litiges circonstanciés serait peu favorable à l'établissement d'un climat juridique stable et ordonné.

Par ailleurs, les raisons qui peuvent expliquer que certains États, et particulièrement ceux issus de la décolonisation, s'inscrivent en faux contre tout principe de continuité et de transmissibilité des obligations contractées par leurs prédécesseurs ne trouvent pas à s'appliquer valablement dans le cas du Québec. En effet, rien n'autorise à croire que des droits conférés aux termes de contrats fédéraux qui se rattachent au Québec seraient hautement préjudiciables aux intérêts, économiques ou autres, de celui-ci (voir l'annexe A).²¹ De fait, il apparaît plutôt que la prise en charge des droits et obligations contractuels contribuerait à préserver la stabilité économique et juridique.

À la lumière de ces considérations, nous donnerons ci-après un bref aperçu des problèmes juridiques que soulèverait l'absence de mesures de continuité si des litiges devaient être portés devant les tribunaux. Nous envisagerons ensuite les types de mesures susceptibles de contribuer à assurer la continuité.

21. Sous réserve d'une éventualité que des contrats onéreux et contraires aux intérêts du nouvel État aient été conclus délibérément peu avant l'accession à l'indépendance avec le but de nuire. Le concept de «dettes odieuses» pourrait être applicable par analogie. Voir J. Brossard, précité note 8, p. 677.

3.1 *Les problèmes juridiques en l'absence de mesures*

Au lendemain de l'indépendance, les contractants privés pourraient vouloir exercer des droits qu'ils détiennent en vertu de contrats fédéraux, soit contre l'État fédéral canadien ou contre le nouvel État. À moins d'une manifestation claire de la volonté de l'un ou de l'autre État, ou encore des deux, de se reconnaître l'obligation d'honorer les créances, les contractants privés chercheront à faire déterminer leurs droits par les tribunaux. En principe, les tribunaux québécois ne devraient plus avoir juridiction à l'égard de quelque action que ce soit intentée contre la Couronne fédérale. Si un contractant privé s'adressait à la Cour fédérale du Canada dans le but d'obtenir jugement contre la Couronne fédérale, tout jugement éventuel, favorable ou défavorable au demandeur, n'aurait d'effet qu'à l'égard de l'État canadien.

Si, par ailleurs, le nouvel État décidait quant à lui d'ignorer les réclamations contractuelles fondées sur un contrat de la Couronne fédérale, le contractant privé n'aurait d'autres choix que de s'adresser aux tribunaux québécois. Il pourrait tenter de faire constater une transmission au Québec des obligations contractuelles fédérales par l'effet d'une sorte de novation *sui generis* ou encore faire annuler le contrat sur le fondement d'un argument de force majeure. La probabilité d'établir une transmission du lien juridique en droit interne étant faible, il resterait au demandeur un argument fondé sur le quasi-contrat et l'enrichissement sans cause, qui ne pourrait valoir qu'à l'égard des prestations contractuelles exécutées après l'indépendance puisqu'en droit strict, l'enrichissement aurait eu une «cause» avant cet événement, savoir le contrat fédéral.

Il suffit d'évoquer brièvement le caractère incertain des règles de droit applicables et le nombre considérable de litiges de ce genre auxquels donnerait lieu l'absence de mesures précises de continuité, pour convaincre de la nécessité de telles mesures.

3.2 *La prise en charge des droits et obligations*

La volonté de prendre à son compte la responsabilité des droits et obligations contractuels de l'État prédécesseur peut prendre la forme d'actes pris à la seule initiative de l'État successeur ou encore, si les circonstances le rendent possible, d'actes conventionnels conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur.

Dans le cadre d'une accession à l'indépendance déclarée sans qu'il ait été possible de convenir à l'avance avec l'État fédéral de mesures de continuité, le Québec pourrait d'abord faire connaître sa volonté de respecter les engagements contractuels fédéraux en cours d'exécution dans sa déclaration d'indépendance, comme il ferait pour les autres mesures de continuité qu'il entendrait mettre en oeuvre. Cette volonté se concrétiserait ensuite par des dispositions constitutionnelles ou législatives qui pourraient prévoir, par exemple, que tout contrat valide et exécutoire conclu de bonne foi avant le jour de l'indépendance par la Couronne du chef du Canada, dont l'exécution se situe sur le territoire québécois et qui bénéficie exclusivement au Québec, lie l'État québécois (ou l'autorité détentrice du pouvoir exécutif du nouvel État). De

telles dispositions de droit interne auraient alors force obligatoire devant les tribunaux québécois. À l'égard des étrangers, elles satisferaient aux exigences du droit international et iraient même au-delà. L'État québécois deviendrait lié selon les mêmes termes qui auraient lié jusqu'alors la Couronne fédérale. On pourrait envisager de réserver expressément le droit du nouvel État de modifier ou de mettre fin à un contrat, avec obligation de compenser les prestations contractuelles déjà exécutées.²²

La conclusion d'un accord entre le Québec et l'État canadien ayant pour objet de régler la transmission des droits et obligations contractuels favoriserait une solution plus globale de la question, dans la mesure où ce genre d'accord s'inscrirait vraisemblablement dans le cadre du règlement d'autres questions d'importance parfois connexes (v.g. biens publics, dettes, etc.). Le cas de l'Inde et du Pakistan, mentionné précédemment, donne l'exemple d'un accord de ce type, qui était assorti d'un mécanisme destiné à établir les principes de répartition des engagements contractuels entre les deux États.²³

22. Nos recherches n'ont pas permis de retracer des exemples de mesures législatives ou constitutionnelles adoptées par d'autres États dans des circonstances similaires à celles du Québec et du Canada. Les précédents que nous avons identifiés ont trait à des situations dans lesquelles la transmission des droits et obligations a été réalisée par voie d'accord, et peu d'entre elles mettent en cause un régime fédéral.

23. Voir *supra*, p. 11 et D.P. O'Connell, précité note 7, pp. 363-366. Nous reproduisons à l'annexe B la description que donne D.P. O'Connell des principes de répartition ainsi établis.

Annexe A

Les contrats de concession de services publics, ainsi que les contrats similaires qui ont pour objet de conférer à un concessionnaire des droits d'exploitation de richesses naturelles, ont suscité beaucoup de controverse dans le cadre de l'accession à l'indépendance d'États issus de la décolonisation. Comme les titulaires de concessions étaient généralement des étrangers, nationaux de la métropole ou d'autres états industrialisés, le maintien après l'indépendance des concessions accordées auparavant par la métropole laissait sous contrôle étranger l'exploitation et les revenus de richesses et de services publics et réduisait d'autant l'autonomie des nouveaux États sur leur économie nationale.

La question du sort qui doit être réservé à ces concessions et la détermination des droits et obligations des nouveaux États à cet égard soulèvent encore de nombreux débats en droit international, notamment en matière de succession d'États. La controverse porte sur la théorie des droits acquis et ses conséquences sur les droits des étrangers. Les points de vue exprimés divergent, entre autres, selon qu'ils donnent ou non préséance au droit des nouveaux États d'exercer un contrôle entier sur leurs services publics et leurs ressources.¹

Le contrat de concession confiant l'exploitation de ressources naturelles, s'il a joué un rôle déterminant pour de nombreux nouveaux États issus de la décolonisation², a relativement peu d'importance dans le cas du Québec et des contrats accordés par la Couronne fédérale.

D'une part, le Québec détient le titre de propriété sur la plus grande partie des terres publiques sur son territoire, ainsi que sur les ressources qui s'y trouvent. Il lui revient ainsi d'assurer la gestion ou de disposer de ses terres et ressources comme le ferait tout propriétaire privé³, sous réserve de restrictions législatives fédérales valides susceptibles de s'appliquer. La Couronne fédérale ne détient aucun pouvoir qui lui permettrait de conférer des droits contractuels à l'égard

1. Les textes juridiques sont nombreux sur ce sujet. Pour un exemple des principaux points de vue exprimés, voir: Yilma Makonnen, «State Succession in Africa: Selected Problems», (1986) *Recueil des cours, Académie de droit international*, tome 200, pages 93-234; Anne Gruber, *Le droit international de la succession d'États*, Paris, Faculté de Droit Paris V - Bruylant Bruxelles, 1986.
2. Ce type de contrat revêt encore aujourd'hui une importance majeure dans certains territoires, telle la Namibie.
3. *Loi constitutionnelle de 1867*, articles 92A, 109 et 117; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 569-579 et 581-599; LaForest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

de ces terres et ressources.⁴

Elle ne détient en outre aucun pouvoir de cette nature en ce qui a trait aux terres situées en territoire québécois et qui tombent sous propriété privée, non plus qu'à l'égard des ressources naturelles qui s'y trouvent.⁴

D'autre part, bien que la Couronne fédérale détienne la propriété des ressources naturelles qui sont situées, en territoire québécois, sur des terres publiques fédérales, et qu'elle ait pu, en conséquence, concéder par contrat des droits d'exploitation sur certaines ressources, de tels droits et ressources devraient être d'étendue relative limitée. De plus, il est peu probable que des droits d'exploitation aient été concédés dans une proportion importante à des étrangers.

Pour ces raisons, il n'y a pas lieu de donner ici aux contrats portant concession de droits d'exploitation de ressources naturelles l'attention qu'ils ont suscité dans le contexte de l'émergence de nouveaux États issus de la décolonisation.

Les contrats de concession fédéraux touchant l'exploitation de services publics ont une importance plus significative. L'exemple récent des contrats qui confient l'exploitation des aéroports de Dorval et Mirabel à l'entreprise privée en est une illustration. Il convient de noter que le problème des monopoles d'exploitation concédés à des étrangers, caractéristiques du phénomène colonial, ne se poserait pas non plus de façon déterminante dans le cadre des concessions de services publics.

4. On sait que l'uranium et certaines autres substances se trouvent dans une situation particulière. Le Parlement fédéral, dans l'exercice de son pouvoir déclaratoire, a fait de la production, du raffinage et du traitement de l'uranium un ouvrage à l'avantage général du Canada, assujéti à la compétence fédérale. La compétence fédérale demeure toutefois de nature législative et réglementaire et n'emporte pas un droit de propriété, lorsqu'il n'y a pas eu expropriation. Les permis d'exploitation émis par l'organisme réglementaire fédéral sont de nature réglementaire et, vraisemblablement, non contractuelle.

Annexe B

Le cas de l'Inde et du Pakistan : principes de répartition des engagements contractuels entre les deux États

Acquired Rights and Administrative Contrats

The division of contracts between India and Pakistan was provided for in an Order under the Indian Independence Act. Contracts of British India which were for purposes exclusively relating to territory incorporated in Pakistan should be deemed to have been made on behalf of that Dominion⁵. Pakistan was to be invested with all rights and liabilities which had accrued or should accrue in the future under any such contract⁶, and there was to be included in such liabilities the obligation to satisfy an award or order made by any court or other tribunal in proceedings in connexion with the contract, and expenses incurred in connexion therewith⁷. All other contracts should be deemed to have been made on behalf of India⁸. Similar arrangements were made with respect to contracts of the partitioned provinces of Bengal and Punjab⁹. Detailed assignments were to be effected by the Partition Council.

The Partition Council¹⁰ set up an Expert Committee No. IV to propose a method of allocating outstanding contracts between India and Pakistan¹¹. The Committee decided that it was concerned only with contracts of the nature covered by section 175 of the Government of India Act, 1935, which excluded reference to post office cash certificates, and post office insurance policies, which were regarded as falling more under the heading of financial obligations than contractual obligations. The contracts falling within the terms of reference were, therefore, contracts pertaining to immovable property, contracts pertaining to supplies to be made and services to be performed by the public or rendered to the public, contracts pertaining to the

-
5. Indian Independence (Rights, Property and Liabilities) Order, 1947, *Gazette of India Extraordinary*, 14 August 1947, s. 8(1)(a).
 6. Indian Independence (Rights, Property and Liabilities) Order, 1947, *Gazette of India Extraordinary*, 14 August 1947, s. 8 (1).
 7. *Ibid.* s. 8 (5)(a) and (b).
 8. *Ibid.* s. 8 (1) (b).
 9. *Ibid.* s. 8 (2) and (3).
 10. Constituted by the Indian Independence (Partition Councils) Order, 1947, *Gazette of India Extraordinary*, 12 August 1947.
 11. *Partition Proceedings*, vol. III, p. 35.

personal services of Government Services, and contracts pertaining to the sale of surplus, waste or obsolete stores.

With regard to contracts affecting immovable property the Committee recommended¹² that they should be deemed to have been made by the Dominion in which the property was situated. Contracts relating to supplies and services to be made by or rendered to the public exclusively for the purpose of either Dominion should be deemed to have been entered into by that Dominion, and this would cover all contracts placed for stores which were of local interest. Contracts concerning government servants would be considered as the obligations of the respective Dominion under which they would serve after 1947. Contracts such as that for the catering of the railway system as a whole would be divided as contracts made separately with the two Dominions. Contracts for purchase of stores intended for the purposes of both Dominions should be deemed to have been made with the Dominion in whose territory the consignee under the contract was located, and if there were several consignees, some located within the territory of the other, the contract should be deemed to have been entered into with each Dominion in respect of the stores to be delivered to the consignees within its respective jurisdiction. If the consignee's name was not mentioned, then the contract should be regarded as that of the Dominion within whose territory the place of performance of the contract was situated¹³. Contracts entered into abroad would be the obligation of the Dominion of India unless destined for the requirements of Pakistan. With respect to Defence Agency Contracts, which were partly Indian and partly Pakistani, the recommendation was that they should be transferred to India with effect from the date of independence, that India could administer the contracts as a whole, leaving Pakistan to effect a financial adjustment in the final accounting between the Dominions. Where division would be impossible, the recommendation was that each Dominion should be put in a position to operate independently the maximum number of contracts or parts of contracts in which it was interested¹⁴.

The final recommendation was that in the case of more complicated contracts, such as railway contracts, departmental committees should be appointed to make proposals for the division, based upon ascertainment of the consignees and the share of the Dominions in the goods forthcoming against the various contracts.

The Partition Council approved¹⁵ the recommendations of the Steering Committee on the report of the Export Committee, and accepted the draft sections of the Order in Council, which formed part of the Indian Independence (Rights, Property and Liabilities) Order, 1947.

The interpretation of the Order might be expected, in view of the attempt made to devise an

12. *Ibid.*

13. *Partition Proceedings*, vol. III, p. 36.

14. *Ibid.*, p. 37.

15. *Ibid.*, p. 54.

overall formula for solution of highly variant contractual situations, to provide material for litigation, and this expectation has been realized. It has been held that where construction work under a contract with the Defence Department was carried on in territory which became part of Pakistan, it was no longer the liability of India¹⁶. But not every situation was so simple. Where residents of Baroda sued on a contract made with the Government of India for the purchase of cloth lying at the Ordnance Parachute Factory in Lahore, and had paid in full the cost and stamp duty but had not received the goods owing to riots following partition, the court held that the responsibility was that of Pakistan, because the test to be applied in interpreting the Order was which of the two Dominions would have been entitled to exercise rights of ownership with regard to the undelivered goods; clearly this depended upon the locality in which the goods were at the date of partition¹⁷. Contracts not exclusively for the purposes of East Bengal and made with the Provincial Government of Assam fell to Pakistan¹⁸, and a contract for the supply of fodder to the Lahore Cantonment was held to be the responsibility of Pakistan¹⁹. The test formulated by Chagla J., was whether if the contract had been entered into on 15 August, 1947, it would have been a contract for the purposes of the Dominion of Pakistan or if the Dominion of Pakistan had been in existence when the contract was entered into, whether it would have been a contract for the purpose of Pakistan²⁰.

In the case of contracts made with the Governments of the merged States, the solution was based on the act of State doctrine²¹. Contracts broken before the date of partition were held to be affected by the legislation²².

The question of the liability of the Indian Railways for non-delivery of goods consigned from railway depots in what subsequently became Pakistan arose in several cases. Interpreting the Indian Independence (Rights, Property and Liabilities) Order, an Assam court held that in such instances India was liable because the contract was not exclusively for the benefit of Pakistan

16. *Elahi Bux v. Union of India*, A.I.R. (1952), Cal. 471; *Pannalal Mukherjee v. Union of India*, A.I.R. (1957), Cal. 156.
17. *Union of India v. Chinubhai Jeshingbhai*, A.I.R. (1953), Bomb. 13.
18. *Chunilal Patua v. The State of Assam*, A.I.R. (1953), Assam 113.
19. *Union of India v. Chaman Lal Loona & Co.*, A.I.R. (1957), S.C. 652; *Union of India v. Balwant Singh Jaswant Singh*, A.I.R. (1957), Pun. 27; *Hari Trading Co. v. Dominion of India*, 99 Cal. L.J. 62.
20. *Ibid.*, adopting *Union of India v. Chinubhai Jeshingbhai*, A.I.R. (1953), Bomb. 13.
21. *See supra*, p. 258.
22. *Krishna Ranjan Basu Ray v. Union of India*, A.I.R. (1954), Cal. 623. Agrawala in *Indian Journal of International Law*, vol. II (1962), p. 441.

territory²³. A Calcutta court followed this decision in a case in which both the place of despatch and the place of destination were in Pakistan, but the goods had to cross Indian territory *in transitu*²⁴. It has been argued that when proof was forthcoming that the goods had never left the Pakistan station this rule would not apply²⁵.

Source : D. P. O'CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Vol. I, Cambridge, University Press, 1967, p. 363-366.

23. *Assam Suppliers Ltd v. Union of India*, A.I.R. (1952), Assam 88.

24. *Union of India v. Loke Nath Saha*, A.I.R. (1952), Cal. 140. The decision was distinguished in *Chaman Lal Loona & Co. v. Dominion of India*, A.I.R. (1954), Punj. 129.

25. Kapur in *Indian Law Review*, vol. IX (1957), p. 26.