

Avis sur la conformité au droit international de la succession d'États d'une méthode de répartition des actifs et des passifs entre le Canada et le Québec

Malcom SHAW*

I.- La propriété de l'État

On m'a demandé mon avis sur l'application du droit international public dans une méthode suggérée de répartition des avoirs et des dettes dans l'hypothèse d'une séparation du Québec et du Canada.

Toute analyse des principes applicables du droit international nécessite une référence à la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État*¹ et aux normes coutumières du droit international. Un certain nombre de points préliminaires doivent d'abord être examinés.

Il est important de noter, si la situation se produit en pratique, que le processus de séparation d'un État déjà existant et la création conséquente d'un nouvel État sur le territoire de cet ancien État sera clairement sous la juridiction du droit international et ne se confinerà pas au droit interne. Une variété de conséquences découleraient naturellement de cette caractérisation de la situation, cependant, puisqu'on ne m'a point demandé d'examiner ces sujets, il suffit d'en faire un point de principe.

Les règles juridiques internationales s'appliqueraient évidemment aux problèmes de succession qui se posent inévitablement dans ces processus et la catégorie dans laquelle se situerait la situation actuelle est la séparation d'une partie du territoire d'un État déjà existant pour former un nouvel État. Il faut la distinguer des autres situations possibles de succession, comme l'entière dissolution d'un État, l'unification de différents États pour former un nouvel État et le transfert d'une partie de territoire d'un État à un autre État déjà existant. Il faut également noter que la situation Québec/Canada ne tombant pas sous la rubrique décolonisation comme elle est généralement entendue en droit international, un Québec indépendant ne constituerait pas un «État nouvellement indépendant» dans le sens consacré de cette expression dans la Convention de Vienne de 1983. Les

II.- Les dettes de l'État

règles pertinentes applicables à chaque situation décrite ne sont pas identiques. Cependant, ayant confirmé l'applicabilité du droit international, il faut préciser que les normes internationales pertinentes ont souvent une formulation générale et dans plusieurs cas sont peu claires. La Convention de Vienne de 1983 elle-même est fortement controversée. Elle n'a encore été ratifiée par aucun État et la plupart des États occidentaux, en particulier, y demeurent grandement opposés. Elle ne peut donc, par conséquent, être décrite comme un accord obligatoire. Néanmoins, ses éléments les plus controversés, qui concernent les «États nouvellement indépendants» récemment décolonisés, ne sont pas en cause dans la situation actuelle et l'on peut argumenter que plusieurs éléments de la Convention de Vienne de 1983 en d'autres domaines reflètent le droit international coutumier et sont par conséquent de force obligatoire.

Le dernier point préliminaire devant être traité est que la plupart des principes juridiques internationaux pertinents sont sujets à un accord à l'effet contraire entre les États prédécesseur et successeur. Cela devient apparent après examen de la pratique d'État. Les États conservent un degré considérable de souplesse en cherchant à appliquer les stipulations générales du droit international à leurs situations particulières.

La méthode suggérée de division des avoirs et des dettes fédéraux telle que soulignée dans mes recommandations procède sur la base du partage de la dette fédérale due aux tiers parties en proportion du partage de tous les avoirs que possèdent les gouvernements respectifs du Canada et du Québec. Je fais ici référence aux trois composantes du total des avoirs fédéraux : c'est-à-dire les avoirs financiers, les avoirs non-financiers et la valeur nette. Une évaluation du partage du Québec dans la première et la troisième composante serait basée sur un critère fiscal et correspondrait à un pourcentage moyen annuel des revenus fédéraux perçus au Québec lors des vingt ans précédant la déclaration de souveraineté. Le partage des biens fédéraux non-financiers serait équivalent au ratio entre la valeur du partage des biens localisés sur le territoire du Québec et la valeur de tous les biens fédéraux non-financiers localisés ailleurs au Canada et dans le monde.

* Professeur à l'Université d'Essex au Royaume-Uni. Cet avis a été rédigé à la demande de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec et a été publié à l'origine dans COMMISSION SUR L'AVENIR POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL DU QUÉBEC, *Éléments d'analyse économique pertinents à la révision du statut politique et constitutionnel du Québec*, Documents de travail, n° 1, pp. 538 à 553.

¹ Doc. N.U.A/Conf. 117/14 (1983) p. 73. [ci-après dénommé la Convention sur la succession de 1983].

Une évaluation de cette méthode nécessite un examen du traitement en droit international des facteurs essentiels des avoirs, dettes et pensions.

I.- La propriété de l'État

L'article 8 de la Convention de Vienne de 1983 définit la propriété de l'État comme «la propriété, les droits et les intérêts» qui à la date de la succession étaient accordés au droit interne de l'État prédécesseur possédées par cet État. C'est un principe accepté dans le droit international coutumier que la propriété publique d'un État cédant avec respect pour le territoire en question passe à l'État successeur². Le récent US Restatement (Third) of Foreign Relations Law³ statue simplement que la propriété de l'État prédécesseur sur le territoire en question passerait à l'État successeur. Il faut également noter que l'article 11 de la Convention de 1983 prévoyait que la propriété d'État se transfère sans compensation. Ceci, bien sûr, est sujet à un accord à l'effet contraire par les États concernés et l'on peut noter, par exemple que l'article 208 du Traité de paix autrichien de 1919 stipulait qu'une commission de réparation évaluerait toute la propriété de l'ancien gouvernement autrichien existant dans les territoires des États successeurs à la monarchie austro-hongroise et créditerait ce montant au gouvernement autrichien.

Cependant, il y a lieu de distinguer entre les différents types de propriété de l'État. L'article 17 de la Convention de Vienne de 1983 note que la propriété immobilière de l'État prédécesseur localisée sur le territoire en question sera transférée à l'État successeur. Il est aussi prévu que la propriété mobilière de l'État prédécesseur reliée avec l'activité de cet État en relation avec le territoire en question passe à l'État successeur. Ces dispositions reflètent clairement le droit coutumier⁴. De telles dispositions incluraient tous les droits liquidés de l'État prédécesseur dans le territoire. De plus, un État successeur recevrait également les balances du trésor local et les réserves et les fonds spécialement alloués au territoire en question, en plus de tous les fonds appliqués à la liquidation des dettes locales, incluant les dépôts d'épargne bancaires, les pensions et la «superannuation» payables aux personnes sur le territoire.

L'article 17 prévoit également que toute autre propriété mobilière de l'État prédécesseur passe à l'État successeur «dans une proportion équitable». Ceci est plus controversé depuis qu'il apparaît modifier l'approche territorialiste dominante à la succession de la propriété de l'État. Il n'est probablement pas représentatif de la coutume. Toutes ces dispositions sont cependant sujettes à un accord à l'effet contraire.

II.- Les dettes de l'État

Ceci relève d'une incertitude considérable et un certain doute a été exprimé à savoir s'il existe une règle de succession en de telles circonstances⁵.

Les dettes de l'État sont définies dans l'article 33 de la Convention de 1983 comme «toute obligation financière d'un État prédécesseur à l'égard d'un autre État, d'une organisation internationale ou de tout autre sujet du droit international». Ceci évidemment exclut les créanciers privés, un point qui est critiqué dans le US Restatement⁶.

Les dettes peuvent être nationales, c'est-à-dire possédées par l'État comme tel; locales c'est-à-dire les dettes contractées par un corps gouvernemental local; ou localisées c'est-à-dire les dettes encourues par le gouvernement central pour des projets locaux ou concernant une région donnée⁷. En droit coutumier, une dette locale passerait clairement à l'État successeur puisqu'elle constitue un arrangement conclu par une entité sous-étatique maintenant transférée à la juridiction du nouvel État. Ce serait aussi le cas des dettes localisées puisqu'elles constituent des dettes d'État fermement liées au territoire en question. Cette conclusion est renforcée là où le territoire est une région fiscalement autonome⁸.

La question de la succession des dettes de l'État en est une à laquelle il est impossible de donner une réponse définitive en droit international. Dans la pratique, il est rare que la séparation d'une partie d'un État existant soit envisagée, mais il faut bien sûr préciser que la personnalité internationale de l'État (prédécesseur) débiteur demeure tout comme la relation légale entre celui-ci et le créancier. La présomption voudrait que la responsabilité pour les dettes publiques de l'État prédécesseur suit cet État⁹. Ceci semblerait certainement être le cas lorsqu'une partie d'un État est transférée à un autre État¹⁰. Cependant, une carence en pratique internationale nous laisse hésitant à clamer qu'une nouvelle règle de droit international a été créée en regard de la situation où un État se sépare pour former un nouvel État.

Néanmoins, il y a une certaine pratique impliquant une forme de division dans les cas de dettes non-garanties. On pourrait ici citer les arrangements pris entre le Royaume-Uni et l'État libre d'Irlande en 1921 et entre le Pakistan et l'Inde après la séparation de l'Inde britannique en 1947. Dans le premier cas, l'État libre d'Irlande accepta d'assumer la responsabilité du service de la dette publique du Royaume-Uni «dans une proportion juste et équitable». Dans le second cas, il n'y eut pas de répartition directe de la dette entre les deux États, la plupart des obligations financières du gouvernement central de l'Inde britannique demeurant sous la responsabilité de l'Inde. L'Inde fut le seul débiteur de la dette centrale, alors que la part du Pakistan dans le partage de cette dette (qui était proportionnelle aux avoirs reçus) devint une dette envers l'Inde.

Dans le cas de dettes garanties, l'opinion générale voudrait que les emprunts garantis par l'hypothèque des avoirs situés sur le territoire (dettes hypothéquées) survivent au transfert de ce territoire¹¹ mais non les dettes généralement reliées aux sources de revenus (dettes hypothécaires), où une

² Voir I. BROWNLIE, *Principles of Public international Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 658 et M.N. SHAW, *International law*, 2nd ed., Cambridge, Emotion Publications, 1986, p. 447.

³ Voir *Foreign Relations Law of the United States*, 1987, par. 209.

⁴ Voir D.P. O'CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, University Press, vol. 1, p. 202.

⁵ Voir BROWNLIE, *op. cit. supra*, note 2, pp. 658-659.

⁶ Voir US Restatement, *supra*, note 3.

⁷ Voir SHAW, *op. cit. supra*, note 2, p. 452.

⁸ Voir O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 4, p. 416.

⁹ Voir Ottoman public debts, case 2, U.N.R.I.A. Awards, 529.

¹⁰ Voir *Annuaire de la Commission de droit international*, vol. II, partie 1, 1977, p. 81.

¹¹ Voir *Traité de Paix entre les Puissances Alliées et Associées et l'Autriche*, 1919, art. 203 reproduit dans R. PINTO et H. ROLLET, *Recueil général des traités de la France*, Paris, La documentation française, 1984.

portion de la dette nationale est imputée à un revenu local puisque c'est plus pratique ainsi.

Cela dépendra beaucoup des circonstances et il peut très bien arriver que là où le territoire sécessionniste constitue une part substantielle de l'État prédécesseur, des considérations d'équité suggéreront une forme de proportionnalité. Ce sont ces considérations, associées à l'exemple du traité Royaume-Uni - État libre d'Irlande de 1921, qui amèneront la Commission de droit international à proposer le projet menant à l'article 40 de la Convention de Vienne de 1983.

L'article 40 prévoit que lorsqu'une partie d'un État devient un autre État, à moins d'un accord autre, la dette nationale de l'État prédécesseur passe à l'État successeur «en une proportion équitable» en tenant compte, en particulier, de la propriété, des droits et des intérêts qui passent à l'État successeur en relation avec cette dette. Il est douteux que cela constitue une codification du droit international coutumier comme tel, mais cela reflète une approche viable avec un certain fondement théorique.

La base pour déterminer ces proportions, qui devraient être établies par accord, dépendrait des parties concernées. Une variété de possibilités existe, incluant un pourcentage d'imposition, l'extension de territoire, la population, la nationalité des créanciers, la valeur imposable distincte des contributions actuelles au revenu, la valeur des avoirs et contributions du territoire en question, pour l'administration centrale¹². Pour être équitable, la valeur sur plusieurs années doit être utilisée. Le schéma suggéré dans mes recommandations serait, par conséquent, en accord avec le droit international en ce domaine.

En ce qui concerne les dettes de l'État envers des créanciers privés, la Convention de Vienne de 1983 ne s'applique pas puisque la définition produite à l'article 33 les exclut. L'opinion exprimée dans le US Restatement¹³ veut que les mêmes règles qui s'appliquent en regard des États ou organisations internationales créanciers s'appliqueraient également aux créanciers privés et est exacte.

En droit international, les pensions accordées avant le changement de souveraineté constitueraient une charge pour l'État prédécesseur. C'est seulement lorsqu'une pension serait payable par le trésor local dans le territoire en question qu'on la considérerait comme une dette administrative locale et donc passerait à l'État successeur. En d'autres termes, lorsque le gouvernement central est l'employeur, le fonctionnaire en question peut soulever son droit à une pension seulement contre cet organisme. Cependant, s'il était employé par une unité administrative totalement locale et que la pension était payable par les fonds de cette unité, la dette serait locale et passerait à l'État successeur¹⁴.

Bien sûr, il est possible de prévoir une approche différente par un accord et le traité Royaume-Uni - État libre d'Irlande de 1921 stipulait que le second assumerait la responsabilité d'une proportion juste et équitable du paiement des pensions de guerre. La suggestion contenu dans mes recommandations veut que la part du Québec dans les engagements du gouvernement fédéral envers les bénéficiaires du fonds de retraite dépendrait de la proportion des employés

fédéraux vivant au Québec au moment de l'indépendance, serait selon moi, tout à fait acceptable en droit international.

Il est évident que l'approche du droit international concernant les questions de la succession d'État dans le cas où une partie d'un État existant fait sécession pour former un nouvel État n'est pas exempte de toute incertitude, mais l'approche dominante est basée sur les facteurs géographiques et territoriaux.

En termes généraux, la propriété de l'État (mobilière ou immobilière) liée au territoire concerné passera à l'État successeur, tout comme les dettes en ce qui concerne certaines formes de propriété mobilière en dehors du territoire mais en regard des dettes générales de l'État, où il semble y avoir un courant vers la proportionnalité, même s'il ne constitue pas une norme obligatoire de droit international.

L'approche contenue dans mes recommandations est quelque peu différente dans sa relation avec l'évaluation des avoirs et dépendrait de l'acceptation du gouvernement fédéral. Elle cherche également à établir un large principe de proportionnalité entre les avoirs et la dette, qui n'est pas en lui-même contraire au droit international, certainement en regard du problème de division de la dette générale de l'État. Il vaudrait peut-être la peine de considérer une approche plus étendue si la commission désire développer cette partie de l'étude. En particulier, l'importance des avoirs et dettes ayant un lien avec le territoire du Québec ne devra pas être négligée.

Il faut souligner en toute circonstance que beaucoup de problèmes discutés nécessiteraient d'être résolus dans le contexte d'un accord avec le gouvernement fédéral, et les parties concernées sont libres de prendre ces décisions en accord avec leurs intérêts. [...]

¹² Voir *Virginia v. West Virginia*, 220 US 1.

¹³ Voir US Restatement, *supra*, note 3.

¹⁴ Voir O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 4, p. 468.