



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Voire référence*

Our file *Notre référence*

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Canada

LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER DANS LE CADRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Par MICHEL MAHER
Thèse
Programme de maîtrise en droit

Présenté à Madame France Morissette, LL.D.
École des études supérieures en droit
Université d'Ottawa

Ottawa
Automne 1994
© 1994, Michel Maher



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-612-07824-8

Canada

À Sylviane, tant pour l'aide apportée à la révision de ce texte que pour ses encouragements très concrets de tous les instants.

Présenté à Madame France Morissette, LL.D.
École des études supérieures en droit
Université d'Ottawa
Par Michel Maher
Le 29 décembre 1994

LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER DANS LE CADRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Thèse

Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral peut s'expliquer par l'importance des normes nationales dans l'application des principes égalitaires, et par l'importance de la notion de garantie de l'exercice des compétences des provinces, dans le respect du partage des pouvoirs. Il peut être exercé non seulement par le biais des dépenses budgétaires, mais aussi par les déboursés réels qu'entraînent certaines concessions fiscales accordées par le gouvernement à divers groupes d'intérêts, aux termes de la *Loi de l'impôt sur le Revenu*.¹

Sommaire

Les instruments économiques dont dispose le Canada ont des objets et des limites variés: mentionnons les politiques monétaire, commerciale, budgétaire et fiscale. Le rôle de la politique fiscale comme instrument économique est lié à l'accroissement des engagements des États relativement aux règles de droit international économique. Ces règles conditionnent l'efficacité et la disponibilité des autres leviers économiques de l'État. Nous verrons qu'avec la réduction de l'efficacité des autres leviers économiques, la politique fiscale bénéficie d'un effet compensateur. Elle constitue en fait le fondement des grandes politiques de stabilisation économiques et sociales et contribue à restaurer l'autonomie de l'État. C'est une forme d'interventionnisme économique.²

Durant toute la période d'après-guerre, un certain degré d'interventionnisme a été l'épine dorsale des politiques économiques dans les pays de l'OCDE. Dans un État fédéral, ce phénomène s'actualise par le fédéralisme fiscal. L'interventionnisme s'exerce notamment par le pouvoir de dépenser, qui correspond à un dépassement des limites constitutionnelles dans l'exercice du pouvoir d'affectation des crédits. Il constitue un instrument parmi d'autres de la politique fiscale. Sa source, sa nature et son efficacité dépendent donc aussi du rôle et de l'importance de la politique fiscale. Il existe des régimes fédéraux qui reconnaissent explicitement ce pouvoir dans leurs lois fondamentales et d'autres où celui-ci prend sa source

1. SC 1970-71-72, c. 63 telle que modifiée; LRC (1985) 5e supp.

2. Certains auteurs qualifient ces politiques de mesures anti-conjoncturelles en ce qu'elles visent à rétablir les grands équilibres de l'économie; il faut distinguer cet interventionnisme de l'État qui est indicatif, par rapport au dirigisme, qui est impératif.

dans diverses théories. Pourtant dans les deux cas, l'exercice du pouvoir de dépenser constitue une fonction essentielle de l'État fédéral.

Dans un État fédéral comme le Canada, les finances publiques sont structurées en fonction d'arrangements financiers entre l'État fédéré et l'État central. Or, ces accords sont déterminés par des facteurs conjoncturels et institutionnels. Les facteurs conjoncturels prennent une dimension toute particulière alors que les collectivités fédérées administrent des budgets de plus en plus importants.

Pour ces raisons, deux formes d'arrangements financiers se sont développés. Ainsi certains se reconnaissent par une formule de partage selon les dépenses alors que d'autres ont une formule de partage selon les recettes. Les deux systèmes correspondent à des approches opposées l'une de l'autre relativement au degré de flexibilité, d'autonomie et d'intégration qu'ils permettent aux États participants. Alors que les modèles de fédéralisme classique étaient monolithiques, adoptant tout l'un ou tout l'autre, les modèles de fédéralisme actuels représentent plutôt des systèmes mixtes, dans lesquels chacun des deux ordres de gouvernement est partie à un réseau complet d'arrangements financiers.

La flexibilité du modèle actuel provient du fait que les politiques socio-économiques peuvent être adaptées aux impératifs des critères nationaux ou des besoins locaux, selon les circonstances. Ainsi, dans le processus des consultations et des négociations qui ont cours entre les deux ordres de gouvernement, les agents de politique et les élus pourront invoquer l'une ou l'autre des formules, selon les intérêts qu'ils défendent.

Dans le but de maintenir une certaine cohérence dans son action, un gouvernement central, par exemple Ottawa, se réserve la coordination des ententes. Cela est raisonnable considérant que l'État fédéral se trouve généralement en position de donner, au nom de l'ensemble, ce que les provinces réclament pour elles-mêmes. Il doit, en tant que responsable des grandes politiques de stabilisation économique, consulter et agir selon des lignes directrices très rigoureuses. Les agents fédéraux évoqueront la nécessité de planification intégrée, alors que ceux des provinces dénonceront l'ingérence lorsque les intérêts nationaux à long terme sont directement confrontés à leurs intérêts propres à court et moyen terme.

On peut concéder qu'il s'agit d'une certaine forme de centralisation et que c'est là le prix à payer pour défendre l'intérêt national. Les États fédérés seraient véritablement menacés s'ils ne disposaient pas des ressources nécessaires pour s'acquitter des missions de service public correspondant à leurs compétences législatives, et si ces compétences pouvaient être exercées avec d'autres chefs de pouvoirs déjà reconnus au Parlement fédéral. Or, ainsi que nous le démontrerons, une telle hypothèse ne pourrait être possible en droit constitutionnel canadien. En aucune façon, le Parlement fédéral ne peut combler un vide éventuel que causerait l'inactivité volontaire ou forcée d'une province dans son domaine de compétence législative.

Que la visibilité des programmes nationaux et le capital politique qui s'y rattache soient un enjeu intrinsèque des arrangements financiers, est une évidence. Il reste que ce phénomène doit s'harmoniser avec un cadre institutionnel particulier.

Dans le cadre juridique constitutionnel, nous examinerons ce concept controversé dont l'enjeu peut donner une coloration plus ou moins centralisatrice aux arrangements fédéraux-

provinciaux. Il s'agit du pouvoir fédéral de dépenser, déjà mentionné. Étant donné que c'est justement à partir de négociations à caractère financier que des ententes intergouvernementales ont consolidé le fédéralisme au Canada,³ il sera intéressant de passer en revue les tenants et aboutissants des théories relatives à ce pouvoir. À l'instar du processus de consécration des garanties et droits fondamentaux,⁴ la constitutionnalisation de ce pouvoir pourrait se faire au moyen d'un compromis politique.

Au Canada, les fondements du pouvoir de dépenser sont des énoncés doctrinaux et jurisprudentiels alors qu'ils relèvent de dispositions explicites et spécifiques des constitutions dans d'autres États. Si elle se distingue au niveau de sa source, la notion de pouvoir de dépenser transcende les régimes fédéraux et ses effets dépassent généralement le cadre des dispositions attributives de compétences législatives. Cette situation de fait supporte l'argument à l'effet que la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser devrait être examinée à la lumière du cadre général des finances publiques et des principes d'économie politique.

On ne peut sérieusement s'interroger sur les limites et conditions du pouvoir fédéral de dépenser sans considérer la conception moderne des principes du fédéralisme fiscal et de la responsabilité financière. Le principe de responsabilité financière s'entend par un système selon lequel le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés sont responsables de la gestion de leur budget et de la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres.⁵

Sur le plan de l'économie politique, on a justifié le système d'arrangements financiers du fédéralisme fiscal par l'équilibre des droits et besoins à l'échelle des individus, et des provinces. A l'échelle des individus, cette considération des droits et besoins visait l'équité horizontale entre tous les citoyens canadiens et justifiait les transferts conditionnels. A l'échelle des provinces, cette considération visait l'équité entre les unités politiques et justifiait les transferts inconditionnels.⁶ C'est le paradoxe de Clark. Nous pensons que cette analyse reflète, de façon concrète et réaliste, la dualité du régime fédéral. A cet effet, l'enchâssement constitutionnel du pouvoir de dépenser serait l'occasion de préserver l'intégrité et l'équilibre du régime fédéral.

-
3. PETER A., "Federalism and the Myth of the Federal Spending Power", (1989) 68 *Can.Bar.Rev.*: 448 p., 433.
 4. REMILLARD GIL, "Rebuilding the Relationship: Québec and its Confederation Partner", Seminar Held at Montréal, Québec on May 9, 1986 dans BAYESFKY, Anne F, *Canada's Constitution Act, 1982 and amendments, a documentary history*, Toronto, McGraw Hill-Ryerson Limited, 1989, p. 944, 945.
 5. La responsabilité financière (ou fiscale) signifie que le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés (provinces) sont responsables de leur gestion et de la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres; ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, 440, 28; Autre définition: Capacité d'un gouvernement d'indiquer de manière précise comment les Fonds ont été utilisés lorsque les coûts associés aux programmes sont directement reliés aux montants transférés cf. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport*, Vol. 3, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1985, 779, 278 (citée par Commission McDonald).
 6. CLARK Douglas, *Fiscal Needs and Revenue Equalization Grants*, Toronto, Association Canadienne d'Études fiscales, 1969, 56, 8.

Alors que l'interdépendance, concept politique, est à la base du régime de péréquation, le pouvoir de dépenser, concept juridique, a justifié les programmes à frais partagés. Pourtant, le pouvoir de dépenser et l'interdépendance s'expliquent tous deux par le déséquilibre fiscal des pouvoirs dans la constitution. Le maintien du déséquilibre fiscal est justifié par le principe du fédéralisme à l'effet que le tout vaut davantage que la somme de ses parties.

Les sources jurisprudentielles et doctrinales du pouvoir de dépenser

Le pouvoir de dépenser fait l'objet depuis 1869 d'une reconnaissance du Conseil privé de Londres. Cependant, on a jamais réussi à circonscrire avec précision les tenants et aboutissants de ce pouvoir, qui sont, du reste, assez obscurs.

Dans l'arrêt *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*,⁷ le Conseil privé déclare que les lois affectant des sommes du fond consolidé à des domaines relevant de l'article 92 sont *ultra vires*. Cette réserve est plus ou moins juste pour plusieurs raisons. D'une part, elle n'est pas explicite et, d'autre part, les interventions du gouvernement fédéral sont tellement interreliées avec un ensemble de considérations ayant trait aux transferts aux provinces que ces dernières n'ont pas trouvé opportun de dénoncer ce qui, autrement, pourrait être un acte *ultra vires*, puisqu'elles en tirent un certain bénéfice.

De plus, tout ce qui a trait au fédéralisme fiscal n'est que peu judiciaire en raison de la très grande complexité des enjeux politiques et financiers en cause. Or dans ces deux matières, les tribunaux se sont toujours montrés réticents à intervenir, préférant laisser toute latitude au processus décisionnel des assemblées délibérantes des représentants élus par la population.

Dans son ouvrage politique *subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, P.E. Trudeau soutient que le pouvoir de dépenser est une compétence du Parlement au titre de laquelle celui-ci est autorisé à dépenser dans des domaines aux sujets desquels il n'a pas nécessairement le pouvoir de légiférer.⁸ D'autres auteurs ont examiné la source du pouvoir de dépenser. Le professeur F.R. Scott prend position en faveur d'une théorie fondée sur la prérogative royale de faire des dons.⁹ Pour sa part, le Barreau canadien maintient que ce pouvoir se fonde sur les articles 91(3) et 102 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.¹⁰ Par ailleurs, dans son article «Spending power», E.A. Driedger propose une théorie du pouvoir de dépenser fondée sur les articles 102 et 106

7. *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, 1937 A.C. 355.

8. TRUDEAU P.E., *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement Canadien*, Document de travail sur la constitution, Ottawa, 1969.

9. SCOTT F.R., "The Constitutional Background of Taxation Agreements", 2 *McGill Law Journal* 1.

10. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3.

de la *Loi Constitutionnelle de 1867*¹¹, qu'il compare à l'article 81 de la Constitution Australienne.¹²

La source du pouvoir de dépenser est très significative car elle permet d'en déterminer la portée. Par exemple, le Barreau suggère qu'il s'agit d'un pouvoir quasi-illimité,¹³ sauf si l'affectation de ces sommes a pour effet de réglementer un domaine de compétence provinciale. Cela, faut-il le préciser, n'empêcherait pas la dépense elle-même mais plutôt les conditions rattachées à leur octroi.¹⁴

S'il est acquis qu'un pouvoir de dépenser ne peut émaner de la théorie de situation d'urgence, il n'en demeure pas moins qu'il pourrait être invoqué conjointement avec ce pouvoir. Le jugement rendu dans *Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation*¹⁵ illustre bien le caractère particulier des lois d'affectation de crédits en déclarant constitutionnel l'exercice d'un pouvoir d'urgence en matière économique.

En raison de son importance en tant qu'instrument du fédéralisme fiscal, le pouvoir de dépenser devrait être fondé sur des principes constitutionnels explicites et stables. En outre, il devrait s'appuyer sur des principes de responsabilité financière et d'autonomie budgétaire et refléter l'interdépendance des paliers de gouvernements, en régime fédéral. Surtout, il devrait favoriser l'équilibre des tendances contradictoires du régime fédéral, tel que défini par K.C. Wheare.

L'égalité des unités politiques composantes et l'égalité horizontale sont les deux pièces maîtresses du paradoxe de Clark. La combinaison de ces principes dans le fédéralisme fiscal permet la plus sûre harmonie entre les deux tendances contradictoires qu'un régime fédéral vise à concilier, soit le besoin d'autonomie des États fédérés et la volonté d'intégration politique.¹⁶ Certes, c'est un exercice délicat que de trouver un juste degré d'autonomie et d'intégration. Toutefois, il est de l'essence même du régime fédéral de rechercher cet équilibre.

11. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée.

12. DRIEDGER, E.A., "The Spending Power", (1981-2) 4 *Queen's L.J.* 135 à 143.

13. BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada Nouveau 1967*.

14. BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada Nouveau 1967.*, note 517.

15. *Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation*, (1976) 2 RCS 373.

16. WHEARE, *Op.Cit*, note 59, 458, 102; COLLIARD Claude Albert, *Institutions internationales (5ed.)*, Paris, 1970, pp. 800, 113.

**LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER DANS LE CADRE DU DROIT
CONSTITUTIONNEL CANADIEN**

© 1994, Michel Maher

**LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER DANS LE CADRE DU DROIT
CONSTITUTIONNEL CANADIEN**

Par Michel Maher

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE PRÉLIMINAIRE - LES PARAMÈTRES JURIDIQUES INTERNATIONAUX ENCADRANT LES GRANDES POLITIQUES ÉCONOMIQUES NATIONALES ET LEURS EFFETS	6
SECTION I - Les engagements internationaux du Canada	6
A) les enjeux du droit international en matière de politiques monétaires en régime fédéral	7
1) Le lien entre la politique monétaire et fiscale au Canada	7
2) Mise en oeuvre des engagements au Canada	12
a) Aspects financiers: la situation financière du gouvernement canadien	12
b) Aspects juridiques: l'obligation légale du contrôle de l'inflation	14
B) Les enjeux du droit international en matière de Politiques Commerciales	19
1) Le lien entre les politiques commerciale et fiscale au Canada	19
2) Mise en oeuvre des engagements au Canada	21
a) Une nécessité financière: les compressions financières	22
b) Une nécessité juridique: le changement des préférences fiscales et la TPS	25
SECTION II - L'effet des engagements internationaux sur la dynamique des finances publiques au Canada	27
A) Le cadre d'évolution des finances publiques affectant les transferts aux provinces, les transferts en espèces, les droits rattachés au financement des programmes établis et la péréquation	29
B) Le pouvoir de dépenser: la confrontation de l'usage et de son application pratique dans la nouvelle tendance de l'économie politique	33

PARTIE I - LES ASPECTS THÉORIQUES: LES PARAMÈTRES JURIDIQUES ENTOURANT LE POUVOIR DE DÉPENSER	36
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - L'extension des compétences fédérales face aux forces de résistance des États membres et la tendance actuelle	39
La notion juridico-politique de l'État fédéral	39
A) L'enjeu du fédéralisme fiscal: le pouvoir de dépenser et la responsabilité fiscale	44
B) Les limites du fédéralisme fiscal: le choix entre la responsabilité fiscale et les illusions fiscales	47
CHAPITRE I - Le partage selon la répartition des dépenses: de l'extension des compétences fédérales au rétablissement de l'équilibre par les politiques budgétaires	50
SECTION I - L'extension des compétences fédérales sous l'aspect de la suprématie fédérale	55
A) Le concept: l'interpénétration des tâches dans le contexte de l'Etat-providence	55
B) Les modalités: la souplesse de la répartition des compétences et la reconnaissance d'une compétence fédérale générale	59
SECTION II - Le rétablissement des équilibres opéré par la force de résistance des États fédérés: les politiques budgétaires	61
A) Le cadre: différents types de systèmes d'organisation du partage selon les dépenses	62
B) Les moyens d'action: la négociation et la détermination des priorités budgétaires	63
CHAPITRE II - Le Partage ou la Répartition des Recettes: Le leadership national par l'intégration fiscale et la résistance des États fédérés par l'exercice des préférences fiscales	66
SECTION I - De l'affirmation de la suprématie fédérale à la reconnaissance d'une compétence fédérale générale	67
A) Le concept: la nature propre du système canadien: Cristallisation du leadership national en matière financière	67
B) Les modalités: le choix d'un régime de péréquation	68

SECTION II - La force de résistance des États fédérés conduisant au rétablissement des équilibres: les préférences fiscales	73
A) Le cadre: différents types de systèmes d'organisation du partage selon les recettes	73
B) Les moyens d'action: l'exercice des préférences fiscales	79
CONCLUSION PRÉLIMINAIRE - Diverses théories d'empiétement du Parlement central expliquant la notion de garantie de l'exercice des compétences	81
PARTIE II - ASPECTS PRATIQUES: LES INSTRUMENTS JURIDIQUES PERMETTANT L'EXERCICE DU POUVOIR DE DÉPENSER	88
CHAPITRE I - Le pouvoir fédéral en matière de prélèvements obligatoires	88
SECTION I - Fondements constitutionnels des pouvoirs fiscaux au Canada	88
A) Principes généraux	90
a) Théorie des lois fiscales déguisées	90
b) Principe d'extra-territorialité	94
c) Objectifs visés dans le partage des compétences	96
d) Autres aspects des compétences fiscales	96
B) Applications	98
1) Les Taxes à la consommation	98
a) Taxes directes et principe de non-retransmissibilité	98
b) La portée étendue des Taxes directes	102
<i>Arrêt sur la constitutionnalité de la TPS</i>	102
2) Impôts sur le revenu	106
a) Les bases d'imposition	106
b) le partage de l'assiette fiscale	111
SECTION II - Fondements constitutionnels des pouvoirs fiscaux en australie	114
Considération préliminaire: l'intérêt de l'australie	114
A) Principes généraux	118
B) Application	119
1) Les douanes et accises	119
2) Impôt sur le revenu	127

CHAPITRE II - Le pouvoir fédéral de dépenser: à la limite de la légalité et de l'opportunité	133
SECTION I - Les fondements doctrinaux et jurisprudentiels du pouvoir de dépenser au Canada	133
A) Des principes constitutionnels sibyllins expliqués par une conception socio-économique du pays	133
1) Présentation et analyse des théories	134
a) Des positions inconditionnelles à la faveur d'un pouvoir de dépenser absolu et illimité	137
i) La théorie du don de Scott	137
ii) La théorie interprétative de Smiley et Burns	139
iii) <i>Document de travail du gouvernement fédéral</i>	142
b) Des positions nuancées justifiant un pouvoir de dépenser restreint	146
i) La position de K.C. Wheare	146
ii) La position du juge LaForest	147
iii) Le Comité sur la constitution de l'Association du Barreau canadien	150
iv) La position du juge Beetz	152
v) La position du doyen Chevrette	154
vi) La théorie du professeur Driedger	155
vii) La théorie du professeur Hogg	156
2) Les fondements jurisprudentiels: les tendances d'une théorie obscure	159
a) Le rétablissement de l'équilibre financier : le pouvoir de dépenser	159
i) Le pouvoir de dépenser: la réponse à une impasse constitutionnelle et socio-économique	159
<i>L'arrêt de l'assurance chômage</i>	159
ii) L'évolution incertaine d'une théorie obscure	164
<i>L'arrêt Anger c. ministre du Revenu National</i>	164
<i>L'arrêt Renvoi sur la Loi anti-inflation</i>	165
b) La mitigation du principe de la légalité : le résultat de l'impasse d'un pouvoir de dépenser indéfini	167
i) La précarité des transferts financiers dévoilée par le renversement du principe de responsabilité	167
ii) Le désengagement: fruit de l'erreur ou de la restauration du principe de la responsabilité	

fiscale	168
<i>L'affaire du Régime d'Assurance Publique du Canada</i>	168
<i>L'arrêt Finlay (CAP 2)</i>	175
Conclusion préliminaire	176
B) Les jalons de l'évolution du pouvoir de dépenser	177
1) Rétrospective	177
a) Le cadre d'évolution des programmes d'assistance financière aux provinces	177
b) Classification et évolution des types d'assistance financière: les transferts en espèces, les droits rattachés au financement des programmes établis et à la péréquation	182
i) Évolution législative des points d'impôts	183
ii) Les transferts financiers	193
iii) De la péréquation au développement régional	195
Conclusion préliminaire	205
2) Prospective: propositions de consécration constitutionnelles	207
i) <i>Le Document fédéral de 1969</i>	208
ii) <i>Propositions de l'Accord du Lac Meech</i>	211
iii) <i>Bâtir ensemble l'avenir du Canada</i>	215
iv) Proposition du Comité Constitutionnel de l'Association du Barreau canadien	217
v) <i>Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada</i>	218
vi) <i>Rapport du consensus sur la constitution de Charlottetown</i>	219
Conclusion préliminaire	221
3) L'extension des pouvoirs en matières de fédéralisme fiscal s'expliquant par le pouvoir en matière d'affaires extérieures	224
a) Compétence constitutionnelle du Québec à ce sujet - Qualification	224
i) La valeur juridique des ententes	227
ii) La force obligatoire des ententes	228
iii) Étendue de ces accords	228
b) Pouvoir de conclure de tels accords	229

SECTION II - LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU POUVOIR	
DE DÉPENSER EN AUSTRALIE	232
Principes fondamentaux du droit constitutionnel australien	232
A) Les assises juridiques du pouvoir de dépenser en Australie - Constitution et jurisprudence	235
a) L'article 96: les transferts financiers aux États	235
b) L'article 81: les dépenses directes	241
B) Les Jalons de l'évolution des transferts inter-gouverne- mentaux	245
1) Rétrospective: la domination du gouvernement fédéral en matière de finances publiques	245
a) Évolution des institutions de l'assistance financière fédérale	245
b) Classification et évolution des types d'assistance financière	248
i) Transferts financiers généraux	248
ii) Les transferts financiers d'assistance spéciale. . .	250
iii) Les transferts financiers à raison spécifique	251
2) Prospective: les tendances extrêmes d'une théorie aux contours imprécis	254
a) L'établissement de limites à l'exercice du pouvoir de dépenser	254
b) L'extension de la structure des pouvoirs en matière de finances publiques - le pouvoir en matière d'affaires extérieures	255
C) L'application des concepts de droit australien par rapport au modèle canadien	257
1) Les facteurs de divergence	258
2) Les facteurs de convergence	259
SECTION III - LE MODÈLE EUROPÉEN ET LE RÔLE CUMULATIF DE	
L'EXÉCUTIF ET DU LÉGISLATIF: LE RENFORCEMENT DE LA	
COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE PAR L'EFFET DE L'ÉTAT-	
PROVIDENCE	265
A) Les institutions fondamentales de l'europe communautaire . .	265
B) Le droit communautaire en matière de finances publiques . .	269
1) La fiscalité de l'Europe Communautaire	269
2) Le pouvoir d'affectation de l'Europe communautaire	273

SECTION IV - LE MODÈLE AMÉRICAIN ET LE RÔLE PRÉDOMINANT DE L'EXÉCUTIF: LA RAISON D'ÉTAT ET LE LEADERSHIP DE L'EXÉCUTIF CONSACRÉS PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE SUPREME - <i>General; Welfare Clause</i>	277
A) Les pouvoirs fédéraux en matière de prélèvement obligatoire	277
b) La compétence fédérale concernant le pouvoir de dépenser	278
CONCLUSION	284
LEXIQUE	288
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	292
INDEX ANALYTIQUE	309

LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER DANS LE CADRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Le paradoxe des finances publiques: le pouvoir de dépenser a été une source de centralisation et de décentralisation, de symétrie et d'asymétrie, d'unité et de désunion dans le fédéralisme.

Charles Durand

INTRODUCTION

Le Canada est membre de la communauté internationale. À ce titre, il est assujéti à des règles de droit international économique. Aucune discussion relative au droit des finances publiques ne peut ignorer ces règles qui circonscrivent le domaine d'action des principales politiques économiques nationales. Désormais, le Canada, à l'instar des autres pays, connaît des tempéraments à l'exercice des attributs de sa souveraineté, en cette période de globalisation et de mondialisation des échanges.

En matière de politique intérieure, le rôle de l'État est lié au maintien et à l'amélioration des ressources visant à répondre aux priorités minimales que la société veut se donner. Ces priorités pourront rejoindre notamment le financement des services publics, des programmes sociaux, ainsi que de l'aide au développement régional.¹ Les instruments juridiques et financiers aux mains de l'État dans la poursuite de ce rôle étant limités, il importe que ceux-ci soient utilisés de façon harmonieuse, particulièrement lorsque les pouvoirs sont partagés dans le cadre d'un régime fédéral.

Ces instruments, essentiellement économiques, sont variés dans leurs objets et dans leurs limites: mentionnons les politiques monétaire, commerciale, budgétaire et fiscale. Le rôle de la politique fiscale comme instrument économique est lié à l'accroissement des engagements de l'État relativement aux règles de droit international économique. En ce que ces règles conditionnent l'efficacité et la disponibilité des autres instruments, la politique fiscale bénéficie en quelque sorte d'un effet compensateur. Elle constitue de ce fait le fondement des grandes politiques de stabilisation économique et sociale qui visent justement à récupérer cette autonomie de l'État.² C'est une forme d'interventionnisme économique.³

¹ STRAUSS, R., "Fiscal Federalism and The Changing Global Economy", (1990) 43 *National Tax Journal* 315-320; SHAVIRO, Daniel, "An Economic and Political Look at Federalism in Taxation", (1992) 90 *Michigan Law Review* 5, p. 895-991

² BRUCE, Neil, ed., *Tax Expenditures and Government Policy*, the Seventh John Deutch Roundtable on Economic Policy, Kingston, Queens University, John Deutch Institute for the Study of Economic Policy, 1988; BROOKS, Neil, "Taxation of Closely-Held Corporations: the partnership option and the lower rate of tax" (1986) 3 *Australian tax forum* 3, 383-509; BROWN, Robert, "A critical review of tax shelter: loophole or escape hatch?" dans Whayne R.Thirsk et John Wally, ed. *Tax policy options in the 1980s*, Canadian tax papers no. 66, Toronto, canadian tax foundation, 1982; AARON Henry J. Et GALPER Harvey, *Assessing tax reform* Washington, The Brooking Institution, 1985, 16-20 et 29-30.

Durant toute la période d'après-guerre, un certain degré d'interventionnisme a été l'épine dorsale des politiques économiques dans les pays de l'OCDE. Dans un État fédéral, ce phénomène s'actualise par le fédéralisme fiscal. Ainsi, l'interventionnisme s'exerce notamment par le pouvoir de dépenser, lequel constitue alors un instrument parmi d'autres de la politique fiscale. Sa source, sa nature et son efficacité dépendent donc aussi du rôle et de l'importance de la politique fiscale. Il existe des régimes fédéraux qui reconnaissent explicitement ce pouvoir dans leurs lois fondamentales et d'autres où celui-ci prend sa source dans diverses théories. Pourtant dans les deux cas, l'exercice du pouvoir de dépenser constitue une fonction essentielle du gouvernement fédéral.

Examiner le pouvoir de dépenser dans le cadre du droit constitutionnel canadien, c'est être confronté à la difficile conciliation entre le modèle du fédéralisme fiscal et son application concrète. Au Canada, l'étude du pouvoir de dépenser doit nécessairement considérer les perspectives différentes de ses trois cultures composantes: le Canada-anglais, la majorité francophone située au Québec et les autochtones. Par ailleurs, l'exercice du pouvoir de dépenser constitue un enjeu indissociable du caractère imprécis de sa source constitutionnelle. Les positions des principaux intervenants sont exposés ci-après.

D'un côté, la position de l'aile nationaliste du Québec signifie que lorsque le gouvernement fédéral invoquera son pouvoir de dépenser afin de s'ingérer dans un champ de compétence provinciale, il s'agirait d'une manoeuvre de propagande visant à s'assurer du capital politique procuré par la visibilité de ses opérations; celles-ci seraient financées à même les sommes dégagées par les coupures du gouvernement au niveau de ses autres engagements envers les provinces. Toujours selon cette position québécoise, le résultat serait d'autant plus insidieux que les restrictions affecteraient des secteurs aussi vitaux que la santé et l'éducation par le biais des programmes établis⁴.

D'un autre côté, selon la position du gouvernement fédéral, l'exercice du pouvoir de dépenser repose sur une responsabilité en matière de stabilisation économique et de politique sociale.⁵ Celui-ci, disposant d'une base d'imposition fiscale solide et

³ Certains auteurs qualifient ces politiques de mesures anti-conjoncturelles en ce qu'elles visent à rétablir les grands équilibres de l'économie c.f. BAADE, Hans W. "Mandatory Appropriation of Public Funds: A Comparative Study", (1974) 60 *Virginia L.R.* 393; il faut distinguer cet interventionnisme de l'État qui est généralement incitatif, par rapport au dirigisme des pays de l'ancien bloc communisme, qui est impératif.

⁴ MINISTÈRE DES FINANCES, *La péréquation fiscale : complément essentiel au régime d'imposition des provinces*, *Revue économique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1982 Tableau 93.

⁵ BASTIEN, Richard, *Fédéralisme et décentralisation, Où en sommes-nous?*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1981, 58; GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Chambre des communes, 1982, 174, 49.

étendue, se doit d'assumer le rôle de catalyseur dans la définition et la mise en oeuvre des grandes orientations économiques. La prise en charge de cette responsabilité exige que l'on reconsidère les différentes sources de revenus en tant qu'instruments de gestion macro-économique plutôt que dans une perspective purement constitutionnelle.

La position mitoyenne, celle du fédéralisme décentralisé, s'accommode facilement des avantages d'un régime fédéral dans la mesure où l'autonomie des provinces est reconnue.⁶ Le pouvoir de dépenser dans cette optique serait acceptable s'il ne se réalisait que par des subventions inconditionnelles.

Les trois positions présentent chacune des vérités et des sophismes puisque des intérêts subjectifs en déterminent les différentes approches. Il faut toutefois considérer la position de l'aile nationaliste du Québec avec les distinctions nécessaires vu sa base idéologique selon laquelle aucune formule du régime fédéral n'est acceptable, puisque la souveraineté ne pourrait faire l'objet d'un partage quelconque. La mise à l'avant-plan de cette idéologie a contribué à la crise politique reliée à l'unité nationale.

A cette crise politique s'ajoutent d'autres facteurs complexes - à savoir la concurrence internationale pour la maîtrise des marchés et du commerce extérieur, les économies mondialisées interdépendantes, la volatilité des marchés des capitaux, ainsi que la précarité des finances publiques. C'est au coeur de toutes ces données factuelles que se situe notre question de droit, à savoir comment justifier le pouvoir de dépenser d'un point de vue constitutionnel et politique.

Cette question se rapporte à tout le domaine des finances publiques, à savoir le fédéralisme fiscal et l'efficacité des instruments de politiques économiques qui s'y rattachent et en dépendent: nous verrons à cet effet les droits de péréquation, les garanties de recettes, les transferts financiers et points d'impôts, tout l'arsenal des programmes à frais partagés, le financement des programmes établis et l'aide au développement régional.

D'un autre point de vue, on pourra aussi s'interroger sur les moyens de gérer les ressources et les budgets des administrations centrales et locales de façon à maintenir et relever le niveau de qualité et l'accessibilité des services publics et des programmes sociaux. Par ailleurs, lorsque cela s'impose, quels redressements devraient être envisagés en vue de garantir les droits prioritaires que nous nous sommes accordés par suite de choix sociaux ?

Une question incidente se rapporte à l'aspect financier. L'une des plus grandes lacunes des politiques économiques des pays occidentaux anglo-saxons se situe au niveau du recours systématique à l'endettement. C'est le cas aux États Unis, et en cela le Canada n'a fait qu'ajuster ses politiques économiques à la concurrence

⁶ COMMISSION TREMBLAY, *Rapport de la Commission royale sur les problèmes constitutionnels, Volume I*, 1956, QUEBEC (Ci-après cité, le Rapport Tremblay).

américaine. Cependant, l'état critique des finances publiques dans ces deux pays force maintenant les gouvernements à réorienter leurs objectifs en fonction de l'équilibre budgétaire.⁷ Dans ce contexte, et, si le pouvoir de dépenser emporte comme il se devrait, le pouvoir de dépenser de manière responsable, on peut se demander dans quelle mesure les programmes sociaux sont protégés par un principe de droit qui reconnaît leur priorité.

Cela nous amènera à une question plus délicate, à savoir si la forme du fédéralisme fiscal adoptée au Canada est toujours celle qui présente le plus d'intérêt, non seulement pour le Québec mais pour chacune des provinces du Canada. Si l'on s'en rapporte aux administrateurs de la Banque du Canada assignés devant le Comité des finances,⁸ on pourrait de façon générale compenser les effets de la politique monétaire restrictive en utilisant le levier de la politique fiscale. Toutefois, en raison du fardeau de la dette nationale, les gouvernements ne disposent que d'une marge de manoeuvre limitée à cet égard. S'agissant du seul instrument encore disponible dans un pays souverain, il est souhaitable que son usage reflète des politiques justes et équitables convenablement traduites dans la législation.

L'étude de ces questions, et la formulation de solution aux problèmes qu'elle soulève, sera réalisée de la façon suivante. Dans une partie préliminaire, nous verrons que le Canada dispose d'une marge de manoeuvre limitée dans le cadre de la mise en oeuvre des politiques monétaire, commerciale et budgétaire. Ceci nous permettra de reconnaître la politique fiscale comme instrument privilégié d'intervention économique.⁹

Nous verrons ensuite, dans une première partie, les deux méthodes essentielles de partage des ressources financières, soit la méthode de partage selon les dépenses et la méthode de partage basée sur les recettes.

Dans une seconde partie, nous verrons les aspects pratiques reliés au droit des finances publiques. Le pouvoir de dépenser est intimement lié aux pouvoirs de prélèvements obligatoires. En substance, l'impôt procure le financement des dépenses de programmes. En termes de modalités, les concessions fiscales diverses sont

⁷ Ainsi lors des journées économiques suivant son élection en janvier 1993, le président Clinton a esquissé une solution similaire à celle qui devait s'appliquer au Canada. Il s'agissait de s'attaquer au problème de la dette, du financement des services publics, d'orienter la politique fiscale dans le sens des impôts indirects et enfin de favoriser l'émergence de main d'oeuvre et d'infra-structures compétitives.

⁸ COMITÉ PERMANENT DES FINANCES, Chambre des communes, *Fasc. 21*, Lundi 19 juin 1989, président Don Blenkarn, p. 21:7, Témoin: M. Little.

⁹ Le même raisonnement a été appliqué à la politique de l'Angleterre, dans une étude comparative avec la Nouvelle-Zélande, qui lui est similaire en ce qu'il s'agit également d'un État unitaire: "John Major's Finger Job", 325 (1992) *The Economist*, 7779, p.63.

largement utilisées en tant que levier économique.¹⁰ Dans un premier temps, nous développerons le thème des pouvoirs relatifs aux prélèvements obligatoires, c'est à dire les pouvoirs fiscaux. Nous verrons les principes généraux qui se rattachent aux deux grands modes d'imposition, les impôts directs et indirects. Dans un deuxième temps, nous verrons les diverses applications du pouvoir de dépenser. À ce titre, on établira la forme et la nature du pouvoir et le développement de la jurisprudence s'y rapportant. Chaque aspect sera traité selon une approche de droit comparé. Ainsi nous verrons, outre le système canadien, ceux de l'Australie, des États-Unis et de la Communauté européenne.

Rappelons qu'aucun système n'est parfait et les modèles abstraits ne sauraient s'intégrer parfaitement aux réalités pratiques. Or, les grandes orientations socio-économiques sont nécessairement définies à partir de considérations abstraites, voire utopiques, dont seule l'expérimentation permet d'en évaluer le mérite.

¹⁰ Certains observateurs soutiennent que les dépenses fiscales se rapportant aux concessions fiscales constituent véritablement une dépense, bien que celles-ci ne soient pas reflétées dans les dépenses budgétaires en raison de la règle de la confidentialité des données fiscales.

PARTIE PRÉLIMINAIRE - LES PARAMÈTRES JURIDIQUES INTERNATIONAUX ENCADRANT LES GRANDES POLITIQUES ÉCONOMIQUES NATIONALES ET LEURS EFFETS

Dans une économie de marché occidentale, le gouvernement poursuit généralement cinq objectifs économiques fondamentaux. Il s'agit du plein emploi, d'une croissance forte et soutenue dans la stabilité générale des prix, de la redistribution des revenus et de la richesse ainsi que d'un équilibre viable des paiements internationaux.

Afin d'atteindre ces objectifs, les politiques poursuivies par le gouvernement peuvent aller d'un laisser-faire complet jusqu'à un certain degré d'interventionnisme économique en matière de production. Ces politiques peuvent aussi privilégier l'un ou l'autre des objectifs fondamentaux lorsque l'exige le rétablissement des grands équilibres. On parlerait alors d'interventionnisme sous la forme de mesures incitatives ou obligatoires (contrôle des prix et des salaires, des emplois, et des revenus). Cependant, il répugne à l'État d'employer ce type de mesures car elles dérogent trop à l'économie de marché et sont politiquement peu acceptables. De là l'intérêt de l'application rigoureuse et pondérée des mesures conventionnelles.¹¹

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le gouvernement dispose à ces fins de quatre instruments de politique économiques soit, les politiques monétaire, fiscale, budgétaire, et commerciale. C'est dans le domaine des politiques fiscales et budgétaires que le gouvernement est le plus affranchi de ses obligations internationales. Parce qu'il s'exerce sur ces deux domaines, le pouvoir de dépenser est au coeur des prérogatives dont le gouvernement dispose. Dans la présente partie nous expliquerons comment le droit et l'économie politique ont permis l'émergence de l'usage que constitue l'exercice du pouvoir de dépenser aux fins de l'objectif de stabilisation économique.

SECTION I -Les engagements internationaux du Canada, leur enjeu et leur mise en oeuvre

Les circonstances justifient parfois de privilégier certains objectifs. Dans l'ordre international actuel, deux objectifs sont privilégiés: la stabilité des prix en matière de politique monétaire et la viabilité de l'équilibre des paiements internationaux en matière de politiques commerciales.

Nous examinerons le cadre juridique international de ces deux politiques économiques. Pour ce, nous établirons en quelque sorte un bilan des droits et obligations de l'État fédéral au niveau international. Que les contingences et les paramètres des systèmes de droit économique affectent l'utilité, l'importance et le rendement des politiques fiscales de façon déterminante, est une évidence. Le

¹¹ BOREHAM, Gordon, Money Banking and Finance: the Canadian Context, Holt, Rinchart and Winston of Canada, Toronto, HRW, 1988, 716 pp., 144, 442.

Canada est un pays dont la prospérité est grandement tributaire de ses exportations. Par ailleurs, la combinaison des grands principes d'économie politique et des règles internationales a favorisé le développement de la fiscalité, et plus précisément du pouvoir de dépenser, comme instrument économique, selon un usage qui caractérise l'évolution du fédéralisme fiscal canadien. Plus spécifiquement, nous verrons que le pouvoir de dépenser, sous l'aspect d'une faculté compensatoire des contingences de l'ordre international, pourrait aussi se fonder sur le principe de l'implication nécessaire - nécessité de rétablir l'équité horizontale face aux politiques monétaires, et nécessité d'améliorer la compétitivité de l'économie canadienne face aux politiques commerciales.

A) Les enjeux du droit international en matière de politiques monétaires au Canada

Avant de procéder à l'application des principes de droit international en matière de politique monétaire au Canada, nous verrons des aspects particuliers au Canada qui influenceront de façon notable le contexte de mise en oeuvre: à cet égard, nous examinerons l'intérêt de la politique monétaire, dans le cadre d'une étude relative au pouvoir de dépenser, et ensuite la situation financière du gouvernement canadien dans laquelle devra s'appliquer cette politique.

1) Le lien entre la politique monétaire et fiscale

Le pouvoir de dépenser repose sur l'existence d'un régime fédéral (sans laquelle toute analyse ayant pour objet un pouvoir de l'État fédéral n'a aucun fondement) et, en partie du moins, sur la nécessité de contrebalancer les effets de la politique monétaire. La mise en oeuvre de politiques monétaires a déjà suscité la controverse en ce qui concerne les avantages du fédéralisme à cette époque encore marquée par la crise politique de l'unité nationale canadienne. Ainsi, afin d'apprécier l'exercice du pouvoir de dépenser, il nous faut à la fois apprécier le fédéralisme et la politique monétaire, dont il découle.

Il importe de situer le régime fédéral par rapport aux avantages d'un ensemble économique intégré. Les avantages du fédéralisme fiscal doivent être évalués à l'échelle nationale sur une période étendue puisque la conception même du régime a pour fondement l'approche à l'effet que l'ensemble vaut davantage que la somme de ses parties.

En ce qui concerne la politique monétaire, une considération importante se rattache aux particularités du système financier canadien. Contrôler les effets de la politique monétaire est un art délicat qui nécessite la maîtrise de l'ensemble des indicateurs économiques afin de convenir du plus juste compromis entre deux maux,

l'inflation et le chômage.¹² C'est pourquoi, afin de soustraire la politique monétaire aux pressions directes de l'électorat, l'organisme chargé de cette fonction doit être indépendant. Au Canada, la Banque centrale est l'institution qui réglemente le crédit et la monnaie.¹³ Sa relative indépendance du gouvernement est reconnue de fait même si ce dernier dispose légalement d'un pouvoir de consultation et en dernier recours, d'un pouvoir de recommandation.¹⁴

Pour saisir l'importance et l'étendue des pouvoirs et du rôle de la Banque du Canada, référons-nous au préambule de sa loi constitutive:

Considérant qu'il est opportun d'instituer une banque pour régler le crédit et la monnaie dans l'intérêt de la vie économique de la nation, pour contrôler et protéger la valeur de la monnaie nationale sur les marchés internationaux, pour atténuer, autant que possible par l'action monétaire, les fluctuations du niveau général de production, du commerce des prix et de l'emploi, et de façon générale pour favoriser la prospérité économique et financière du Canada, sa Majesté sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte...

Dans l'élaboration de ses politiques à l'égard de la politique monétaire nationale, la Banque du Canada applique des principes économiques reconnus qui ont l'avantage d'être fondés sur un objectif de croissance à long terme.¹⁵ Certains économistes ont soutenu qu'au cours de la période 1985 à 1992, la politique monétaire de la Banque du Canada avait été indûment désavantageuse à l'égard des provinces déjà touchées par la récession.¹⁶ L'aile nationaliste au Québec a aussi soutenu cette position.

La position de l'aile nationaliste au Québec est à l'effet que, sous le couvert d'une opération philanthropique, la péréquation n'est qu'un remède palliatif temporaire à un mal structurel permanent.¹⁷ Alors qu'elles se révèlent tout indiquées pour contrôler l'inflation en Ontario, les pressions à la hausse des taux d'intérêts ont produit des effets négatifs sur la croissance du produit intérieur brut dans toutes les provinces.

¹² BOREHAM, *Op.Cit*, Note 11, 198.

¹³ *Loi sur la Banque du Canada*, (1985) LRC c. B-2.

¹⁴ Ce pouvoir est prévu à l'article 14 de la *Loi sur la Banque du Canada*, précité; depuis son entrée en vigueur, jamais cette disposition n'a dû être appliquée. Il faut dire que le rôle prépondérant du gouvernement en matière d'orientation fondamentale sur la politique monétaire a été appliqué en 1958, lors de la démission forcée du gouverneur Coyne. Son successeur M. Raminsky avait dès sa nomination exposé sa position sur cette délicate question de l'indépendance de la Banque centrale, dont l'article 14 reprends essentiellement les termes. Auparavant l'indépendance de la Banque centrale sur les questions fondamentales avait fait l'objet de controverse alors que son indépendance sur ses opérations quotidiennes n'a jamais été remise en cause; BOREHAM, *Op.Cit*, note 11, 12, 45.

¹⁵ SOUS-COMITÉ DE LA BANQUE DU CANADA, *Le mandat et la régie de la Banque du Canada*, février 1992, p. 15; *Memorandum of Monetary Policy Prepared for the House of Commons Treasury and Civil Service Committee of the United Kingdom*, January 16, 1986, 4 pp.

¹⁶ CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Finances*, Fasc. 57, 9 février 1993, (M. Newfeld, Banque royale) p. 16

¹⁷ *Discours du budget*, 1986-87, Les arrangements fiscaux: vers un désengagement du gouvernement fédéral, Québec, ministre des Finances, 198, p.9

Dans le cas des provinces ayant un faible niveau d'inflation combiné à un taux élevé de chômage, les effets sont plus lourdement ressentis. Il est utile d'apporter des précisions.

Il importe en droit de souligner que si en apparence, la Banque du Canada a appliqué des politiques avantageuses pour l'une des régions aux dépens des autres, elle n'a fait que poursuivre une politique de lutte à l'inflation curative et préventive. Autrement dit, la politique monétaire nationale restrictive était rendue nécessaire par divers facteurs: les besoins en capitaux du gouvernement, les marchés financiers en général ainsi que jusqu'à un certain point, la surchauffe de l'économie ontarienne.¹⁸ Une croissance soutenue et le maintien de la convertibilité d'une devise supposent toujours un prix à payer; l'exercice des pleins pouvoirs en matière de politique monétaire est donc une question de degré plutôt que de souveraineté absolue.¹⁹

La politique monétaire de la Banque du Canada était toute indiquée dans la situation particulière du Canada comme elle l'aurait été dans tout autre pays à économie de marché aux prises avec des conditions semblables. Ces conditions sont d'ordre national et international.

Au niveau national, la hausse des coûts de main-d'oeuvre²⁰ justifiait une intervention pour deux raisons. D'abord il fallait rétablir la compétitivité de nos produits d'exportation par la productivité plutôt qu'en se fiant sur l'attrait artificiel de la faiblesse de notre devise;²¹ ensuite, il fallait répondre aux attentes des marchés financiers Canadiens en matière de gestion des liquidités et du crédit.²²

Au niveau international, la banque centrale d'un gouvernement est assujettie à

¹⁸ BOREHAM, Note 11, 12, 198: A cet égard il importe d'évoquer l'importance du contrôle de la Banque du Canada sur le niveau des réserves du réseau bancaire Canadien. Par exemple, par l'effet multiplicateur des liquidités sur le crédit, une contraction des réserves pourrait forcer le rappel anticipé d'un volume de prêts sur les dépôts dans un rapport de 10 contre 1. Cet aspect de la politique monétaire est si important pour l'intérêt national qu'il est juste d'affirmer que ceux-ci dépassent les facteurs économiques régionaux en terme de priorité.

¹⁹ CARREAU, FLORY et JUILLARD, *Droit économique International, Op.Cit*, note 5, 128; ANWAR, Syed Tariq, "The Impact of the Structural Impediments Initiative (SII) on U.S.-Japan Trade, Issues and progress dans (1992) 16 *World Competition Law & Economic R.*, 2, 53 .

²⁰ CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, président Murray Dorin, Fasc. 65; 1er Juin 1993 (témoin David Dodge et Don Drummond). p. 24.

²¹ HOWITT, Peter, "Zero Inflation as a Long Term Target for Monetary Policy", in *Zero inflation: the Goal of price Stability*, Richard Lipsey, ed. Toronto, Institut C.D. Howe, 1990, pp. 105.

²² CARREAU, FLORY et JUILLARD, *Droit International économique (2e) ed, Op.Cit*, note 19, 109; aussi il semble que la Banque Centrale n'a que très peu de latitude en matière de fixation des taux. CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, président Murray Dorin, Fasc. 65; 1er Juin 1993 (témoin David Dodge), p. 15.

des obligations internationales²³ ainsi qu'aux attentes des marchés financiers.²⁴ Ces engagements et ces attentes prévoient notamment qu'un gouvernement prendra les moyens raisonnables afin de maintenir le taux de change de sa devise. Considérant qu'en matière d'élaboration des règles du droit international économique, le rôle d'influence et d'initiative est largement exercé par des puissances dominantes, les administrations centrales ne peuvent être tenues pour responsables des effets d'une situation sur laquelle ils n'exercent aucun contrôle. Puisque le morcellement des pouvoirs clé en matière économique au Canada ne servirait qu'à consolider cette domination des puissances, il serait souhaitable de maintenir la formule d'un régime qui garantit le maximum de cohérence dans l'ensemble économique continental.

La politique monétaire nationale affectera les taux d'intérêts, les investissements et les emplois à des degrés variables selon les industries et les régions.²⁵ En principe, ces effets négatifs à l'endroit de certaines régions ou de certaines industries peuvent être compensés par des politiques de stabilisation. Par exemple, on accorderait dans ces régions un régime plus généreux de subventions aux entreprises et de transferts aux particuliers.²⁶ Ainsi que nous le verrons dans les pages suivantes, pour la période allant de 1985 à 1992, la marge de manoeuvre du gouvernement fédéral était plus limitée à l'égard des politiques de stabilisation que celles des provinces qui n'exercent qu'une partie du contrôle de ces leviers, et encore à un degré très limité. Nous pensons que si les pouvoirs d'une province sont limités dans le cadre de l'État fédéral, ils le seraient tout autant sinon davantage dans un régime politique différent. En effet, si le régime fédéral n'existait plus, les pouvoirs des provinces seraient ou bien assujettis aux mêmes obligations et contraintes que celles imposées actuellement au Canada par la communauté internationale, ou bien ils seraient dilués dans un ensemble continental plus important.

Consciente des difficultés qui ont résultées de ses politiques et de la situation particulière du Canada, la Banque du Canada a défendu le maintien de son mandat actuel et de sa discrétion dans l'établissement de ses objectifs.²⁷ Bien que ce mandat et cette discrétion lui soient assurés par le principe d'indépendance que le gouvernement canadien reconnaît à la Banque du Canada, la question est de savoir comment cette dernière peut déterminer ses orientations de façon à éviter que le

²³ *Statuts du Fonds monétaire international*, (1945) 2 RTNU 39; (1945) 2 RTNU 134 aux articles III et IV, sect. 3 et 4a; dans *Loi sur les Accords de Bretton-Woods*, LRC 1985, c. B-7, Annexe I, ci-après cité *Statuts du FMI. Banque Mondiale, Accord de Bretton-Woods*; notamment dans les matières suivantes: interdiction des dévaluations compétitives; et l'obligation de la convertibilité monétaire et élimination progressive des restrictions sur les changes.

²⁴ BOREHAM, *Op.Cit.*, note 11, 12, 200.

²⁵ BOREHAM, *Op.Cit.*, note 11, 12, 259.

²⁶ A titre d'exemple, citons le traitement fiscal différent selon les régions pour le régime des crédits d'impôts à l'investissement, art 127 *LIC.*, c. 1970-71-72, c. 63 et modifications ultérieures; RAIR XLVI; Autre exemple, en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*, LRC c. U-3, annexe 1 et 2 il est prévu selon les régions, différentes périodes de qualifications et durée des prestations.

²⁷ SOUS COMITÉ SUR LA BANQUE CENTRALE DU CANADA, *Précité*, note 15, p. 21.

gouvernement utilise son pouvoir de recommandation. Nous verrons qu'à cet égard, la marge de manoeuvre de la politique monétaire est limitée par divers facteurs au niveau international et national.

Au niveau international, tout État, sans égard à son régime politique, subira invariablement le contrecoup des politiques des autres acteurs internationaux plus puissants. On le voit, les rapports de force créent parfois des difficultés. Des problèmes inhérents surgissent lorsqu'un État entretient des relations économiques étroites avec des pays voisins dont les politiques monétaires sont inflationnistes. C'est le cas des États-Unis qui semblent considérer que, dans le cas de leur propre devise, la responsabilité du maintien du taux de change est partagée avec leurs partenaires commerciaux.²⁸ Si les pratiques des États-Unis déstabilisent l'économie entière de leurs autres partenaires économiques, il n'est que normal qu'elles affectent aussi celle du Canada. On le voit, l'intégration des politiques économiques ne suffit pas à elle seule, pour résoudre les problèmes.

Au niveau national, la politique monétaire est intimement liée à la politique fiscale.²⁹ Il est donc souhaitable qu'en vue de maintenir l'union monétaire, les États fédérés partagent aussi un système fiscal homogène. Ainsi, les effets d'une politique monétaire restrictive pourront être compensés à l'échelle régionale ou provinciale de façon plus efficace.³⁰ Nous verrons que la marge de manoeuvre n'est pas toujours disponible en matière de politique fiscale, spécialement à cause de la dette nationale.

Durant la période 1985-92, le Québec, fut sujet à une politique monétaire restrictive sur le loyer de l'argent, le crédit et les moyens de financement. En fait, toutes les provinces ont écopé des pressions économiques qu'entraînent la politique d'austérité monétaire de la Banque du Canada.

En revanche, le Québec, comme plusieurs autres provinces, bénéficie du fédéralisme fiscal notamment par des avantages généraux reliés surtout à la restriction de la concurrence fiscale entre les juridictions. L'intégration de la politique fiscale à l'échelle de la politique monétaire procure aussi, des avantages tangibles et particuliers, qui ne sauraient être aussi importants et prévisibles dans tout autre système de finances publiques. Il s'agit des transferts financiers sous forme de subvention conditionnelle ou inconditionnelle et enfin de la péréquation permettant l'égalisation des recettes fiscales entre les provinces.³¹

²⁸ ANWAR Syed Tariq, "The Impact of the Structural Impediments Initiatives (SII) on U.S.-Japan Trade" dans (1992) 16 *World Competition Law & Economics R.* 2, 53-65.

²⁹ INMAN, R., "Fiscal Federalism in Europe: Lessons from the United-States Experience", (1992) 36 *European Economic Review* 2, pp. 654-660; SOUS COMITÉ SUR LA BANQUE DU CANADA, Précité, note 15, p. 18.

³⁰ CHAMBRE DES COMMUNES, précité, note 16, 20, 49, 61, p. 28.

³¹ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1981, 230, 33.

2) Mise en oeuvre des engagements au Canada

a) Aspects financiers: la situation financière du gouvernement canadien

Nous avons évoqué l'effet de la situation financière du gouvernement canadien. Toute question relative aux finances publiques au Canada devra invariablement être évalué à la lumière de la situation préoccupante des déficits budgétaires de l'administration fédérale. Le Canada, deuxième pays le plus endetté de l'OCDE après l'Italie, consacre 30% de son budget au service de sa dette: pourtant, en 1969 la dette publique n'était que de 18 milliards de dollars. Le cumul des déficits annuels et des intérêts composés sur le déficit national a amené la facture à \$ 322 milliards au 1er avril 1989.³² Le Canada "a vécu au-dessus de ses moyens", si l'on considère que sa dette progressait jusqu'en 1989 plus rapidement que le revenu national, soit 10% par comparaison à 4.5% respectivement.³³ Le déficit budgétaire de l'administration fédérale a la dangereuse tendance à croître au rythme effarant de \$ 3 millions à l'heure, \$ 80 millions par jour ou ... un milliard de dollars à chaque deux semaines.³⁴

Le ratio dette / produit intérieur brut a plus que triplé au Canada entre 1980 et 1988, ce qui constitue la plus forte hausse parmi les pays du G-7. De même, l'écart entre le ratio intérêt (de l'administration centrale) / PIB du Canada et celui de la moyenne des G-7 s'est élargi de 1.3 points.³⁵

Qui plus est, soulignons que ces chiffres correspondent à une période de croissance exceptionnelle où il eut été encore possible d'augmenter les recettes fiscales. En 1988, le Canada connaissait en effet une croissance de 4.5%, soit la deuxième plus forte croissance des pays de l'OCDE, tout juste après le Japon. Il s'agit donc d'une période pendant laquelle il aurait été relativement aisé d'établir un contrôle budgétaire. Or, il a été démontré que le ratio d'endettement / revenu (des soldes budgétaires par rapport au PIB du Canada) était le deuxième plus élevé des pays de l'OCDE, à -4.6%, soit après celui de l'Italie à -10.6%.

Ces résultats ne sont pas nécessairement le reflet de l'inefficacité de l'administration. En 1994, malgré le fait que le gouvernement a équilibré le budget de ses opérations courantes, le déficit s'accumule toujours en raison des besoins reliés au service de la dette existante.³⁶ Cette crise a deux causes fondamentales.

³² MICHAEL WILSON, *Le discours du Budget*, Ottawa, Ministère des Finances, 1989, 24, p. 2.

³³ *Id.*

³⁴ *Le discours du Budget*, présenté à la chambre des communes par l'honorable Michael H. Wilson, ministre des Finances, le 27 avril 1989, p.1.

³⁵ *Le plan financier - Maîtriser la dette publique*, p. 85;

³⁶ Quoique dans son Rapport, le Vérificateur général du Canada, M. Kenneth Dye, nous exposait à chaque année, des exemples peu glorieux du relâchement en ce qui concerne la gestion des deniers publics, là n'est pas la seule source de la "déconfiture budgétaire" d'Ottawa. c.f. VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1989.

Premièrement, les choix budgétaires des administrations antérieures n'ont pas nécessairement favorisé les investissements productifs. Ces choix sont à la base des problèmes liés à la dynamique des taux d'intérêts et du niveau de la dette publique. Voyons de quelle façon M. David Dodge, sous-ministre du Ministère des Finances, expose le problème devant le Comité permanent des Finances de la chambre des communes:

«L'endettement à l'époque (années cinquante) portait le fruit de son propre remboursement. Nous avons construit la Voie maritime . Nous avons ouvert des mines, nous avons construit des écoles, construit le pipeline transcanadien, tous producteurs de recettes supplémentaires qui permettaient de rembourser la dette.

D'une façon très réelle, Monsieur le président, depuis la fin des années soixante dix, presque tout notre endettement est dû au maintien de notre niveau de consommation et non pas à des investissements. Cela est évident lorsque l'on voit que le pourcentage des dépenses gouvernementales consacrées à la formation de capital est considérablement inférieur à ce qu'il était à l'époque, ou si on ne fait que songer aux transferts aux particuliers comme pourcentage du revenu total, lesquels (transferts) ont été financés en s'endettant».³⁷

Deuxièmement, pour comparer les résultats financiers des divers États membres du G-7, il faut parler du rôle assumé par chacun. Ce rôle sera plus ou moins prépondérant selon les facteurs suivants: d'abord, le niveau des services publics et des programmes sociaux et ensuite, le niveau d'intervention requis quant à la diversification de l'économie et au développement régional.

Aussi le Canada a de très grands besoins sur le plan des politiques de stabilisation économique et sociale: pour l'année fiscale de 1992, le Canada affichait un taux de chômage supérieur à la moyenne du G-7 (8.9 %, par rapport à 6.7%), et un taux d'inflation de 4.3%, soit un niveau supérieur à la moyenne du G-7 de 2.9%.³⁸ Le problème des disparités régionales représente aussi un aspect non-négligeable³⁹.

En fait, le Canada a défié les principes de responsabilité fiscale jusqu'à l'ultime limite. La facture est lourde à porter lorsque l'on emprunte pour payer des dépenses courantes depuis 20 ans et qu'arrivent ... les échéances. Cette situation indique clairement que le gouvernement doit adopter une nouvelle stratégie économique basée sur l'investissement productif.

Nous avons vu de façon préliminaire le lien entre la politique monétaire et fiscale et le contexte particulier des finances publiques du Canada. Voyons maintenant quelles sont les difficultés d'application des engagements internationaux en matière de politique monétaire.

³⁷ CHAMBRE DES COMMUNES, *Précité*, note 16, 20, 49, 61, p. 22.

³⁸ MINISTÈRE DES FINANCES, *Id*, Tableau 90.

³⁹ MINISTÈRE DES FINANCES, *La péréquation fiscale : complément essentiel au régime d'imposition des provinces*, *Revue économique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1982 Tableau 93.

b) Aspects juridiques: l'obligation légale du contrôle de l'inflation

Par l'adoption de la *Loi sur les accords de Bretton-Woods*,⁴⁰ le Canada a ratifié son adhésion aux accords relatifs au fonds monétaire international (FMI) et à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD).⁴¹ Cette loi vise la mise en application des deux objectifs principaux du FMI, à savoir, celui de faciliter l'expansion et l'accroissement du commerce international et celui de promouvoir la stabilité des changes. Dans certains pays qui dépendent de l'aide du FMI, ces domaines font l'objet de mesures imposées par le comité de surveillance du Fonds. Au Canada, ces aspects relèvent davantage de décisions politiques librement adoptées, bien que certains principes sous-jacents soient similaires.

En ce qui a trait aux mesures visant l'établissement d'une valeur au pair,⁴² la Banque du Canada est désignée en tant que dépositaire des avoirs détenus au FMI ou à la Banque Mondiale.⁴³ Les quotes-parts dues par le Canada au FMI et à la Banque Mondiale seront payées à même les fonds détenus par le Trésor.⁴⁴ Le niveau maximal de quote-part prévu pour le FMI est de 2,941 milliards de dollars en droits de tirages spéciaux. La quote-part prévue pour le groupe de la Banque Mondiale est de 2,178 milliards de dollars américains.

A cet effet, la *Loi sur les Accords de Bretton Woods* prévoit que le gouvernement peut emprunter les fonds nécessaires à la réalisation de ses engagements envers le FMI et la BIRD sous le régime de la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁴⁵. La différence entre la valeur nette au FMI et la valeur nette dégagée des comptes publics sera versée ou imputée au Trésor selon qu'il est créancier ou débiteur.⁴⁶

Afin de favoriser l'expansion et à l'accroissement du commerce international, le Canada doit viser une «croissance économique dans une stabilité raisonnable des prix».⁴⁷ Plus spécifiquement, il s'est engagé à respecter les directives du FMI en matière de stabilité monétaire. Il faut souligner qu'étant une nation enrichie par le commerce extérieur à l'époque où la demande était en expansion dans le monde, le

⁴⁰ *Loi sur les Accords de Bretton-Woods*, LRC (1985) c. B-7

⁴¹ Art. 2 *Loi sur les Accords Bretton-Woods*, précité, note 40.

⁴² Art. 4 *Loi sur les Accords Bretton-Woods*, note 40.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Art. 7 et 8, *Loi sur les Accords Bretton-Woods*, précitée, note 40.

⁴⁵ *Loi sur la gestion des finances publiques*, SRC c. F-11.

⁴⁶ Art. 11 et 12 *Loi sur les Accords Bretton-Woods*, précité, note 40.

⁴⁷ *Statuts du Fonds monétaire international*, (1945) RTNU 39; (1945) RTNU 134 (ci-après cité *Statuts du FMI*).

Canada trouvait objectivement son intérêt dans le respect de cet engagement.⁴⁸ C'est justement cet engagement relatif au contrôle de l'inflation qui est à l'origine de la politique monétaire restrictive des années 1985 à 1992.⁴⁹

Le respect de cet objectif était directement menacé par le niveau de l'endettement. En termes économiques, les effets nets de l'endettement du Canada sont de deux ordres, soit interne et externe.

Au niveau interne, la dette publique détermine la canalisation d'importantes ressources vers le service de la dette. Or, les besoins financiers de l'État combinés à la demande de crédit du secteur privé contribuent à augmenter la pression sur les taux d'intérêts et les marchés financiers nationaux.⁵⁰ L'augmentation des taux d'intérêts influe directement sur l'équilibre budgétaire par le coût du service de la dette. Également, cette augmentation affecte indirectement l'équilibre budgétaire en entraînant une pression à la baisse sur le niveau de l'emploi et de l'investissement dans le capital de risque. Ceci entraîne à moyen terme une diminution nette de la productivité au Canada et en conséquence, une diminution des recettes budgétaires dans un régime fiscal principalement basé sur les revenus et les bénéfices.⁵¹

Au niveau externe, le fardeau de la dette publique, par les versements d'intérêts sur la dette extérieure, rend notre devise plus vulnérable aux fluctuations des marchés financiers internationaux. La baisse de valeur du dollar produit une inflation liée aux produits d'importation bien qu'elle puisse aussi influencer directement notre balance commerciale de façon favorable dans certains secteurs. Cette situation est d'autant plus contraignante qu'elle provoque de nouvelles hausses de taux d'intérêts et, avec elles, des baisses d'investissements et de productivité selon le cycle déjà mentionné.

Il résulte, dans les deux cas, une tendance certaine à l'inflation. Or, dans une économie de marché, l'inflation possède une propension réelle à s'accélérer par le phénomène des anticipations. D'autres importants objectifs de politique économique au Canada sont également compromis, tels la croissance soutenue, la stabilité des cycles économiques et le plein emploi. Pour ces raisons, l'inflation constitue une menace réelle à la prospérité, obligeant le gouvernement à intervenir.

⁴⁸ Pour la période allant de la fin de la deuxième guerre mondiale à 1965, le Commerce international du Canada s'est accrue deux fois plus rapidement que le commerce international de tous les pays.

⁴⁹ CHAMBRE DES COMMUNES, *précité*, note 16, 20, 49, 61, (témoins David Dodge et Don Drummond), p. 25.

⁵⁰ WILSON, Thomas, DUNGAN, Peter, *Fiscal Policy in Canada: An Appraisal*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1993, pp. 224, 11.

⁵¹ WILSON, et DUNGAN, *Op.Cit.*, Note 50, 15.

D'autres raisons justifient la lutte à l'inflation. En l'absence de mesures de contrôles, la tolérance de l'inflation aurait rendu impossible le rétablissement de la compétitivité économique du Canada sur les marchés extérieurs. Or ce fait mérite notre attention car il affecte directement l'exécution d'une obligation juridique relativement au maintien du taux du change et de la convertibilité de notre devise imposée par le droit international.⁵²

On pourrait penser que la politique des taux d'intérêts élevés contient en elle-même l'antidote à la balance des paiements déficitaire qu'elle entraîne. Que le coût de l'argent créé des conditions qui favorisent nos exportations et attirent les capitaux au Canada, est une évidence. Mais le phénomène d'entraînement à la hausse de la valeur du dollar canadien est éphémère. En dépit du fait que ce mécanisme a un effet positif sur la balance des comptes courants reliés au secteur financier⁵³, le Canada doit accepter de laisser sortir les devises aussi facilement que celles-ci y sont entrées. Il en va du respect des règles prohibitives relatives aux mesures de restrictions des changes.⁵⁴ Le niveau de sophistication des marchés financiers internationaux permet aux investisseurs étrangers de tirer le maximum de bénéfices des variations du taux de change dans un minimum de temps. Dans ce contexte de volatilité des changes et de mobilité des capitaux, il est nécessaire de prévoir des mesures incitatives de sorte que les devises ainsi entrées au pays y restent sous forme de capital d'investissement.

L'une de ces mesures pourrait être, d'après certains observateurs, l'imposition des gains des non-résidents sur la variation du taux de change, telle que prévue à la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.⁵⁵ Cependant, il s'agit plutôt d'un leurre car le Canada se sert justement de mesures fiscales incitatives pour attirer les capitaux dont les administrations publiques ont un besoin impérieux.⁵⁶ Aussi le Canada est signataire d'un réseau complet de conventions fiscales qui limitent son champ de manoeuvre à cet égard.

La mesure fiscale mentionnée plus haut favoriserait l'entrée des capitaux financiers par émission de dette au Canada. Certes, l'entrée de capitaux empruntés

⁵² l'article 4.1(i) des *Statuts du FMI*, précité, note 40.

⁵³ La balance des comptes courants reliés au secteur financier se rapporte aux transferts de capitaux rattachés aux versements de dividendes, d'intérêts sur investissements en exigibilités. Celle-ci est aussi connue sous l'expression, balance des invisibles.

⁵⁴ *Statuts du FMI*, précité, note 23, article 1(4)

⁵⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, SC 1970-71-72, c. 63; LRC (1985), 5^e Supp. les praticiens des milieux appellent cette technique le "reverse pearl".

⁵⁶ *Loi de l'impôt sur le Revenu*, S.C. (1985) LRC 5^e supp., l'article 212 limite l'imposition de certains titres de créances; aussi, l'alinéa 133(8)(d) prévoit un traitement pour les Corporation de placements appartenant à des non-résidents; les articles 216 et 217 donnent le choix des non-résidents de produire une déclaration d'impôt sur le revenu selon la Partie I lorsque cette alternative est plus avantageuse que le paiement de l'impôt de la partie XIII; Enfin le *RAIR* 2400 permet le traitement fiscal spécifique des revenus de placements pour les assureurs non-résidents.

favorise la stabilité du dollar à court terme; les conditions qui la servent permettent aussi de diminuer le niveau d'inflation en conformité avec les engagements du Canada envers le FMI. Toutefois, il s'agit d'une solution palliative, artificielle et temporaire.

La détermination des conditions d'applications des mesures restrictives et leur durée constituent toujours une difficulté. Une évaluation trop conservatrice pourrait susciter des effets pires que les maux. Par exemple il peut s'en suivre une surévaluation de notre dollar ou une récession prolongée. Cette dernière pourrait entraîner l'imposition d'une fiscalité plus lourde des entreprises. En outre, elle pourrait miner les critères de base qui favorisent la prospérité nationale, notamment la récompense du succès. Pourtant la productivité est justement l'élément-clé qui favoriserait l'attrait du capital d'investissement, lequel correspond mieux à l'objectif de stabilité à long terme que vise le Fonds.

En bref, le maintien d'une valeur élevée de notre dollar décourage les exportations et encourage les importations, ce qui crée un mouvement discontinu et erratique de notre politique monétaire. Le Canada est donc coincé entre des engagements internationaux à court et moyen terme, et des objectifs de croissance interne. Nous pensons qu'en raison de toutes ces difficultés, les objectifs fondamentaux prévus aux *Statuts du FMI*⁵⁷, à savoir favoriser la prospérité nationale et internationale, seraient plus raisonnables s'ils engageaient le Canada et les autres pays signataires à payer les dettes encourues lorsque les dépenses de l'État progressent plus rapidement que le revenu national et de n'encourir des déficits que lorsqu'ils sont générateurs d'investissements productifs.

Toutefois, l'évaluation de la politique monétaire n'est pas l'objet de cette étude. Nous présumerons que les raisons invoquées plus haut relativement au fardeau de la dette nationale et de ses effets sur l'inflation autorisent le Parlement à adopter une mesure législative concernant l'équilibre budgétaire.⁵⁸ A cette fin, le Canada doit réduire ses dépenses et accroître ses recettes. Les budgets d'austérité proposés par les différents ministres des Finances depuis l'entrée en vigueur de cette loi se conforment donc d'abord à une obligation légale. De manière incidente, ceux-ci atteignent des objectifs financiers et économiques, soit la compression du déficit⁵⁹ ainsi que le contrôle de l'inflation. Cette pratique n'a rien d'inhabituel, et à l'égard de ces mesures de compressions budgétaires, le Canada se compare aux États-Unis.⁶⁰

⁵⁷ *Statuts du FMI*, précité, note 23, article I(5).

⁵⁸ *Loi instituant un plafond pour les dépenses publiques*, S.C. 1992, c. 19.

⁵⁹ *Rapport du Fonds monétaire international*, Washington, 1989, 17

⁶⁰ Au cours des débats sur le budget du gouvernement américain en 1994, plusieurs mesures concernant le contrôle des dépenses et l'équilibre budgétaire ont été suggérées devant le Congrès. Ces mesures, qui étaient présentées par des républicains et des démocrates, ont été rejetées. Le président du Comité des voies et moyens, Dan Rostenkowski, D-Ill., a émis des réserves quant à l'opportunité pour le Congrès de se lier pour l'avenir. Cette situation jette un doute sur l'efficacité des mesures proposées dans le *Projet de Loi Graam-Druman*; "House rejects balanced budget amendment" (1994) 62 *Tax Notes* 12, 1489; voir aussi *Tax Notes*, Mars 7, 1994, p. 1241, Mars 14, 1994, p. 1344.

Comme le veut l'adage «On ne peut plaire à tout le monde et à son père», ces budgets ont été salués par le FMI mais dénoncés par les groupes d'intérêts, les syndicats et diverses associations.⁶¹ Ainsi, le ministre des Finances doit supporter les foudres de l'ensemble des provinces et de la population canadienne, pour qui les engagements internationaux du Canada ne représentent rien de concret. Dans ce contexte, il est particulièrement opportun d'évaluer l'effet de ces mesures sur l'objectif d'équité horizontale par la redistribution du revenu et de la richesse.

A cet égard, le pouvoir de dépenser a été l'instrument privilégié permettant la mise en oeuvre des grands projets d'infrastructure et des programmes sociaux dans le cadre de l'État providence. Il doit maintenant servir d'autres objectifs dans le contexte de la décroissance, du désengagement et de la réalité financière difficile. Nous pensons que si l'illusion de l'égalité des conditions de vie est irrémédiablement compromise, il faudrait plutôt viser une équité horizontale qui irait dans le sens de l'égalité des chances.

Il reste que les responsables des politiques de finances publiques font face à un défi de taille qui consiste à aller de l'avant envers et contre tous afin de confronter la réalité concrète de la crise financière. Alliant les attributs du philosophe-roi de Platon et du despote éclairé des monarchies du XIII^e siècle, les conseillers du gouvernement considèrent que le pouvoir de dépenser n'est véritablement pas une question de droit puisqu'ils escomptent que la particularité des lois de finances l'emportera sur les principes de droit. C'est peut-être là, le prix de la civilisation.

Il faut déterminer dans quelle mesure un pouvoir aussi fondamental que le pouvoir de dépenser doit être étendu dans son objet et selon quelles conditions il est opportun de l'utiliser. Aussi, nous verrons, dans la théorie comme dans la pratique, comment justifier ce pouvoir et selon quelle modalité on devrait en permettre l'exercice. Auparavant, nous verrons le rôle du droit international économique en matière d'élaboration des politiques commerciales nationales.

⁶¹ CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, président Murray Dorin, Fasc. 65; 1er Juin 1993 (témoin David Dodge et Don Drummond). p. 29.

B) Les enjeux du droit international en matière de Politiques Commerciales

Nous savons que les politiques commerciales du Canada sont encadrées par des engagements internationaux similaires à ceux des autres pays de l'OCDE. Ce sont les forces du marché qui imposent les règles de droit international que l'on adopte en matière commerciale. Tant sur le marché des capitaux que sur celui des biens et services, le Canada est maintenant en concurrence directe avec ses partenaires commerciaux, de sorte que les règles de droit international qui lient le Canada, dans le cadre d'une concurrence économique ordonnée, représentent le meilleur compromis possible. Par ailleurs, même pour un pays souverain, l'observation des règles internationales est souhaitable en raison de l'application possible de sanctions bilatérales en cas de dérogations.

Par des restrictions à l'exercice des compétences du gouvernement en matière de prix et de gestion de l'offre sur son propre marché national⁶², le droit international limite les options du Canada si bien que, pour s'y soumettre, le gouvernement du Canada est parfois contraint à renoncer aux politiques particulières dont l'effet pourrait être bénéfique à certains secteurs.

1) Le lien entre les politiques commerciale et fiscale au Canada

A l'instar de la politique monétaire, la politique commerciale est aussi assujettie à un ordre international dans lequel le même phénomène peut être observé. Il s'agit de la domination des grands ensembles économiques intégrés.

En revanche, la fiscalité reste justement un domaine d'action plus étendu. Par ce moyen, le Parlement canadien peut librement adopter des mesures d'assistance. Lorsque le fardeau des politiques commerciales est particulièrement astreignant, ces mesures fiscales peuvent en contrebalancer les effets nuisibles pour certaines industries ou régions plus vulnérables.

Par l'ampleur qu'elles peuvent avoir, ces mesures fiscales deviendront une autre forme d'exercice du "pouvoir de dépenser". Parce que les concessions fiscales accordées à des contribuables ont aussi des répercussions sur les équilibres budgétaires, celles-ci sont comparables à l'engagement de déboursés directs sans pour autant apparaître clairement en tant que tel dans les livres des gouvernements.⁶³ Pourtant afin de compenser le manque à gagner qu'occasionnent les concessions fiscales, il devient nécessaire de prélever de nouveaux impôts, d'augmenter les impôts

⁶² Le GATT impose des règles contraignantes relativement aux mesures à l'importation et aux organismes de mise en marchés.

⁶³ Les recettes fiscales constituent la plus grande part des revenus gouvernementaux comparativement aux autres recettes budgétaires (revenus de permis, sociétés d'États et de placements).

existants ou de diminuer les postes de dépenses budgétaires. Pour cette raison, quelques auteurs ont suggéré que les mesures qui entraînent des dépenses fiscales - sous forme de pertes en recettes fiscales - soient considérées comme des dépenses budgétaires.⁶⁴ Au demeurant, les administrations sont relativement libres dans l'élaboration de leur politique fiscale.

Toutefois il est raisonnable d'anticiper que la souveraineté des compétences fiscales ne sera pas indéfiniment affranchie du cadre international. Déjà cette souveraineté est affectée par le phénomène de la globalisation lié aux politiques commerciales et fiscales. En voici quelques exemples à l'échelle internationale:

- Les États-Unis ont déjà commencé à se fonder sur le GATT pour justifier des pratiques fiscales favorables à leurs corporations résidentes.⁶⁵ De là à dénoncer en arbitrage une mesure fiscale sur la base des principes du GATT, il ne reste qu'un pas à franchir.
- Dans les années 1963 et suivantes, des modifications aux lois fiscales des pays européens rendant plus attrayants les emprunts sur leur territoire de devises étrangères par des non-résidents ont favorisé l'expansion de titres financiers émis en dollars américains par des établissements financiers situés en Europe. Ces émissions, appelées eurodollars, ont rapidement progressé à des niveaux impressionnants⁶⁶ si bien qu'elles ont forcé plusieurs pays, dont le Canada, à modifier leur législation en conséquence.⁶⁷
- Plus récemment les pays membres du GATT ont conclu une entente dans laquelle les incitatifs fiscaux sont considérés au même titre que les subventions.⁶⁸ Contrairement aux autres formes de subsides, les mesures d'évaluation ne sont pas définies.

⁶⁴ KESSELMAN, Jonathan R., *Direct expenditures versus tax expenditures for economic and social policy*, Vancouver, University of B.C., 1989, 51 p.; WAGNER, Richard E., *The tax expenditure budget: an exercise in fiscal impressionism*, Washington, Tax Foundation, 1979; WARREN, Gregory C., *Silent spending, tax expenditure and the competition for public dollars*, Lansing (Mich.), House fiscal Agency, 1990, 29 p.; SURREY, Stanley, S., *Pathways to tax reform, the concept*, Cambridge, Harvard University Press, 1973, 418 p.

⁶⁵ Voir les articles 921 à 927 du *Internal Revenue Code*, soit la loi fiscale américaine (ci-après citée *IRC*), concernant l'exemption de l'impôt corporatif des Foreign Sales Corporations et les commentaires dans *1994 U.S. Master Tax Guide*, Chicago, CCH, 1994, 648, p. 551.

⁶⁶ On a évalué que sur la période de 22 ans (1963-1985), les emprunteurs internationaux ont émis plus de 400 milliards de dollar sur les euromarchés. Voir "Equities Enter the Eurobonds Age", *Euromoney*, octobre 1985; BOREHAM, *Op.Cit.*, note 11, 12, 284.

⁶⁷ C'est ainsi que le Parlement canadien a modifié la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'exempter les non-résidents de la retenue fiscale prévue à la Partie XIII applicables à certains paiements d'intérêts (les opérations correspondantes sur son territoire). Voir modification à l'article 212(1)(b)(vi) de la *LIR*, 1974-75-76, c. 71, paragraphe 11(1) applicable aux obligations émises après le 23 juin 1975.

⁶⁸ Article 1(ii), *Entente sur les subventions* dans la *Convention sur l'Organisation mondiale du commerce*.

Cependant, il importe de situer ces phénomènes dans leur juste perspective, à savoir que le Canada, pays très riche selon l'OCDE, conserve toujours une certaine marge de manoeuvre dans le domaine des politiques fiscales. On peut le constater, hormis le cas des pays membres de la C.E. et un cas très exceptionnel où un régime fiscal discriminatoire a fait l'objet d'une sanction du G.A.T.T.⁶⁹, la fiscalité constitue peut-être en 1993 le dernier retranchement de la souveraineté des États en matière économique.

Nous verrons dans les pages qui suivent de quelle façon sont mis en oeuvre ces engagements internationaux du Canada en droit interne.

2) La mise en oeuvre des engagements au Canada

Nous savons qu'en matière de commerce, le Canada est lié aux accords du GATT et à l'Accord de libre-échange Canada États-Unis (ALE), et à l'ALENA. Les accords du GATT sont mis en oeuvre au Canada par la législation sur l'Uruguay Round.⁷⁰ L'ALE est mis en oeuvre par la *Loi sur l'Accord de libre Échange*.⁷¹ De façon générale, le cadre international empêche les mesures restrictives et le protectionnisme en matière de commerce. Ces règles limitent la marge de manoeuvre du gouvernement canadien en matière d'équilibre de la balance des paiements.

Afin de réussir à assurer l'équilibre des paiements internationaux et de respecter le cadre international en matière de politiques commerciales, le gouvernement canadien est confronté à la nécessité d'améliorer la compétitivité de l'économie canadienne. Le pouvoir de dépenser a déjà été utilisé dans ce but. Il l'est de nouveau alors que le pays a besoin de modifier ses politiques d'ajustement structurel en fonction d'un cadre international plus strict.

A cette fin, le Canada a dû adopter certaines politiques sur son propre marché intérieur. L'administration a opté pour une politique d'austérité budgétaire et de changement des préférences fiscales.⁷²

En matière de politique budgétaire, cette politique comporte des mesures d'austérité qu'imposent les ressources restreintes de l'État, dont les compressions budgétaires et la rationalisation de l'appareil de l'État. Ceci permet de libérer les

⁶⁹ *Affaire des importations françaises au Brésil*, I.B.D.D., 4, p. 24; CARREAU, FLORY & JUILLARD, *Op.Cit.*, note 22, p. 262.

⁷⁰ *An Act re. Uruguay Round Convention*, S.C. 1937 c. 21

⁷¹ L.C. 1988, c. 65.

⁷² Autrement dit, pour retrouver l'équilibre budgétaire, il s'agissait de réduire les dépenses ou d'augmenter les recettes; CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, président Murray Dorin, Fasc. 65; 17 1er Juin 1993 (témoin David Dodge).

ressources financières nécessaires pour soutenir les investissements productifs.

En ce qui concerne les préférences fiscales, la politique a nécessité l'instauration d'un système d'impôt à la consommation. Celui-ci favorise en outre l'augmentation des recettes fiscales et la croissance des exportations.

a) Une nécessité financière: les compressions budgétaires

Déjà, parce que le marché des capitaux se resserre, le Canada est forcé d'adopter certaines mesures restrictives sur le plan de sa politique budgétaire. De plus, en raison des restrictions sur les subventions à l'exportation, le Canada doit aussi augmenter sa productivité par l'adoption de mesures qui favorisent l'investissement dans les technologies de pointes. De tels investissements nécessitent des ressources financières. Les mesures serviront donc deux objectifs, soit celui de diminuer les besoins de capitaux, et ensuite celui de mieux favoriser l'investissement dans des infrastructures plus modernes.⁷³

Si le gouvernement dispose d'un pouvoir de dépenser, ce pouvoir devrait comporter la faculté de réduire ou de réorienter les ressources qu'il engage dans l'exercice de ce pouvoir. Parce que le pouvoir de dépenser s'exerce particulièrement dans des domaines de compétence qui relèvent des provinces, personne ne devrait se formaliser d'une décision ayant pour effet de réduire l'influence du gouvernement relativement à des catégories de sujets qui ne relèvent pas directement de la responsabilité du gouvernement fédéral.

Pourtant, les provinces résistent à ce désengagement parce que le gouvernement fédéral ne libère pas nécessairement l'espace fiscal correspondant aux économies qu'il réalise; c'est pourquoi l'étude des fondements juridiques du pouvoir de dépenser est importante. Avant d'y arriver, voyons comment le gouvernement fédéral peut utiliser des pouvoirs accessoires au «pouvoir de dépenser», soit le «pouvoir de ne pas dépenser» ou le «pouvoir de dépenser moins», d'où le «pouvoir de dépenser autrement».

Dans le cadre des mesures traditionnelles de compression budgétaire, un gouvernement peut s'attaquer à la composante majeure de ses dépenses, soit les salaires et les transferts aux particuliers.

En matière de salaires, il aura recours à diverses méthodes, dont la restriction, le blocage, le retranchement, la cessation d'emploi et la privatisation.⁷⁴

⁷³ CHAMBRE DES COMMUNES, Note 16, 20, 49, 61, p. 8.

⁷⁴ - Les restrictions représentent une limitation de l'embauche. - Le blocage consiste à déterminer un plafonnement concernant les salaires (cette mesure pourrait s'étendre aux achats de biens et services, aux subventions ainsi qu'aux investissements dans les sociétés d'État). - Le retranchement touche l'application plus limitée des programmes et des services. - La cessation d'emploi entraîne des licenciements, fermetures d'établissements et la suppression de programmes. _ Enfin, la privatisation

En matière de transferts aux particuliers, le gouvernement peut resserrer les conditions d'accès aux programmes, le niveau des prestations ou sa contribution financière. Les mesures budgétaires de 1994 en sont un très bon exemple car, en matière d'assurance-chômage, les trois méthodes sont utilisées du même coup.

En ce qu'elles touchent directement les services qu'offre un gouvernement à la population, toutes ces mesures ont un prix politique pour le gouvernement fédéral, de sorte que la limite de leur efficacité est atteinte dès que leur effet est négativement perçu par la population.

En revanche, il est une forme de compression permettant des économies substantielles sans effet politique immédiat pour le gouvernement fédéral. Cette mesure, largement utilisée, consiste dans l'ajustement des transferts financiers aux provinces. Le pouvoir de dépenser est alors directement en cause.

Ainsi qu'on peut l'observer en science, rien ne se perd rien ne se créé. En finances publiques, le phénomène des vases communicants s'applique tout aussi bien: tout s'emprunte ou se transfère en se transposant dans les équilibres budgétaires d'un niveau de gouvernement à un autre. Ainsi, un transfert supplémentaire d'Ottawa est transposé en une économie pour une province; à l'inverse les restrictions d'Ottawa quant au financement des programmes établis forcent les provinces à des compressions ou des rationalisations dont leurs administrations paient le prix politique.

Il s'agit du «ping pong budgétaire» puisque les divers niveaux de gouvernement renvoient la balle dans le camp voisin et du même coup se transfère leur déficit. Le *Rapport MacDonald*⁷⁵ fait état de la méthode du «transfert de déficit» pour conclure qu'elle se pratique autant dans les deux sens. Avec le plus grand respect pour les commissaires, je ne peux que réfuter avec vigueur cette conception dépassée des choses car les provinces ne font tout simplement pas le poids dans le rapport de force:

- le gouvernement fédéral peut intervenir unilatéralement sans aucun préavis pour limiter les transferts financiers aux provinces tant au niveau des programmes établis qu'au titre de la péréquation. Ottawa contrôle aussi l'intégrité des données macro-économiques qui en permettent la détermination.
- En contrepartie, pour aiguiller ses résidents vers le service public du gouvernement fédéral, tout ce dont dispose le gouvernement provincial est la capacité de subventionner des emplois pour un certain nombre de

prend la forme de vente de société ou de biens de l'État, la sous-traitance de services ainsi que la désinstitutionnalisation des rapports envers les usagers du service public.

⁷⁵ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport*, Vol 3, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et services, 1985, 779

semaines afin que les participants se qualifient pour le programme d'assurance-chômage.

En contrepartie, le gouvernement d'une province est coincé entre le dilemme de l'augmentation des impôts ou des coupures dans les services publics, encore qu'à cet égard le principe de gratuité dans le domaine de la santé limite la marge de manoeuvre des provinces.

Selon le ministère des Finances du Québec, la plus grande partie des gains financiers provenant de la croissance relative du potentiel fiscal québécois est récupérée par le gouvernement fédéral. Avec respect, il n'est que normal qu'un régime d'assistance soit lié aux besoins de l'État bénéficiaire de sorte que les transferts diminuent selon la progression des économies de l'État bénéficiaire.⁷⁶ Toute analyse ne tenant pas compte de ce principe fondamental d'un régime d'assistance financière serait faussée dans ses prémisses.

Les analystes du Québec⁷⁷ soutiennent que lorsque le gouvernement du Québec fait des efforts supplémentaires par rapport aux autres provinces en matière de création d'emploi, la plus grande partie des recettes fiscales qui en découlent sert à diminuer le déficit fédéral. Ceci s'explique notamment:

- par la contribution fédérale de 50% à l'assistance sociale, de 100% à l'assurance-chômage ainsi que l'abattement spécial de 16.5% de l'impôt payé par tout nouveau travailleur;
- par la structure de calcul de la péréquation. Une province obtient de la péréquation dans la mesure où pour une source de revenu donné, sa part dans la population canadienne est supérieure à la part de son assiette fiscale dans l'assiette canadienne.

Selon cette analyse, l'augmentation du potentiel fiscal qu'apporte un accroissement des revenus d'emploi au Québec diminue la déficience fiscale du Québec par rapport au potentiel des provinces représentatives. Ainsi l'accroissement de l'emploi dans cette province réduit ses droits à la péréquation, dans une proportion supérieure à celle que subirait toute autre province à raison de l'effet des points d'impôts qui réduisent d'autant la hausse des revenus autonomes. Deux commentaires s'imposent pour donner suite à ce raisonnement:

D'abord l'argument fondé sur l'abattement spécial de 16.5% de l'impôt n'est pas pertinent puisque cet abattement ne constitue pas une forme de péréquation mais

⁷⁶ MINISTÈRE DES FINANCES, *Discours du budget 1968-87, Les arrangements fiscaux: vers un désengagement du gouvernement fédéral*, Québec, 198.

⁷⁷ DIRECTION GÉNÉRALE DE PLANIFICATION DES FINANCES, *La dynamique des finances publiques*, Québec, Ministère des finances, 1982, 9.

plutôt une compensation au titre d'un droit de retrait d'un programme établi. C'est en vertu d'un choix exercé par la province de Québec elle-même que ses résidents disposent de cet abattement. De plus l'espace fiscal ainsi libéré est entièrement occupé par une ponction fiscale de cette province.

Par ailleurs, il est inexact d'affirmer qu'Ottawa a plus avantage qu'une province à investir lui-même dans la création d'emploi. Le gouvernement fédéral a tout intérêt à ce que chaque région du pays se développe au point de suffire à ses besoins car cela faciliterait l'atteinte de son objectif économique de stabilisation.

Enfin, le financement du développement régional - s'il est juridiquement fondé - fait aussi l'objet de controverses au niveau de l'opportunité politique de la réorientation des priorités. Cela n'est que normal puisque sa nature même relève de la politique, et que l'arbitrage d'intérêts opposés est une donnée de base de l'action politique. Une autre mesure tout aussi nécessaire possède ce caractère controversé; il s'agit de l'adoption d'un système d'impôt à la consommation. C'est l'objet des pages suivantes.

b) Une nécessité juridique: le changement des préférences fiscales et la nouvelle Taxe sur les Produits et Services (TPS)

L'économie Canadienne est largement tributaire des exportations. Or, l'aide aux exportations est non seulement coûteuse financièrement mais elle est discutable en regard du droit international. Il fallait donc instaurer un système préférentiel à ce secteur par le moyen d'une exonération aux produits d'exportation. Dans sa démarche visant le contrôle du déficit, l'équilibre budgétaire et la réalisation de sa politique économique, le gouvernement fédéral a opté pour la fuite en avant.

Ottawa n'avait pratiquement pas le choix. Pendant la décennie 1980, les particuliers profitaient davantage des abris fiscaux sous forme d'actions accréditives⁷⁸ des dégrèvements pour dividendes⁷⁹ et des exemptions pour gain en capital.⁸⁰ Pendant la décennie 1990, de nouvelles techniques de planification fiscale ainsi qu'une récession prolongée ont neutralisé les efforts du législateur en vue de rétablir l'intégrité de sa base d'imposition. Au coeur du problème des finances publiques se situe un régime d'impôt sur le revenu selon lequel les dépenses fiscales augmentent plus vite que les recettes budgétaires. Il ne restait plus au gouvernement, aux prises avec un formidable déficit, que de changer de façon radicale les fondements du régime fiscal, afin que soit rétablies les conditions visant l'équilibre budgétaire. Il lui fallait donc introduire une taxe à la consommation.

⁷⁸ Paragraphe 66(12) à l'article 73 *L.I.C.*, 1970-71-72, c. 63, tel que modifié jusqu'à aujourd'hui.

⁷⁹ Article 121 *Loi de l'impôt sur le Revenu*, précité, note 78.

⁸⁰ article 110.6 *LIC*, précitée, note 78.

La TPS est une taxe indirecte en ce sens qu'elle sera «exigée d'un agent économique avec l'attente ou l'intention qu'il s'en fasse rembourser par un autre», à savoir, le consommateur. Au sens de l'arrêt *Lambe*⁸¹, le gouvernement fédéral occupe un champ exclusif à cet égard quoique les provinces ont parfois recours à des fictions légales pour occuper le champ des taxes à la consommation. Il reste que le coup de barre d'Ottawa les forcera à réaménager leur politique: ou elles conviennent d'un accord de perception avec le fédéral, ou elles imposent une taxe directe, visible et impopulaire. Toutefois dans les deux cas, les provinces perdent une marge de manoeuvre presque vitale.

L'instauration de la TPS correspond à une réforme majeure du domaine de la fiscalité indirecte.⁸² Par l'implantation déterminée de cette nouvelle taxe à la consommation dans un champ traditionnellement laissé aux provinces, l'administration fédérale a annoncé sa volonté de reprendre le contrôle de ses finances à plusieurs niveaux. Avant la réforme, le Parlement ne disposait plus que de 20% de marge de manoeuvre dans son budget,⁸³ et le déficit de l'administration centrale était tel que le service de la dette drainait annuellement près du quart de toutes les dépenses du gouvernement. En redéfinissant les cadres du système fiscal au Canada, le gouvernement récupérait le contrôle d'un outil de levier économique. Avec la politique monétaire qui lui est acquise grâce à la Banque Centrale du Canada, la politique fiscale lui a redonné en partie les rênes du pouvoir économique au Canada, lesquels sont essentiels à l'élaboration d'une politique nationale cohérente.

D'un point de vue strictement pratique, un impôt sur le revenu à déclaration volontaire n'est plus suffisant pour assurer les revenus nécessaires au bon fonctionnement de l'administration. Ainsi, celui qui sait habilement tromper le fisc sur ses entrées de fonds sera possiblement taxé sur tout ce qu'il consomme. Or à quoi sert l'argent s'il n'est destiné à la consommation, à l'investissement ou à l'épargne ?

Quant à la richesse sous forme d'investissement ou d'épargne, cette assiette fiscale est déjà protégée du fisc par un traitement spécifique.⁸⁴ Les épargnes servent d'ailleurs au placement de dettes afin de contribuer à financer les déficits colossaux des gouvernements. Cela n'est que normal et bénéfique si l'on considère la concurrence des débiteurs sur le marché des capitaux ouvert à l'échelle internationale.

⁸¹ *Bank of Toronto Dominion c. Lambe*, (1887) 12 AC 575.

⁸² *Taxe sur les produits et services, Documents techniques, Publié par l'honorable Michael Wilson, Ministre des Finances, Ottawa, Ministre des finances, août 1909.*

⁸³ Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, *Rapport volume 3*, Ottawa, Centre d'éditions du gouvernement du Canada, 1985, 779 pages, p. 284.

⁸⁴ En matière de richesse c.f. article 110.6 (*Exemption à vie du gain de capital dont l'élimination dans le budget 1994 est assortie d'une règle transitoire qui préserve les gains accrus*). En matière d'investissements: Article 15.1 (*Obligation pour le développement de la petite entreprises*); 15.2 (*Obligations pour la petite entreprise*); règlement 6205 (*actions et titres prescrits*). En matière d'épargne c.f. article 104 (*Fiducies et bénéficiaires*); ; Partie VIII (Impôts sur les non-résidents); Règlement 806.2 (Titres visés); ; *Rapport du Vérificateur général du Canada, 1992; Rapport de la commission permanente sur les finances publiques*, 10 décembre 1992.

Quant aux investissements, les mesures de fiscalité incitatives sont justement conçues en fonction de les favoriser. Si l'on exclue ces deux composantes de la base d'imposition, il reste la consommation.

Cette réforme ne représente qu'un aspect des initiatives du gouvernement central relativement au contrôle du déficit, les compressions budgétaires (ci-haut mentionnées) et les mesures fiscales en constituant les autres aspects. Quant aux mesures fiscales, celles-ci servent un double-objectif parce qu'elles peuvent aussi servir d'alternative au pouvoir d'affectation de crédits. Effectivement, des raisons politiques justifient parfois que les gouvernements pratiquent leurs interventions sous le couvert du pouvoir de prélèvement.⁸⁵ Cette faculté est déterminante, car le domaine de la fiscalité bénéficie d'un double privilège en matière de restrictions à la diffusion de l'information: premièrement, la confidentialité des données fiscales sur les contribuables, et, deuxièmement, le privilège de l'information protégée relativement aux relations fédérales-provinciales.⁸⁶

D'aucuns ont prétendu que les seules limites au pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral correspondent à celles reliées au pouvoir de taxation illimité que lui confère la *Loi constitutionnelle de 1867*.⁸⁷ Si l'on ajoute à cela qu'il s'exerce même à l'abri du contrôle normal des institutions démocratiques, il s'agit peut-être d'un pouvoir si important qu'il serait facile d'en abuser.

SECTION II - L'effet des engagements internationaux sur la dynamique des finances publiques au Canada

Même si, en général, les règles internationales s'imposent à tous les États, les rapports de force subsistent. Le fait que les sanctions s'appliquent essentiellement de façon bilatérale maintient le phénomène des rapports de force. Ceux-ci sont déterminés par les grands ensembles économiques intégrés qui dictent les normes et leur interprétation.

Ces normes et ces interprétations ont forcé le Canada à s'adapter rapidement à la mondialisation des échanges. Pour ce faire, il lui fallait dans un premier temps, contrôler son inflation. Dans une seconde phase, il importait que le gouvernement réforme rapidement ses opérations de façon à rétablir ses équilibres budgétaires,

⁸⁵ Cette interprétation peut aussi être tirée du droit comparé; alors que les dispositions de la Constitution canadienne en la matière prévoient un pouvoir d'imposition complet, l'article 55 de la *Constitution de l'Australie* en restreint l'exercice à ce qui est nécessaire à l'imposition.

⁸⁶ Ces restrictions à la diffusion de l'information sont prévues dans deux lois différentes, soit, d'une part, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC (1985) 5e Supp., article 241 (noter l'exception prévue au sous-alinéa 241(4)(d)(i) pour les agents du ministère des Finances en matière de formulation ou d'évaluation des politiques fiscales); et, d'autre part, dans la *Loi sur l'accès à l'information*, (1985) LRC c. A-1, article 18.

⁸⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3.

dégager des surplus et diriger ces ressources dans les investissements productifs et la restructuration du secteur privé. Nous avons vu que les ressources financières nécessaires seront obtenues par le désengagement de l'État au niveau de ses missions sociales et quelles politiques sont mises en oeuvre dans l'affectation des ressources ainsi obtenues. On peut considérer que ces mesures rejoignent d'autres objectifs que les exigences des engagements internationaux du Canada.

À la lumière de principes comptables élémentaires appliqués aux finances publiques, la solution à la crise des finances publiques réside dans l'augmentation des recettes fiscales de l'administration centrale ou dans la réduction de ses dépenses aux moyens de compressions budgétaires ou dans une combinaison de ces deux méthodes.

Pour ce qui est des réductions de dépenses, cette solution se traduit par des coupures, une rationalisation de l'appareil de l'État et un désengagement de l'État au niveau de ses missions sociales, ce à quoi nous assistons présentement. Et pourtant, il est ironique qu'au moment précis où les besoins augmentent, les ressources diminuent.

En ce qui a trait aux augmentations des recettes fiscales, le gouvernement à l'aube des années 90 disposait de deux leviers dont les modalités étaient interalliées: l'élargissement de l'assiette fiscale, permettant de briser le cycle de l'endettement, et l'implantation d'une structure économique favorable à la croissance. Par les recettes fiscales additionnelles qu'elle rapporte par l'entremise de l'impôt, la croissance réduit du même montant le coût de perception.

Étant donné son niveau de population relativement peu élevé, le Canada mise tous ses efforts dans le commerce extérieur afin d'assurer son développement. Or s'il est un domaine où la concurrence est redoutable, c'est précisément le domaine du commerce extérieur, où les pays se font une vive concurrence pour se tailler une place de choix. Il faudra donc que les entreprises aient une meilleure maîtrise des récentes technologies de pointe afin de mieux relever les défis se rapportant aux enjeux fondamentaux, à savoir, la productivité, la maîtrise des marchés et la réduction du déficit.

Le Libre-Échange est l'instrument de politique économique dont le gouvernement s'est doté pour promouvoir le commerce extérieur. Toutefois l'ouverture des marchés ne sera bénéfique que dans la mesure où des avantages concurrentiels peuvent être offerts aux investisseurs et que les produits destinés aux marchés extérieurs soient fabriqués dans le contexte d'une productivité accrue. Ainsi, l'aide à l'investissement en vue de la diversification de l'économie nécessitera au Canada une réorientation des ressources financières.

Bien que la théorie économique soit en accord avec la logique comptable, il importe de savoir si tout ceci est conforme au droit. Nous pensons que la combinaison du droit international et de l'économie politique a favorisé le développement d'une forme d'exercice particulière du pouvoir de dépenser. Il s'agit

d'une pratique générale, uniforme, certaine et répétée à laquelle les parties se sont senties liées au dépassement des limites constitutionnelles en matière de finances publiques. Autrement dit, le pouvoir de dépenser reposerait sur un usage.

Nous verrons dans un premier temps comment cet usage influe sur le cadre d'évolution des finances publiques, particulièrement sur le plan des transferts aux provinces. Ensuite nous verrons comment il s'harmonise avec la nouvelle tendance de l'économie politique.

A) Le cadre d'évolution des finances publiques affectant les transferts aux provinces, les transferts en espèces, les droits rattachés au Financement des programmes établis et la péréquation

Dès les débuts de la confédération, le gouvernement fédéral a été appelé à contribuer financièrement aux opérations des provinces au delà des versements prévus dans la *Loi Constitutionnelle de 1867*⁸⁸. Il le fit en considération pour la cession de la compétence de celles-ci en matière de droits douaniers.⁸⁹

Dans la période contemporaine, l'évolution des transferts du gouvernement fédéral aux administrations provinciales peut être illustrée en quatre phases: la période Keynésienne (1939 à 1957), la période de décentralisation (1957-1970), la période d'expansion (1970-1987) et la période de rationalisation (1987-1993). Les trois premières périodes affichent la croissance constante de la proportion des transferts dans les budgets des administrations provinciales, alors que la dernière en démontre le recul; l'importance des transferts est toujours primordiale.

La première période, dite Keynésienne⁹⁰, est celle où la masse des dépenses gouvernementales est considérée en tant qu'instrument de politique économique. Cette période, caractérisée par un degré élevé de centralisation, s'explique par la combinaison de plusieurs facteurs: le *Rapport de la Commission Rowell-Sirois*,⁹¹ la participation du Canada à la Deuxième Guerre mondiale, l'influence de la pensée Keynésienne sur les hauts fonctionnaires et les leaders politiques et enfin, la crainte sérieuse d'une récession au cours de l'après-guerre. Ainsi, le *Rapport Rowell-Sirois*

⁸⁸ 30 31 Victoria, c. 3.

⁸⁹ BASTIEN, *Op.Cit.*, note 5, 2.

⁹⁰ La «période Kénéésienne» se réfère à la doctrine de Keynes favorisant l'interventionnisme de l'État pour relancer l'économie par un effet d'entraînement. Ainsi dans les années difficiles, les gouvernements devraient s'endetter pour relancer l'État et rembourser ces déficits dans les années de prospérité. Malheureusement, les gouvernements semblent n'avoir appliqué que la première partie de la théorie.

⁹¹ COMMISSION SUR LES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la commission Rowell-Sirois*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965. (ci-après cité Commission Rowell Sirois)

recommandait que le gouvernement fédéral prenne en charge la responsabilité de l'assurance-chômage et des pensions de vieillesse, et qu'il ait en retour l'exclusivité des compétences en matière d'impôts sur le revenu; le rapport proposait également la formule des subventions d'après la norme nationale (à l'origine de la péréquation que l'on connaît).⁹²

- En raison de l'effort de guerre déployé, l'appareil administratif du gouvernement fédéral avait pris des proportions sans précédent qui pouvaient être mis au service d'objectifs nouveaux.⁹³
- Dans le cercle du pouvoir à Ottawa, un certain nombre d'hommes politiques et de fonctionnaires avaient été formés à l'école de John Maynard Keynes.⁹⁴
- La crainte d'une récession dans l'après-guerre était fondée sur l'expérience douloureuse d'une grave récession suivant la Première Guerre mondiale.

Pendant cette époque où le gouvernement n'est plus désormais considéré comme un ménage, on admet qu'il puisse encourir des déficits à conditions qu'il réalise l'équilibre ultime par des excédents perçus pendant les années prospères. C'est le principe d'une politique budgétaire anticyclique. En théorie, elle vise à stimuler la croissance par la politique fiscale en période de chômage et à la réduire par la politique monétaire en période d'inflation. Ceci constitue une application des objectifs généraux mentionnés plus haut. En pratique, la période Keynésienne donnera lieu aux premiers programmes sociaux d'envergure; on peut citer en exemple le "New Deal" aux États-Unis et les grandes réformes d'après-guerre au Canada.

Suivra la période des années soixante, dite «de la décentralisation fiscale», où sont reconnus les particularismes régionaux.⁹⁵ Il s'agira aussi d'une époque caractérisée par un ordre de priorité inusité, le système de gestion financière étant désormais profondément modifié.⁹⁶ Les administrations centrales jouent maintenant un rôle moins actif dans la gestion financière, les unités administratives ayant acquis une latitude qu'elles n'avaient jamais eue auparavant. C'est l'éclosion des systèmes

⁹² COMMISSION ROWELL SIROIS, *Précité*, note 91, 54

⁹³ BASTIEN, *Op.Cit.*, note 5, 13.

⁹⁴ Parmi eux: W.Clifford Clarke (sous-ministre des Finances) Ken Eaton (Sous-ministre adjoint) et R.B. Bryce (conseiller adjoint au ministre des Finances).

⁹⁵ BASTIEN, Richard, *Op.Cit.*, note 5, 25. v.g. le régime des rentes du Québec, le droit de retrait avec compensation des programmes établis, etc.

⁹⁶ DUSSEAULT & BORGEAT, *Traité de droit administratif, (2^e ed.) Tome 2*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1981, 1393, 492; l'une des pratiques dénoncées par l'auteur est le système des crédits périmés qui favorise l'engagement de tous les crédits budgétaires avant la fin de l'année fiscale.

«Planification-programmation-budgétisation» et des systèmes de gestion par enveloppes budgétaires encore en application aujourd'hui.⁹⁷ C'est pendant cette époque que les transferts aux provinces connaîtront une croissance de 8.1%, et où l'ensemble des dépenses budgétaires passera de 9.0% à 17.1%.⁹⁸

Puis survient la période 1970-1975, pendant laquelle l'inflation fait rage à cause du triple choc pétrolier. Le gouvernement fédéral se trouve alors devant un accroissement inattendu des recettes, en raison de l'inflation, combiné aux taux d'impôts progressifs. C'est à ce moment que d'importantes décisions sont prises en faveur d'une expansion permanente des budgets sans que soit pour autant assuré le caractère permanent des recettes futures correspondantes. Ainsi,

- au chapitre des recettes la décision est prise d'indexer le tableau des exemptions fiscales,⁹⁹
- en matière de dépenses budgétaires, les programmes sociaux se développent et se raffinent tant dans leur structure que dans leur mission.

C'est cette lancée que l'évolution des finances publiques suit encore à l'aube de l'année 1987; par l'effet combiné de la baisse des recettes liée aux cours du pétrole et à la récession mondiale, les extravagances gouvernementales ont fini par placer l'État fédéral dans une situation financière contraignante.¹⁰⁰ Confronté à la baisse des recettes fiscales, à une croissance irréversible de ses coûts d'opération, et au fardeau du service de la dette, le gouvernement fédéral est forcé de recourir à de nouvelles mesures pour s'acquitter de ses obligations. C'est la période de rationalisation des services et des impôts massifs. Il s'agit d'un revirement aussi brutal qu'inattendu.

Deux questions se posent alors. Comment la situation des finances publiques a-t-elle pu évoluer de cette façon? Comment le gouvernement pourrait-il à la fois relancer l'économie et assainir ses finances publiques?

⁹⁷ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Op.Cit.*, note 75, 7, Ces observations sont tirées de la mise en application des recommandations de la Commission Glassco en 1978.

⁹⁸ MINISTRE DES FINANCES, *Le discours du Budget, Documents budgétaires*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1992.

⁹⁹ Article 117.1 de la *LIC LRC* (1985), 5e supp.; au début l'indexation était complète; elle est maintenant limitée à la portion qui dépasse 3 pour cent de l'augmentation du coût de la vie.

¹⁰⁰ Les documents budgétaires du budget fédéral d'avril 1989 nous permettent de rendre compte de l'évolution de la situation depuis 1961. Ainsi, on constate que sur le plan des dépenses budgétaires le gouvernement fédéral consacre maintenant 17.1% de l'ensemble des dépenses de transferts aux administrations, soit un total de \$ 21,5 milliards. Il s'agit d'une augmentation de 8.1% par rapport à 1961-1962. En ce qui concerne le PIB, l'on constate que ces transferts aux administrations constituent 3.9% du PIB par rapport à 1.6% en 1961-62. Il n'est que raisonnable que le gouvernement fédéral vise les programmes de transferts aux provinces lorsqu'il envisage des restrictions budgétaires.

Ce problème se pose aussi de la façon suivante: au cours des trois premières périodes d'expansion, le gouvernement fédéral était appelé à participer conjointement aux programmes avec les administrations provinciales. C'est alors que sont apparues les premières formes d'exercice du pouvoir de dépenser. Les seules conditions que l'État fédéral imposait alors étaient des critères discrétionnaires. Ces critères empêchaient les administrations provinciales de se baser sur des données prévisibles en vue d'équilibrer leur budget mais, en revanche, permettaient au gouvernement fédéral de conserver une marge de manoeuvre.

Les divers paiements de transferts aux provinces étaient basés ou imputés à des programmes de services publics. Le gouvernement fédéral se gardait la plus grande partie des programmes de développement régional et de diversification économique. Ceci lui permettait de récupérer à lui seul les redevances politiques de telles opérations. Aujourd'hui c'est l'un des aspects les plus importants des finances publiques et les provinces comptent sur ces sommes. Pourtant on considère que la relance de l'économie devrait être initiée par les autorités locales en raison des ressources maintenant limitées du gouvernement fédéral, mais ce dernier ne peut libérer l'espace fiscal en raison du service de la dette qui a pris des proportions considérables. Ceci nous amène à des remises en question majeures. Premièrement, on révisé le bien fondé des modalités permettant l'application de politiques centralisatrices en vertu desquelles le pouvoir de dépenser joue un rôle si important. Deuxièmement, on reconsidère la façon d'exercer ce pouvoir.

B) Le pouvoir de dépenser: la confrontation de l'usage et de son application pratique dans la nouvelle tendance de l'économie politique

Le pouvoir de dépenser mérite que l'on s'y attarde car si les pouvoirs financiers et fiscaux échappaient au contrôle des pouvoirs politiques, les institutions démocratiques perdraient le contrôle de l'État. A l'opposé, il ne faut pas que les pouvoirs financiers soient laissés aux aléas des quatre volontés de politiciens habiles et médiatiques, lesquels à leur tour peuvent être manipulés par des groupes d'intérêts privés au mépris de l'intérêt national à long terme. Nous avons vu que l'émergence du pouvoir de dépenser coïncide avec celle des règles internationales. Ces règles internationales, paradoxalement à leurs objectifs avoués, maintiennent parfois les rapports de force des puissances dominantes. Il nous reste à savoir si l'usage du pouvoir de dépenser qui s'est développé en droit interne en réaction au droit international peut quant à lui se fonder sur une justification solide.

Le pouvoir de dépenser est issu du "fédéralisme keynésien", modèle de gouvernement adopté dans la foulée des politiques sociales suivant la Deuxième Guerre mondiale. A cette époque, il était proposé de considérer les pouvoirs fiscaux pour leur valeur en tant qu'instrument économique plutôt que selon l'approche constitutionnelle au sens strict. Ce concept a donné lieu à de vastes programmes de stabilisation nationale et mesures sociales, et, de ce fait, l'autonomie entre les divers paliers de gouvernement a fait place à l'interdépendance.¹⁰¹ Aujourd'hui, la précarité des finances publiques a précipité des mesures d'austérité. Il est donc proposé de redéfinir le rôle de l'État en raison de la rareté des ressources. Ce nouveau rôle de l'État se traduit par un désengagement presque général d'une part, et un alourdissement du fardeau fiscal, d'autre part.¹⁰²

Ceci soulève un problème qui s'énonce comme suit: soit que le «fédéralisme keynésien» a démontré son incohérence, ou encore, il a été appliqué de façon inconsistante. Dans les deux cas, le pouvoir de dépenser est en cause. Son application, si elle subsiste, devra se concilier avec de nouveaux principes de l'économie politique et aussi, bien sûr, avec les principes juridiques.

Les nouveaux principes de l'économie politique actuellement en application visent à corriger ces limites du «fédéralisme keynésien». Désormais, «la théorie de l'économie de l'offre» renverse l'approche qui consiste à stimuler la demande pour relancer la production. On considère que les conditions favorables aux investissements et à la production devraient entraîner une accélération correspondante de la demande.

Les principes juridiques liés à un usage ont une valeur dans la mesure où ils

¹⁰¹ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, 1982, p. 49.

¹⁰² MINISTRE DES FINANCES, *Le discours du Budget*, Présenté à la Chambre des communes par l'honorable Michael F. Wilson, le 27 avril 1989, p.1. 5. Le plan financier, Maîtriser la dette publique, p. 85.

sont faciles à appliquer dans la réalité pratique. Parce que le pouvoir de dépenser est lié au domaine économique, sa justification devra s'harmoniser avec la solution adoptée face à la crise financière, économique et fiscale que connaît le pays. En raison des pouvoirs étendus du gouvernement fédéral en matière de droit fiscal et constitutionnel, celui-ci est seul à disposer des instruments nécessaires pour assurer l'application de cette solution.

Le succès des gouvernements en matière de relance économique sera fonction de l'orientation donnée aux pouvoirs d'affectation de crédits. Cette orientation doit passer par le rétablissement des équilibres financiers. A cet égard, on doit se référer au document de base que constitue le *Rapport Carter*¹⁰³; celui-ci indiquait trois façons de financer les activités du gouvernement: les impôts, les emprunts, et l'accroissement de la masse monétaire. Nous savons que les deux premiers moyens sont déjà entamés au-delà de ce qui est raisonnable. Or le rapport avait écarté la troisième en raison de ses effets inflationnistes pénalisant les citoyens à revenus fixes. Cette analyse est toujours juste à l'heure où les besoins financiers du gouvernement nous obligent à reconsidérer les mesures prises. Cependant, il est possible de solutionner le problème des effets pervers des pressions inflationnistes par des politiques appropriées de redistribution du revenu.¹⁰⁴

En raison de la libre circulation des investissements dans le contexte des économies ouvertes, il serait impensable de lever de nouveaux impôts¹⁰⁵ ou d'augmenter davantage les impôts existants sans risquer un exode massif de capitaux.¹⁰⁶ Une solution acceptable serait alors une combinaison des deux dernières méthodes, soit une augmentation de la masse monétaire assortie de mesures fiscales favorables à l'équité et à l'investissement.¹⁰⁷

Si les moyens d'exercer le pouvoir de dépenser sont réduits, le pouvoir de dépenser lui-même existe toujours. Les gouvernements se sont concertés sur le plan des dépenses pour instituer des programmes sociaux - dans le cadre des

¹⁰³ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *Rapport Carter*, vol 3, Ottawa, 1965, Approvisionnements et Services.

¹⁰⁴ Par exemple, le fardeau des politiques monétaires restrictives est atténué par des crédits d'impôts plus généreux dans des régions moins biens nanties, c.f. Articles 127 à 127.4 *LIC*, S.C. 1970-71-72, c. 63 et Partie XLVL des *Règlement de l'impôt sur le revenu*, le fardeau de politiques inflationnistes pourra être atténué par des politiques fiscales plus équitables dont l'imposition progressive des revenus, c.f. 117.1 de la *LIC*, précitée.

¹⁰⁵ Cependant si les voisins américains ajustaient leur système fiscal selon des critères appropriés, il serait alors possible de restaurer l'intégrité de notre système fiscal et d'éliminer les concessions injustifiées à l'égard des contribuables dans les tranches de revenus élevées. C'est pourquoi il est opportun d'agir maintenant, comme les États-Unis se décident à augmenter leurs recettes fiscales, car c'est exceptionnel.

¹⁰⁶ Chapitre 16 de l'*Accord de libre-échange Canada et les États-Unis*, Dans *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada et les États-Unis*, S.C. 1988, c. 65, loi en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

¹⁰⁷ C'est pourquoi les économistes ont toujours favorisé le maintien d'un système fiscal intégré sur un territoire régi par une politique monétaire commune.

programmes établis, par exemple - mais ils ont suivi un cheminement plus ou moins coordonné pour ce qui est des dépenses créatrices d'emploi. Ainsi, nous avons pendant ces années élaboré un généreux système de services publics sans se soucier des mesures économiques nécessaires en vue d'en assurer la continuité.¹⁰⁸ Les politiques fiscales pourraient être réorientées davantage vers des projets générateurs d'investissements productifs. Il s'agit aussi d'instituer des mesures qui récompensent le succès d'entreprises ou attirent les capitaux de risque.

Au-delà des analyses et des consultations préalables, le succès d'une mesure de stabilisation économique dépend des contrôles qui en garantissent l'intégrité. Pourtant, ces mesures peuvent être mises en oeuvre par l'exercice du pouvoir de dépenser, lequel est soustrait aux contrôles courants, car il s'agit par définition, d'un pouvoir d'affectation qui dépasse le cadre du partage des compétences. En outre le pouvoir de dépenser peut s'exercer par le moyen d'une dépense fiscale.¹⁰⁹ A cet égard, les contrôles sont généralement plus limités que ceux appliqués aux crédits budgétaires. Un auteur a déploré ce manque de contrôle, qu'il attribue au manque de responsabilisation politique généralement présent quant aux dépenses fiscales.¹¹⁰

L'usage qui est fait du pouvoir de dépenser, pourrait donc être déterminant dans la mise en oeuvre des mesures de stabilisation économique. La source du pouvoir de dépenser devrait donc être fondée sur une justification juridique solide dans la théorie comme dans la pratique. C'est précisément l'objet des deux prochaines parties.

¹⁰⁸ MINISTÈRE DES FINANCES, *Discours du budget 1968-87, Les arrangements fiscaux: vers un désengagement du gouvernement fédéral*, Québec, 198.

¹⁰⁹ Nous avons suggéré en ce qui concerne les comptes nationaux, la dépense fiscale est équivalente à une affectation de crédit.

¹¹⁰ EDGAR, Tim, "Distress Preferred Shares and Small Business Development Bonds: A Tax Expenditure Analysis." (1994) 42 *CTJ* 3, 659. M. Edgar distingue dans la loi de l'impôt le cadre normatif, visant uniquement la collecte de revenus de l'État, et ses déviations à la norme qui constituent des programmes de dépenses mis en oeuvre par les dépenses fiscales. A cet effet, il cite en exemple la législation portant sur les actions de renflouement. Ces programmes, qu'il souhaite voir remplacés par des programmes directs de dépenses, seraient selon lui inefficaces, coûteux et mal ciblés dans leur forme présente.

PARTIE I - LES ASPECTS THÉORIQUES: LES PARAMÈTRES JURIDIQUES ENTOURANT LE POUVOIR DE DÉPENSER

Dans un État fédéral comme le Canada, les finances publiques sont structurées en fonction d'arrangements financiers entre l'État fédéré et l'État central. Or, ces accords sont déterminés par des facteurs conjoncturels et institutionnels. Les facteurs conjoncturels prennent une dimension toute particulière alors que les collectivités fédérées administrent des budgets de plus en plus importants. Que l'impact et la visibilité des programmes nationaux et le capital politique qui s'y rattache soient une suite logique de cette tendance est une évidence. Lorsque l'on considère l'impact et la crédibilité politique liée aux investissements en période de récession, on comprend facilement l'importance des budgets en cause. Il reste que ce phénomène doit s'harmoniser avec un cadre institutionnel précis et particulier.

Dans le cadre juridique constitutionnel, nous examinerons l'un de ces facteurs dont l'enjeu peut donner une coloration plus ou moins centralisatrice aux arrangements fédéraux-provinciaux. Il s'agit du pouvoir fédéral de dépenser. Étant donné que c'est justement à partir de négociations à caractère financier que des ententes intergouvernementales ont consolidé le fédéralisme au Canada,¹ il sera intéressant de passer en revue les tenants et aboutissants des théories relatives à ce pouvoir.

On pourrait explorer l'argumentation voulant que le pouvoir de dépenser soit un pouvoir inhérent en régime fédéral, du moins à titre de position doctrinale. Si une telle notion était reconnue, la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser ne servirait qu'à en circonscrire la portée. Cependant la théorie juridique ne s'est pas encore développée jusqu'à ce niveau de sorte qu'il serait préférable d'en examiner les fondements spécifiques pour chacun des pays.

Au Canada, les fondements du pouvoir de dépenser sont des énoncés doctrinaux et jurisprudentiels alors qu'ils relèvent de dispositions explicites et spécifiques des constitutions dans d'autres États. Si elle se distingue au niveau de sa source, la notion de pouvoir de dépenser transcende les régimes fédéraux et ses effets dépassent généralement le cadre des dispositions attributives de compétences législatives. Cette situation de fait supporte l'argument à l'effet que la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser doit être examinée à la lumière du cadre général des finances publiques et des principes d'économie politique.

Le cadre général des finances publiques est d'autant plus important que celles-ci, tout comme les infrastructures économiques, subissent des restructurations importantes au moment où deux enjeux nationaux semblent être l'objet de préoccupations des plus pressantes.

D'une part, la dette publique de l'administration centrale a pris des proportions

¹ PETTER A., "Federalism and the Myth of the Federal Spending Power", (1989) 68 *Can.Bar.Rev.*: 448 p., 433.

inquiétantes, à tel point que les ministres des Finances fédéraux qui se sont succédés depuis 1984 ont fait du contrôle et de la réduction du déficit l'enjeu principal de leurs derniers budgets,² reléguant au second plan l'utilisation de la politique fiscale en tant qu'instrument de relance économique.

D'autre part, depuis les revers de l'*Accord du Lac Meech* et de l'*Accord de Charlottetown*, la ronde des conférences constitutionnelles a atteint un seuil critique où l'unité nationale en est réduite à une démonstration de sa nécessité.³

Ces deux questions liées se refléteront dans les développements futurs des accords fiscaux quinquennaux.⁴ Or, leur solution sera fonction des rapports de force qu'établissent les enjeux politiques du moment. Dans un tel contexte, le gouvernement central pourrait décider de se désengager de façon inconditionnelle⁵, ou de rétablir son leadership de l'administration du pays et d'adopter une conception centralisatrice des intérêts nationaux.⁶ Les deux options ont ceci en commun qu'elles mettent toutes deux en relief les limites juridiques du pouvoir de dépenser.

Nous avons parlé des principes d'économie politique. Ceux-ci sont à la base des tendances qui ont déterminé l'application d'un principe essentiel, celui de la responsabilité financière. On ne peut sérieusement s'interroger sur les limites et conditions du pouvoir fédéral de dépenser sans considérer la conception moderne du principe de responsabilité financière. Le principe de responsabilité financière signifie un système par lequel le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés sont responsables de leur gestion des budgets et de la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres.⁷ Déjà sous le régime de l'*Acte constitutionnel de 1791*, la notion de gouvernement responsable entraînait de grandes revendications des provinces anglaises dans cette démocratie naissante que constituait alors la

² MINISTRE DES FINANCES, *Discours du Budget*, 1988 à 1992.

³ RÉMILLARD, *Op.Cit.*, note 11, 945.

⁴ *Loi modifiant la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé*, Bill C-3 (déposé à la Chambre des communes le 25 janvier 1994).

⁵ RÉMILLARD Gil, *Op.Cit.*, note 11, 946.

⁶ *Rapport sur le consensus sur la Constitution*, Charlottetown, le 28 août 1992, p.2; *Projet de texte juridique*, le 9 octobre 1992, article 31 proposé.

⁷ La responsabilité financière (ou fiscale) signifie que le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés (provinces) sont respectivement responsables de leur gestion et de la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres; ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, 440, 28; Autre définition: Capacité d'un gouvernement d'indiquer de manière précise comment les fonds ont été utilisés lorsque les coûts associés aux programmes sont directement reliés aux montants transférés cf. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport*, Vol. 3, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1985, 779, 278 (citée par Commission McDonald).

colonie britannique d'Amérique du nord.⁸ Cette position audacieuse pour l'époque avait exacerbé les tensions alors qu'en 1834, l'assemblée nationale adoptait les *Quatre-vingts douze résolutions* proposées par Louis-Joseph Papineau. C'est dans son sillon que, pour le Haut-Canada, William Lyon Mackenzie avait réclamé que le conseil législatif fût élu, et que le Conseil exécutif devint responsable devant l'assemblée dans un document appelé *Septième rapport du Comité des remontrances*.⁹

Dans le contexte actuel du régime fédéral canadien, le principe de la responsabilité financière doit s'intégrer à un système fiscal moderne et sophistiqué. De la même façon, ce système fiscal doit s'harmoniser avec un domaine particulier de la sagesse humaine. Il s'agit de l'aspect constitutionnel du droit des finances publiques, ou de l'aspect financier du droit constitutionnel.

En matière constitutionnelle comme ailleurs, l'argent est le nerf de la guerre. Or le droit des finances publiques est particulièrement vague sur les rapports entre la fiscalité, les questions budgétaires et l'autonomie provinciale.¹⁰ Pourtant, il n'en tenait qu'aux constituants de donner au concept du pouvoir de dépenser une consécration spécifique, tant au niveau de sa nature et de sa substance que des conditions, garanties et modalités de mise en oeuvre. L'absence d'une telle spécificité a permis le développement d'ambiguïtés importantes quant au rôle et à l'efficacité de fonctionnement de certains organismes centraux du gouvernement. Par ailleurs, la constitutionnalisation de ce pouvoir controversé, si elle se faisait, passerait probablement par un compromis politique à l'instar du processus de consécration des garanties et droits fondamentaux.¹¹ L'enchâssement constitutionnel du pouvoir de dépenser serait en effet l'occasion idéale d'en clarifier et d'en préciser les limites à la faveur d'une meilleure coordination des ressources et des activités des administrations fédérale et provinciales.

Dans un chapitre préliminaire, nous verrons de quelle façon les États fédérés résistent à l'extension des compétences du gouvernement central.

Nous verrons ensuite les aspects théoriques de la structure des finances publiques suivant la répartition des ressources financières de l'État fédéral. Un premier chapitre portera sur le partage ou la répartition selon les dépenses alors qu'un deuxième portera sur le partage ou la répartition selon les recettes. Nous verrons pour chacune des méthodes les théories relatives à l'extension des compétences fédérales ainsi que celles relatives au rétablissement des équilibres.

⁸ LACOURT-GAYET, Robert, *Histoire du Canada*, Paris, Fayard, 1966, 605; pp. 237, 253.

⁹ *Id.*, 256.

¹⁰ RÉMILLARD, Gil, *Op.cit.*, note 11, 945.

¹¹ RÉMILLARD GIL, "Rebuilding the Relationship: Québec and its Confederation Partner", Seminar Held at Montréal, Québec. May 9, 1986 dans BAYESFKY, Anne F, *Canada's Constitution Act, 1982 and amendments, a documentary history*, Toronto, McGraw Hill-Ryerson Limited, 1989, p. 944, 945.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - L'extension des compétences fédérales face aux forces de résistance des États membres et la tendance actuelle

Pour approfondir les notions relatives au pouvoir de dépenser, il est essentiel de situer ce pouvoir dans le cadre du régime fédéral. Dans un premier temps, nous examinerons la nature et les fondements du fédéralisme.

La notion juridico-politique d'État fédéral

Le Canada représente une variété particulière d'association d'États, le fédéralisme, que nous devons situer dans son contexte avant d'étudier l'aspect spécifique du pouvoir de dépenser. D'après Claude-Albert Colliard, le phénomène d'association s'est présenté sous deux formes juridiques, soient l'union ou le fédéralisme¹².

L'union peut être personnelle lorsque deux États, tout en conservant un caractère distinct l'un de l'autre dans les domaines de compétences internes et internationales, possèdent la particularité d'avoir en commun le même souverain, conséquence du hasard et des dévolutions successorales.¹³ L'union réelle comporte une communauté de chefs d'États et d'organes communs dont la compétence principale relève du domaine des affaires extérieures.¹⁴

Le fédéralisme a été décrit comme le processus d'association de communautés humaines distinctes aboutissant à concilier des forces antagonistes en équilibre. Ces forces antagonistes peuvent être des concepts contradictoires dont on peut énumérer les principaux¹⁵:

- la tendance à l'organisation hiérarchisée d'une communauté globale rassemblant l'ensemble des États fédérés et la tendance à l'autonomie

¹² COLLIARD Claude Albert, *Institutions internationales (5ed.)*, Paris, 1970, 800, 107.

¹³ La mieux connue est sans doute celle de l'union d'Angleterre et du Hanovre avec le trône de la maison de Hanovre de 1714 à 1837; l'ensemble des pays du Commonwealth qui ont gardé le régime monarchique constitue l'exemple le plus récent d'union personnelle.

¹⁴ La formule de l'union réelle est d'application limitée. On peut citer l'Union Suède-Norvège de 1814 à 1905, l'Union sous la monarchie auto-hongroise de 1867 à 1918, et enfin, l'Union dano-islandaise de 1918 à 1944.

¹⁵ COLLIARD Claude Albert, *Institutions internationales (5ed.)*, Paris, 1970, 800, 113. voir aussi BENOÎT Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 1925, 350, 7 où le fédéralisme est défini ainsi: un groupement de collectivités politiques qui abandonnent sur une base égalitaire une partie de leur compétence au profit de la communauté. Il a trois caractères, soit (1) le partage des compétences étatiques, (2) la participation des États fédérés aux décisions communes et (3) l'égalité entre les collectivités qui s'unissent; Également c.f. VINCENT, Jean dans *Lexique des termes juridiques*, 1988, Mode de groupement structurel des collectivités politiques qui vise à renforcer leur solidarité tout en maintenant leur particularismes.

des collectivités composantes;¹⁶

- la tendance d'agrégation et de ségrégation;¹⁷ et
- la "loi de superposition" des institutions fédérales dont la compétence s'étend à la collectivité générale et son contre-poids, la "loi d'autonomie", qui signifie que les collectivités composantes jouissent de compétences propres sans être sous le contrôle des institutions fédérales.¹⁸

Il semblerait que l'objet de ce processus évolutif est de préserver ces deux concepts contradictoires puisque le fédéralisme a été défini comme un système politique dans lequel le gouvernement central d'un État partage avec les gouvernements des collectivités qui forment cet État diverses compétences constitutionnelles.

L'importante évolution du fédéralisme classique vers un fédéralisme coopératif a donné lieu à un système où le concept d'interdépendance a succédé au cloisonnement du partage des dépenses.

Le phénomène de fédéralisme peut se concrétiser en système de confédération ou de fédération selon le niveau de solidarité organique de l'ensemble des États membres.

Une confédération est une association d'États reposant sur le principe d'autonomie de ses membres et disposant d'organes permanents à compétences étendues; elle constitue un rapport plus serré que l'alliance ou l'union administrative. Les rapports entre les États membres sont régis par le droit international particulier de la Confédération et les rapports entre un État membre et un État non-membre sont régis par le droit international général. Le système confédéral se distingue par le caractère autonome des États.¹⁹

Un État fédéral est une collectivité étatique complexe composée de collectivités plus petites que l'on peut appeler les collectivités composantes.²⁰ Traditionnellement,

¹⁶ COLLIARD, *Op.Cit.*, note 20, 114.

¹⁷ COLLIARD, *Op.Cit.*, note 114.

¹⁸ C'est par la nature et les garanties de cette autonomie des collectivités composantes que l'État fédéral se distingue de l'État unitaire. Également, ces lois peuvent jouer au niveau de la distinction entre fédération et confédération, une grande intensité de "lois d'autonomie" caractérisant une confédération d'États, voir COLLIARD, *Op.Cit.*, note 20, 114.

¹⁹ On peut citer quelques exemples dont les Provinces Unies créées par le *Traité d'Utrecht* (1579), la *Confédération du Rhin*, la Confédération Germanique *Congrès de Vienne* et enfin la confédération des États Unis créée par les *Articles de la confédération* (1776). Cette dernière prit fin lors de la *convention de Philadelphie* (1787) qui substitua au régime confédéral une constitution fédérale; En France la constitution de 1946 présentait l'architecture d'un régime confédéral dont les colonies seraient membres. Ce système, qui ne fonctionna guerre, devait succéder au régime unitaire d'avant 1939 ou les colonies françaises étaient placées sous la souveraineté directe de la métropole.

²⁰ COLLIARD, Claude-Albert, *Institutions Internationales*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1970, 800, 126.

la différence fondamentale entre l'État fédéral et la confédération est que dans un État fédéral, seul le gouvernement fédéral, c'est-à-dire l'État représentant la collectivité globale, apparaît comme État au sens du droit international, en conformité avec le principe de l'unité de la personnalité juridique en droit international, dont le titulaire est l'État fédéral.²¹ Dans la théorie juridique, cette conception de la souveraineté a été abandonnée par l'école autrichienne en faveur de la théorie de l'immédiateté internationale.²² Ainsi, les États fédérés ne sont pas directement liés au droit international, mais l'État fédéral l'est. Cette notion explique le fait que dans certaines fédérations, des États membres de fédération peuvent disposer de certaines compétences internationales sans pour autant que le régime perde son intégrité.

Désormais, la distinction entre une confédération et une fédération n'est pas clairement défini. Elle doit être analysée à la lumière de divers critères, notamment la garantie de l'autonomie des États fédérés, l'absence d'un contrôle d'opportunité de la part des autorités fédérales ou l'existence d'un domaine réservé aux États fédérés. Il existe toute une variété de solutions que les pays peuvent adopter comme solution constitutionnelle selon le niveau de centralisation ou décentralisation qui répond le mieux à leurs besoins. Il n'y a pas de type intangible d'État fédéral.²³

La législation fiscale peut être un important facteur de centralisation. L'intégration d'un système fiscal favorise l'accroissement des ressources fédérales aboutissant à la limitation des droits des États membres de lever des impôts²⁴. Ces limitations fiscales sont le prix de concessions accordées directement ou indirectement par les États fédérés.²⁵ Si les théories soutenaient davantage l'uniformité sur la question fiscale, l'État fédéral serait le seul à disposer de ressources propres. Il faudrait alors forcément admettre la notion du «pouvoir de dépenser» en tant que compétence autonome et inhérente en régime fédéral. Cependant, les nuances juridiques dans l'application du fédéralisme nous obligent à laisser la question ouverte.

Les finances publiques en régime fédéral font l'objet d'études approfondies dans l'ensemble des pays européens. L'intérêt de la question est d'autant plus évident qu'elle survient au moment où les observateurs remarquent des tendances aussi

²¹ En droit allemand on oppose l'État fédéral à la confédération par les notions de "Bundesstaat" à "Staatenbund", C.F. COLLIARD. *Op.Cit.*, note 20, 126.

²² "Volkerrechtsunmittelbarkeit", dans COLLIARD, *Op.Cit.*, note 20, 127.

²³ COLLIARD, *Op.Cit.*, note 20, p. 128.

²⁴ COLLIARD, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1970, 800, 136; Cette affirmation doit être nuancée par le fait que peu de systèmes, sinon aucun n'excluent formellement les États membres du domaine des impôts et que même si cela était, les transferts des gouvernements fédéraux peuvent être conditionnels ou inconditionnels, auquel cas les droits des États membres ne sont aucunement limités.

²⁵ Exemple: les titres exemptés des États fédérés prévus aux articles 141 à 150 du *US Code* ainsi que les titres de créances pour l'éducation prévus à l'article 135 du *US Code*.

contradictoires que diverses: le régionalisme politique des États unitaires,²⁶ la consécration de l'Europe communautaire, et la décentralisation des régimes confédéraux et fédéraux sont autant de phénomènes dont on peut tout de même tirer une analyse rationnelle commune.²⁷

Dans un État unitaire, le régionalisme politique est une forme de décentralisation administrative. Loin de s'apparenter au fédéralisme, à cause de la centralisation des ressources fiscales, le régionalisme a donné lieu à une importante croissance dans la proportion des budgets des collectivités locales par rapport au budget global des États unitaires. Cette tendance a fait l'objet d'analyses comparatives permettant d'inférer des conclusions très précises sur la gestion des finances publiques. Dans son ouvrage *Aspects financiers du fédéralisme*²⁸, Jean Anastopoulos dégage les conclusions suivantes :

«À l'heure actuelle, une tendance commune aux fédérations et aux États unitaires semble se confirmer: la part des collectivités locales, communes, regroupement de communes et circonscriptions régionales, se situe autour du quart des dépenses publiques totales. Cette similitude ne fait cependant que mettre l'accent sur la véritable différence entre fédération et États unitaires, telle qu'elle est révélée par la répartition des dépenses, à savoir l'importance, sans équivalent dans les États unitaires, du niveau intermédiaire de pouvoir que constituent les collectivités fédérées.»²⁹

À l'échelle d'une confédération,³⁰ le phénomène d'intégration fiscale se reconnaît d'une façon particulière avec la CE.³¹ En 1988, l'Europe de *l'Acte Unique*³² amorçait une dynamique nouvelle sur un continent où l'intégration économique est le seuil de l'intégration politique: dès le 1er janvier 1993 serait reconnue, entre ses membres, la liberté de circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Avant

²⁶ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 407.

²⁷ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 330.

²⁸ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61.

²⁹ ANASTOPOULOS Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, *Op.Cit.* note 7, 61, 1979, 440, à la page 84.

³⁰ BUREAU, Dominique, CHAMPSAUR, Paul, "Fiscal Federalism and European Economic Unification", (1992) 82 *American Economic Review* 2, p. 88-92.; BUITLER, W & KLETZER, K.M., "Fiscal Policy Coordination as Fiscal Federalism: Economic Integration, Public Goods and Efficiency in Growing Economics", (1992) 36 *European Economic Review* 2,3 p. 647-653.

³¹ PLIAKOS, Asteris, "La Nature Juridique de l'Union Européenne", (1993) 29 *Revue trimestrielle de droit européen* 187-224, 215.

³² *Acte Unique*, 17 février 1986, R.T.A. 1987, No. 23 (69) p. 697 cf aussi Décret de publication No 87, 900 du 4 décembre 1987. J.O., 10 décembre 1987 p. 14361.

l'Acte Unique,³³ la compétence exclusive de la Communauté avait été reconnue en matière de politique commerciale.³⁴ Déjà la politique commerciale de la Communauté européenne avait une structure définie bien qu'elle ait été principalement caractérisée par la portion substantielle des subventions agricoles dans le budget total administré par la commission de la CE.³⁵ Les négociations des conférences intergouvernementales à la base du *Traité de Maastricht*³⁶ n'ont pas abouti à une reconnaissance formelle de la Communauté à titre de porte-parole exclusif des États-membres dans le cadre des politiques commerciales.³⁷ À la lumière de ces faits, il serait raisonnable de conclure que le régionalisme exerce une influence en matière de politique économique.

Il est à prévoir que dans une Europe Unie, Bruxelles et Strasbourg voudront niveler les disparités économiques, notamment afin de garantir un niveau uniforme de services publics.³⁸ L'Europe communautaire pourrait redéfinir les concepts d'une confédération tout en maintenant ses distances à l'égard du titre de fédération.³⁹ Tous ces changements dans le vieux continent surviennent à une époque de grands bouleversements symbolisés par la chute du mur de Berlin. Il en résulte un étrange paradoxe. A l'Est, les économies planifiées des régimes communistes sont convertis en économies de marché dans le mouvement désordonné de l'émergence des nationalismes. A l'ouest, l'Europe construit difficilement son union politique.⁴⁰

Dans un régime fédéral, on reconnaît l'autonomie des États fédérés, jusqu'à l'aspect administratif. Cette structure décentralisée du pouvoir est la résultante des garanties constitutionnelles offertes aux collectivités fédérées. En revanche, les États unitaires d'Europe sont d'anciens régimes monarchiques convertis en monarchie constitutionnelle ou en république. Parallèlement, une transition s'est effectuée au

³³ *Id.*

³⁴ PESTACORE, Pierre, *External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities*, *Common Market Law Review*, Vol 16, No. 4, 1979, pp. 615-645.

³⁵ BIUMAN, Claude, "La crise du marché commun agricole" dans *La CEE en crise, études juridiques et économiques*, Paris, *Economica*, 306, 62; 90% du budget total est consacré à la PAC, on justifie cette anomalie par le fait que dans l'alternative, ces subventions devraient être supportées par les budgets nationaux.

³⁶ *Treaty on European Union*, *Europe Documents*, No. 1759/60, 7 February 1992.

³⁷ DEVUYST, Youri, "The EC's Common Commercial Policy and the Treaty on European Union, an Overview of the Negotiations", 16 (1992) *World Competitions, Law & Economics Re.*, 2, 67.

³⁸ TINDEMANS M.L., "Rapport au Conseil européen sur l'Union européenne", *Bulletin des communautés européennes*, Supplément 1/76 p. 76.

³⁹ COUSIN. M., "Les conventions internationales conclues par la France et publiées au Journal Officiel de la République Française en 1987", (1987) *A.F.D.I.* 1287, 867.

⁴⁰ SCHRICKE, C. "L'unification allemande", (1990) *AFDI* 146; KOEING. P., "La frontière de l'Oder-Neisse" (1990) *A.F.D.I.* 107; BRAGYOVA, A. "L'affaire du passage des ressortissants est-allemands à travers la Hongrie: commencement de la fin du droit international socialiste" (1990) *AFDI* 125.

niveau de la structure étatique des deux formes de régimes et par conséquent, le contrôle absolu de l'exécutif s'est dissous au même moment où les pouvoirs des administrations centrales et régionales s'élargissaient. Dans ces conditions, les garanties constitutionnelles sont primordiales pour le maintien de l'autonomie des pouvoirs et, partant, pour l'exercice et l'existence même de ces pouvoirs.

La ligne de démarcation des garanties constitutionnelles est formelle et informelle. Sur le plan formel, on envisage le partage des compétences tel qu'en disposent les textes alors que sur le plan informel, on s'intéresse d'abord et surtout aux modes de financement des opérations menées dans ces domaines de compétences, autrement dit à l'aménagement des ressources en finances publiques.

Nous nous intéressons davantage à l'aspect informel des garanties constitutionnelles en raison du fait que l'exercice d'un pouvoir nécessite les moyens financiers adéquats. En régime fédéral, l'aménagement des ressources en finances publiques est présenté en deux temps, soit, d'une part, en fonction des dépenses et d'autre part, en fonction des recettes. On observera selon le mode choisi, divers visages du fédéralisme fiscal. Diverses perspectives seront alors mises en lumière, soit celle des transferts fédéraux, du partage de l'assiette fiscale, et de la délégation de responsabilité. Dans cet esprit, le partage des pouvoirs peut être analysé selon la forme des arrangements financiers inter gouvernementaux.

Les modalités de ces aménagements financiers se reconnaissent dans les combinaisons diverses que forment l'application de deux modes et deux méthodes. En termes de modes, un partage vertical survient lors d'une réallocation des compétences ou des pouvoirs fiscaux entre le gouvernement central et les provinces. Un partage horizontal se reconnaît lorsque la modification affecte les États fédérés entre eux de façon distincte. Au niveau de la méthode, on distingue une réaménagement selon la répartition des dépenses ou la répartition des recettes.

L'utilisation de la méthode des dépenses se traduit, en redistribution verticale, par une modification dans le partage des compétences ou la délégation des responsabilités. En revanche, la même méthode, en redistribution horizontale, pourra être reflétée par un transfert des recettes déterminé selon les besoins en financement non couverts dans l'État fédéré.⁴¹ Cette dernière approche est utilisée dans les programmes à frais partagés au Canada ou l'équivalent des "matching programs" aux États-Unis.

Par ailleurs, la méthode des recettes implique une modification dans la répartition des recettes fiscales propres entre paliers de gouvernement, ou une redistribution verticale affecte la définition des assiettes fiscales. La même méthode des recettes pourra aussi impliquer un transfert des crédits basé sur la capacité de financement par les recettes propres. En redistribution horizontale, nos programmes

⁴¹ *Loi sur le financement des programmes établis*; Wallace E.Oates, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, p. 256, 89.

de péréquation constituent un bon exemple de cette méthode .⁴²

Autrement dit, un partage à la verticale entraînerait une modification dans la répartition des tâches et des dépenses ou encore, un réaménagement de la formule de répartition des ressources fiscales propres entre les deux niveaux de gouvernement. Le partage peut aussi se construire à l'horizontale par la voie de l'égalisation de la capacité de financement entre les collectivités elles-mêmes en fonction de leur capacité ou leurs besoins en financement. L'harmonisation des finances publiques en régime fédératif requiert une coordination des politiques de chaque ordre de gouvernement sur la base d'objectifs et d'approches communes dans le choix de ces instruments de répartition de la richesse.

A] L'enjeu du fédéralisme fiscal: le pouvoir de dépenser et la responsabilité fiscale

Le pouvoir de dépenser est intimement lié à un modèle théorique de fédéralisme selon lequel l'État fédéral est l'initiateur et le coordonnateur des projets de mobilisation. Par exemple, en Australie, les réalisations au chapitre des finances publiques sont grandement tributaires du soutien des intellectuels envers la domination du gouvernement fédéral dans les ententes inter gouvernementales.

Ce soutien résulte des avantages évidents, tant pour l'administration que pour les contribuables, d'un système qui favorise l'harmonisation des politiques fiscales et monétaires à l'échelle nationale. Cette approche réduit les problèmes reliés à l'inefficacité administrative occasionnée par la compétitivité entre les gouvernements exerçant des compétences fiscales.⁴³ Plus spécifiquement, pourraient s'y ajouter les avantages suivants:

- une capacité accrue de l'administration centrale à améliorer la répartition des ressources stratégiques et de promouvoir la stabilité économique;
- une croissance équilibrée assurant une plus grande équité dans la redistribution de la richesse à l'échelle nationale;
- l'administration de divers programmes comportant des transferts intergouvernementaux et des transferts aux individus.⁴⁴

⁴² Comité de coopération pour les questions municipales et régionales, *Rapport Kelly, Répartition et péréquation financière*, Conseil de l'Europe, Conseil d'Études, Communes et régions de l'Europe", 1976, p. 34.; Voir aussi "Federal Finance: Basic Dilemma" dans WILTSHIRE, Kenneth, *Planning and Federalism, Australian & Canadian Experience*, St-Lucia, University of Queensland Press, 1986, 331, 175.

⁴³ WALSH, Cliff, "Federalism Australian Style: Towards Some New Perspective", 225.

⁴⁴ *Id*, contra: SHRODER, M., "Approximately efficient Federal Matching Grants for Subnational Public Assistance", (1982) XLV 2 *N.T.J.* 155; dans ce texte l'auteur tente de détruire ce qu'il prétend être un mythe voulant que les dépenses soient nécessairement financées par les ressources propres de l'autorité responsable de ces dépenses.

Cependant, il peut être maintenu que ces avantages sont contre-balançés par d'autres considérations dont il est difficile de mesurer les conséquences :

- D'abord, la difficulté de réaliser l'équité du partage des ressources du gouvernement fédéral aux États par rapport à leurs responsabilités en regard de leur compétence constitutionnelle (équité verticale);
- La justesse du partage des ressources des États entre eux (équité horizontale);
- Sur le plan structurel on peut se demander si les arrangements financiers sont acceptables en matière de flexibilité et de responsabilité fiscale et financière dans le cadre d'un régime fédéral.

L'application du modèle théorique ci-haut mentionné repose sur des initiatives d'ordre pratique et théorique. Sur le plan pratique, plusieurs des problèmes sont causés par des limites relatives à l'équité. Ces problèmes, pour la plupart, pourraient être résolus par une saine administration des ressources dont la garantie relève davantage de la politique que du droit.

En revanche, au niveau théorique, la limite relative à la flexibilité des arrangements financiers mérite une analyse plus approfondie. Les arrangements financiers devraient refléter la conciliation d'intérêts politiques du moment avec les structures institutionnelles en place. Toutefois il arrive qu'une telle conciliation ne soit pas possible et que l'on assiste à une remise en question de principes institutionnels. Dans certains régimes autocratiques, qui n'admettent pas davantage la critique financière que les autres, c'est alors la crise. Par ailleurs, d'autres régimes permettent une transition aisée entre deux tendances. Par exemple, le cadre australien est plutôt directif, mais cette restriction a été compensée par des conditions d'affectation plus souples. Le système canadien a suivi une évolution similaire. Dans les deux cas, on note une diminution des subventions à raisons spécifiques au profit des transferts financiers généraux, ce qui soulève la question de la responsabilité fiscale.⁴⁵

Selon la théorie classique, une lacune dans l'application du principe de responsabilité fiscale peut avoir des répercussions sur l'intégrité d'un système fédéral. Cependant, celle-ci ne saurait justifier pour autant le rejet d'un juste milieu d'interventionnisme au niveau local ou régional, par le moyen de politiques de stabilisations économiques.⁴⁶ K.C. Wheare lui-même suggérait que la question n'était pas de savoir si un système de gestion des finances publiques correspondait aux principes fédéraux, mais s'il permet d'exercer un bon gouvernement; aussi les constitutionnalistes devraient-ils se demander si l'observation des principes fédéraux dans le domaine des finances publiques produit les résultats souhaités en terme

⁴⁵ HANKS, P.J., *Loc.Cit.*, 273.

⁴⁶ WHEARE, *Précité*, Note 7, 119.

d'effectivité, d'efficacité et d'efficience de l'utilisation des ressources fédérales.⁴⁷

Nous verrons dans la section qui suit quels sont les risques encourus lorsque les gestionnaires ou les concepteurs des programmes s'écartent de ces notions.

B] Les limites du fédéralisme fiscal: le choix entre la responsabilité fiscale et les illusions fiscales

Parmi les phénomènes observés en matière de finances publiques en régime fédéral, les illusions fiscales occupent une position dominante.⁴⁸ Bien qu'il s'agisse de concepts issus de l'économie, leur étude à l'instar de la science politique est particulièrement intéressante dans le cadre du droit des finances publiques.⁴⁹ La raison en est simple: jusqu'aux années 80, leur existence a eu une influence directe sur les attitudes et les attentes de l'électorat face aux initiatives gouvernementales. Alors que la révolte fiscale a renversé le cours et l'intensité de ces attentes dans certains États,⁵⁰ les effets des illusions fiscales sont tout aussi présents puisque les déficits que celles-ci ont entraînés exercent maintenant des pressions considérables sur nos gouvernements afin qu'ils réduisent leurs dépenses de fonctionnement tout en continuant d'offrir des services publics selon une certaine norme de qualité et de quantité.

Le phénomène de l'illusion fiscale est une notion à l'effet que des erreurs de perception systématiques, portant sur des principes clés de la fiscalité, influencent les attitudes de l'électorat et des élus, en matière de politique fiscale.⁵¹ Leur portée s'étend du domaine de la collecte des ressources financières jusqu'à leur utilisation.

L'une de ces illusions réside dans le fait que le financement par impôt direct

⁴⁷ *Id*

⁴⁸ OATES, Wallace, "On the Nature and Measurement of Fiscal Illusion", dans BRENNAN, GREVAL & GROENEWEGEN (ed) *Taxation and Fiscal Federalism, Essays in honour of Russel Mathews*, Rushcutter Bay, Australian National University Press, 1988, 250 ; WALSH, Cliff, "Federalism Australian style: Towards some new perspective". 250, p. 65; dans son article "On the Nature and measurement of Fiscal Illusion: a Survey", Wallace Oates décrit plusieurs des illusions fiscales.

⁴⁹ GAUDEMET, P.-M., *Finances publiques, t.1: Politiques financières, Budget - Trésor 4e ed.*, sous la direction de J.MOLINER, Paris, Éditions Montchrestien, 1983, p. 10.

⁵⁰ Aux États-Unis dans les années 80, la révolte a commencé avec le mouvement "Proposal 13". Opposé aux initiatives extravagantes d'un gouvernement municipal en raison des augmentations de taxes qu'impliquaient leur financement, ce mouvement de pression s'est transformé en parti politique qui devait éventuellement prendre le pouvoir dans le but de mettre en oeuvre ses principes d'austérité budgétaire.

⁵¹ OATES, *Op.Cit*, note 48, 65.

serait plus cher que le financement par émission de dettes.⁵² Cette illusion est tributaire d'un mythe largement répandu voulant que les politiques fiscales soient basées sur la capacité de payer. Idéalement, une telle approche devrait prévaloir, mais trop de contraintes extérieures interviennent dans le processus d'élaboration et d'application des lois fiscales, de sorte que la prémisse à cette notion est fort discutable. Aussi, les bénéficiaires nets de transferts subiront un jour ou l'autre, le fardeau du déficit accumulé.

Une autre illusion fiscale est reliée aux subventions inter-gouvernementales.⁵³ La propension qu'ont les pouvoirs publics à surévaluer leur budget d'opération serait plus marquée lorsqu'ils sont financés par des transferts inter-gouvernementaux que lorsqu'ils tirent leur financement directement des recettes fiscales qu'ils lèvent par eux-mêmes. C'est l'effet "Flypaper".

L'une des causes de ces illusions fiscales, outre la nature humaine, est l'élasticité des facteurs économiques. L'élasticité est la souplesse de réponse d'un système économique soumis à des pressions exercées dans le but d'en accélérer ou d'en restreindre le mouvement. Les systèmes économiques caractérisés par l'élasticité du revenu sont à la base de l'expansion rapide du secteur public, parce qu'ils génèrent des augmentations des revenus publics plus sensibles à l'évolution de l'économie.

Toutes ces notions se rapportant au pouvoir de dépenser relèvent davantage, il est vrai de l'économie que du droit. Mais elles expliquent de quelle façon certains gouvernements centraux en sont arrivés à justifier la politique à la base du régime juridique des ententes intergouvernementales en matière de finances publiques. Cette politique, qui n'est pas des mieux inspirées, a consisté jusqu'alors pour les administrations centrales à dépenser de plus en plus rapidement l'argent qu'elles n'ont pas, dont elles ne sont pas responsables et dont elles n'ont même pas la propriété puisqu'il s'agit essentiellement d'un financement par émission de dette.

On peut relier cette notion à la question exposée plus haut, à savoir, est-ce que le pouvoir de dépenser est une cause ou un effet de la politique fiscale en régime fédéral? Existe-t-il un pouvoir de dépenser inhérent en régime fédéral? Sinon, eût-il été souhaitable qu'un tel pouvoir inhérent existe? En l'absence d'un tel pouvoir, quelles auraient été les conséquences sur l'administration des finances publiques et des missions de services publics se rapportant au partage des compétences? Dans un cas où l'autre on pourrait se demander si le fédéralisme peut admettre un traitement inégal des États fédérés et si oui, selon quel principe et à quelles conditions?

Nous l'avons vu, la notion de pouvoir de dépenser existe aussi bien dans les

⁵² Un auteur a développé la thèse contraire à l'effet que la relation entre les dépenses gouvernementales et le déficit sont beaucoup plus complexes cf. TRIDIMAS G., "Budgetary Deficits and Government Expenditure Growth: Toward a More Accurate Empirical Specification", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 3., 275.

⁵³ *Id.*, 77

régimes unitaires⁵⁴ que dans les régimes fédéraux.⁵⁵ Mais s'agit-t-il d'un pouvoir de même nature ? Une réponse affirmative permettrait de confondre les notions de l'interventionnisme économique de l'État avec le fédéralisme fiscal. Ainsi, il ne pourrait à cet égard être inhérent au régime fédéral davantage qu'il ne le serait dans le cadre d'un État unitaire.

Pourtant, on peut tracer une nette distinction entre le fédéralisme fiscal et l'interventionnisme économique. L'un serait la modalité d'application d'un principe plus large dont la nature s'apparente davantage à celle des grandes politiques économiques. D'ailleurs, l'acceptation du pouvoir de dépenser dans notre droit est indissociable du partage des compétences qui caractérise le régime fédéral puisque la définition même du pouvoir de dépenser fait référence à cette condition fondamentale du fédéralisme. Certes, cette référence est faite pour souligner que l'exercice du pouvoir de dépenser ne se conforme pas nécessairement à la règle, mais il s'agit là d'une conséquence normale du compromis fondamental du régime fédéral qui est de concilier les antagonismes de l'union d'une nation avec l'autonomie de ses collectivités composantes.

De même que, l'évolution socio-politique du régime a déterminé des choix qui ont entraîné une adaptation du modèle classique au modèle moderne, les problèmes pratiques que connaît l'État moderne ont précipité la nécessité de l'interdépendance entre les niveaux de gouvernement. On peut même faire un parallèle entre le «pouvoir de dépenser» en régime fédéral et le «pouvoir de la bourse» en régime unitaire.⁵⁶ Si les deux renforcent la domination et l'influence de l'exécutif aux dépens du principe de la responsabilité fiscale, à l'opposé le morcellement de l'autonomie de l'État force les administrations centrales à coordonner leur action avec les autorités locales en vue de l'utilisation optimale des ressources (il ne faudrait pas confondre l'effet de la cause, la rareté des ressources est un facteur et non un résultat de l'interdépendance).

Au demeurant, la portée et les conditions d'exercice du pouvoir de dépenser favorisent largement la domination du gouvernement fédéral en raison de l'influence et de l'initiative nécessaire à la direction d'une politique économique cohérente au niveau national. Cette domination est d'autant plus utile qu'elle permet à l'administration de récupérer une certaine latitude nécessaire à la coordination et à l'harmonisation des politiques nationales.

⁵⁴ voir *supra* note 11; p. 41.

⁵⁵ Comparer «Pouvoir de dépenser» vs «pouvoir de la bourse»; DURAND, Charles, *Confédération d'États et État fédéral: réalisation et perspectives nouvelles*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1955, pp. 180, 143.

⁵⁶ *Id.*

CHAPITRE I - Le partage selon la répartition des dépenses: de l'extension des compétences fédérales au rétablissement de l'équilibre par les politiques budgétaires

En fédéralisme classique, la répartition des charges et des dépenses est faite selon la répartition des compétences.⁵⁷ C'est le principe de connexité. Les bases de ce partage sont puisées vers la fin du XIX^e dans la pratique centenaire du fédéralisme dualiste aux États-Unis.⁵⁸ C'est alors que le modèle se répand dans les *constitutions suisses de 1848 et 1874*, dans les *constitutions fédérales canadiennes (1867)*, *allemande (1871)* et *australienne (1902)*. Ce fédéralisme classique se distingue par deux critères. D'une part, le partage des compétences des deux niveaux de gouvernement et d'autre part, une définition stricte et limitative des compétences fédérales.⁵⁹ Ces paramètres déterminent ordinairement la reconnaissance d'une compétence générale des États membres. Ainsi, nous pouvons constater qu'avec une compétence résiduaire attribuée au gouvernement fédéral, le fédéralisme canadien déroge tout spécialement à cette règle.⁶⁰

La dimension financière de cette répartition des compétences a des répercussions dans la répartition des charges. Parce que les services publics, administrant des programmes adoptés en vertu de ces compétences, génèrent des coûts, il faudra bien en prévoir le financement. L'organisation des finances publiques dans le contexte spécifique du régime fédéral, a donné naissance à un principe dominant, la responsabilité fiscale et à quelques principes complémentaires, dont l'application est propre à chaque fédération.

Notons en premier lieu le principe de connexité, selon lequel la répartition des charges financières correspond à la répartition constitutionnelle des compétences.⁶¹ La nécessité d'une liaison entre les compétences et les charges financières est parfois reflétée dans les textes constitutionnels - c'est le cas de la connexité explicite que connaît la RFA dans sa *Constitution de 1949*.⁶² En revanche, cette correspondance peut être implicite. C'est le cas lorsque la reconnaissance de la personnalité juridique emporte l'affirmation de l'autonomie financière sans qu'il soit pour autant nécessaire

⁵⁷ COUSIN, M., "Les Conventions Internationales Conclues par la France et Publiées au Journal Officiel de la République Française en 1987", (1987) *A.F.D.I.* 1287, 867.

⁵⁸ COLLIARD, Claude Albert, *Institutions Internationales (5e ed.)*, Paris, DALLOZ, 1970, 800, 134.

⁵⁹ WHEARE, K.C., *Federal government, 4th*, London, Oxford University Press, 1967, 266, p. 2.

⁶⁰ WHEARE, *op.cit.*, note 59, 469, 15. voir ses réserves sur la constitution allemande p. 30; BRYCE, *The Holy Roman Empire*; K. Lowenstein dans *The government of continental Europe* (ed Shotwell)

⁶¹ ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, 440, 25.

⁶² Le principe de connexité pose l'exigence d'une liaison entre la répartition des compétences et des charges. ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 25.

de la consigner dans les textes.⁶³ Cette connexité implicite est présente dans les constitutions américaine et australienne.⁶⁴ Le Canada s'assimile ou non à ce modèle selon la théorie que l'on adopte à l'égard de la souveraineté de l'État.⁶⁵

Aussi, le principe de connexité ne saurait trouver appui sur les faits de façon tangible si les moyens et les ressources des collectivités fédérées n'étaient pas exemptes des conditions, contrôles et injonctions imposés par les administrations centrales. C'est pourquoi, il faudra associer le principe de connexité à une autre règle fondamentale en fédéralisme: il s'agit du principe de la responsabilité financière.⁶⁶

Rappelons que la responsabilité financière est un principe par lequel le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés sont respectivement responsables de leur gestion budgétaire et de la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres. Ce principe ne peut s'appliquer qu'en accord avec deux principes complémentaires liés à l'usage des ressources propres: il s'agit des principes d'autonomie budgétaire et d'autonomie de financement des dépenses.⁶⁷

Le principe d'autonomie budgétaire veut que les collectivités fédérales et fédérées planifient, promulguent et contrôlent leurs budgets respectifs.⁶⁸ Ce principe appliqué aux dépenses doit forcément être reflété dans la gestion des recettes puisque la couverture des dépenses ne peut être assurée que par des ressources propres. Lorsque l'État dispose d'une compétence fiscale complète sur ces ressources, c'est le principe de l'autonomie de financement. Pourtant, l'application dynamique du principe nous oblige à distinguer deux interprétations selon les époques.

Dans une formulation initiale, la doctrine américaine a développé le principe de la liaison entre la responsabilité des dépenses et la responsabilité pour leur couverture. La doctrine américaine a également traduit ce principe sous forme d'un adage "À celui

⁶³ Selon qu'il est défini dans les textes ou dégagée par interprétation, le principe de connexité sera explicite ou implicite. ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 26.

⁶⁴ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 17. Lire avec REMILLARD G., *Le fédéralisme canadien, Tome 1, La loi constitutionnelle de 1867*, Montréal, Québec-Amérique, 1983, p. 285.

⁶⁵ Voir pour la théorie fédérale : Bora LASKIN, "The provincial international agreements", dans Ontario advisory committee on federation, *Background papers and reports*, v.2 1970, 101-111. ; Pour la théorie du Québec BROSSARD, J. *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, P.U.M. 1967, pp. 438-441. Voir aussi : *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada*, S.R.C. 1985, Appendice No 31; et pour les arguments du Québec : *Maritime Bank (Liquidator) c. Receiver general of New Brunswick*, (1892) A.C. 437. *Bonanza Creek Gold Mining v. The King*, (1916) 1 A.C. 566. ; *Maritime Bank (Liquidator) c. Receiver general of New Brunswick*, 441.

⁶⁶ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 20. WHEARE, *op.cit.*, note 59, 469, 94.

⁶⁷ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 28.

⁶⁸ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 28.

qui dépense revient le pouvoir d'encaisser".⁶⁹ C'est que, à l'origine, le niveau des services publics était directement lié à la capacité de générer un financement par des ressources propres. En droit canadien, le pouvoir des provinces de percevoir des ressources fiscales était strictement et limitativement déterminé par les compétences législatives attribuées sous l'empire de la constitution.⁷⁰ En ne comptant que sur leurs ressources pour assurer le financement de ses programmes, les provinces assumeraient nécessairement de lourds déficits.⁷¹

Par ailleurs aujourd'hui, l'application des principes originaux est introuvable dans les finances publiques des États fédéraux, puisqu'en offrant de l'assistance financière aux provinces, on a inversé la logique même de ses termes. Désormais, à celui qui encaisse revient le pouvoir discrétionnaire dans l'affectation des ressources. Le *Rapport de la Commission Rowell-Sirois* nous apprend que c'est l'ampleur des problèmes économiques suivant la prospérité des années 20 qui donna au gouvernement fédéral une justification d'étendre ses compétences, davantage par nécessité que par choix.⁷² Depuis la période d'après-guerre, le principe de développement économique veut que soient mises à la disposition des collectivités locales, les ressources suffisantes pour l'accomplissement de leur mission publique.⁷³

Aussi, les pouvoirs d'un gouvernement central se sont élargis si bien qu'ils dépassent le cadre du partage des compétences législatives sur lequel devait se calquer la répartition des charges financières.⁷⁴ Ce facteur est en corrélation avec l'élargissement des besoins des États fédérés qui dépassent maintenant le cadre limité que leurs ressources propres leur permettraient d'assurer. Ce renversement du principe de responsabilité impose certaines considérations:

Premièrement, celui qui recueille les sommes n'est plus nécessairement celui qui dépense, réduisant ainsi la possibilité des contrôles de l'administration par les instances parlementaires.⁷⁵ À ceci s'ajoute la difficulté de l'observation du partage des compétences dans le cas de subventions conditionnelles.

⁶⁹ J.A. MAXWELL, *Financing State and local governments*, *op.cit.* p. 11; WAGNER, E. "The Fiscal organization of the american Federalism", *Markham Studies in Public Policy Analysis*, Chicago, 1971, p. 11; PFIFER, M.A et PRESTHOS, *Public Administration*, The Ronald Press, New York, 1967, 231.

⁷⁰ Paragraphes 91(3) et 92(2), *Loi Constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria c.3.

⁷¹ "Les services sociaux" dans *Rapport de la commission Rowell Sirois*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, 127-129. Évoquant la disparité entre la juridiction et les ressources financières.

⁷² *Rapport Rowell-Sirois*, *Op.cit.*, note 23, 18.

⁷³ "Dette Fédérales et provinciales" dans *Rapport Rowell-Sirois*, *Op.Cit.*, note 22, 127-129. ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 30.

⁷⁴ WHEARE, *op.cit.*, note 59, 469, 94.

⁷⁵ PETTER A., "Federalism and the Myth of the Federal Spending Power", (1989) 68 *C.B.R.*: 448 p., 433.; WILTSHIRE, Kenneth, *Op.Cit.*, note ?, 202.

Deuxièmement, en quête de visibilité politique, les gouvernements ont tendance à concentrer le pouvoir afin de déterminer les temps et lieux de l'attribution des crédits.⁷⁶ Il en résulte un détournement de l'objet des pouvoirs en fonction des objectifs électoraux de courte vue plutôt que de l'intérêt supérieur de la nation à long terme. Les décisions de politiques fondamentales devant se baser sur des choix justes et équitables, risquent de se transformer en un marchandage arbitraire et aléatoire.

Troisièmement, comme les transferts sont basés sur les besoins, il en découle pour celui qui dépense un désintéressement à gérer de façon serrée ses budgets.⁷⁷ Si l'on fondait tous les transferts sur le nivellement relatif des ressources propres des provinces, alors surviendrait le problème de l'enjeu des richesses à partager.⁷⁸

Voyons s'il est possible d'endiguer le problème du renversement du principe de responsabilité. Il est maintenant admis, qu'en général, la division permanente des pouvoirs exécutifs et législatifs n'existe plus selon des garanties constitutionnelles immuables.⁷⁹ Si dans notre droit, la séparation des pouvoirs pose des difficultés, on peut entrevoir que celles-ci se reflètent aussi dans la distribution des pouvoirs entre deux ordres de gouvernements différents.

Dans son analyse des relations entre la fédération et les États fédérés, Jean Anastopoulos évoque la nécessité d'une redistribution périodique des responsabilités.⁸⁰ Pourtant, affirmer que le principe de la séparation des compétences doit s'ajuster aux réalités socio-économiques est quelque peu illusoire compte tenu des difficultés que comporte la négociation du pacte constitutionnel. Ainsi, un gouvernement fédéral peut être appelé à prendre les initiatives nécessaires à la solution de problèmes pratiques, sans pour autant que lui soit expressément reconnu de compétences correspondantes dans les textes.

Au Canada, des modifications constitutionnelles furent parfois adoptées pour modifier le partage des compétences afin de permettre une intervention fédérale directe.⁸¹ Toutefois, il est d'autres domaines, notamment l'éducation post-secondaire

⁷⁶ PETER, *Op.Cit*, note 118, 194, 453.

⁷⁷ *Id.*, 469.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ PEPIN et OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e Cowansville, Editions Yvon-Blais, 1982, 666, 77. WHEARE, *op.cit*, note 9, 80; H. BRUN et D. LEMIEUX, "Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique: la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu". (1977) 18 *C. de D.* 265; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 2^e éd., vol 2, 1974, p. 1076-1088. J.M. ARBOUR, "Axiomatique constitutionnelle et pratique politique: un décalage troublant". (1979) 20 *C. de D.* 113.

⁸⁰ *Affaire de l'Assurance-Chômage*, 1937 A.C. 355.

⁸¹ *Loi Constitutionnelle de 1940*, 20-21 Geo V, c. 26 (R.U.) pour le programme national d'assurance-chômage.

et la santé, où par nécessité ou par stratégie, le gouvernement fédéral ne pouvait agir sans qu'une coordination étroite soit maintenue par les provinces. Ces situations ont donné lieu aux programmes à frais partagés où une mise en oeuvre au niveau provincial est soutenue en partie par un financement de l'État fédéral.⁸² C'est le principe de l'interdépendance. L'interdépendance au niveau des gestionnaires se manifeste par le concept d'interpénétration des tâches au niveau fonctionnel.

Quant à savoir si la mitigation du partage des compétences est la cause ou l'effet du renversement du principe de responsabilité fiscale,⁸³ il faudra, pour y répondre, étudier d'une part l'évolution du partage des compétences et d'autre part, celle du pouvoir de dépenser. Ces questions sont d'un intérêt primordial car en leur apportant des solutions, on saura si le pouvoir de dépenser est le fruit d'une imperfection du système quant aux équilibres fiscaux ou simplement issu de l'évolution du partage des compétences.

Nous examinerons deux grands thèmes: l'extension des compétences fédérales et le rétablissement des équilibres. Ce premier élément sera vu d'abord sous l'aspect de la suprématie fédérale, auquel seront confrontées les forces de résistance des États fédérés.

⁸² *Arrangement fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé*, (1985) S.R.C. c. F-8.

⁸³ Pour le sens du principe de responsabilité fiscale, cf. notes 17 et 18.

SECTION I - L'extension des compétences fédérales sous l'aspect de la suprématie fédérale

Nous parlerons d'abord de la suprématie fédérale et de l'extension des compétences fédérales, notions auxquelles seront confrontées les forces de résistance des États fédérés. Nous verrons dans un premier temps, la substance de l'évolution du partage des compétences, soit l'interpénétration des tâches dans le contexte de l'État providence et dans un deuxième temps, ses modalités d'application.

Avec le renversement du principe de la responsabilité financière, il s'est avéré impossible d'effectuer un partage strict et définitif des compétences en matière de services publics.⁸⁴

A) Le concept: l'interpénétration des tâches dans le contexte de l'Etat-providence

L'interpénétration des tâches s'applique dans une société industrielle en régime fédéral. Il signifie que l'intérêt national se trouve progressivement imbriqué avec l'intérêt régional et local. Par cette situation, les dispositions relatives au partage des pouvoirs cessent de correspondre aux réalités politiques, économiques et sociales.⁸⁵

L'interpénétration des tâches, attribut d'un régime de fédéralisme souple, est favorisée par l'émergence de l'État-providence. Appelés à s'impliquer plus massivement dans la production de services publics, les divers ordres de gouvernement ont dû harmoniser davantage les ressources et les moyens dont ils disposaient. La production de services publics s'est donc effectuée au prix d'une intégration fiscale du gouvernement fédéral en raison de considérations économiques.⁸⁶

Dans cette même voie, l'émergence de régimes fédéraux plus centralisés aura nécessité une rationalisation du partage des dépenses.⁸⁷ Selon les théories traditionnelles, la répartition devait se faire en respectant les principes d'autonomie⁸⁸

⁸⁴ "Les services sociaux" dans *Rapport Rowell-Sirois*, *Op.cit.*, note 23, 15.

⁸⁵ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 34. La Commission McDonald se réfère à ce concept par la notion de fédéralisme souple; Commission MacDonald, *Op.Cit.*, note 7, 61, 277.

⁸⁶ *Id.*, 51.

⁸⁷ *Id.*, 58.

⁸⁸ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 1, 28.

et de subsidiarité.⁸⁹

- Le principe d'autonomie se reconnaît lorsque les ordres de gouvernement s'auto-administrent en supportant eux-mêmes les frais qu'entraîne la prise en charge de leurs responsabilités.⁹⁰
- Le principe de subsidiarité se rencontre lorsque l'institution fédérale n'intervient qu'en dernier ressort, lorsque les collectivités composantes ne peuvent s'acquitter de leur mission publique.

Ces deux principes se situent aux extrêmes limites des tendances contradictoires que connaissent les États unitaires ou les régimes fédéraux centralisés. Les politiques nationales sont portées par les courants plus ou moins forts de ces tendances divergentes. Notons, ce qui ajoute un élément de complexité dans les États membres de la Communauté Européenne, que le principe de subsidiarité s'applique aussi au niveau des institutions européennes. C'est aussi au nom de cette notion que certains États-membres de la Communauté Européenne refusent de doter les institutions européennes de nouvelles compétences.

Si l'interpénétration des tâches a favorisé la progression du «pouvoir de dépenser», elle n'a cependant pas justifié un pouvoir absolu, notamment reconnu dans les transferts conditionnels relativement aux domaines d'activités qui relèvent exclusivement des compétences provinciales. En fédéralisme moderne, les critères financiers, dont sont assortis les transferts financiers, apparaissent comme ayant une importance déterminante mais controversée. En raison de l'intérêt à réaliser des économies d'échelle, le critère économique s'avère souvent être la condition même de réalisation des programmes à caractères nationaux. En revanche, le pivot décisionnel se retrouve souvent au niveau de l'État central alors que la perception des besoins est relativement éloignée de la réalité des faits. Pour ces raisons, d'aucuns dénoncent l'ingérence des administrations centrales fédérales, en prônant un fédéralisme décentralisé.

Ainsi, une "nouvelle tendance", la décentralisation, est apparue: il s'agit de redonner aux collectivités les pouvoirs juridiques et financiers nécessaires à la réalisation des tâches qui leur sont dévolues. L'application de celle-ci aurait permis d'éviter que des réalisations vitales pour des collectivités locales dépendent des conditions rattachées aux transferts fédéraux. Cette "nouvelle tendance" n'était en fait

⁸⁹ Le principe de subsidiarité a évolué. Lorsqu'il s'agissait encore que d'une théorie, ce principe était à l'effet que l'intérêt des États fédérés ou confédérés soit considéré en premier lieu. En pratique les membres de la communauté européenne évitaient le problème de confrontation des ordres juridiques national et communautaire par le mécanisme des questions préjudicielles; REUTER, P., *Organisation européennes*, (2d) Paris, Thémis, 1970, 485, 271-281; maintenant proposé explicitement dans le cadre du droit communautaire le principe de subsidiarité veut que la Communauté n'intervienne dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres. art. 5, *Traité sur l'Union Européenne*, signé à Maastricht, le 7 février 1992 (non ratifié par tous les États membres en date du 30 février 1993)

⁹⁰ ANASTOPOULOS, *Op.Cit*, Note 1, 28.

que l'application effective du principe de responsabilité financière par la voie d'une redistribution du partage des recettes.⁹¹ Toutefois, le principe de l'interdépendance aura permis à l'administration centrale de justifier la continuation de ses interventions.

Le phénomène politique de l'interdépendance s'est traduit juridiquement par la prééminence de l'État fédéral. Au Canada, ce principe a été énoncé dans des arrêts du Conseil privé qui ont contribué à reconnaître une compétence implicite fondée sur le préambule de l'article 91. Ceux-ci ont permis de dégager le partage des compétences du cadre fixe et immuable des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.⁹²

L'arrêt *Russel c. R.*⁹³ constitue la pierre angulaire de ce courant de jurisprudence. Dans cette affaire, le Conseil privé devait décider de la validité et des assises constitutionnelles de la *Loi sur la tempérance*.⁹⁴ Ces conclusions pouvaient se baser sur la compétence relative à la réglementation de commerce et des échanges, en raison du caractère prohibitif de la loi. La cour s'appuya sur la compétence en matière de paix, ordre et bon gouvernement, afin de justifier la validité de la loi.

"L'objet et la portée de la loi demeurent quand même d'ordre général, c'est-à-dire qu'elle favorise la tempérance par le moyen d'une loi uniforme dans tout le pays. La méthode à laquelle le Parlement a cru bon d'avoir recours pour la mise en vigueur des prohibitions et peines décrétées par la loi, ne modifient en rien son caractère d'uniformité et d'ordre général. Le Parlement considère que le sujet est d'intérêt général pour le Dominion, qu'il est nécessaire d'avoir à cet égard une législation uniforme, et que le Parlement seul peut légiférer en la matière. Il n'y a aucune raison de croire que ce mal ou vice visé par la loi en question est local, ou existe dans une seule province, et que le Parlement, sous prétexte d'adopter une mesure d'application générale, s'occupe d'une question qui ressortit exclusivement des provinces...De toute évidence, la loi dont il s'agit a pour but d'appliquer un remède à un mal qui est censé sévir dans tout le Dominion..."⁹⁵

⁹¹ Guy Héraud, "L'inter-Étatique, le supra-national, le fédéral", *Op.Cit.*, 180

⁹² *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict. c. 3 (R-U).

⁹³ *Russel c. R.*, (1882) 7 AC 829 (Sir Montague E. Smith) contra: *Affaire de prohibition locale* [1896] AC 348

⁹⁴ *Loi sur la tempérance*, (1878) 41 Vict. c. 16 (S.C.); cette loi a ultérieurement été déclarée inconstitutionnelle dans *Big M. Drug Mart*, [1985] R.C.S..

⁹⁵ *Russel*, précité, note 91, voir aussi *Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 *Johannesson c. Aural Municipality of West St-Paul*, [1952] 1 RCS 292 ; *Munro c. National Capital Commission*, [1960] RCS 663.

*Russel c. R.*⁹⁸ constitue un arrêt-clé parce qu'il donne une portée généreuse à la clause de paix, ordre et bon gouvernement. Vu sous cet angle, il apparaît que le Conseil privé ait voulu endiguer l'interprétation fautive de la lettre contre l'esprit. En effet, à la limite, la doctrine de la dimension nationale aurait pu suffire à justifier l'empiétement des champs de compétences des provinces en ce que le Parlement n'avait qu'à donner une portée générale à sa loi. Autrement dit, transgresser légèrement la lettre de la Constitution est *ultra vires*, mais il eut été acceptable d'en ignorer l'esprit en l'enfreignant de façon uniforme à travers le pays. Ainsi, en contrevenant aux règles du partage des compétences, le Parlement se trouverait à faire à l'égard de toutes les provinces ce qu'il n'a pas le droit de faire à l'égard d'une seule d'entre elles.

Cependant cette décision fut mise de côté par la trilogie des affaires *Board of Commerce, Fort Francis, et Snider*. Dans ces causes, les tribunaux décidèrent de réduire la prééminence donnée à la clause de *paix ordre et bon gouvernement*, dans le sens que celle-ci ne s'appliquerait pas en l'absence d'une situation exceptionnelle.⁹⁷ Dans *Fort Francis et Committee of Japanese Canadians*,⁹⁸ des mesures ont été déclarées valides au motif que le pouvoir fédéral d'urgence en situation de guerre est implicite dans la *Loi Constitutionnelle de 1867*.⁹⁹

En revanche dans l'arrêt *Renvoi sur la Loi anti-inflation*,¹⁰⁰ la Cour suprême a donné effet au caractère exceptionnel des lois de finances. Un mince tempérament à ce principe doit néanmoins être signalé. Dans *Bank of Toronto Dominion c. Lambe*¹⁰¹, on considérait que la législation devait se rapporter dans une certaine mesure à l'un des pouvoirs énumérés du Parlement fédéral. Bien que cette réserve limite la portée d'un pouvoir implicite, elle lui redonne tout son effet.

Le phénomène politique de l'interdépendance, et sa manifestation juridique correspondante, comportent des difficultés d'application.

D'une part, l'interdépendance était un complément du principe de responsabilité financière dont il servait la finalité. Aujourd'hui, ces deux principes sont appliqués différemment, de sorte qu'ils peuvent maintenant servir chacun des intérêts

⁹⁸ *Russel c. R.*, supra, note 91 .

⁹⁷ *Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 AC 191 ; *Toronto Electric Commission c. Snider*, [1925] AC 396 (La législation fédérale sur les relations de travail déclarée *ultra vires*); *Fort Francis Pulp and power Co Ltd. c. Manitoba Free Press Co. Ltd.*, [1923] AC 695 (la théorie d'état d'urgence implicite permet d'envahir les champs provinciaux - approvisionnement de papier journal).

⁹⁸ *Fort Francis*, supra, note 44. ; *Committee of Japanese Canadians c. Attorney General of Canada*, [1947] AC 87

⁹⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31, Vict. c. 3.

¹⁰⁰ *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

¹⁰¹ (1887) 12 App. Cas. 575.

contradictoires.

D'autre part, le principe juridique de prééminence de l'État fédéral souffre aussi d'une déficience: à l'époque où ces décisions ont été rendues, la constitution était encore considérée comme une loi ordinaire qu'il fallait comprendre à l'instar des principes guidant l'interprétation d'autres lois. Dans le contexte de l'Empire britannique, ce courant judiciaire était tout à fait justifié. Cependant, la jurisprudence du Conseil privé continue d'être applicable même si le Canada a maintenant accédé à la souveraineté.

Par ailleurs, ces difficultés, loin de rendre inutile le principe d'interpénétration, le renforcent. En effet, celui-ci est appliqué selon une forme différente, dans laquelle le principe de subsidiarité reprend ses droits.

B) Les modalités: la souplesse de la répartition des compétences et la reconnaissance d'une compétence fédérale générale

Rappelons de prime abord que la division permanente des pouvoirs n'est pas nécessairement garantie constitutionnellement dans les fédérations modernes. De façon générale, cette souplesse est illustrée dans un système de répartition des pouvoirs qui permet une formule flexible de partage des coûts. Deux phénomènes politiques résulteront de cette souplesse.

Premièrement, les relations fédérales-provinciales ainsi que les limites aux pouvoirs de l'État fédéral sont désormais plus flexibles malgré l'encadrement rigide des compétences fiscales.¹⁰² Deuxièmement, l'interpénétration des tâches est mieux acceptée comme facteur avec lequel devront composer les différents intervenants du pouvoir en régime fédéral. En conséquence de ces phénomènes politiques, le principe de suprématie fédérale, sur le plan de la théorie juridique, est devenu une condition et un effet de ce contexte factuel.¹⁰³

De cette suprématie fédérale s'infère la reconnaissance d'une compétence fédérale générale. On la retrouve tout autant dans les nouveaux systèmes fédéraux modernes centralisés que dans les mutations de fédéralismes classiques décentralisés où est consacré le pouvoir de dépenser dans leur constitution. Ainsi en matière financière, la souveraineté résiderait dans l'État central qui disposerait de la prérogative nécessaire afin d'établir des normes obligatoires pour l'ensemble du territoire.¹⁰⁴

¹⁰² WILTSHIRE, Kenneth, *Planning and Federalism, Australian and Canadian Experience*, St-Lucia, University of Queensland, 1986, 331, 111, 259.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 34.

On peut facilement démontrer que l'exercice d'un tel pouvoir est une activité complexe portant sur les enjeux délicats qui nécessitent une certaine discrétion. Dans ce contexte, il est raisonnable que les rôles et fonctions du gouvernement fédéral soient protégés. Cette observation est particulièrement juste au Canada où le rôle du gouvernement est critique en matière de finances publiques. En revanche, l'analyse par l'opinion est quelque fois à la solde des courants polarisés où même l'unité nationale est remise en question.

En revanche, le secteur des affaires fédérales-provinciales est protégé explicitement en faisant l'objet d'une dérogation au droit d'accès à l'information.¹⁰⁵ Cette protection au niveau de toute considération en matière d'exercice du pouvoir de dépenser est d'autant plus importante que le régime du droit d'accès à l'information a valeur quasi-constitutionnelle.¹⁰⁶ Dans le contexte d'un recours devant les tribunaux, le gouvernement fédéral pourrait s'opposer à la divulgation de documents relatifs aux affaires fédérales-provinciales en s'appuyant sur l'article 38 de la *Loi sur la Preuve*.¹⁰⁷

Le cadre fédéral canadien ne laisse pourtant pas les provinces démunies face à cette protection importante des pouvoirs de l'administration centrale. Nous verrons dans la section suivante quels sont les instruments juridiques aux mains des provinces.

¹⁰⁵ Article 14, *Loi d'accès à l'information*, (1985) L.R.C. c. A-1, voir aussi l'article 18 prévoit une dérogation discrétionnaire concernant les intérêts économiques du Canada.

¹⁰⁶ *Loi d'accès à l'information*, L.R.C. (1985) c. A-1, article 2; voir également le paragraphe 4(1) qui établit que cette loi s'applique nonobstant à toute autre loi.

¹⁰⁷ *Loi sur la Preuve*, L.R.C. (1985) c. C-5, article 38.

SECTION II - Le rétablissement des équilibres opéré par la force de résistance des États fédérés: les politiques budgétaires

L'extension du pouvoir fédéral de dépenser est la résultante économique, politique et financière d'un régime fédéral dans les fédérations modernes.

En tant que résultante économique, l'efficacité du service public est servie par le pouvoir de dépenser parce qu'elle permet l'uniformité et les économies d'échelles.¹⁰⁸

La résultante politique apparaît lorsque l'inégalité de capacité financière entre des collectivités fédérées favorise l'interventionnisme du gouvernement central. C'est la plus controversée.

- Il peut s'agir aussi de questions dont l'importance dépasse le cadre régional et justifie l'intervention au niveau national. Cela reste à prouver dans chaque cas particulier; et
- Il peut s'agir d'un interventionnisme exagéré en ce que les moyens du pouvoir sont détournés de leurs fins réelles. Par exemple, un gouvernement fédéral qui subventionne directement certaines institutions universitaires dans le but de conditionner des choix qui autrement relèveraient exclusivement de la compétence provinciale.¹⁰⁹

Enfin la résultante financière peut s'expliquer par la facilité de redistribution des recettes à des niveaux de gouvernement inférieurs, laquelle est acquise en vertu des conditions d'après-guerre. En effet, dans l'ensemble des fédérations, la mainmise des gouvernements centraux sur des quantités importantes de revenus aura favorisé la génération de recettes considérables une fois la crise résorbée.¹¹⁰

Du phénomène d'extension des compétences fédérales résultera donc une extension de la capacité d'exercer le pouvoir fédéral de dépenser. Nous traiterons davantage des sources de ce pouvoir dans une seconde partie. Parce que le pouvoir de dépenser est compris dans un ensemble plus large que constituent les pouvoirs d'affectation de crédits en général, nous nous intéressons pour l'instant au cadre d'application de ces pouvoirs, ainsi qu'aux moyens d'action qui s'y rattachent.

¹⁰⁸ DUE, John F., *Government Finance: Economics of the public sector*, 4th ed., Homewood, Irwin, 1968, p. 485, 317.

¹⁰⁹ P.E. TRUDEAU, "Les octrois fédéraux aux universités" dans *Le fédéralisme et la société canadienne française* (1967) p. 4.

¹¹⁰ DUE, John, F., *Government Finance: Economics of the Public*, Irwin, 1968, p. 485.

A) Le cadre: différents types de systèmes d'organisation du partage selon les dépenses

En théorie, le développement des dépenses communes s'est réalisé par le biais du financement par une administration déléguée aussi bien que par un co-financement des tâches communes.¹¹¹ L'application de ce modèle développé en Europe, est particulièrement difficile en droit constitutionnel canadien.

Dans un premier temps, un niveau de gouvernement devrait "déléguer" à un autre, l'exécution de certains programmes tout y en maintenant une participation financière par le jeu de paiements de transferts versés directement d'un à l'autre.

Au Canada seule la délégation oblique est possible entre le gouvernement central et les États fédérés. Le fédéralisme fiscal ne reconnaît donc pas le principe d'une administration déléguée, mais l'utilisation de transferts conditionnels dans les domaines de compétences exclusives des provinces, qui constitue l'exercice du pouvoir de dépenser permet de concilier à la fois le principe de responsabilité financière et le respect du partage des compétences. Celui-ci est illustré par deux modes alternatifs. D'abord, sous forme d'abattements d'impôt¹¹² calculés sur l'impôt fédéral de base (impôt théorique) et accordés directement aux contribuables, le gouvernement fédéral libère un espace fiscal aux provinces participantes (cette pratique est connue sous la forme des points d'impôts) et ensuite, le gouvernement effectue des versements en espèces aux provinces. Il s'agit des transferts financiers.¹¹³ Quant aux transferts inconditionnels fondés sur le partage des dépenses celui-ci n'a pas d'application en droit canadien pour le motif qu'il irait à l'encontre du principe de responsabilité financière.

Dans un deuxième temps, le gouvernement fédéral participe financièrement aux tâches relevant des États fédérés dans la mesure où celles-ci représentent un intérêt national.

Au Canada, certaines des interventions fédérales dans les domaines de compétences exclusives des provinces pourraient être fondées sur le principe de paix ordre et bon gouvernement et la théorie de l'implication nécessaire. On utilise la première pour les formes d'interventions ponctuelles à caractère exceptionnel et la deuxième retient naturellement notre attention. Par exemple, lorsque l'intervention est pratiquée dans nos programmes à frais partagés, il s'agit de transferts financiers qui prennent souvent la forme de subventions conditionnelles. La participation du gouvernement fédéral au financement des programmes établis en est l'application.

¹¹¹ ANASTOPOULOS, *Op.cit.*, note 7, 61, 18.

¹¹² Ces montants ne sont pas directement monnayables, ils correspondent à l'espace libéré de l'assiette fiscale au bénéfice des provinces.

¹¹³ Ces montants sont directement monnayables.

Qualifiés de dépenses indirectes de la fédération, puis ignorés au compte des recettes des États fédérés,¹¹⁴ de tels transferts favorisent une certaine confusion au niveau de la distinction des compétences fiscales du Parlement fédéral et des législatures provinciales.¹¹⁵

B) Les moyens d'action: la négociation et la détermination des priorités budgétaires

En fédéralisme classique, le principe de l'autonomie de chaque niveau de gouvernement veut que l'intégrité du système soit assurée par une répartition définitive des ressources fiscales permettant aux exécutifs de chaque niveau de gouvernement d'agir dans le respect du partage des compétences par l'utilisation de ressources propres tirées à même des impôts levés par ses assemblées parlementaires. Ceci nécessiterait une codification constitutionnelle de la règle dans le modèle de partage selon les dépenses¹¹⁶.

Ce modèle n'est plus applicable en raison de sa rigidité excessive qui enlève toute marge de manoeuvre au pouvoir exécutif de chaque niveau de gouvernement.¹¹⁷ Cette marge de manoeuvre est essentielle pour effectuer les adaptations nécessaires des infrastructures et des politiques économiques au contexte international actuel. En contrepartie, le fédéralisme moderne est mieux adapté aux conditions économiques internationales; sa souplesse a permis des réformes économiques en profondeur; sans qu'il ait été expressément invoqué en toute circonstance, l'instrument privilégié d'action gouvernementale à cet effet fut le pouvoir de dépenser¹¹⁸.

Pourtant, les notions du modèle de partage selon les dépenses sont toujours pertinentes en ce qu'elles permettent de prévenir les déséquilibres que pourrait engendrer un exercice inconsidéré du pouvoir de dépenser. Nous avons mentionné que le pouvoir de dépenser n'avait pas été invoqué systématiquement. Si l'intervention du gouvernement fédéral prend la forme du pouvoir de dépenser du point de vue des provinces, elle n'est qu'accessoirement liée aux lois d'affectation de crédits du point de vue fédéral. Cette dualité est toujours présente dans l'étude du pouvoir de dépenser; l'interventionnisme du gouvernement fédéral sera donc d'autant plus résolu qu'il se fonde sur un pouvoir complet exercé selon les modalités prescrites. Le gouvernement fédéral pourra sembler d'autant plus dominateur qu'il exerce son pouvoir dans le respect d'un principe dominant, celui de la responsabilité fiscale.

¹¹⁴ Voir les divergences dans les montants de transferts fédéraux accordés au Québec pour les mêmes années fiscales selon les budgets fédéraux et provinciaux.

¹¹⁵ ANASTOPOULOS, *Op.cit.*, note 7, 61, 63.

¹¹⁶ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 15.

¹¹⁷ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 409.

¹¹⁸ PETTER A., "Federalism and the myth of the Federal Spending Power", [1989] 68 *C.B.R.* 448, p. 433.

L'application du principe de responsabilité fiscale a évolué. Alors qu'il favorisait l'autonomie des ordres de gouvernements, il favorise maintenant la saine gestion des deniers publics. Le problème est que la «saine gestion» est un concept subjectif soumis aux impératifs concrets des opérations gouvernementales. Lorsque le gouvernement fédéral pose des conditions qui correspondent à l'impératif de respect d'une politique de rationalisation des ressources, il peut sembler exercer indirectement une certaine forme de «réglementation déguisée». En fait, la réglementation est accessoire ou indirecte par rapport à l'objet des mesures prises. Les politiques relatives aux transferts sont toujours davantage orientées par des politiques de gestion financière¹¹⁹.

Toutefois ce pouvoir est si considérable qu'il est facile d'en abuser. Devant cet état de fait, les États fédérés n'ont alors d'autre choix que de défendre leur autonomie, par la négociation et par l'action.

Premièrement, par la négociation, les provinces rappelleront que le pouvoir de dépenser n'est ni absolu, ni inconditionnel, et qu'il comporte dès lors des obligations dont le respect est nécessaire à l'application du principe fondamental d'équilibre en régime fédéral¹²⁰. Or, en fédéralisme classique, le principe même de cet équilibre était assuré par le principe de responsabilité fiscale. C'est l'évolution dans l'application de la responsabilité fiscale qui devait donner naissance au fédéralisme fiscal. Ce principe, qui emportait le principe de connexité des dépenses et des recettes, ne pouvait être renversé sans que les États fédérés récupèrent, en contrepartie, la garantie d'exercice des compétences. C'est une question d'équilibre naturel autant que d'ordre juridique fondé sur le principe que l'on ne peut céder plus de droits que ceux que l'on possède, et que les pouvoirs compris dans le partage des compétences constituent des compétences qui ne pourraient faire l'objet de délégation verticale dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien. Pour revendiquer le rétablissement de cet équilibre naturel, les États fédérés pourraient invoquer le principe d'autonomie qui s'infère du partage des compétences. Ainsi, à l'encontre de certaines conditions d'assistance financière trop restrictives, dont l'effet incident serait de nature à contraindre ces États à renoncer à l'exercice de leur compétence, l'argument aurait certaines chances d'être considéré au mérite. Certes, l'administration centrale pourrait invoquer le caractère exceptionnel des législations financières qui stipulent ces conditions. La question de droit serait de savoir lequel, des principes juridiques en présence devrait avoir priorité sur l'autre. C'est le cœur du principe de la responsabilité fiscale et l'État fédéral n'aurait pas toujours intérêt à laisser aux tribunaux le soin d'en déterminer les limites. Il est donc des cas, où l'État fédéral aurait intérêt à négocier.

¹¹⁹ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le fédéralisme fiscal au Canada*, 1981, 230, 76; 9 où il est mentionné que la raison fondamentale des «critères» et des versements par étalement est de permettre de retenir des fonds

¹²⁰ K.C. Wheare évoquait la division des pouvoirs coordonnée dans WHEARE, *Federal Government (4th) Op.Cit.*, note 59, 469, 3.

Deuxièmement, dans leurs actions, les provinces pourront favoriser certaines priorités budgétaires afin de tirer le maximum d'avantages financiers d'un régime pour lequel elles n'ont qu'un pouvoir limité de consultation lorsque d'aventure l'administration fédérale y consent. Cela n'est que normal puisque d'une part, l'ensemble des conditions leur est imposé et que d'autre part, elles ne se sentent pas liées parce que certaines des conditions imposées se rapportent à des critères d'utilitarisme externe¹²¹.

- Dans le cas des programmes généraux à frais partagés les États fédérés auront tendance à se montrer plus souples relativement au contrôle des dépenses, allant jusqu'à les laisser s'accroître jusqu'au niveau leur accordant des contributions fédérales maximales;
- Dans des programmes à vocation spécifique, les États fédérés auront tendance à orienter leur dépense en fonction de l'objet des programmes afin de toucher directement les avantages financiers des transferts; et
- Dans les programmes qu'ils assument seuls, les États fédérés réduiront au minimum leurs budgets puisqu'ils récupèrent ainsi le maximum des économies financières.

Par exemple au Canada, lorsque le co-financement des programmes de santé était assuré en partie par une contribution du gouvernement fédéral basée sur les coûts, les provinces n'avaient que très peu d'intérêt à réaliser des économies. Le principe de responsabilité fiscale était absolument inapplicable. C'est pour cette raison que l'on a renoncé au système des transferts inconditionnels basés sur un partage selon les dépenses.

Le partage selon les dépenses a l'avantage de constituer une méthode efficace d'allocation des ressources dans le cadre de l'interdépendance des niveaux de gouvernements. Cependant, elle comporte aussi l'inconvénient de favoriser les préférences fiscales au niveau de la détermination des priorités budgétaires.

Dans l'éventualité où le pouvoir de gestion de la politique monétaire serait défini explicitement de sorte qu'il comporte un pouvoir de stabilisation économique, le pouvoir de dépenser en serait l'élément majeur. Une formule de partage selon les dépenses serait appropriée en ce cas, étant de nature à procurer un maximum de discrétion au détenteur du pouvoir. Une telle reconnaissance pourrait également provenir d'une interprétation jurisprudentielle ou doctrinale. Toutefois, une telle éventualité pourrait aussi ne pas se réaliser. C'est pourquoi le fédéralisme fiscal s'appuie sur deux piliers. Le chapitre suivant porte sur le partage selon les recettes, l'autre pilier.

¹²¹ Un auteur a dénoncé les arguments d'utilitarisme externe. Ceux-ci tiennent compte d'éléments autres que des raisons personnelles à celui qui les invoque, ce qui constitue des préférences personnelles qu'ils renforcent au lieu de justifier; DWERKIN, Ronald, *A matter of Principles*, London, Harvard Business Press, 1977, 1985; DWERKIN, R., *Taking Rights seriously*, 1977, 292.

CHAPITRE II - Le Partage ou la Répartition des Recettes: Le leadership national par l'intégration fiscale et la résistance des États fédérés par l'exercice des préférences fiscales

Nous avons observé dans un premier chapitre, que le principe de l'autonomie financière peut être mis en oeuvre par une structure de partage selon les dépenses. Voyons maintenant l'autre forme d'implantation de ce principe, soit l'approche du partage selon les recettes.¹²²

Le modèle de partage selon les recettes est un autre système de répartition permettant à chaque niveau de gouvernement d'assumer de façon adéquate, les tâches que la Constitution lui confie.¹²³ Le cadre financier constitutionnel, selon la théorie fédéraliste, peut s'articuler de deux façons. D'une part, on pourrait laisser aux collectivités composantes, le soin de déterminer les revenus qu'elles abandonnent à l'État central. D'autre part, on peut édifier un système d'intégration du pouvoir financier, avec des ressources tirées de recettes communes.¹²⁴ Ces deux méthodes déterminent des modalités d'allocation de recettes fort différentes compte tenu des variations importantes de ressources résultant de leur application respective. Nous verrons d'abord de quelle façon la suprématie fédérale a été reconnue et comment elle s'opère, et dans un deuxième temps, comment, en réponse à cette suprématie, les provinces peuvent utiliser les préférences fiscales dans leur système d'imposition.

¹²² ANASTOPOULOS, *Op.cit.*, note 7, 61, 117.

¹²³ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 117.

¹²⁴ *Id.*, 117.

SECTION I - De l'affirmation de la suprématie fédérale à la reconnaissance d'une compétence fédérale générale

A) Le concept: la nature propre du système canadien: Cristallisation du leadership national en matière financière

Au Canada, la répartition effective des recettes publiques varie suivant la période observée. Ainsi on constate une période d'avant 1940 où la fédération levait un tiers des recettes, une période de 1940-1960 ayant vu la centralisation au niveau fédéral, et enfin la période depuis 1960, où la part des États fédérés dans les recettes globales a repris une part significative.¹²⁵

De façon générale, les recettes du pouvoir fédéral sont plus limitées que les recettes du pouvoir central des États unitaires.¹²⁶ Le partage d'une assiette fiscale commune entre les États fédérés et l'État fédéral réduit d'autant la capacité fiscale de chacun des ordres de gouvernement. Aussi, la répartition des recettes de l'État central et des recettes communes, ne peut se faire sans que les ressortissants de tous les États fédérés soient mis à contribution. La seule façon d'effectuer un transfert véritable vers les États fédérés les moins nantis, serait d'en assurer la contribution par un groupe restreint d'États fédérés mieux nantis.

L'une des formes de transferts fiscaux, est celle où les bénéficiaires sont les résidents d'une province. Cette modalité peut prendre l'aspect de divers crédits pour impôts, mais elle n'est opportune que dans la mesure où l'intégration fiscale est relativement bien assurée.¹²⁷

L'intégration fiscale fédérale est obtenue lorsque les principes économiques d'élasticité, de progressivité et de neutralité sont appliqués.¹²⁸ Elle existe dans la mesure où les diverses compétences fiscales seront harmonisées et compatibles.¹²⁹ En pratique le système fiscal peut alors être utilisé comme instrument de politique économique.¹³⁰ Ainsi, le Québec faisant exception à l'accord de perception des impôts de particuliers sur le revenu avec le gouvernement fédéral, sera isolé de la communauté des autres provinces canadiennes quant à l'application de certains

¹²⁵ Rapport McDonald, *Op.Cit*, note 75, 7, 111-115.

¹²⁶ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 190.

¹²⁷ *Id* 199; DUE, F., *Op.Cit*, note 108, 319.

¹²⁸ Rapport McDonald, *Op.Cit*, note 75, 7, 111-115 définitions: la neutralité, se dit par rapport aux grands indices économiques, d'un système fiscal qui ne cause pas de distortions importantes chez les agents économiques; l'élasticité constitue le caractère d'un système économique très sensible aux interventions de l'État; progressivité, c'est le caractère d'un système fiscal dont les taux d'impositions sont plus considérables dans les tranches de revenus élevés.

¹²⁹ DUE., *Op.Cit*, note 108, 321.

¹³⁰ *Id*

aspects de l'intégration.¹³¹

Un système intégré d'aménagement des finances publiques favorise autant l'extension des pouvoirs fédéraux, que l'érosion du pouvoir fiscal des collectivités fédérées.¹³² Son usage mènerait invariablement à l'adoption du modèle de partage selon les recettes par le contrôle qu'il accorde à l'administration centrale, mieux placée pour en assurer la gestion. Sa raison d'être est très intimement liée aux principes de bases communs à certains régimes de péréquation.

Les seules justifications pratiques et juridiques aux transferts inconditionnels sont les mêmes qui justifient l'implantation d'un système de partage selon les recettes, soient la nécessité d'ajustement qu'entraîne le déséquilibre fiscal et l'impossibilité d'établir un partage définitif des sources de revenus autonomes entre les deux niveaux de gouvernement. Pour cette raison, il est pertinent d'examiner les considérations présentes dans le choix d'un régime de péréquation.

B) Les modalités: le choix d'un régime de péréquation

Le Canada est caractérisé par une polarisation de la richesse fiscale, en ce sens que l'on distingue parmi les provinces, des «provinces qui ont» et des «provinces qui n'ont pas». Chez celles qui «n'ont pas» apparaît une déficience globale au niveau de leur assiette fiscale qui légitimerait qu'en fédéralisme coopératif, on accorde une certaine forme de compensation.

Les auteurs sont divisés sur le fondement juridique de la péréquation. Alors que Peter M. Hogg y voit une notion *sui generis* sous l'impulsion de la *Commission Rowell-Sirois* en 1940, Gérald Beaudoin voit son origine à l'article 118 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³³ avant sa modification. Le régime de péréquation ayant été longtemps fondé sur une pratique historique plutôt que sur l'exercice d'un pouvoir explicitement reconnu dans la constitution, on pourrait discuter la question de savoir si les pères de la confédération avaient prévu un régime à durée indéterminée de droit à la péréquation pour les provinces. Il est cependant raisonnable d'affirmer que cette pratique était tout aussi conforme à l'idéal du fédéralisme, qu'aux *Lois constitutionnelles* selon l'approche de l'esprit avant la lettre.¹³⁴

¹³¹ Si l'on considère que les provinces parties à ses accords sont payées sur la base des impôts cotisés plutôt que sur la base des impôts effectivement perçus, on peut soutenir que leur adhésion à ces accords leur procure un avantage significatif sur le Québec qui reçoit ce qu'il perçoit.

¹³² ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 182.

¹³³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria c. 3.

¹³⁴ HOGG, *Op.cit.* 117, BEAUDOIN, *Op.cit.*, note, 32.

L'article 118 de la *Loi constitutionnelle de 1907*,¹³⁵ qui établissait un subside fixe et supplémentaire ainsi qu'une modalité de paiement, pouvait constituer une forme de péréquation puisque les transferts n'étaient rattachés à aucune condition autre que le niveau démographique de la province. Ces transferts, versés en compensation de l'abandon par des anciennes colonies de leurs compétences en matières de douane, visaient en fait à tempérer des effets permanents du régime des compétences fiscales dans le pacte constitutionnel. Pourtant dans leur forme, ces paiements ne comportaient pas le caractère de permanence. Or comment aurait-il été possible de corriger une situation permanente par des versements temporaires alors qu'aucune méthode précise ne permettait de déterminer les montants en cause et leurs taux d'actualisation ? Il faut en conclure que l'article 118 visait à restaurer l'équilibre fiscal, à l'instar d'une formule plus moderne et plus élaborée que constitue un modèle de partage selon les recettes ou, de péréquation. C'est suite à l'abrogation de cette disposition, en raison de sa désuétude, que les accords quinquennaux s'inscriront dans la tradition, avant de l'être dans la partie III de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³⁶. La péréquation représente pour les partisans du principe de responsabilité fiscale une inconséquence de taille. Dans *Fédéralisme fiscal*, un groupe de travail de la chambre des communes dispose ainsi de la question:

«Les paiements de péréquation représentent donc dans un sens, une entorse au principe de la responsabilité fiscale, selon lequel chaque autorité doit être, dans la mesure du possible, responsable du prélèvement des recettes nécessaires au financement de ses propres programmes. De manière plus générale, ce principe se rattache au thème central de ce rapport, à savoir la nécessité pour les gouvernements d'assurer pleinement leur responsabilité financière envers le public, dans leur domaine respectif de compétence.»¹³⁷

Le groupe prenait position contre un réaménagement de l'équilibre fiscal global entre les deux ordres de gouvernement. Ainsi, les droits de péréquation devraient être maintenus sous la forme de transferts en espèces et non pas se présenter sous la forme de points d'impôts. Cette prise de position est d'ailleurs conforme aux recommandations de la Commission Royale d'Enquête Carter de 1965. Au niveau des principes de finances publiques, cette orientation est néanmoins le reflet d'une subordination du principe de responsabilité fiscale au principe de péréquation.

Une importante précision devait être apportée dans l'application de la péréquation. L'objectif de la péréquation est d'élever les provinces bénéficiaires au rang des provinces représentatives et non au rang des provinces ayant la capacité fiscale maximale.

¹³⁵ *Loi constitutionnelle de 1907*, 7 Edouard VII, c. 11 (R.U)

¹³⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, (R-U) 1982, c. 11.

¹³⁷ Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, *Fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Chambre des communes, 1982, 174.

La position de Québec sur cet aspect est assez révélatrice de l'incompréhension que suscitait le régime. En fait, une telle insatisfaction ne pouvait dépendre que de deux causes spécifiques: soit les objectifs étaient mal formulés, soit les attentes ne correspondaient pas aux objectifs du régime :

Selon l'Office de planification économique du Québec, la province de Québec a elle-même payée plus que ce qu'elle n'a reçu au titre de la péréquation.¹³⁸

«En ce qui concerne la péréquation, le Québec réitère sa position à l'effet qu'une révision majeure de ce programme est nécessaire. Autrement, l'engagement constitutionnel deviendra purement symbolique. Le maintien de la présente formule de péréquation, alors que les disparités économiques régionales sont en train de s'élargir, fait en sorte que l'on se dirige de plus en plus vers un Canada comprenant deux classes de citoyens. D'une part, ceux qui ont l'avantage de vivre dans une province riche et qui bénéficient des services publics provinciaux adéquats sans supporter un fardeau fiscal très lourd; d'autre part, ceux qui n'ont pas cet avantage et qui doivent consacrer en impôts provinciaux une part plus appréciable de leurs revenus afin de se doter de services publics comparables. Bref, le contraire des principes d'égalité et de partage sur lesquels repose la fédération canadienne».¹³⁹

Il faudrait pour établir ces prétentions beaucoup plus d'informations que celles dont dispose une administration provinciale. De façon générale, il faudrait que tout un aspect du Rapport du Vérificateur général porte uniquement sur la question, laquelle par ailleurs pourrait être visée par les exceptions prévues à la *Loi d'accès à l'information* relativement aux matières fédérales-provinciales.¹⁴⁰ En particulier, il faudrait pouvoir évaluer les dépenses fiscales consacrées à l'aide à l'investissement sur la base de chaque province.¹⁴¹

Pourtant, la controverse s'étend aussi au niveau politique fédéral. À preuve, M. Michael Wilson, lorsqu'il était critique de l'opposition officielle, déplorait le même type de compressions budgétaires qu'il devait appliquer lui-même plus tard, en tant que

¹³⁸ *Les préférences fiscales du régime d'imposition au Canada*, Direction générale des politiques fiscales, Québec, Ministère des finances, 1981, page 18.

¹³⁹ *Lettre Gérard D. Levesques à Michael Wilson*, 1990, Dossiers SADC, Archives nationales.

¹⁴⁰ *Loi d'accès à l'information*, (1985) LRC c. A-1, article 18; voir sur cette question DORÉ Lyette, "Panorama de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels", dans *Développements récents en droit d'accès à l'information* (1991), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, 27-87, 34.

¹⁴¹ Le droit d'accès aux documents du cabinet pourrait être utile en cette matière, mais il est restreint au vérificateur général du Canada. c.f. RHÉAUME, Jean, "L'Accès aux Documents du Cabinet en vue du Contrôle Parlementaire des Finances Publiques: deuxième épisode de l'affaire *Vérificateur général du Canada*, (1988) 19 R.G.D. 445-477.

ministre des Finances. S'il y avait une personne qui devait connaître les alternatives possibles à ces moyens drastiques, c'est bien celui-là même qui en dénonçait les effets néfastes, notamment le transfert du déficit aux provinces.

En fait, aux compressions du gouvernement précédent, le ministre des Finances pendant son mandat, avait ajouté des compressions supplémentaires à celles appliquées sous le régime qu'il dénonçait somme étant un «fédéralisme prédateur» par opposition à «fédéralisme coopératif». Le «fédéralisme prédateur» semble donc s'appliquer tout particulièrement à sa politique si l'on s'en remet aux mesures qu'il a proposées.¹⁴² En 1987, le dépôt du Projet de loi C-9 ajoutait une limite supplémentaire à 2 pour cent de la croissance du PNB, limite antérieurement appliquée.¹⁴³

Le gouvernement fédéral aurait aussi ses propres raisons de critiquer l'attitude des provinces, notamment dans l'usage des préférences fiscales (nous y reviendrons). Bref, le régime ne fait pas que des heureux, les bénéficiaires autant que l'auteur semblent déçus dans leurs attentes. Pourtant, ces difficultés d'opération ne devraient pas nous amener à des conclusions trop hâtives sur l'existence même du régime de péréquation. Cependant, elles devraient nous amener à reconnaître que les problèmes fondamentaux rattachés au modèle et à la nature de la péréquation ne sont pas sans rapport avec les difficultés politiques du système fédéral en général.

Les problèmes spécifiques à la formule de péréquation sont de deux ordres: c'est que d'une part, l'objectif de la péréquation est difficile à atteindre en raison du renversement du principe de responsabilité fiscale, et que d'autre part, le caractère inconditionnel des transferts peut mener à des situations d'abus de la part des bénéficiaires.

Que la responsabilité fiscale l'emporte ou non sur la péréquation, il n'en demeure pas moins que la péréquation est une composante essentielle de la budgétisation provinciale, et même du fédéralisme canadien. En effet la péréquation est maintenant constitutionnalisée, bien que pour l'heure, ce sont des conditions économiques et financières qui en minent le rôle et l'efficacité.

Une fois prise la décision d'instituer un régime de péréquation, il s'agira de savoir quelle forme celui-ci doit prendre. La péréquation au Canada pourrait prendre la forme d'un régime fiscal macro-économique ou celle d'un régime fiscal représentatif. Le premier est basé sur le principe à l'effet que la capacité fiscale est reflétée par la valeur du revenu ou la production engendrée par une province. Le second se fonde uniquement sur la mesure des impôts et taxes effectivement perçues par la province.¹⁴⁴ Depuis 1967, notre régime est structuré selon la forme d'un régime macro-économique.

¹⁴² *Discours du budget*, 1986-87, Les arrangements fiscaux: vers un désengagement du gouvernement fédéral, Québec, Ministre des finances, 198, p.9

¹⁴³ 1982 S.C. c. 94.

¹⁴⁴ Fédéralisme fiscal au Canada, *Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, Op.cit, note 21, p. 178.

Ottawa voit de nombreux avantages à un régime fiscal macro-économique: D'abord celui-ci serait beaucoup plus facile à administrer, et empêcherait les provinces de déjouer le système. En effet la solution alternative permet d'aménager leurs impôts de façon à percevoir des droits de péréquation supérieurs par l'usage de préférences fiscales. Le groupe de travail souligne également que ce régime représente une économie pour l'administration centrale, à savoir de 5.2 milliards de dollars à 3.0 milliards de dollars pour le seul exercice financier se terminant le 1er avril 1981.¹⁴⁵ Il s'agit encore d'une économie que certaines provinces dénonceront sans considérer que ces économies visent à préserver le régime. L'ensemble de la politique est à l'effet que, les ressources ainsi libérées pourront être affectées à des fins tout aussi utiles à long terme, et dont leurs propres résidents bénéficient. Il s'agit de l'aide à la diversification économique, au développement régional ainsi que l'investissement dans la recherche et développement.¹⁴⁶

Les mouvements nationalistes ou autonomistes ont critiqué le rapport du groupe de travail dans ses prémisses: les premiers pensent que la souveraineté ne peut être partagée, les seconds pensent que le partage des pouvoirs devrait être étanche. Dans ces conditions, toute autre formule que le transfert direct et permanent de ressources fiscales propres serait inacceptable. Or c'est justement l'intégration du régime fiscal qui garantit le maintien des transferts financiers aux provinces à un niveau acceptable. Autrement dit, ceux qui dénoncent les coupures d'Ottawa dans les transferts, sont parfois ceux qui prônent l'abolition de ce régime dont dépend l'existence même des économies d'échelles qui en génèrent le financement.

Les difficultés inhérentes au choix d'un régime de péréquation ne sont pas étrangères à celles qui caractérisent le modèle du partage selon les recettes. Ce modèle constitue la cristallisation du leadership national en matière financière avec tout ce que cela comporte. En outre, le modèle permet en principe, une neutralité fiscale absolue mais aussi, l'érosion du principe de responsabilité financière.¹⁴⁷ La réalité canadienne est toute autre en raison de choix politiques. Voyons comment cela peut se traduire dans les faits.

¹⁴⁵ *Id.*, 179.

¹⁴⁶ Dans une étude de la direction de la politique fiscale du ministère des finances, Surrey dégage une analyse à l'effet que les dépenses fiscales reliées aux diverses mesures d'incitations fiscales devraient être considérées en tant que transferts financiers au même titre que les mesures budgétaires extérieures à la législation fiscale; le volume trois du *Rapport Carter* avait tracé la voie à cette idée sous la notion «a buck is a buck».

¹⁴⁷ WHEARE, *op.cit.*, note 59, 469, 108.

SECTION II - La force de résistance des États fédérés conduisant au rétablissement des équilibres: les préférences fiscales

A) Le cadre: différents types de systèmes d'organisation du partage selon les recettes

L'idée de partage des recettes est issue d'une conception coopérative du fédéralisme.¹⁴⁸ Certains l'ont associé à la nécessité impérieuse de garantir l'exercice des compétences des collectivités ou des États fédérés. Déjà, K.C. Wheare désignait la coopération financière en tant qu'association de la puissance financière du gouvernement général liée au désir des régions de maintenir leur droit de légiférer dans les domaines qui leur sont propres selon la constitution.¹⁴⁹

Observations d'ordre général

La participation financière du gouvernement fédéral aux ressources des collectivités fédérées équivaut à une fonction régulatrice essentielle au régime fédératif dans les démocraties contemporaines du 20^e siècle.¹⁵⁰

Dans son ouvrage *Aspects financiers du fédéralisme*, Jean Anastopoulos a bien étudié les questions relatives aux aménagements financiers dans les systèmes fédéralistes et ceux des États unitaires. Il en déduit que dans les deux systèmes, les solutions apportées sont identiques ou similaires. En général l'assistance financière constitue la fonction régulatrice d'une administration centrale.¹⁵¹

Ce concept, dans les régimes fédéraux, est reconnu de façon universelle. Par exemple, il existe en droit anglo-saxon sous la notion de "Intergovernmental relations" ou "fédéralisme nouveau".¹⁵² Aussi, le droit germanique connaît la notion de "Finanzausgleich", soit une forme de péréquation financière.¹⁵³

Pour apprécier ce concept, il faut d'abord considérer quelques principes de

¹⁴⁸ Cette notion de coopératisme est parfois représentée par "centralisation"; ANASTOPOULOS, *Op.Cit* note 7, 116. Or la centralisation peut-être considérée soit comme modèle de coopératisme où l'État fédéral agit à titre de fiduciaire du bien commun, soit comme instrument de dirigisme politique où l'état fédéral intervient de façon unilatérale; peu d'auteurs ont mis en relief les deux approches face à cette notion.

¹⁴⁹ K.C. WHEARE, *op.cit.*, note 59, 469, 240-1.

¹⁵⁰ Rapport McDonald, *Op.Cit*, note 1, 278; CHEVRETTE, François, "Contrôler le pouvoir fédéral de dépenser: un gain ou un piège ?", dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, 261, 153, 156.

¹⁵¹ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 111.

¹⁵² BREAK, Georges, F., *Intergovernmental Fiscal Relation in the United States*, Washington, D.C., Broking Institute, 1966; DUE, F., *Op.Cit*, note 91, 319.

¹⁵³ POPITZ L., *Der Künftige Finanzausgleich zwischen Reich Ländern und Gemeiden*, Berlin, 1932 ; ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 1, 27.

finances publiques. Dans l'application du fédéralisme moderne, la concentration du volume des dépenses dans les secteurs relevant de la compétence des collectivités fédérées est rationalisée par le principe de «déplacement au sommet» aussi connu sous le titre de «displacement effect». Selon ce principe, la part des dépenses relatives aux fonctions sociales, de santé, d'enseignement et d'équipements locaux suit la courbe de l'urbanisation accélérée.¹⁵⁴

Relativement à ces dépenses, deux principes gouvernent les tendances qui ressortent des arrangements financiers intergouvernementaux. Le premier principe est érigé dans la *Loi de Wagner*¹⁵⁵ selon laquelle, l'accroissement continu des dépenses publiques dans les États fédéraux se traduit par une augmentation des dépenses globales d'un ensemble étatique dans son revenu national d'une part, et dans le budget du gouvernement central d'autre part. Ce phénomène est illustré par l'État providence.

Un second principe est reconnu par la *Loi de Popiltz*¹⁵⁶, laquelle reconnaît une force d'attraction au budget le plus important.¹⁵⁷ A titre d'exemple, l'État fédéral effectue une planification indirecte des tâches fédérées et locales par le versement de subventions conditionnelles. L'assujettissement des priorités des États fédérés aux objectifs nationaux permet l'intégration des collectivités locales dans un système de finances global.

Par le fait que les budgets des États fédérés locaux peuvent aussi servir d'instruments de politiques de stabilisation économiques et sociales conçues au niveau national, l'importance du fédéralisme coopératif s'est élevée au rang de phénomène financier important.¹⁵⁸ Le pouvoir de dépenser, découle naturellement de ce phénomène. Pour exercer ce pouvoir, encore faut-il disposer des ressources nécessaires aux déboursés qu'il engendre. Le régime du partage des recettes fiscales représente un intérêt déterminant parce qu'il permet de saisir comment s'exercent les «jeux d'influences» entre les divers ordres de gouvernements selon une conception plus ou moins articulée de l'autonomie financière.¹⁵⁹

On reconnaît en régime fédéral trois grands systèmes de partage de l'assiette fiscale des recettes propres. Cette classification est dégagée par des écoles françaises et allemandes.

¹⁵⁴ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 112.

¹⁵⁵ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 14-15.

¹⁵⁶ *Id.*, 15.

¹⁵⁷ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 15.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 117.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 122.

- En premier lieu, le système de concurrence où les divers ordres de gouvernement disposent de pouvoirs illimités et concurrents en matière de création de recettes. Le Canada et les États Unis représentent en ce sens un modèle.¹⁶⁰
- Deuxièmement, le système de séparation stricte dans lequel les pouvoirs de création de recettes sont distincts et exclusifs. La Confédération helvétique en est l'exemple.¹⁶¹
- Troisièmement, notons le système mixte de pouvoir exclusif et de contributions inter-gouvernementales des États fédéraux aux États fédérées.¹⁶²

Ces systèmes de partage sont limités de deux façons: d'une part à cause du double-aspect du principe d'égalité, appliqué tant au niveau des citoyens que des États; d'autre part, ils sont limités par les contraintes nécessaires au maintien du marché commun sur une échelle plus grande.¹⁶³ On conçoit maintenant qu'avec le décloisonnement des économies et l'intégration fiscale, le marché commun entre les collectivités fédérées sera maintenu et renforcé. Ce phénomène est illustré par l'importance accordée à l'élimination des barrières inter-provinciales.¹⁶⁴

En revanche la cohérence et l'harmonie de ces systèmes de partage dépend du succès dans l'accomplissement de l'étape ultime que constitue leur affectation. Les recettes fiscales étant recueillies, on peut considérer en un deuxième temps la façon de les allouer selon le concept du fédéralisme coopératif. Le financement conjoint, qui représente l'un des visages de la coopération financière dans un système fédéral peut s'appliquer selon trois formes:¹⁶⁵

- la confédération ou l'État central est tenu selon la constitution d'aider les États fédérés dans leur tâche;
- dans son domaine de compétence, la confédération ou l'État central offre une participation aux efforts volontaires des États fédérés; ou encore

¹⁶⁰ DUE., *Op.Cit.*, note 108, 316.

¹⁶¹ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 112; *Loi Fondamentale de la Confédération Suisse*, Voir: Compétences fiscales: articles 41, 42 et le paragraphe 102(14). Voir aussi : le pouvoir de dépenser limité en matière d'éducation (article 27 quat 1) où le canton demeure autonome dans sa compétence; un régime de péréquation est aussi prévu à l'article 42 ter.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ DUE, *Op.Cit.*, note 108, 322

¹⁶⁴ *Rapport McDonald*, *Op.Cit.*, note 75, 7, 111.

¹⁶⁵ C. DOMINICE, *Fédéralisme coopératif*, (*Rapport à la société suisse des juristes*), Basel, Verlag, Helbibg et Linchtenhahn, 1969, 743-893, 885.

- la confédération ou l'État central accorde une subvention à un tiers à condition que l'État fédéré verse une prestation financière.

Bien que ces solutions représentent un mécanisme souple et efficace permettant aux institutions une capacité d'adaptation rapide aux changements de condition économique, cette flexibilité a un prix. Si les efforts de rigueur budgétaire des collectivités locales sont moins significatifs lorsque le budget provient d'un autre ordre de gouvernement, on peut penser qu'ils sont à toutes fins illusoires lorsqu'en dépendent directement des dépenses sur lesquelles leur pouvoir discrétionnaire est entier.¹⁶⁶ Aussi, des restrictions normatives seront nécessaires à l'attribution des transferts. En revanche, de telles conditions risquent de constituer un empiétement sur les compétences des États fédérés. La solution idéale en matière d'élaboration de conditions pourrait cependant être le fruit d'un agencement subtil entre des mesures restrictives et permissives dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires liés aux priorités budgétaires. Des restrictions devraient s'appliquer lorsque les considérations financières n'affectent pas uniquement des ressources propres aux provinces. Une plus grande latitude devrait être accordée lorsque les considérations de politiques en cause se rapportent uniquement à l'exercice de leur compétence.¹⁶⁷

Qu'il s'agisse de systèmes de recettes additionnelles, de quotes-parts, de communauté de recettes, ou de transferts financiers, leurs conditions de versement restera toujours un art difficile. D'un point de vue juridique, toute structure centralisée de coopération financière, par son cadre normatif comporterait une menace potentielle au principe d'autonomie des États fédérés, d'autant plus que les modifications sont unilatérales et imprévisibles. Sur le plan politique, le cadre normatif pose des limites permettant la reconnaissance plus ou moins effective du principe de responsabilité financière.

En effet, le principe de responsabilité financière n'implique pas nécessairement le respect des limites de recettes et de dépenses qu'imposent les compétences constitutionnelles. Dans la mesure où il était difficile de prévoir l'équilibre de ces deux éléments à l'étape de la conception du régime, l'exercice des compétences n'est garanti qu'à la condition préalable d'un dépassement de ces limites constitutionnelles.¹⁶⁸ Cela sert le sens pratique car l'intégration fiscale, qui est essentielle à l'exercice du pouvoir de dépenser, favorise l'émergence d'un levier considérable aux mains du gouvernement fédéral relativement aux ressources propres. Une telle notion est particulièrement bien illustrée par la pratique des programmes à frais partagés.

Le dépassement de ces délimitations constitutionnelles se fera par modification aux dispositions financières de la constitution selon trois modalités. Il s'agira soit d'une

¹⁶⁶ Rapport McDonald, *Op.Cit*, note 75, 7, 111.

¹⁶⁷ COMITÉ DE COOPÉRATION POUR LES QUESTIONS MUNICIPALES ET RÉGIONALES, *Rapport*, Conseil de l'Europe, DOC CE/Loc 72/08.

¹⁶⁸ *Rapport McDonald*, *Op.Cit*, note 75, 7, 277; CHEVRETTE, *Op.Cit*, note 101, 153, 156.

révision constitutionnelle, de conclusion d'accords temporaires ou encore, de l'interprétation abusive des clauses constitutionnelles.¹⁶⁹

Sur le plan de la forme juridique, le modèle de protection fédérale de ces sources de recettes propres pourra s'opérer sans protections constitutionnelles des législations fédérales ou encore, par le biais d'une définition constitutionnelle de ces prérogatives.¹⁷⁰ Il s'agit dans le premier cas d'un processus unilatéral alors que dans le second, il s'agit d'un processus multilatéral où toutes les parties sont impliquées dans le respect des formalités.

Ce modèle de partage fédéral du produit des recettes pourra être structuré en fonction d'une quote-part des recettes fiscales communes, ou encore par simple transfert des recettes fédérales.¹⁷¹ Cette distinction fera toute la différence en matière d'efficacité sur des plans conceptuel et stratégique. Sur un plan conceptuel, l'efficacité du partage serait davantage assurée par le partage des recettes fédérales puisque ceci permettrait de tirer des revenus en provenance des collectivités bien nanties.¹⁷² Sur le plan stratégique, il deviendrait administrativement complexe de créer un fonds d'affectation ou d'accorder des points d'impôts pour les seules fins d'identifier la provenance des recettes des collectivités (ear marked funds).¹⁷³ D'autres variantes peuvent avoir des implications profondes sur l'efficacité et la finalité de l'allocation des recettes.

Premièrement, on peut considérer les modalités de répartition du fardeau financier. Par exemple, la répartition des recettes communes se fera d'une part entre la fédération et les collectivités fédérées et d'autre part, entre collectivités fédérées entre elles. Ces répartitions pourraient s'effectuer sur la base de parts égales, ou sur la base du produit local ou encore, selon la population.

Deuxièmement, au-delà de la formule de répartition et de la provenance des recettes, différentes modalités peuvent être distinguées relativement aux bénéficiaires des transferts tirées à même ces recettes. Par exemple, celles-ci pourraient être classées en fonction du bénéficiaire du transfert, selon les options suivantes:¹⁷⁴

- du gouvernement central au gouvernement local (province, région, municipalité);

¹⁶⁹ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 7, 61, 148-152.

¹⁷⁰ *Id.*, 155

¹⁷¹ *Id.*, 170-177.

¹⁷² *Rapport McDonald, Op.Cit.*, note 75, 7, 277

¹⁷³ *Id.*; selon le régime australien il est inconstitutionnel de taxer les personnes distinctement selon leur État de résidence, mais en revanche, des transferts peuvent valablement être effectués différemment aux États.

¹⁷⁴ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 75, 7, 184.

- du gouvernement central à l'organisme para gouvernemental (Hôpital, Commission scolaire);
- du gouvernement aux particuliers; et
- du gouvernement aux entreprises (Corporation, coopératives).

En fédéralisme classique, les différents types de répartition des recettes constituent autant de tempéraments aux principes constitutionnels. Plus spécifiquement, lorsqu'un principe de connexité est reconnu dans la constitution, un tel exercice frôle la frontière de la primauté du droit, mais il serait inconcevable qu'une loi fondamentale puisse servir à contrer les efforts honnêtes d'ébauche d'une société plus juste. Un modèle doit dépasser le pur utilitarisme du système qui n'existe que pour lui même, et viser l'idéal du bonheur dans la communauté politique.

Pourtant le chemin de l'idéalisme n'est pas toujours évident. Aussi, nous verrons que l'élaboration d'un système acceptable devra surmonter divers écueils, dont celui de la résistance au dépassement des délimitations constitutionnelles des compétences fiscales sans pour autant sombrer dans l'arbitraire. Nous verrons dans la sous-section suivante comment les États fédérés peuvent exercer leurs pouvoirs pour rétablir l'équilibre constitutionnel et, à quelles conditions les moyens employés peuvent conserver le caractère de validité constitutionnelle.

B) Les moyens d'action: l'exercice des préférences fiscales et leurs limites

Nous avons vu qu'un système de partage des ressources peut être basé sur les recettes des provinces représentatives. Celui-ci peut être réalisé à l'horizontale par une redistribution de la répartition des compétences, ou à la verticale selon l'instauration d'une formule de péréquation.¹⁷⁵ Notre système de droit des finances publiques comporte une formule de péréquation. De façon générale, la péréquation a pour objet que les provinces moins nanties puissent recevoir les transferts financiers nécessaires pour procurer à leur population un niveau de service public conforme au niveau de l'ensemble des provinces représentatives. Cette formule de péréquation est donc basée sur les recettes des provinces représentatives.¹⁷⁶

La pondération accordée aux recettes fiscales et budgétaires des provinces représentatives variera selon les règles de la formule de péréquation. Cependant, il deviendrait possible pour l'État fédéré de manipuler ses politiques fiscales afin de se procurer le maximum de transferts financiers, si la formule ne considérait que l'écart entre les recettes des provinces représentatives et les recettes réelles des provinces

¹⁷⁵ ANASTOPOULOS, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, 440, 10.

¹⁷⁶ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Ministère des approvisionnement et services, 1981, pp. 230, 173.

bénéficiaires.

En principe, les politiques fiscales visent généralement des principes de neutralité, de simplicité et d'efficacité.¹⁷⁷ Cependant la législature d'une province peut décider d'orienter ses politiques fiscales de sorte que, celles-ci visent à modifier un comportement, notamment face à l'épargne ou à la consommation de tabac. De telles politiques deviennent alors des préférences fiscales et bien qu'elles dérogent au principe de neutralité, elles sont tout de même valides sur le plan constitutionnel.

L'usage de préférences fiscales est acceptable lorsqu'il s'agit de favoriser un comportement économique. Cependant lorsqu'il vise uniquement à l'obtention d'avantage en terme de transferts financiers, celui-ci affecte l'objectif et la substance même du programme de péréquation à la base de ces transferts financiers.

Du fait de leur nature, il est aussi difficile de recourir à des sanctions judiciaires en matière de préférence fiscale, que d'en identifier les sources et les effets. Aussi, la seule façon de contourner ce problème sera de modifier la formule de péréquation de façon à limiter l'incitation à l'usage de préférences fiscales dans le seul but d'obtenir des transferts financiers supérieurs à la dépense fiscale encourue par une telle politique fiscale. Cette méthode, appelée formule macro-économique, consiste à déterminer la capacité fiscale d'une province sans égard aux impôts ou taxes qu'elles perçoivent effectivement, mais sur la base des impôts que les provinces pourraient imposer.¹⁷⁸

Le montant des transferts financiers est déterminé par les différences entre les montants proportionnels de recettes réelles des provinces représentatives et de recettes théoriques des provinces bénéficiaires. Cette façon de faire laisse place à une large part d'appréciation et de discrétion de la part de l'organisme chargé de l'administration d'autant que, si elle est exprimée dans une loi du Parlement fédéral, l'État fédéré n'a aucun pouvoir quant à l'adoption de celle-ci. Cela n'est que normal puisque la péréquation est un transfert financier inconditionnel à l'État fédéré. À ce titre, l'auteur du transfert devrait avoir discrétion sur le montant de l'aide accordée puisqu'il est responsable du financement, de la permanence et de la cohérence d'un régime qui crée des attentes importantes de la part des États fédérés bénéficiaires.

Certes, cette situation peut causer des difficultés en matière de prévisibilité dans la planification budgétaire des États fédérés, particulièrement en période de ralentissement économique, mais cette difficulté peut être aplanie par des consultations plus soutenues entre les divers paliers gouvernementaux. De même, des tensions peuvent être générées lorsque des comparaisons sont effectuées entre une formule de partage selon les recettes à l'horizontale (péréquation modulée selon la répartition

¹⁷⁷ c.f. KRISHNA V., *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 2ed, Toronto, Carswell, 1986, 1.23 § 67; considérons aussi les principes d'équité et de redistribution du revenu dans LORD & SASSEVILLE, *Principes d'imposition au Canada*, 2 ed. 1990, 10 et dans *Rapport de la commission Carter*, *Supra*.

¹⁷⁸ GROUPE PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Op.Cit.*, note 119, 380, 400, 230, 178.

des recettes fiscales propres) et une formule de péréquation financière verticale (modification dans la répartition des recettes fiscales propres). En théorie, des résultats identiques devraient résulter de chacune des formules, mais l'esprit de rivalité soulève des questions délicates au niveau des coûts en raison du dédoublement des services offerts par les différents paliers de gouvernements.¹⁷⁹ Une telle approche correspond à la remise en question des principes mêmes du fédéralisme, qui sont fondés sur la prémisse que le tout vaut davantage que la somme de ses parties.

Ces difficultés, qui sont le lot commun à tous les ensembles économiques intégrés, peuvent être résolues par une meilleure coopération entre les différents intervenants et paliers gouvernementaux.¹⁸⁰

Les économies internes des États fédérés comportent des catégories de revenus propres diversifiées dans leur importance économique. À différentes étapes, les États fédérés pourront apprécier les effets bénéfiques du fédéralisme coopératif dans la mise en valeur de leur potentiel économique: parfois l'exploitation de ces ressources nécessite des capitaux financiers qui manquent aux États fédérés, parfois c'est la distribution sur les marchés internationaux qui nécessite l'apport d'une administration centralisée. En revanche, la disponibilité de main-d'oeuvre qualifiée et l'accès à des ressources financières pourront être facilités par des politiques adoptées au niveau national par le gouvernement fédéral. Tous ces avantages permettront d'aménager un contexte favorable à la mise en valeur des ressources des États fédérés. L'important est d'identifier des formes d'alliances stratégiques entre les différentes régions du pays, lesquelles combinées au partage de valeurs communes, permettront de concilier les intérêts parfois divergents des différentes régions.

De cet exercice, dépend la justification du pouvoir de dépenser; or la reconnaissance constitutionnelle du pouvoir de dépenser n'aurait qu'un effet mitigé si sa justification ne faisait pas l'objet d'un certain consensus que partagent les différentes régions relativement à son opportunité politique.

Cet aspect sera déterminant au niveau de l'opportunité d'affecter des sommes au développement régional, enjeu réel du fédéralisme fiscal; lorsque idéalement, les États fédérés auront chacun mis en oeuvre un concept de développement économique durable et efficace grâce au fédéralisme coopératif, il ne sera plus nécessaire de mettre sur pied des formules d'égalisation des ressources telles que la péréquation. Ainsi dans une situation idéale, l'usage de préférences fiscales adaptées aux transferts fédéraux deviendrait à toutes fins pratiques, inutile et purement académique.

De la situation actuelle à une situation optimale, la distance reste longue, mais cela n'empêche pas de poursuivre un idéal. L'interdépendance, concept politique, est à la base du régime de péréquation. Le pouvoir de dépenser, concept juridique, a

¹⁷⁹ De telles comparaisons ont généralement tendance à négliger les effets des économies d'échelles et des coûts rattachés à la compétitivité fiscale entre les États voisins concurrents.

¹⁸⁰ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, 409, 412.

justifié les programmes à frais partagés. Le pouvoir de dépenser et l'interdépendance s'expliquent tous deux par le déséquilibre fiscal des pouvoirs dans la constitution. Le maintien du déséquilibre fiscal serait justifié par le principe même du fédéralisme, voulant que le tout vaille davantage que la somme de ses parties. Un gouvernement central est beaucoup mieux placé que divers États fédérés dans l'établissement d'une juridiction fiscale complète et intégrée permettant l'application de politiques de stabilisation économique à long terme.

Cette approche comporte ses propres lacunes. Il importe d'explicitier davantage comment dans ce contexte, les provinces pourront affirmer leur autonomie. C'est l'objet de notre conclusion préliminaire.

CONCLUSION PRÉLIMINAIRE - Diverses théories d'empiétement du Parlement central expliquant la notion de garantie de l'exercice des compétences

Les systèmes du partage selon les dépenses et du partage selon les recettes correspondent à des structures totalement opposées l'une de l'autre. Alors que les modèles de fédéralismes classiques étaient monolithiques en adoptant tout l'un ou tout l'autre, les modèles de fédéralisme actuellement en opération représentent plutôt des systèmes mixtes dans lesquels chacun des deux ordres de gouvernement est partie à un véritable réseau d'arrangements financiers.

Certains de ces arrangements ont les caractères d'une formule de partage selon les dépenses alors que d'autres ont une formule de partage selon les recettes. La flexibilité du modèle provient du fait que les politiques socio-économiques peuvent être adaptées aux impératifs de critères nationaux ou de prise en compte des besoins locaux selon les besoins du moment. Ainsi, dans le cours des consultations et négociations, les agents de politique et les élus invoqueront l'un ou l'autre de ces impératifs, pour avancer leurs positions en faveur de tel ou tel programme.

Dans le but de maintenir une certaine cohérence dans son action, un gouvernement central, par exemple Ottawa, se réserve la coordination des ententes. Cela est raisonnable considérant que l'État fédéral est toujours en position de donner au nom de l'ensemble ce que les provinces réclament pour elles-mêmes; il doit donc anticiper et agir en tant que maître d'oeuvre des politiques de stabilisation socio-économique. Les agents fédéraux évoqueront la nécessité de planification alors que ceux des provinces dénonceront l'ingérence lorsque les intérêts nationaux à long terme sont directement confrontés leurs intérêts propres à court et moyen terme.

On peut concéder qu'il s'agit d'une certaine forme de centralisation mais c'est là, le prix à payer pour maintenir la cohérence des politiques économiques nationales. De plus, dans un régime centralisateur, les compétences législatives des États fédérés seraient menacées en raison d'un manque absolu de ressources nécessaires pour s'acquitter des missions de service public correspondantes. La menace est particulièrement présente lorsque ces compétences peuvent être inter-reliées avec

d'autres chefs de pouvoirs déjà reconnus au Parlement fédéral. Ils seraient d'autant plus menacés, si une théorie permettait au Parlement fédéral de combler un vide éventuel que causerait leur inactivité volontaire ou forcée dans leur domaine de compétence législative. Or ainsi que nous le démontrerons dans cette conclusion préliminaire, une telle hypothèse ne pourrait être possible en droit constitutionnel canadien.

Si le pouvoir de dépenser existe en droit constitutionnel canadien, c'est qu'il est une composante essentielle de l'équilibre constitutionnel de notre régime fédéraliste. Aussi, à défaut de mieux, la seule façon de justifier implicitement un tel principe pourrait être d'y opposer un autre principe, qui favorise entre autres, l'autonomie des provinces dans leur champ de compétences exclusives, et rétablit ainsi l'équilibre.

Dans son ouvrage de *Droit constitutionnel canadien*, le sénateur Beaudoin déclare que les pouvoirs conférés aux articles 91 et 92 sont tantôt exclusifs, tantôt concurrents.¹⁸¹ Cette analyse est développée à la lumière des différentes théories du Conseil privé.¹⁸² Gil Rémillard, alors professeur, qualifiait ces théories de règles de qualifications et d'attributions législatives.

L'une d'elles serait issue de l'application constitutionnelle du grand principe juridique selon lequel l'accessoire suit le principal. Elle est reconnue au Canada sous l'aspect du pouvoir implicite¹⁸³ ou «compétence de principe».¹⁸⁴

L'une de ses formes est connue en tant que pouvoir accessoire ou auxiliaire dans *A.G. Ontario c. A.G. Canada*.¹⁸⁵ Il s'agit d'un pouvoir exercé par le Parlement fédéral lorsqu'il légifère dans un domaine de compétence exclusive tel qu'énoncé à l'article 91. Dans le célèbre arrêt *A.G. British Columbia (Fish Canneries)*,¹⁸⁶ Lord Tomlin énonce ainsi le principe:

«Il est de la compétence du Parlement central de statuer sur des questions qui, bien qu'elles soient à d'autres égards de la compétence d'une législature provinciale, sont nécessairement incidentes à une législation expressément mentionnée à l'article 91.»¹⁸⁷

Toutefois, ce principe avait été reconnu bien avant cet arrêt. En effet dans

¹⁸¹ BEAUDOIN, G.A., *Droit Constitutionnel Canadien*, 267; "Responsabilité fiscale", voir note, 1.

¹⁸² BEAUDOIN, G.A., *Droit Constitutionnel Canadien*, 267.

¹⁸³ REMILLARD G., *Op.Cit.*, note 11, p. 287.

¹⁸⁴ *Id.*, 206.

¹⁸⁵ *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, [1894] A.C. 189 p. 200, 201.

¹⁸⁶ *A.G. British Columbia (Fish Canneries)*, [1930] A.C. 111, 118.

¹⁸⁷ *Id.*

*Cushing c. Dupuis*¹⁸⁸ le conseil privé avait eu l'occasion de l'appliquer en précisant qu'un régime de faillite devait nécessairement affecter le droit civil.

Bien que la théorie constitutionnelle soit ouverte¹⁸⁹ sur cette question, un pouvoir réciproque à l'égard des provinces a déjà été reconnu.¹⁹⁰

Nous avons discuté du pouvoir accessoire, ancillaire ou implicite du Parlement fédéral. L'exercice de ce pouvoir crée une enclave dans un champ de compétence provinciale agissant à titre de droit supplétif d'une législation fédérale donnée. En fait, la conséquence de cet exercice est en relation avec la théorie du champ inoccupé puisqu'en l'absence d'une utilisation de ce pouvoir par le Parlement, c'est le droit provincial qui s'applique.¹⁹¹

La théorie du champ inoccupé fut ainsi énoncée par lord Maughan dans *P.G. Alberta c P.G.Canada*.¹⁹²

« Il y a eu cependant des causes dans lesquelles des matières, qui étaient compléments, accessoires ou auxiliaires au sujet principal qui, ressortissant des pouvoirs législatifs du Parlement canadien, furent traitées par la législation provinciale en cas d'absence de législation fédérale. Depuis 1894, il est bien établi que si un sujet de Législation ressortissant à la province est simplement accessoire ou auxiliaire à l'une des catégories de sujets énumérés dans l'article 91, et est bien dans l'un des sujets énumérés dans l'article 92, alors une législation par la province est valide sauf et jusqu'à ce que le Parlement canadien décide d'occuper le champ de législation.»

Dans l'arrêt *Tomell Investment Ltd. c. East Marstock Lands Ltd*¹⁹³, le Juge Pigeon décrit ainsi ce pouvoir :

« Bien qu'en principe, l'abstention par le Parlement fédéral d'exercer son pouvoir législatif exclusif n'autorise pas les législatures provinciales à adopter une législation sur le sujet, cela est vrai uniquement à l'égard de ce que l'on peut appeler le pouvoir fédéral essentiel. Pour tout ce qui ne se situe pas strictement dans les limites de ce pouvoir mais peut faire l'objet de dispositions accessoires, la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils et sur

¹⁸⁸ *Cushing c. Dupuy*, [1880] 5 A.C. 409, 415 (un régime de faillite doit affecter le droit civil)

¹⁸⁹ BEAUDOIN, *Op.Cit.*, note 67, 289.

¹⁹⁰ *Ladore c. Bennet*, [1839] A.C. 468; *A.G. Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1964] RCS 570 (*Loi sur les taux usuraires* déclarée *intra vires* de la législature provinciale) 570

¹⁹¹ BEAUDOIN, *Op.Cit.*, note 67, 289.

¹⁹² *P.G. Alberta c. P.G. Canada*, [1939] A.C. 117, p. 128 ; [1938] RCS 100, p. 129 et 148.

¹⁹³ *Tomell Investment Ltd c. East Marstock Lands Ltd.*, (1978) RCS 974, 986-987 (Juge Pigeon).

les matières de nature locale demeure intacte jusqu'à ce que le champ soit occupé.»

A la lumière de cette dernière citation, on peut avancer que la théorie du champ inoccupé ne trouve application que dans la mesure où le Parlement fédéral décide de recourir à son pouvoir accessoire ou résiduaire. C'est d'ailleurs ce qui fait toute la différence entre cette théorie et celle de la prépondérance de la législation fédérale qui, à l'origine, concerne l'application des lois dans les domaines de compétences concurrentes.¹⁹⁴

Cet arsenal de théories est complété par les théories suivantes:¹⁹⁵

- la théorie de la qualification de la loi;
- la théorie du double aspect;
- la théorie du chevauchement;
- la théorie de la situation d'urgence nationale;
- la théorie des dimensions nationales; et enfin
- la théorie de la primauté des lois fédérales.

Ces théories se distinguent d'abord selon le caractère de réciprocité de leurs effets à l'égard des législatures des provinces. Seront opposables indifféremment au parlement fédéral ou aux législatures, les théories de la qualification de la loi, du double aspect et celle du chevauchement.¹⁹⁶ En revanche, les théories de l'urgence nationale, de la dimension nationale et de la primauté des lois fédérales ne peuvent être invoquées qu'en faveur d'une loi fédérale.¹⁹⁷

C'est en ces termes que le Vicomte C. MacDonald illustre la distinction entre la théorie du double aspect et celle du pouvoir implicite dans son article "Judicial Interpretation of the Canadian Constitution":¹⁹⁸

«La distinction entre la doctrine de «l'aspect» et la doctrine du pouvoir implicite réside en ceci: en vertu de la première, la disposition en question se trouve légalement à l'intérieur de la périphérie d'une compétence énumérée du fédéral, la seule particularité étant que, pour quelque autre fin, une législation similaire peut aussi être édictée par une province: en vertu de la seconde, la disposition en question est invalide *per se* en tant que législation tombant dans une catégorie provinciale exclusive dans son contexte particulier mais devient valide parce que nécessaire à une législation efficace en vertu d'une catégorie fédérale

¹⁹⁴ BEAUDOIN, *Op.Cit*, note, 67, 292.

¹⁹⁵ *Id*, 284.

¹⁹⁶ *Id*, 285-287; Voir aussi. REMILLARD, G., *Op.Cit*, note 68.

¹⁹⁷ BEAUDOIN, *Op.Cit*, note 67, 291; voir aussi REMILLARD, G., *Op.Cit*, note 67, 223.

¹⁹⁸ McDONALD, V.C., "Interpretation of the Canadian Constitution", (1935-36) 1 in. *U of T.L.J.* 260, 274 :

reconnue (ma traduction :)»

A cette théorie de l'aspect, on peut opposer la théorie des dimensions nationales, dont seules les législations du Parlement peuvent bénéficier lorsque des matières de nature provinciale atteignent des proportions telles qu'elles affectent l'État central.¹⁹⁹

Si la théorie du champ inoccupé était élargie au Parlement fédéral et aux domaines de compétences exclusives des provinces, la reconnaissance de la «garantie de l'exercice des compétences»²⁰⁰ pourrait être utile compte tenu de la menace de laisser un champ inoccupé faute de ressources. Si la même théorie «enrichie» devait aussi conférer un caractère de permanence, alors la reconnaissance de la «garantie de l'exercice des compétences» serait absolument nécessaire puisqu'il deviendrait alors impossible pour les provinces de récupérer leur autonomie dans les domaines de compétences ainsi occupés.

Pourtant le Parlement fédéral détient *de facto* ce pouvoir puisqu'il verse des subventions conditionnelles dans des domaines rattachés aux compétences exclusives des provinces²⁰¹ et que celles-ci ne pourraient refuser l'argent du gouvernement fédéral sans que soit d'abord introduite, une modification constitutionnelle au partage des recettes fiscales propres (revenus autonomes).

Dès lors qu'une modification constitutionnelle en ce sens n'est que difficilement concevable dans le contexte politique actuel, l'équilibre constitutionnel exigerait qu'un pouvoir implicite correspondant soit reconnu au bénéfice des provinces, pour que soit rétablie l'intégrité du régime fédéral canadien. Ce pouvoir ne peut être que la «garantie de l'exercice des compétences». A lui seul, ce principe rétablirait l'équilibre constitutionnel causé par la déséquilibre fiscal. Ainsi malgré le caractère particulier des lois financières, le pouvoir de dépenser n'aurait alors qu'une valeur juridique relative.

Dans les domaines de compétences exclusives des provinces, la théorie du champ inoccupé, le pouvoir d'empiétement et le pouvoir implicite ne seraient applicables en faveur du Parlement fédéral que lorsque celui-ci légifère dans les domaines rattachés à ses propres compétences législatives.

Dans la situation idéale d'un équilibre permanent des ressources fiscales propres, les provinces n'auraient nullement besoin d'une protection juridique. Toutefois, en pratique, en cas d'éventuelle pénurie de ressources, un manquement grave à se

¹⁹⁹ *Arrêt sur la prohibition locale*, [1996] A.C. 348, 361; *R. c. Crown Zellerbach* [1988] 1 R.C.S. 401 *contra*: *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 H.C.S. 373 (distinctions du juge Beetz).

²⁰⁰ "Garantie de l'exercice des compétences"; Ce principe inconnu dans notre droit est présent dans la doctrine européenne. Il signifie qu'une constitution doit garantir à l'état fédéré ou central les ressources propres nécessaires à l'accomplissement des compétences. Voir ANASTOPOULOS, *Op.cit.*, note 1, 28.

²⁰¹ Ce phénomène est illustré par l'application du principe de gratuité aux services de santé.

charger de leur mission de service public pourrait donner lieu à des circonstances exceptionnelles justifiant l'application de la compétence de principe. Dès lors, la garantie nécessaire à l'équilibre constitutionnel serait d'ordre financier. Aussi, le pouvoir de dépenser serait la condition essentielle du fondement et de l'application d'une telle protection financière. Le renversement du principe de responsabilité fiscale serait expliqué par le déséquilibre fiscal que prévoit le partage des compétences. Celui-ci est à son tour justifié par l'accès aux ressources financières optimales que permet l'intégration fiscale à l'échelle nationale.

Certes, l'avenue que nous proposons ne reste qu'une opinion dont la démonstration reste à faire. L'arrêt *Régime d'assistance Publique du Canada*²⁰² aurait en ce sens été d'un éclairage limité. Aussi pour s'assurer de la valeur Juridique précise du pouvoir de dépenser, il faudra attendre un autre jugement de la Cour suprême. D'éventuels recours à l'endroit de la *Loi limitant les dépenses publiques*²⁰³ pourraient en être l'occasion. En attendant, nous proposerons que le principe théorique de «garantie de l'exercice des compétences» est en droit constitutionnel Canadien, une notion importante dont l'existence permet non seulement le maintien du déséquilibre des ressources fiscales propres, du renversement du principe de responsabilité fiscale, mais aussi et surtout, du pouvoir de dépenser. Ne dit-on pas que la loi ne parle pas pour rien dire. *A fortiori*, la constitution devrait disposer d'une portée significative. À quoi servirait-il d'attribuer aux provinces des pouvoirs qu'elles ne pourraient pas exercer, ou d'accorder au gouvernement fédéral des moyens financiers qui ne pourraient aucunement être affectés à l'assistance financière de ces provinces ?

Le pouvoir de dépenser est ce facteur clé qui permet le fonctionnement du fédéralisme canadien malgré son déséquilibre fiscal. Certains diront qu'il s'agit d'une contradiction, nous maintiendrons que c'est le prix à payer pour défendre à la fois l'intérêt national et l'autonomie des provinces. La source du pouvoir de dépenser intéresse le juriste tant au point de vue de la philosophie juridique, que de l'économie politique.

D'un point de vue de philosophie juridique, on peut se demander si l'émergence du pouvoir de dépenser est la cause ou l'effet du renversement du principe de responsabilité fiscale. Si ce pouvoir est la cause du renversement du principe, c'est donc que son fondement est *sui generis* car aucun autre principe ou institution ne saurait tenir les pouvoirs politiques directement responsables de dépenses qui dépassent le cadre de leurs compétences législatives pour la simple raison qu'ils disposent des recettes fiscales appropriées au financement de ces dépenses. Si ce pouvoir en est l'effet, c'est que celui-ci était implicite en raison d'interprétations constitutionnelles relatives aux déséquilibres financiers que laissait entrevoir l'attribution

²⁰² *Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 (décision rendue le 15 août 1991).

²⁰³ *Loi limitant les dépenses publiques*, S.C. 1992 c. 19, paragraphe 6(3) précise que tout dépassement devra être affecté aux deux exercices subséquents, de sorte que le plafond des dépenses pour ces années soit réduit de ce montant.

des compétences fiscales aux deux niveaux de gouvernement.

Au point de vue de l'économie politique, le pouvoir de dépenser est intimement liée au fédéralisme fiscal, appliqué dans les arrangements financiers entre le gouvernement fédéral et les provinces. Dans un rapport de l'Association des Études fiscales canadiennes, certains auteurs ont justifié ce système d'arrangements financiers, par l'équilibre des droits et besoins à l'échelle des individus, et des provinces. A l'échelle des individus, cette considération des droits et besoins visait l'équité horizontale entre tous les citoyens canadiens, et justifiait les transferts conditionnels. A l'échelle des provinces, cette considération visait l'équité entre les unités politiques et justifiait les transferts inconditionnels.²⁰⁴ Cette analyse reflète, de façon concrète et réaliste, la dualité du régime fédéral. C'est, le paradoxe de Clark.

Nous verrons cette question dans une deuxième partie concernant les aspects pratiques du pouvoir de dépenser et la structure des finances publiques. Dans un premier chapitre, nous aborderons le pouvoir en matière de prélèvement obligatoire, lequel se rapporte aux compétences fiscales. Nous verrons dans un deuxième, le pouvoir fédéral de dépenser en tant que tel. Cette partie couvrira deux volets indissociables, soient la justification juridique du pouvoir de dépenser et ses fondements pratiques. La perspective canadienne sera confrontée avec les conceptions plus ou moins centralisatrices d'autres fédérations et confédérations.

²⁰⁴ CLARK Douglas, *Fiscal Needs and Revenue Equalization Grants*, Toronto, Association Canadienne d'Études fiscales, 1969, 56, 8; M. Clark était alors directeur de la Division des finances publiques, Relations fédérales-provinciales au ministère des Finances en 1950.

PARTIE II - ASPECTS PRATIQUES: LES INSTRUMENTS JURIDIQUES PERMETTANT L'EXERCICE DU POUVOIR DE DÉPENSER

CHAPITRE I - LE POUVOIR FÉDÉRAL EN MATIÈRE DE PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES

SECTION I - FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DES POUVOIRS FISCAUX AU CANADA

L'impôt progressif est une simple théorie sentimentale, qui n'est en rien fondée sur la raison et sur l'expérience.
LEROY-BEAULIEU

Les compétences constitutionnelles de l'État fédéral en matière de prélèvements obligatoires sont pertinentes relativement au «pouvoir de dépenser» pour deux raisons: d'une part, elles pourvoient aux ressources qui permettent l'exercice du pouvoir de dépenser; et d'autre part le pouvoir de dépenser peut s'exercer directement par l'usage de concessions fiscales accordées à même la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹.

Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*² les deux compétences principales en matière d'imposition se trouvent aux paragraphes 91(3) et 92(2). Selon le paragraphe 92(2), les législatures des provinces ont une compétence restreinte mais exclusive à l'égard des systèmes de taxation directe dans les «limites de la province, en vue de prélever des revenus pour des objets provinciaux». En revanche, le paragraphe 91(3) prévoit que le Parlement fédéral détient un le pouvoir de prélèvement de deniers par tout mode ou système de taxation. C'est un pouvoir complet; en fait, il s'agit de la part du lion même si l'on discute encore la question de savoir si elle se rapporte à un pouvoir d'imposition illimité.³ Cette distinction fondamentale entre taxe directe et indirecte servait un double objectif:

D'une part, il s'agissait d'un but avoué de créer le marché commun canadien: en retirant ainsi aux provinces le pouvoir de lever douanes et accises - les taxes

¹ C'est que, à l'encontre du *Rapport Carter* qui recommandait la limitation des concessions fiscales pour la raison qu'elles étaient coûteuses et inefficaces, le législateur poursuivait plutôt la pratique de ces mesures fiscales incitatives, s'écartant résolument du concept de la commission Royale «a buck is a buck». v.g. *Loi de l'impôt sur le Revenu*, 1970-71-72, c. 63; c.f. article 33.1 centre bancaire international; alinéa 40(2)(b), exonération de gain en capital pour la résidence principale; article 125.1, permettant des réductions de taux aux entreprises de fabrication et transformation; l'article 127.1 permettant le crédit d'impôt à l'investissement pour les mêmes entreprises; c.f. COMMISSION ROYALE SUR LA FISCALITÉ, *Rapport Carter*, vol 2, 1966, pp. 353, p. 11

² *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria c. 3.

³ BEAUDOIN, Gérald-A, *Le partage des pouvoirs*, 3e ed, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1982, 327.

indirectes alors en application - les constituants faisaient la promotion de la libre circulation des produits dans le Canada et un tarif extérieur commun. En fait l'établissement d'un marché intérieur commun était vital à la survie du pays puisque les États-Unis avaient dénoncé le *Traité de Libre-échange de 1854* dans le cours des hostilités de la guerre d'indépendance contre l'Angleterre.⁴

D'autre part, il s'agissait d'un but inavoué parce qu'inavouable: les taxes directes alors en application étaient essentiellement constituées de taxe foncière. Or, les taxes foncières étaient connues pour être impopulaires et peu rentables. Le gouvernement Britannique avait pu constater le peu de rentabilité des taxes directes par rapport aux taxes indirectes dans le cadre de *l'Acte constitutionnel de 1791*. C'est que dans ce régime, une première catégorie de recettes - surtout les produits du domaine et les impôts directs - relevaient de l'Exécutif, nommé par Londres; en revanche, les autres ressources - dont les taxes indirectes et les amendes - étaient à la disposition de la législature. Le problème financier comportait deux volets: d'abord, les dépenses de la colonie étant supérieures aux recettes, l'Exécutif ne se privait pas de puiser dans le fonds des législatures. Aussi, les législatures refusaient, à bon droit, d'approuver ces crédits budgétaires par complaisance, contrairement à ce qu'auraient souhaité les gouverneurs. Un problème similaire avait lieu dans le Haut-Canada.⁵

En effet, contrairement aux taxes directes, les taxes indirectes ne pouvaient se transmettre imperceptiblement dans le prix des produits. Accorder une fraction d'une assiette fiscale de cette teneur revenait donc à céder un plat de lentilles. Pourtant, cela était justifié dans le contexte de l'époque, où l'on croyait que les besoins fiscaux des provinces étaient moindres que ceux de l'État central. En conséquence, l'évolution jurisprudentielle élargirait éventuellement cette base d'imposition des provinces.

Étant donné le caractère financier de ces législations, la *Loi de l'impôt sur le Revenu* et la *Loi sur la taxe d'accise* devaient et doivent encore aujourd'hui être modifiées de façon particulière, soit par la présentation par le gouvernement d'un document descriptif des modifications qui feront l'objet du dépôt ultérieur du projet de loi devant la chambre des communes. Cette procédure particulière, appelée l'avis de motion des voies et moyens, est prévue à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Cette disposition correspondait à la codification d'une tradition parlementaire

⁴ MINISTRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *Symposium, Accord de libre Échange*, Ottawa, 1987, 63, 2.

⁵ LACOURT-GAYET, *Histoire du Canada*, PARIS, Flammarion, 1965, 251; C'est ce qui avait fait dire à L.J. Papineau que cette "clique du chateau" était composée "d'oiseaux de proie de passage qui appellent s'enrichir nous gouverner". p.253.

britannique⁶, elle-même issue d'un principe fondamental prévue à la *Magna Carta*⁷. Dans notre droit, la motion peut être sommaire ou détaillée. Si elle est détaillée, le projet de loi correspondant qui sera déposé, devra s'y conformer en toutes lettres, sauf pour des corrections mineures. Plus tard le projet de loi tel que déposé ne pourra modifier, ni ajouter ni soustraire de substance à l'objet de la motion.

A) PRINCIPES GÉNÉRAUX

a) Théorie des lois fiscales déguisées et des lois fiscales incitatives

Outre son objet ultime, de procurer des revenus à l'État, l'impôt peut aussi servir d'autres objectifs. Notre constitution le reconnaît implicitement. Le droit constitutionnel canadien, contrairement au droit australien, ne comporte aucune règle visant à contrer les mesures socio-économiques de la fiscalité. Ainsi, les mesures fiscales incitatives sont valides si elles demeurent dans les limites du partage des compétences. Que ce soit en matière de redistribution de revenu⁸ ou de mesures incitatives en matières économiques,⁹ la fiscalité canadienne est devenue un véritable levier de politiques socio-économiques.

Il pourrait arriver que des politiques fiscales dépassent outrageusement la limite de l'objet des compétences fiscales. En fédéralisme, cela peut avoir pour conséquence une déclaration d'invalidité pour dérogation aux règles du partage des pouvoirs. Lorsque certaines règles fiscales se résument à n'être que l'instrument direct d'une réglementation dans une catégorie de pouvoirs ne relevant aucunement de la compétence du législateur qui l'adopte, les lois dites "fiscales" ont alors un caractère particulier. Il s'agit alors de lois fiscales déguisées ou de tentatives d'un caractère spécieux (colourable attempt).

L'évolution de la jurisprudence sur la question confirme la validité constitutionnelle des mesures fiscales incitatives.

⁶ Afin d'obtenir l'accord du parlement britannique à l'égard de la liste civile - dépenses personnelles de la famille royale - le Roi Georges III avait commencé la tradition de céder le contrôle de ses «revenus héréditaires» au Parlement. Parallèlement, la Chambre des communes affirmait sa préséance sur la chambre des Lords sur les questions budgétaires et adoptait la règle de l'initiative financière de la Couronne, selon laquelle le Parlement ne vote une mesure financière que lorsque celle-ci est proposée par la Couronne, *Standing Order* (R-U) du 11 juin 1713; voir aussi DUSSAULT, R. et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, Québec, *Les Presses de l'Université Laval*, (2e éditions), Vol II, 1986, P.U.L.DUSSEAULT, *Op.Cit.*, 470; BAADE, Hans W. "Mandatory Appropriation of Public Funds: A Comparative Study", (1974) 60 *Virginia L.R.* 393, 409.

⁷ Le principe original est à l'effet que la Couronne et ses ministres ne peuvent imposer un impôt direct ou indirect sans l'accord du Parlement; *Magna Carta*, (1215) c. 12; *Petition of Right* (1627), s. 8; *Tenure abolition Act* (1160) (après la restauration).

⁸ Prestation fiscale pour enfants, *Discours du Budget*, 1992; voir aussi articles 122.6 à 122.64 de la 24 *Loi de l'impôt sur le revenu*, SC 1970-71-72, c. 63 telle que modifiée par le Projet de Loi C-80.

⁹ Obligations à la petite entreprise article 15.1 de la *LIR* (*supra*) ; obligations au développement de la petite entreprise, article 15.2 de la *LIR*;

- Dans *Proprietary Articles Trade c. PC*,¹⁰ le conseil privé permet au Parlement d'utiliser la politique douanière pour décourager les monopoles au pays;
- Dans *Reader's Digest Association (Canada) Ltd v. PGC*, (1963),¹¹ la cour se prononce quant à la validité d'une taxe sur les éditions canadiennes de périodiques étrangers; et
- Dans *Angers c. Le Ministre du Revenu national*,¹² la réduction d'une exemption pour enfant n'est pas déclarée invalide, bien qu'elle constitue l'instrument d'une politique fiscale visant à obliger les parents à envoyer leurs enfants à l'école et d'accepter les allocations familiales; il s'agissait *de facto* d'une mesure sociale.

Par contre une rupture de la continuité jurisprudentielle survient dans *Texada Mines Ltd c. Procureur général Colombie Britannique*.¹³ La combinaison d'une taxe et d'un subside - au sens de détaxe - bloquait l'exportation du minerai brut. La cour affirme alors le principe:

«Le succès de la taxe si tel est son objet (décourager l'exportation du bois) sera ainsi inversement proportionnel aux revenus qu'elle rapporte, ce qui n'est pas la caractéristique normale d'une taxe imposée en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux.»

D'après cette tendance, aucune limite clairement définie ne devait subsister entre la législation fiscale et la réglementation déguisée. Toutefois, dans leur ouvrage, les auteurs Marx et Chevrette maintiennent que la réglementation véritable et détaillée par le moyen déguisé de l'impôt n'est pas conforme au droit constitutionnel.¹⁴

Une loi qui aurait pour objet de créer des effets juridiques dans une catégorie de sujets ne relevant pas de la compétence du législateur qui l'adopte serait invalide. Dans *R. c. l'Impérial Tobacco* (1938),¹⁵ la loi fédérale obligeait de remettre au trésor sous forme de taxe, tout excédent sur le prix au-delà d'un montant déterminé. Cette loi fut déclarée *ultra vires* au motif qu'elle empêchait de hausser les prix, ce qui correspondait à une matière relevant des compétences provinciales.

¹⁰ *Proprietary Articles Trade c. PGC*, [1931] AC 310, 325-32.

¹¹ *Reader's Digest Association (Canada) Ltd v. PGC*, (1963) 37 DLR (2d) 239.

¹² *Angers c. Le ministre du revenu National*, [1957] RCE 83.

¹³ *Texada Mines Ltd c. Procureur général Colombie Britannique*, [1906] RCS 713.

¹⁴ François Chevrette, Herbert Marx, *Droit constitutionnel, Notes et jurisprudence*, Montréal, Centre de recherche en droit Public, 1982, 1719 pages.

¹⁵ *R. c. Imperial Tobacco* [1938] RCE 177.

Ainsi le Parlement ne pourra intervenir indirectement dans un secteur provincial d'activité par le moyen de mesures fiscales. Par exemple, le cas de l'assurance a d'ailleurs déjà fait l'objet d'une tentative en ce sens. C'est que la loi fédérale qui imposait une taxe à toute personne s'assurant auprès d'une compagnie étrangère fut ainsi déclarée invalide.¹⁶

Si le principe à l'encontre des lois fiscales déguisées s'applique aux impôts levés dans le but de régler un secteur d'activité, on ne peut inversement transposer cette prohibition aux peines valablement imposées dans un secteur d'activité relevant de l'autorité législative compétente. Par exemple, l'autorité compétente relativement à la levée d'un impôt est aussi compétente en matière de sanctions et de perception de cet impôt. C'est ainsi que fut déclarée valide la loi provinciale permettant d'annuler les transferts de propriété lorsque l'impôt qui en faisait l'objet n'avait pas été acquitté.¹⁷

Cependant la législation provinciale est exposée à une déclaration d'invalidité si elle est d'application extra-territoriale ou si elle contrevient au principe du partage des compétences. Par exemple, une disposition d'une loi sur les compagnies visant à changer le *situs* des actions a été déclarée invalide parce qu'il s'agissait d'une tentative d'un caractère spécieux visant, sous le couvert du droit des compagnies, à rendre applicable les droits successoraux de la province où la compagnie était incorporée.¹⁸ Les incursions provinciales dans les champs de compétence du Parlement par le biais de lois fiscales déguisées reçoivent une sanction tout aussi radicale. Ainsi, des lois provinciales qui avaient pour objet de chasser des personnes du territoire ont été déclarées *ultra vires*.¹⁹ Dans *Procureur général de l'Alberta c. Procureur général du Canada*²⁰, une loi provinciale taxant exagérément les banques est déclarée invalide comme étant une législation relative aux banques. Cet arrêt est intéressant pour deux raisons.

Premièrement, il marque la particularité du droit fiscal canadien par rapport au droit américain. En droit américain, le droit de taxer comprend le droit de détruire, et qu'on ne peut détruire si l'on n'a pas d'abord une compétence pour créer. Au

¹⁶ *In re the Insurance Act of Canada*, [1932] AC 41 *Reference as to validity of s. 1 of the special War revenue Act*, [1942] RCS 429;

¹⁷ *Heneker c. Bank of Montreal*, (1895) CS 257 (CS Qc) ; *Christie c. British American Oil* [1947] 4 DLR 72 (CA Ont)

¹⁸ *Le Ministre des Finances de C.-B. c. First national bank of Nevada*, [1975] 1 RCS 525, 533. (Juge Laskin, Ritchie et Pigeon, dissident sur cette question, les Juges Abbott, Judson et Spence d'accord sur l'invalidité en raison de la tentative d'un caractère spécieux); à noter que le Procureur Général du Québec, représenté par Paul A. Demers et Raymond Maher, était intervenant dans l'instance.

¹⁹ *Tai Sing c. Maguire* (1878) 1 BCR (Pt 1) 101 (CS CB); *R. c. Wing Chong*, (15) 1 BCR (Pt 2) 150 (CS CB); *R. c. Mee Wah*, (1880) 3 BCR 403 (C co BC)

²⁰ *Procureur général de l'Alberta c. Procureur général du Canada*, [1939] A.C. 117.

Canada, le droit de taxer n'emporte pas le droit de détruire²¹, mais si une taxe dépasse largement la limite du raisonnable, il faudra que le législateur soit compétent pour créer afin d'agir de manière à détruire. Il restera à déterminer à l'intérieur de quels paramètres se détermineront les taxes abusives.

Deuxièmement, l'arrêt permet à la théorie de l'exclusivité du partage des compétences de prendre appui sur un exemple pratique. A cet effet, le professeur Lederman avait identifié, dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,²² des «catégories de lois et non des catégories de faits».²³ On reconnaîtra par l'importance monétaire des droits levés, s'il s'agit d'une loi à portée commerciale comportant des sanctions pénales ou d'une loi fiscale déguisée dont l'objet véritable serait de réglementer un secteur de l'activité commerciale.

Il faut faire une distinction entre une loi fiscale directive et une loi fiscale incitative. Les lois directives ne devraient pas prendre d'importance outre mesure. A la lumière de la jurisprudence récente, leur validité constitutionnelle est discutable. Par exemple, il serait intéressant d'apprécier une question relative à la validité constitutionnelle de l'impôt de la Partie V²⁴. Cet impôt fédéral, levé sur l'organisme en cas d'annulation de son enregistrement, est déterminé par l'excédent de la valeur marchande de tous les biens de l'organisme sur les montants versés à des fins charitables. Il semble que cet impôt empiète sur la compétence provinciale en matière d'organisme de charité.

Les lois directives méritent davantage d'attention. Bien que leur constitutionnalité ne saurait être contestée, leur opportunité pourrait l'être. Certes, pour des raisons politiques, les gouvernements ne sont pas prêts d'abandonner les politiques fiscales incitatives. Cependant certains courants de pensée proposent des systèmes d'impôt entièrement neutres sur la base des taxes à la consommation. Les considérations entourant cette question pourraient être réexaminées à la lumière des théories de Nicholas Kaldor, prix Nobel de l'économie voulant que les systèmes d'imposition de revenu ou de capital soient contre-productifs.²⁵

En pratique, la compétitivité fiscale entre les États dans le contexte des économies globales contemporaines, a rendu nécessaire l'établissement de systèmes combinant les impôts directs et indirects. En particulier dans le cadre nord-américain, ceux-ci constituent en effet le meilleur compromis possible permettant à la fois de

²¹ contra: une opinion minoritaire des juges Laforest et L'Heureux-Dubé dans *A.G. of Canada c. A.G. for Alberta (Renvoi sur la législation de la TPS)*, (1992) 2 RCS 446.

²² *Loi constitutionnelle de 1867*, précité, note 287.

²³ François Chevrette, Herbert Marx, *Droit constitutionnel, Notes et jurisprudence*, Montréal, Centre de recherche en droit Public, 1982, 1719 pages, 279.

²⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985 5e Supp., articles 188 à 189.

²⁵ "Flat Taxers: Emerging again", (1993) *Canadian Taxpayer* XV 6, 45

sauvegarder les entreprises du secteur commercial et de lever des niveaux de revenus satisfaisants pour l'État.

Les lois fiscales incitatives permettent au gouvernement d'offrir des crédits d'impôts selon des conditions qui dépassent leurs objets premiers. Dans la mesure où la loi fiscale ne devient pas l'instrument d'une réglementation, cette pratique est conforme au droit constitutionnel. Ce phénomène, qui permet que soit utilisé le système fiscal à des fins autres que l'imposition de revenus pour les besoins de l'état, peut correspondre à l'exercice du pouvoir de dépenser. Le principe économique de neutralité fiscale n'est donc pas compatible avec le pouvoir de dépenser. En revanche, il cohabite naturellement avec la prohibition des lois fiscales déguisées (en raison du caractère obligatoire de celles-ci).

b) Principe d'extra-territorialité

A l'origine, les limites territoriales en matière fiscale n'ont fait l'objet d'aucune restriction constitutionnelle définie.

Le législateur fédéral a toute latitude pour établir des distinctions ayant une portée territoriale. L'article 255 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que, pour les fins de la loi, "Canada" comprend le fond et le sous-sol des mers dans les régions sous-marines adjacentes relativement auxquelles le gouvernement du Canada ou d'une province accorde un droit, une licence ou un privilège concernant le forage pour la découverte ou l'extraction de ressources naturelles. Applicable après le 26 février 1981, la disposition a été modifiée pour s'étendre à l'espace aérien au-dessus des régions sous marines mentionnées plus haut.²⁶ En agissant de la sorte, le gouvernement a étendu les limites de sa compétence fiscale à celles de sa zone économique exclusive, telle que reconnue d'après les principes du droit de la mer²⁷. Ceci n'empêche pas le Canada de lever l'impôt sur le revenu mondial de ses résidents de même que sur certains revenus de ses non-résidents. Dans les deux cas, les conventions fiscales en matière de double imposition et d'évasion fiscale permettent de régler les questions inhérentes aux compétences fiscales concurrentes.

En matière de droit fiscal provincial, le critère des limites de la province prévu au paragraphe 92(2) s'appliquait d'abord aux personnes, mais la jurisprudence l'a étendu aux biens. Bien que ce principe général établisse une règle uniforme, une importante distinction doit être faite selon le type d'impôt, la source du revenu et le type de bien.

Pour les fins des droits successoraux, un bien immobilier est sujet à l'impôt de la province où il est situé. Un droit personnel tel qu'une action, un titre de créances

²⁶ S.C. 1980-81, c. 48, article 111.

²⁷ *Convention sur le droit de la mer*, Doc. N.U. A/CONF. 62, articles 55 et suivantes, non en vigueur.

ou un bien mobilier souffre d'une exception importante que les tribunaux ont bien établie. D'après ces règles, ils sont assujettis à l'impôt du lieu de résidence du titulaire du droit ou du lieu où ils sont transigés.²⁸

L'impôt sur le revenu s'est développé à partir des règles de base établies dans le cas des droits successoraux. Le lieu du *situs* et le lieu de résidence sont déterminants relativement au traitement fiscal du gain en capital et des revenus d'emplois et d'entreprise. Toutefois, le principe devient difficile d'application dans le contexte des revenus de résidents canadiens en provenance de sources étrangères ou des revenus de non résidents en provenance de sources canadiennes. Aussi des règles sophistiquées ont été développées afin de prévenir la double imposition relativement aux non résidents qui ont les revenus de sources canadiennes.²⁹

En matière de taxe indirecte, ou de taxe de vente, le critère déterminant est le lieu de consommation. Selon le type de bien, le bien sera assujéti à la juridiction du lieu de livraison ou du lieu où il est réputé consommé. Ainsi le résident du Québec, qui achète un véhicule en Ontario ne peut être soumis à la taxe de vente de cette dernière province s'il transporte immédiatement le véhicule dans la province de Québec; la même personne qui consomme un repas dans un restaurant situé en Ontario est assujéti à la taxe dans cette province.³⁰

L'extra-territorialité des compétences fiscales provinciales devait ultérieurement faire l'objet d'une reconnaissance formelle dans une règle jurisprudentielle, dans l'arrêt *International Harvester c. Provincial Tax commission*.³¹ En revanche, un autre courant de jurisprudence a été interprété à l'effet que la compétence extra-territoriale d'une province en matière fiscale est limitée aux revenus de sources étrangères des personnes lorsqu'elles sont résidentes de cette province.³² Aussi, les exceptions précédentes sont toujours applicables et certains aspects de ce domaine restent encore obscurs.

²⁸ *The King v. National Trust Company*, 1933 SCR 670, 688 et *Rex v. Williams*, [1942] AC 541, 561; voir aussi *Wodruff v. Atty. Gen. Ontario*, 1908 AC 508; *Rex v. Lovitt* (1912) AC 212; *Toronto General Trusts Corp. v. The King*, [1919] AC 609; *Royal Trust Co. v. Atty Gen. Alberta*, [1930] AC 144. *Contra Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario and Aberdeen*, [1947] A.C. 24, 33. (H.L. Lord Uthwatt) (à noter qu'à l'inverse des autres causes, le testateur résidait au Canada et la compagnie émettrice avait été incorporée au États-Unis).

²⁹ Au niveau fédéral voir *Décret de 1988 sur la remise d'impôt sur le revenu gagné au Québec*. C.P. 1989-1204. DU 22 juin 1989. Le décret est reconduit d'année en année; Au niveau provincial, voir *Règlement refondu du Québec*, 772R1-R3, O.C. 143-91; O.C. 615-88 O.C. 544-86.

³⁰ *Loi concernant l'impôt sur la vente au détail*, LRQ, c. I-1, art. 6 et 7.

³¹ *International Harvester c. Provincial Tax commission* (1949) A.C. 3.

³² *Kerr v. Superintendent of Income Tax and Atty.Gen (Alberta)*, [1942] SCR 435, 439 (Juge T. Rinfret); *A.G.B.C. v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466.

c) Objectifs visés dans le partage des compétences

Plusieurs ont déjà dénoncé le fait que les mesures socio-économiques alourdissent l'administration du système fiscal, et qu'elles représentent une dépense fiscale importante. Toutefois, l'usage en est encore largement répandu.

Cela s'explique par le double avantage que représente le procédé pour le gouvernement et les contribuables. Premièrement, il permet de protéger l'identité des bénéficiaires par le principe de confidentialité du système fiscal et deuxièmement, il facilite l'obtention de subventions par les moyens de contrôles limités. Cependant pour les mêmes raisons, l'utilisation excessive du procédé comporte des inconvénients importants concernant les abus au point qu'il pourrait menacer la base même du système fiscal. Aussi, on commence à remettre en question l'emploi du système fiscal pour la mise en oeuvre de telles mesures socio-économiques.

Cet aspect peut aussi concerner le partage des compétences parce qu'il est possible de délimiter avec certitude à quelle finalité un crédit d'impôt sera affecté. Certaines de ces finalités pourraient dépasser le cadre du partage des compétences. Toutefois, ce n'est pas notre propos d'en analyser les exemples car ce domaine a évolué en fonction d'accords bilatéraux. Nous nous référons à la section concernant les formes d'exercice du pouvoir de dépenser pour le traitement de cet aspect.

d) Autres aspects des compétences fiscales

Nous nous intéressons ici aux considérations concernant les ressources naturelles, l'espace économique canadien et l'immunité fiscale.

En matière de ressources naturelles, deux types de revenus peuvent être levés par l'État: premièrement, les impôts, droits et autres frais qu'il tire à titre d'autorité législative; deuxièmement le cas échéant, les royautés, bonis et rentes qu'il tire à titre de propriétaire par le biais de liens contractuels de droit privé.

Selon le paragraphe 92A(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures des provinces disposent de la compétence en matière de taxation directe et indirecte sur les ressources naturelles non-renouvelables et la production d'énergie hydroélectrique. Cependant, l'alinéa 2 garantit la circulation inter-provinciale des ressources de sorte qu'en exerçant leur compétence fiscale, les provinces ne peuvent exercer une distinction entre la production exportée hors du Canada et la production exportée hors de la province. Une modification constitutionnelle précise que ces dispositions ne portent point atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par une province lors de leur entrée en vigueur.³³ Par ailleurs, cet espace fiscal libre ne peut davantage être occupé par le gouvernement fédéral.

³³ c.f. paragraphe 92(6), ajouté aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, c. 11 (R-U), à l'article 50.

Dans cette même veine, les articles 121 à 124 garantissent le marché commun au Canada, en établissant respectivement la libre circulation des produits entre les provinces ainsi que le pouvoir exclusif du Parlement d'imposer des droits de douanes.

L'article 125 consacre une prérogative royale à l'effet que les biens immeubles appartenant à la Couronne fédérale ou provinciale ne sont pas imposables. Cependant, cette exception n'a pas application dans le cas des achats de marchandises par des gouvernements provinciaux ou des services rendus par des corporations de la Couronne.³⁴

Dans *Renvoi portant sur le gaz naturel exporté de l'Alberta*,³⁵ la Cour Suprême a étendu le principe de l'immunité fiscale intergouvernementale de façon libérale. En effet, l'immunité s'applique à toute forme de mesure fiscale, qu'elle soit relative aux biens ou aux revenus, qu'elle soit à caractère purement gouvernementale ou colorée d'un intérêt commercial. En outre, même le paragraphe 91(3) est assujéti à l'article 125, de sorte que, la compétence du Parlement central ne lui permet pas d'imposer une taxe à une province à titre de propriétaire et distributeur de gaz naturel.

Si la constitution prévoit l'immunité fiscale intergouvernementale, on peut se demander comment l'exploitant de ressources naturelles est protégé, à l'encontre de la double-imposition des divers paliers de gouvernement. Les gouvernements ont complété les lacunes en ce domaine selon leur bon vouloir, ou par la mise en oeuvre d'ententes intergouvernementales. Par exemple, en matière d'opérations forestières, une entente intergouvernementale permet au contribuable de récupérer directement une partie des droits payés aux provinces à titre de crédit d'impôt.³⁶ En matière de droits miniers, le gouvernement fédéral accorde un traitement fiscal moins avantageux, sous forme de déduction du revenu imposable³⁷, compte tenu d'autres avantages reliés au financement de l'exploration et de l'extraction des ressources.³⁸

Malgré ces protections constitutionnelles, le gouvernement fédéral devait quand même trouver le moyen d'assurer une redistribution de la richesse énergétique de l'Alberta, par le Programme énergétique national. Nous verrons quelle mince consolation représentera pour l'Alberta le retrait de cette source de revenu dans la formule de péréquation.

³⁴ BEAUDOIN, *op.cit.*, note , 332, A.G. B.C. v. A.G. of Canada, 1924 AC 222 , *Minister of Justice of Canada v. City of Levis*, 1919 AC 505.

³⁵ *Renvoi portant sur le gaz naturel exporté de l'Alberta* , (1982) 42 N.R. 31.

³⁶ Selon les modalités de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, paragraphe 127(1), l'exploitant récupère ainsi 2/3 des droits payés à une province.

³⁷ c.f. sous paragraphe 20(1)v) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée.

³⁸ c.f. paragraphe 66(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée.

B) APPLICATIONS

1) Les Taxes à la consommation

a) Taxes directes et principe de non-retransmissibilité

Nous avons vu que les provinces détiennent une compétence non-exclusive en matière d'imposition directe destinée à des fins provinciales dans les limites de leur territoire³⁹. Avant de déterminer si des impôts sont perçus pour des fins provinciales, il y a lieu d'en qualifier la nature quant à savoir si le cadre constitutionnel est bien respecté relativement aux limites d'un système de taxation directe.

Pour ce faire il faudra d'abord circonscrire la portée des compétences fédérales et provinciales. Au niveau de la compétence fédérale, certains ont tenté une interprétation *a contrario* du paragraphe 92(2), qui aurait permis au Parlement fédéral d'imposer une taxe indirecte pour des fins provinciales. Cependant, dès l'arrêt *Caron*,⁴⁰ le conseil privé par la plume de Lord Phillimore déclarait que les paragraphes 91(3) et 92(2) devaient être lus ensembles. Ceci fermait la porte à une interprétation libérale du paragraphe 91(3). En conséquence, il fallait retrancher les pouvoirs provinciaux des pouvoirs fédéraux pour les fins des impôts visant des objets spécifiques.⁴¹ Cette approche écartait la notion d'un pouvoir d'imposition absolu, voire illimité.

Certes, le champ et les modalités de taxation fédérales sont plus vastes, mais s'il existe en vertu de *Silver Brothers*,⁴² une suprématie fédérale en cas d'ultime conflit, les arrêts *Parsons*⁴³ et *Lambe*,⁴⁴ établissent que les taxes provinciales ne peuvent disparaître dans le champ fédéral.⁴⁵

Parallèlement, l'interprétation des tribunaux donnée aux modalités d'exercice des pouvoirs de taxation provinciaux a été élargie. Le début de cette trajectoire jurisprudentielle est tracé dans les arrêts *Reed*⁴⁶ et *Lambe*,⁴⁷ qui ont établi que le

³⁹ *Loi Constitutionnelle de 1867*, paragraphe 92(2).

⁴⁰ *Caron v. The King*, 1924 A.C. 999

⁴¹ *Id.*, 327, *Caron v. The King*, 1924 A.C. 999

⁴² *Silver Brothers*, (1932) AC 514, 521.

⁴³ *The citizens insurance company c. Parsons*, (1881-82) 7 AC 96

⁴⁴ *Bank of Toronto Dominion c. Lambe*, (1887) 12 AC 575.

⁴⁵ *Silver Brothers* 1932 A.C. 514, 521. *The citizens insurance company v. Parsons*, (1881-82) 7 A.C. 9
Bank of Toronto v. Lambe, 5 (1887) 12 AC 575)

⁴⁶ *Le procureur général du Québec c. Reed*, (1884) 10 App.Cas. 141.

critère fondamental d'une taxe directe est celui de l'identité du contribuable payant et assujéti.

Ainsi la taxe directe constitue une taxe exigée de la personne même à qui l'on veut la faire supporter. En cela les juges ont importé en droit la théorie économique du célèbre auteur des *Principes d'économie politique*, John Stuart Mill. Ce dernier avait siégé au Parlement Britannique au moment de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁸. Son analyse devait donc refléter tout particulièrement bien la pensée du législateur.

Voici comment, à la lumière de ces principes, les tribunaux disposèrent de la question de savoir comment distinguer les deux formes de taxes:

«Personne ne croit que l'importateur de qui on perçoit une taxe doit en supporter le fardeau, ou que telle soit l'intention du législateur. Mais l'impôt dont il est question ici est exigé directement de la Banque, apparemment dans le but d'obtenir de ceux qui font des profits sur leurs affaires dans la province, un revenu pour des objets provinciaux. Ce n'est pas un impôt sur une denrée dont la banque ferait commerce et qu'elle pourrait vendre à un prix plus élevé à ses clients.» (ma traduction)⁴⁹

Lord Hobhouse qui rendit jugement dans l'affaire *Lambe*, justifiait sa position en exposant que la banque ne pourrait récupérer ces sommes qu'au prix de transactions complexes et dont le montant ne pourrait être en relation directe avec l'impôt payé. Ces manoeuvres résulteraient probablement en une situation de nature à frustrer l'intention et le but du législateur québécois.⁵⁰

Dans *P.G. Québec c. Reed*,⁵¹ la cour niait le droit d'une province de lever des droits de timbres judiciaires, pour le motif que se répercutant du gagnant au perdant, celle-ci deviendrait une taxe indirecte.⁵²

Cet arrêt s'inscrivait dans un courant de jurisprudence abondante. Ainsi dans la mesure où la loi provinciale déclarait l'exécuteur testamentaire personnellement responsable du paiement des droits successoraux, on jugea que ces impôts se

⁴⁷ (1887) 12 App.Cas. 575.

⁴⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3

⁴⁹ précité, note 47.

⁵⁰ *Banque de Toronto Dominion c. Lambe*, (1887) 12 App.Cas.

⁵¹ *P.G. Québec c. Reed*, (1884) 10 App.Cas. 141.

⁵² *Le Procureur Général du Québec c. Reed*, (1884) 10 App.Cas. 141.

répercutaient sur les héritiers et dès lors, constituaient des impôts directs.⁵³

Malheureusement pour les contribuables, les provinces devaient ultérieurement remporter des victoires décisives dans le champ des taxes à la consommation.

Dans un arrêt *R. c. Caledonian Collieries Limited*, (1928) AC 358, Lord Warrington adopte un point de vue totalement différent sur la question de droit relative à un impôt fondé sur le revenu brut; le juge a alors retenu que l'impôt basé sur la somme globale des recettes ne peut être distingué de l'impôt sur chaque somme perçue pour une vente. Ainsi, il est établi que la répercussion des impôts sur le consommateur s'exécute facilement en s'ajoutant au prix par anticipation. La fiction légale à l'effet que l'impôt n'est pas dû lors de la vente ne fut d'aucun secours aux contribuables intimés.⁵⁴

L'affaire *Atlantic Smoke Shops Limited c. Conlon*⁵⁵ fut l'occasion pour le conseil privé de raffermir la distinction fondamentale issue de la théorie économique, tout en précisant les nuances nécessaires à la validité des taxes à la consommation levées par les provinces. L'application du principe au domaine du tabac est aussi l'occasion de confronter les notions de taxes directe et indirecte au domaine des taxes d'accises et des droits de douane.

Plus spécifiquement la cour devait se prononcer sur la constitutionnalité des taxes payées au moment de la vente par le consommateur et par son mandataire. Le conseil privé disposa facilement de cette question en concluant à la constitutionnalité de la taxe sur la base que la présence d'un mandataire n'en affecte aucunement sa nature, et qu'elle n'est tout au plus qu'un simple dispositif de paiement.⁵⁶ Par analogie, les déductions à la source aux fins de l'impôt sur le revenu n'en changent aucunement le caractère pour autant. Au demeurant, ce dernier reste celui d'un impôt direct.⁵⁷

«La présence d'un mandataire n'empêche pas une taxe d'être un impôt direct selon la distinction de Mill. Il existe une distinction évidente entre un impôt indirect, comme un droit ordinaire de douane ou d'accise qui est incorporé au prix de l'article à chaque stade du commerce de la fabrication, et un impôt frappant le consommateur final, en tant que «personne désignée pour payer la taxe». Ceci est un simple dispositif de paiement et rappelle le fait que, d'après

⁵³ *Cotton c. R.* (1914) AC 17; *Burland c. R.* (1922) 1 AC 215; *Provincial Treasurer of Alberta c. Kerr*, [1933] AC 710; *Allen c. Barth* [1922] 1 AC 215.

⁵⁴ *R. c. Caledonian Collieries Limited*, [1928] A.C. 358.

⁵⁵ *Atlantic Smoke Shops Limited c. Conlon*, (1943) AC 550

⁵⁶ *R. c. Caledonian Collieries Limited*, [1928] A.C. 358.

⁵⁷ *Forbes c. P.G. Manitoba*, [1937] A.C. 20. Voir aussi: *Workmen's Compensation Board c. Bathurst Lumber Co.* [1923] 4 D.L.R. 84 (C.A. N.B.); *Royal Bank of Canada c. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1932] R.C.8. 50.

la Loi Britannique de l'impôt sur le revenu, dans certains cas M.X. est cotisé pour un impôt qui est en réalité supporté par M.Y. - sans que l'impôt sur le revenu soit considéré pour autant un impôt indirect.» (ma traduction).⁵⁸

Ces nuances exposent simplement la théorie du mandataire. Quant aux autres questions, le Vicomte Simon qui rendit jugement pour la cour rappela ces grandes distinctions du droit fiscal anglais:

- Les impôts directs frappent les revenus ou les dépenses. Quant aux impôts sur les dépenses, ils sont pour la plupart indirects à l'exception de ceux que l'on exige «directement» du consommateur.
- Si l'on considère la taxe d'accise, c'est de toute évidence un impôt indirect. Son nom lui vient simplement du fait qu'elle était recueillie par la «commission d'accise». Elle est définie comme étant un droit imposé sur des articles de fabrication domestique.

En conséquence, les formes usuelles de taxe de vente sont de nature indirecte puisque les autorités gouvernementales les perçoivent d'un mandataire, l'entreprise, et que leur répercussion sur le prix à la consommation en est possible dans le «cours normal des choses». Un critère négatif, qui a néanmoins son importance, est à l'effet que la personne qui paie la taxe au trésor n'est pas nécessairement celle qui en porte le fardeau en raison du fait que l'achat pour la revente n'est pas taxé. Plus spécifiquement la distinction entre taxation directe et indirecte résiderait au niveau de l'identité de la personne de qui on veut l'imposer.

Dans *Renvoi relatif à la TVQ*⁵⁹, la cour suprême confirme cette tendance jurisprudentielle. La cour devait décider de la validité constitutionnelle d'une taxe de vente provinciale imposée à l'acquéreur d'un bien ou service qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer la fourniture ou afin qu'il soit composant d'un autre bien ou service dont il effectuera la fourniture. Rendant la décision pour la cour, le Juge Gonthier déclare que la législature du Québec pouvait adopter une taxe similaire à la TPS et qu'il ne s'agit pas d'une taxe indirecte du seul fait qu'elle est récupérée au moyen d'une série de prélèvements.

Certains ont invoqué que la distinction est mince entre l'identité de la personne et le mandataire. Un certain courant de doctrine est même à l'effet que des fictions légales discutables permettent aux provinces d'assujettir une assiette fiscale plus élaborée par exemple au niveau de la taxe sur les tabacs. Cette conception est diamétralement opposée à la théorie formaliste, par laquelle on ne reconnaît pas la théorie du mandataire ni de l'agent. C'est sur celle-ci que s'appuyaient les opposants

⁵⁸ CHEVRETTE, François, MARX Herbert, *Droit Constitutionnel*, Op.Cit., note 14, 1005.

⁵⁹ *Renvoi relatif à la TVQ*, [1994] 2 R.C.S. 715 (Juge Gonthier). confirme *Allard contractors LTD. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Brewers and Malsters Associations c. AG for Ontario*, [1897] AC 231; *Canadian Pacific Railways Co. c. A"G" of Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Cairns Construction c. A"G" of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *AG of B.C" c. Kingdome Navigation Co.* [1934] AC 45.

des provinces dans un registre de jurisprudence concernant la confrontation fiscale des ordres de gouvernements.

Par l'évolution de la jurisprudence, l'importance de la distinction des principes économiques avait diminué en raison de principes juridiques. En diminuant l'importance de la distinction économique, les tribunaux ont permis que les taxes à la consommation deviennent la forme de taxation directe la mieux connue. En conséquence, ce champ d'imposition est devenu traditionnellement celui des provinces. Cependant, les principes économiques permettaient encore à certaines provinces de justifier que leur taxe soit calculée sur le prix de vente incluant la taxe fédérale. Ils permettront aussi au gouvernement central, qui dispose d'un pouvoir complet d'imposition, de reprendre soudainement l'espace qu'il avait libéré aux provinces. Nous verrons dans la sous-section qui suit comment cela s'est opéré.

b) La portée étendue des Taxes directes

Arrêt sur la constitutionnalité de la TPS

S'il est une politique gouvernementale qui a soulevé la controverse, c'est bien le dépôt du *projet de loi, C-62 portant sur la Taxe sur les produits et services*⁶⁰ en janvier 1990. Naturellement, il était prévisible que cette mesure soulève l'opposition des provinces considérant l'impopularité d'une nouvelle taxe au moment où le pays entrait dans une profonde récession.

Les taxes à la consommation en tant que mode de taxation directe représentaient alors un domaine relativement nouveau pour l'administration fédérale. L'occupation de ce domaine d'imposition constituait effectivement un précédent. Pourtant, il était impossible pour les provinces d'attaquer la TPS sur le front constitutionnel considérant la compétence étendue du gouvernement fédéral en matière d'imposition⁶¹. C'est donc par le biais de son mode de perception que la TPS fut attaquée sur le plan juridique.

Dans le *Renvoi sur la validité constitutionnelle de la T.P.S.*⁶², la Cour suprême devait se prononcer sur la légalité de la loi modifiant la *Loi sur la taxe d'accise*⁶³ et concernant la Taxe sur les produits et services. Cette loi visait à lever une taxe à la consommation dont les montants seraient payables à toutes les étapes de la production. Le pourvoi, soumis par l'Alberta visait à faire déclarer invalide et *ultra*

⁶⁰ Loi d'origine S.C. 1990 C, 45; maintenant Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, 1985 L.R.C. c. E-15.

⁶¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphe 91(3).

⁶² *Renvoi sur la validité constitutionnelle de la T.P.S.*, [1992] 2 R.C.S. 446 ; Supreme Court of Canada Report Service, Digest (1992) 1812, pp. 11525

⁶³ *Loi sur la taxe d'accise*, (1985) L.R.C. c. E-15. (droit substantif à la Partie IX et mesures transitoires à la partie VIII)

vires des compétences fédérales la *Loi sur la TPS* pour six motifs;

- premièrement au motif que la *Loi sur la TPS* constituait une infraction au partage des pouvoirs selon les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;
- deuxièmement au motif que cette loi constituait une atteinte aux compétences provinciales en matière de propriété et droit civil;
- troisièmement au motif que cette loi dérogeait à l'article 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux principes de common law, relativement à l'indemnité des tiers-fournisseurs responsables de la perception et de la remise de la taxe;
- quatrièmement, au motif de l'article 125 relativement à l'immunité fiscale des provinces;
- cinquièmement, au motif que la loi sur la TPS constituait une atteinte au pouvoir d'affectation des provinces à leur Fonds du revenu consolidé prévu à l'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; et
- sixièmement, l'Alberta demandait alternativement, que la province et les agents de la couronne aux droits de la province soient exemptés de l'application de la TPS sur l'acquisition de fournitures taxables qu'elles utilisent dans le cours de leurs opérations.

Les juges Lamer, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci portèrent un jugement détaillé sur tous les arguments sauf le cinquième et sixième qu'ils jugèrent non-pertinents.

Les premier et deuxième motifs furent rapidement expédiés par la cour. L'objectif de la législation était la perception de revenu par le moyen de l'exercice d'une compétence fédérale et c'est effectivement ce la loi permettait. Le fait qu'accessoirement la loi occupe certains aspects du domaine de la propriété et du droit civil n'est pas une cause d'invalidité constitutionnelle. Étant parfaitement intégrées à l'ensemble de la législation, ces dispositions sont valides si l'on se réfère à la théorie de l'implication nécessaire⁶⁴.

Le troisième motif soulevait la question du droit au remboursement des percepteurs de la taxe. En vertu de la loi, les fournisseurs de fournitures taxables devenaient des agents de la couronne responsables de la perception de la TPS. Afin de justifier l'existence ce droit qu'on prétendait enfreint par la loi, l'Alberta invoquait une source d'autorité en matière constitutionnelle et des principes de *common law*.

Si l'on considère la source constitutionnelle, l'Alberta soutenait que l'article 103

⁶⁴ Renvoi sur la validité de la loi sur la TPS, précité, note 62, 11525.

concernant les frais de perception des recettes fiscales constituait un droit au tiers. Voici comment s'énonce l'article 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

«Le Fonds du revenu consolidé du Canada sera, en permanence grevé de frais, charges et dépenses entraînés pour percevoir, l'administrer et le recouvrer, lesquels constitueront la première charge sur ce fonds et pourront être soumis à l'examen et à la vérification qu'ordonnera le gouverneur général en conseil jusqu'à ce que le Parlement y pourvoie autrement».

La cour rejeta aussi l'argument fondé sur cet article dont elle précise que l'intention était de permettre le financement de la machine administrative chargé de la perception des recettes fiscales et non des tiers. Bien que l'article puisse donner le droit de verser des compensations monétaires aux tiers-fournisseurs, il ne constitue pas une obligation à le faire, sa seule utilité étant de soustraire à l'obligation de sanction des lois d'affectation de crédit le financement des unités de l'administration responsables de la perception des prélèvements obligatoires⁶⁵. La cour ajoute que parallèlement à la TPS, la *Loi de l'impôt sur le Revenu*⁶⁶ impose aussi aux employeurs un devoir de déduire et remettre des impôts sur des sommes qu'ils doivent. Pourtant rappelle la Cour, il n'a jamais été question qu'une telle responsabilité des employeurs soit source d'un droit à un remboursement en vertu de l'article 103.

Dans un ultime effort pour récupérer une portion des sommes perçues dans la mesure où ses prétentions étaient rejetées, l'Alberta invoquait un principe réaffirmé dans *Manitoba Fisheries Ltd.*⁶⁷ à l'encontre d'expropriation sans indemnisation. Ce principe prévoyait qu'en cas d'expropriation en vertu d'une loi, il y a avait une présomption qu'une indemnité serait versée à moins d'une exclusion expresse prévue à la loi. La cour rejeta cet argument expliquant que l'expropriation sans indemnisation de la propriété du vendeur ne pouvait trouver application dans le régime de perception de la TPS. La raison est que la taxe est imposée à l'acheteur et non au vendeur. La Cour ajoute que la taxe ne pourrait devenir une expropriation même si le fournisseur devait l'absorber lui-même pour maintenir le volume de son chiffre d'affaires.

L'affirmation de la cour suprême à l'effet que la taxe est imposée à l'acheteur est discutable⁶⁸ car le vendeur est débiteur fiscal au sens des dispositions concernant la perception⁶⁹, il peut aussi être tenu responsable du paiement de la TPS. La cour aurait peut-être dû se limiter à énoncer le raisonnement à l'effet que la perception de l'impôt n'est pas une forme d'expropriation. En effet s'il fallait qu'un tel raisonnement

⁶⁵ Renvoi sur la validité de la loi sur la TPS, précité, note 62, 11526.

⁶⁶ *Loi de l'impôt sur le Revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 62, article 153 & paragraphe 227(4).

⁶⁷ *Manitoba Fisheries Ltd. c. R.*, [1979] 1 S.C.R. 101.

⁶⁸ Renvoi sur la validité de la loi sur la TPS, précité, note 62, 11527.

⁶⁹ Article 313 et suivants, *Loi modifiant la Taxe d'accise*, S.C. 1990, c. 45.

s'applique, toute forme de politique gouvernementale ayant pour effet la réduction des revenus d'un fournisseur pourrait être qualifiée d'expropriation.

Alternativement, l'Alberta invoquait les principes de *common law* à l'origine du droit des tiers-fournisseurs au remboursement de leurs frais de perception. L'argument des demandeurs était formulé autour de la relation «agent-principal»⁷⁰ liant le gouvernement fédéral et le fournisseur. Or, la cour refusa cette interprétation parce que la relation de «agent-principal» ne pouvait donner lieu à un droit à la rémunération sans contrat et que l'obligation de percevoir et remettre la TPS était imposée unilatéralement par les articles 221⁷¹ et 222⁷² de la loi.

Les quatrième, cinquième et sixième arguments portaient sur l'immunité fiscale des provinces et sur leurs pouvoirs exclusifs en matière d'affectation des crédits tirés sur leur Fonds de revenu consolidé. L'Alberta prétendait qu'en visant l'imposition de la TPS au niveau des transactions portant sur des fournitures taxables, le Parlement taxait indirectement les fruits des biens appartenant aux provinces, et que cet exercice était par conséquent *ultra vires*.

En réponse aux arguments fondés sur l'immunité fiscale des provinces, la cour considéra qu'ils ne présentaient pas de pertinence puisque l'objet de l'impôt ne portait pas sur les provinces ni sur les exportations de leurs produits mais plutôt sur la vente de fournitures taxables sur le marché domestique. Tel que discuté ci-haut, nous pourrions invoquer à l'encontre de ce raisonnement une théorie formaliste, à savoir que le fournisseur étant solidairement responsable du paiement de la TPS, les provinces pouvaient elles-mêmes être tenues responsables du paiement de la TPS.

Le quatrième argument concernait les sommes tirées sur le Fonds de revenu des provinces. L'Alberta invoquait l'*Affaire des troupes du Cap Breton*⁷³ dans lequel la cour avait décidé d'invalidier une mesure fédérale visant à imposer à la province, le fardeau financier des opérations fédérales sur le territoire de cette province.

Les Juges Laforest et l'Heureux-Dubé portèrent un jugement concurrent sur les résultats du jugement de la majorité avec les nuances de leurs propres motifs. Au sujet de l'exonération fiscale des provinces prévue à l'article 125, ces Juges firent ce commentaire intéressant. Parce que le pouvoir de taxer implique le pouvoir de détruire, l'indépendance fiscale des provinces doit être maintenue par le biais de la protection de leur source de revenus autonomes. En revanche, une interdiction complète en matière de prélèvements fédéraux pour fins de redistribution aux provinces représenterait un obstacle au développement d'initiatives fiscales légitimes. En outre, une telle prohibition complète retirerait au Parlement le pouvoir de combler les

⁷⁰ L'équivalent en Common law de la relation du mandant et mandataire.

⁷¹ Obligation d'agent.

⁷² Obligation de trustee (fiduciaire).

⁷³ *Affaire des troupes du Cap Breton*, [1930] RCS 554.

déséquilibres économiques entre les provinces dans le cadre d'activités situées à l'intérieur ou à l'extérieur de leur frontière et taxées en tant que tel.

L'affirmation des juges Laforest et L'Heureux-Dubé, relativement au bien fondé du déséquilibre fiscal, est lourde de conséquence. D'une part, elle confirme le pouvoir de dépenser. D'autre part, l'affirmation reconnaît à ce pouvoir un caractère prépondérant sur une disposition explicitement reconnue à la constitution.

La portée de cet arrêt est significative. Les conditions d'exercice du pouvoir de dépenser, lorsqu'elles se développent, diminuent d'autant les moyens dont les provinces disposent pour y résister.

Nous verrons dans la sous-section suivante le système d'imposition complémentaire aux taxes à la consommation, l'impôt sur le revenu qui constitue encore la portion la plus importante des revenus fiscaux du gouvernement.

2) Impôts sur le revenu

a) Les bases d'imposition

Le Canada est reconnu pour avoir un système d'imposition relativement élaboré considérant sa démographie. Certes les États-Unis disposent de règles fiscales plus sophistiquées sur certains aspects. En contrepartie, le Canada devance parfois l'évolution des grandes orientations au niveau continental, à savoir l'instauration du gain en capital, la TPS et l'accès aux programmes sociaux. Inversement, la réforme de l'*Internal Revenue Code de 1986* a précipité des changements correspondant au Canada. En fait les deux pays disposant de la plus longue frontière non défendue au monde doivent nécessairement prendre en compte des orientations fiscales de leur voisin respectif.

Au Canada, l'impôt fédéral sur le revenu fut institué en 1917 en vertu de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*⁷⁴. Suite à plusieurs modifications, cette loi fut remplacée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en vigueur pour les années 1949 et suivantes⁷⁵. En 1952, la loi était intégrée à la révision générale des statuts⁷⁶. En 1965, était déposé le *Rapport Carter*⁷⁷ qui faisait l'analyse en profondeur du régime fiscal canadien et proposait des modifications substantielles aux politiques fiscales ainsi qu'aux arrangements fiscaux du gouvernement fédéral et des provinces. Par la suite, la loi faisait l'objet de nombreux remaniements dont la réforme de 1971 qui introduisait

⁷⁴ *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, 1917, c. 28.

⁷⁵ S.C. 1949, c. 25.

⁷⁶ R.S.C. 1952, c. 148.

⁷⁷ *Rapport de la commission Royale sur la fiscalité (Rapport Carter)*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1966.

certaines des recommandations du *Rapport Carter*. Depuis, la *Loi de l'impôt sur le Revenu*⁷⁸ fait l'objet de nombreuses modifications annuelles dont la substance est annoncée dans le cadre du discours du budget. On peut présenter les grandes lignes de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu, en exposant les règles sur les personnes assujetties, et les principes des bases de leur assujettissement et de leur revenu imposable.

Les personnes assujetties à l'impôt sur le revenu sont visées par une définition étendue selon la loi. En vertu de l'article 248, «personne» signifie les corps constitués ou politiques, à savoir les corporations, les particuliers, leur succession ou leurs représentants légaux. À noter qu'une fiducie est réputée être un particulier en vertu du paragraphe 104(2) de la loi.

Les corporations sont l'objet d'une imposition sur la base de l'entité corporative reconnue en droit corporatif. Pourtant, la loi fiscale soulève le voile corporatif dans le cas des groupes corporatifs en de multiples occasions. Par exemple, l'article 125 prévoit que la déduction pour petites entreprises est accordée à un groupe corporatif sur la base de la solidarité, afin de prévenir le partage des bénéfices de ses sociétés affiliées ne permette de bénéficier indûment d'une déduction multiple. L'article 227.1 établit une présomption de responsabilité des administrateurs lorsque des montants retenus à la source à titre de mandataire du ministre du revenu ne sont pas remis au mandant, le ministre du Revenu national.

Les particuliers sont également l'objet d'une imposition générale sur la base de leur entité propre. À cela l'exception vise les particuliers qui tentent de bénéficier indûment de l'échelle progressive des structures de taux en utilisant des techniques telles que la cession ou le transfert de biens à des proches afin de diminuer le niveau global d'imposition de la famille. Dans ce cas, l'article 74.1 prévoit l'application d'une présomption à l'effet que le revenu est gagné aux mains de l'auteur du don.

Selon la *Loi de l'impôt sur le Revenu*, l'assujettissement à l'impôt est aussi déterminé sur la base de la résidence. Un résident canadien est imposé sur son revenu mondial⁷⁹. Un non-résident est assujetti à l'impôt canadien sur la fraction de son revenu raisonnablement attribuable à ses activités situées au Canada, à savoir son emploi, son entreprise ou ses gains réalisés sur la vente de ses biens canadiens imposables⁸⁰. Entre ces deux extrêmes se situe le résident à temps partiel qui est imposé au Canada sur son revenu mondial pour la période de l'année fiscale pour laquelle il est résident⁸¹.

La résidence est déterminée selon trois sources, la *common law*, les règles

⁷⁸ *Impôt sur le Revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

⁷⁹ *LIC*, paragraphe 2(1).

⁸⁰ *LIC*, paragraphe 2(3).

⁸¹ *LIC*, article 114.

législatives ainsi que les traités internationaux. La résidence est une question de fait⁸² et d'intention⁸³. Plusieurs critères peuvent établir ces éléments; le lien ou *nexus* avec le pays de résidence est déterminé par diverses circonstances dont la nationalité, la présence physique, la propriété d'actifs, le domicile de la famille, la présence d'intérêts d'affaires, sociaux ou le lieu de liens familiaux ainsi que le mode de vie⁸⁴. Des règles législatives établissent une présomption de résidence lorsque le mode de vie des personnes est de la nature de séjours sans caractère de permanence⁸⁵. En ce cas la loi prévoit qu'un particulier qui séjourne au pays pendant 183 jours est réputé résident⁸⁶.

Une fois l'assujettissement établi, on doit déterminer le revenu. Celui-ci peut être défini selon le concept économique, comptable ou juridique. Selon la conception économique, le revenu est constitué par un flux de bénéfices pendant une période de temps déterminée⁸⁷.

La conception juridique de revenu se distingue de deux façons:

- premièrement, en principe elle se réfère à la portion du revenu «réalisée» ou «matérialisée» par opposition à la fraction «accrue»⁸⁸;
- deuxièmement, elle distingue les sources de revenus en tant qu'éléments distincts par opposition à la conception économique qui se rapporte à la somme globale. Or cette distinction est essentielle dans le système fiscal canadien.

La distinction des sources de revenus est un emprunt au droit fiscal d'Angleterre. Dans la *Adington Act*⁸⁹ celle-ci visait à protéger la confidentialité des

⁸² *IRC c. Lysaght*, (1928) AC 234, 247-8 (Lord Buckmaster)

⁸³ *Davis*, 80 DTC 6056

⁸⁴ MINISTÈRE DU REVENU NATIONAL, *Bulletin d'interprétation*, IT-221R2.

⁸⁵ *Thomson v. MNR*, 2 DTC 812, 813.; [1946] 51, 70 (j. Estey, CSC)

⁸⁶ *LIC*, Alinéa 250(1)(a).

⁸⁷ FISHER Irving, *Elementary principles of Economics*, (1991), p. 34; "La satisfaction tirée de services et de l'usage de biens" c.f. ELY, *Outlines of Economics*, WISCONSIN, (1908); p. 98; "la somme de la valeur marchande des droits de consommation exercés et la variation entre la valeur des actifs déterminée entre le début et la fin d'une période de temps déterminée" "the concept of income - Economic and Legal Aspects" dans HAIG, R.M. (ed) *The Federal Income Tax (New York)*, 1921; MARSHALL Alfred, *Economics of Industry*, (1901), p. 5; "le montant maximum qu'un individu peut dépenser durant une période tout en ayant l'expectative d'être aussi riche qu'au début de la période" HICKS John, OXFORD.

⁸⁸ Une exception importante s'applique aux titres de créances prescrits selon l'article 7000 des *Règlements de l'impôt sur le Revenu*, CRC 1978, c. 945 tels que modifiés. Les intérêts sur ces titres doivent être déclarés sur la base de l'accumulation de l'intérêt couru selon les alinéas 12(3), (4), (9) de la *Loi de l'impôt*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

⁸⁹ 1803 (43 Geo III) c. 122.

renseignements des contribuables⁹⁰. Aujourd'hui, la distinction des sources est le véhicule de politiques restrictives. Par exemple, on distingue le revenu d'entreprise et le revenu de biens afin de déterminer l'ampleur des déductions⁹¹, l'application des règles d'attribution⁹², ainsi que l'éligibilité d'une corporation privée à la déduction pour petites entreprises⁹³.

Le revenu net est le total des revenus de chaque source: emploi⁹⁴, entreprise⁹⁵, biens ainsi que le gain en capital⁹⁶ et les autres sources⁹⁷. Des modifications fondamentales qui ont affecté le calcul du revenu, deux d'entre elles méritent une mention. Il s'agit du revenu tiré de titre d'équité dans les sociétés et, du gain en capital.

Le calcul du revenu tiré des actions des sociétés commerciales reflète bien le niveau de sophistication de notre système. L'inclusion des dividendes tirés sur celles-ci, comporte maintenant une majoration et un crédit, prévues aux articles 82 et 121 de la *Loi de l'impôt sur le Revenu*. Ces opérations visent à rétablir l'équité horizontale entre deux particuliers qui exploitent une entreprise, l'un sous la forme corporative et l'autre, sous la forme d'une entreprise personnelle. La mesure fait en sorte de rajuster le revenu disponible après impôts à un montant égal dans les deux cas, sans égard à la forme juridique de l'entreprise.

À l'origine les gains de capital ne constituaient pas une source de revenu. Selon la jurisprudence, la nature d'un revenu se comparait aux fruits de l'arbre. La nature capitale correspondant à la vente de l'arbre lui-même ne devait pas constituer un revenu. Naturellement, cette distinction fut à l'origine de nombreuses contestations judiciaires devant les tribunaux, au cours desquelles ceux-ci devaient reconnaître que des éléments d'actifs de nature capitale pouvaient, selon la nature des opérations en cause, constituer des biens en inventaires, et dès lors donner lieu à du revenu d'entreprise. Malgré sa complexité, cette mesure, tout en permettant un certain contrôle de l'activité économique, permet de créer un contexte qui favorise l'investissement par la récompense du succès.

⁹⁰ Par le système des déclarations séparées, aucun agent des autorités fiscales ne pouvait connaître le revenu total des contribuables.

⁹¹ *LIC*, Paragraphe 9(1)

⁹² *LIC*, article 74.1.

⁹³ *LIC*, paragraphe 125(1).

⁹⁴ *LIC* article 5 à 8, pour les seuls particuliers.

⁹⁵ *LIC* articles, 9 à 37.1.

⁹⁶ *LIC*, article 38 à 55.

⁹⁷ *LIC*, article 56 à 59.1

Le revenu d'entreprise exploité activement est l'objet d'un traitement fiscal préférentiel dans le but de favoriser la croissance économique et l'emploi. Pourtant, un impôt spécifique est prévu à la Partie XIII en cas d'émigration de corporation. En effet, l'article 219.1 prévoit un impôt de 25% (sujet à une réduction selon les traités) sur le prix de vente présumé des actifs en sus du capital versé et des dividendes non versés de la corporation. La politique sous-jacente vise à dissuader les entreprises à quitter le Canada.

Le revenu de biens comprend les revenus provenant de placements, biens mobiliers, droits d'auteur. Une exception est prévue pour les titres prescrits par règlements lorsque détenus par des non-résidents⁹⁸. Cette disposition traduit une politique visant à attirer les capitaux au Canada pour le financement des services publics et des opérations gouvernementales.

En 1971, la réforme devait permettre l'instauration de l'imposition du gain en capital selon un taux d'inclusion de 50 pour cent. Cette mesure était accompagnée de règles transitoires permettant l'ajustement des coûts de façon à soustraire à l'imposition la portion des gains en capital accumulée avant 1971.⁹⁹ Naturellement certaines exceptions sont prévues.

- Dès le début on reconnut l'exemption pour résidence principale¹⁰⁰, la politique étant de favoriser l'accès à la propriété de la résidence familiale; et
- Une autre exemption de \$ 100 000 instaurée en 1985 au moment même où le taux d'inclusion est rehaussé¹⁰¹.

Ce résumé, très sommaire des grands principes d'imposition en matière d'impôts sur le revenu, permet de constater que le système fiscal canadien a atteint un niveau de sophistication assez élevé. Ces mesures ont été rendues nécessaires en raison de la complexité et du volume des opérations nationales et internationales qui affectent l'assiette d'imposition. Ainsi, par diverses fictions légales ou présomptions, le législateur envisage de rendre inutiles à toute fin certaines formes de planifications fiscales audacieuses et coûteuses au trésor public¹⁰².

Parallèlement à ce niveau de sophistication, émerge une certaine lourdeur reliée

⁹⁸ LIC, Article 212.

⁹⁹ Règles d'application de l'impôt sur le Revenu, Partie III, c. 63, S.C. 1970-71-72.

¹⁰⁰ LIC paragraphe 54(g).

¹⁰¹ De moitié à partir du 13 juin 1972; aux deux-tiers pour les années après 1987 et avant 1990; aux trois-quarts pour les années après 1989, LIC, article 38 tel que modifiée selon 1988, c. 55 paragraphe 19(1).

¹⁰² v.g. Articles 69 (contreparties insuffisantes), 74.1 (règles d'attributions), a. 245 (règles générale anti-évitement) de la LIC, précité, note 78.

à l'administration des programmes. Plus importante encore est la dépense fiscale reliée aux préférences fiscales. Par exemple, les crédits d'impôts à l'investissement représentent plus qu'une concession fiscale. Par le mécanisme du remboursement, ceux-ci constituent un véritable déboursé du gouvernement.¹⁰³ De plus, certaines dépenses fiscales représentent un coût démesuré, notamment celles reliées aux contributions au REER pour les particuliers et celles reliées aux règles visant la déductibilité des pertes et les réorganisations corporatives en matière d'impôt des corporations.

Les taux d'imposition progressifs sont basés sur une politique valable. Mais c'est insuffisant, car l'effet escompté de cette mesure est renversée par l'érosion de l'assiette fiscale, en raison des préférences fiscales. Or, ces dernières doivent être financées par des hausses d'impôts supportées par l'ensemble des contribuables. En dernière analyse, on réalise que l'impôt progressif n'a que valeur sentimentale en termes d'équité horizontale. Pour ces raisons, nous pensons qu'il faudra réviser certaines politiques fiscales à la lumière de nouveaux choix socio-économiques.

Personne n'a jamais cherché à dénoncer le manque de transparence de l'impôt. Ce n'est que normal, puisqu'il s'agit de la «face cachée» du pouvoir de dépenser. Deux raisons expliquent ce phénomène. D'une part, son caractère lucratif profite aux seuls fiscalistes, qui trouvent l'intérêt de leurs clients à en connaître les méandres, d'autre part son caractère hautement technique est rebutant aux experts des autres disciplines du droit.¹⁰⁴ Cette complexité a donné lieu à l'influence de l'exécutif en matière d'interprétation des lois fiscales par opposition aux interprétations indépendantes. En Angleterre cette tendance est dénoncée par certains auteurs en raison du déséquilibre qu'elle instaure dans le Royaume. Un auteur a même déclaré qu'il s'agit peut-être là d'un signe à l'effet qu'il serait temps d'adopter une constitution pour ce pays¹⁰⁵. Notre expérience démontre que là n'est pas la solution.

Un autre aspect de notre expérience est qu'il est difficile de garder un système fiscal conforme au principe économique de neutralité. En droit, la mitigation ou l'absence de ce principe pourrait résulter en lois fiscales déguisées ou incitatives, mais il serait presque illusoire qu'un contribuable trouve son intérêt à contester les allègements fiscaux consentis à d'autres. Le paragraphe 36(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît explicitement au gouvernement fédéral un pouvoir en matière de développement régional. En aucune manière, la constitution n'empêche le gouvernement central d'exercer ce pouvoir par le moyen de la fiscalité.

¹⁰³ Certes, les modalités d'application de ces crédits d'impôts sont restreintes à certains égards, dont l'application à l'encontre des acomptes provisionnels. Toutefois, cette considération s'avère secondaire eu égard à l'importance des sommes en causes et à la discrétion des contrôles exercés au paiement.

¹⁰⁴ Une situation similaire a cour lorsque les praticiens de droit de la famille sont confrontés à l'évaluation des conséquences fiscales des arrangements financiers prévus dans les accords de séparations. c.f. DURNFORD John W. ET TOOPE, Stephen J., "Spousal support in family law and alimony in the law of taxation", (1994) 42 *Canadian Tax Journal* 1, 29, 88, 107.

¹⁰⁵ Williams, D. "Current Notes", (1993) 1 *British Tax R.* 5.

En revanche, l'allocation de fonds publics au moyen de la dépense fiscale plutôt que par l'affectation des crédits budgétaires, empêche tout contrôle d'opportunité en raison de la disponibilité et des règles d'accessibilité de l'information. Cela constitue sûrement une lacune exceptionnelle relative à la transparence dans un domaine important des activités d'un État démocratique.

b) le partage de l'assiette fiscale

Deux types de conventions bilatérales complètent les sources de droit en matière fiscale: il s'agira premièrement des conventions fiscales internationales, véritables traités internationaux, et des arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Si l'on considère les traités fiscaux, il s'agit essentiellement d'accords conclus en vue d'éliminer la double imposition et de prévenir l'évasion fiscale¹⁰⁶. Les conventions fiscales sont limitées de deux façons, soit dans la forme, soit dans la substance. D'abord dans la forme, elles sont conclues sur une base bilatérale. Ensuite ces conventions sont limitées dans leur substance à l'évasion fiscale et la double imposition. Dans l'éventualité où un État fédéré disposait de son régime fiscal propre,¹⁰⁷ des difficultés pourraient surgir dans la conclusion d'ententes bilatérales entre l'État fédéré et d'autres États souverains. La convention fiscale de l'État fédéral pourra alors lui être applicable. Nous reviendrons sur cette question car elle représente sous plusieurs aspects, une particularité importante du fédéralisme fiscal canadien.

D'autre part, on doit considérer les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces. De la même manière que l'un des piliers d'un régime fédéral que représente le marché commun intérieur doit être protégé, tout système d'intégration économique ne saurait se réaliser de façon équilibrée sans une certaine forme de concentration des ressources financières. Nous verrons dans la section portant sur les types d'assistance financière de quelle façon le partage de ces ressources financières peut être opéré.

En théorie, la fiscalité serait le dernier refuge de la souveraineté nationale. Pourtant, en matière fiscale dans la communauté des nations, le régime applicable est plutôt celui de la loi du plus fort. Peu, sinon aucun mécanisme juridique ne prévoit de limiter la concurrence ou d'harmoniser les politiques entre des pays¹⁰⁸. Cela donne lieu à des politiques fiscales dites trans-frontalières. Ainsi, le manque d'intégration entre les politiques de deux pays voisins favorisera les problèmes reliés à la

¹⁰⁶ v.g. *Convention fiscales Canada-États-Unis*, 1985

¹⁰⁷ C'est le cas particulier du Québec à l'intérieur de la fédération canadienne mais d'autres régimes fédéraux reconnaissent aussi à leurs états fédérés une certaine compétence fiscale.

¹⁰⁸ Nous nous référons aux limites imposés à l'*ALE* relativement aux restrictions des déductions de dépenses publicitaires dans les éditions canadiennes des publications étrangères prévues à l'article 19 *LIC*.

compétitivité fiscale entre ces pays. On a déjà dit qu'en démocratie c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère. Malheureusement dans les faits, la liberté des uns ne s'arrête pas toujours là où commence celle des autres. Cela s'applique autant en fiscalité internationale qu'en matière de droit commun, de sorte que la fiscalité transfrontalière, où s'exerce un libéralisme absolu, serait un domaine du droit où il serait difficile d'intégrer l'idéalisme démocratique.

La politique fiscale est tellement importante au niveau de la conduite ordonnée des affaires de l'État qu'il importe que ses attributs soient utilisés de façon optimale. Le Canada a pris des moyens appropriés dans les circonstances. D'autres mesures seront rendues nécessaires par la dynamique des finances publiques et la compétitivité internationale, mais les décisions qui s'imposeront devront tenir compte des éléments fondamentaux de notre système fiscal développés lors des cinquante dernières années. Voyons pour l'instant comment l'Australie a exercé sa compétence fiscale dans la construction de cette structure.

SECTION II - FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DES POUVOIRS FISCAUX EN AUSTRALIE

CONSIDÉRATION PRÉLIMINAIRE: L'INTÉRÊT DE L'AUSTRALIE

Le droit comparé est de grand secours lorsqu'il s'agit de dégager les caractères propres du droit interne. L'Australie, en raison de ses similitudes avec le Canada sur des aspects fondamentaux de ses institutions politiques, parlementaires et juridiques, est particulièrement appropriée pour cet exercice: ancienne colonie britannique devenue monarchie parlementaire, l'Australie tout comme le Canada, est un État où l'influence britannique marque encore le droit public. D'autres considérations permettent d'appuyer l'utilisation de cette comparaison.

Les deux fédérations commencent leur expérience nationale à des époques relativement contemporaines l'une de l'autre, soit 1902 pour l'Australie et 1867 pour le Canada. Les deux pays ont préalablement été revendiqués par des puissances européennes: l'Australie pour l'Angleterre par James Cook en 1770, et le Canada pour la France par Jacques Cartier en 1524¹⁰⁸.

Comme les Canadiens, les Australiens se soumettent à l'autorité d'avantage par pragmatisme que pour des raisons idéologiques¹⁰⁹. Ce pragmatisme est cohérent avec la notion de fédéralisme rentable qui a longtemps servi de raison à l'adhésion au régime fédéral pour certains mouvements nationalistes au Québec.

Dans les deux États, une fraction minoritaire de la population est composée de membres des peuples aborigènes, soit les indiens, métis, montagnais pour l'un, et les aborigènes australiens pour l'autre.

En revanche, la différence entre la composition ethnique du Canada et de l'Australie est notable. Au moment de la fédération, l'Australie comptait une majorité d'origine ethnique à 97% anglo-saxonne. L'immigration massive d'après-guerre a renversé cette tendance au point qu'en 1973 cette ethnie n'est représentée que par 10% de la population. Au Canada la majorité d'origine française a été rapidement supplantée par les anglo-saxons si bien qu'au moment de l'instauration de la fédération, le rapport était renversé dans une proportion d'un tiers d'origine française et de deux tiers d'origine britannique. L'immigration du vieux continent a permis la création de nouvelles communautés ethniques dont l'intégration a donné un nouveau visage à cet ensemble qu'il est convenu d'appeler, la "mosaïque canadienne"¹¹⁰.

¹⁰⁸ ALBINSKI, Henry S., *Canadian and Australian Politics in Comparative Perspective*, New York, Oxford University Press, 1973, 440, 1.

¹⁰⁹ ALBINSKI, *Op.Cit*, Note 108, 14.

¹¹⁰ ALBINSKI, *Op.Cit*, note 108, 17.

L'utilisation de l'ancienne colonie australienne par l'Angleterre en tant que territoire pénal de même que l'immigration des loyalistes au Canada sont d'autres caractères distinctifs à chacun de ces pays¹¹¹.

Sur un plan juridique on doit noter la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et droit civil et à ce chapitre, le cas particulier du Québec avec son Code civil d'inspiration française.

En Australie le pouvoir judiciaire a assuré son autonomie dès son institution. En vertu de la Constitution de 1902, le renvoi d'un appel au Conseil privé sur des affaires mettant en cause les relations fédérales-provinciales était sujet à l'autorisation de la Haute Cour d'Australie. Les matières fédérales étaient soustraites à cette condition jusqu'en 1968. Quant aux matières étatiques, il est encore possible de porter une cause en appel sans le consentement de la Haute Cour, mais dans les cas où des pourvois ont été entendus par le conseil privé, celui-ci s'est employé à confirmer les décisions de la Haute Cour¹¹². Au Canada, l'appel au Conseil privé était permis jusqu'en 1949 par suite d'une modification constitutionnelle établissant la Cour suprême du Canada. Des jugements interventionnistes et défavorables aux positions fédérales ont contribué à cette décision¹¹³.

De l'ensemble de cette analyse, on peut retenir que les deux pays se reconnaissent en un État où des principes archaïques de *common law* sont souvent confrontés aux problèmes d'un État moderne.

Ironiquement, la similitude la plus significative entre les deux pays se situe peut-être au niveau de leurs conceptions respectives portant sur le pouvoir de dépenser. Parce qu'il est issu du droit public dans un domaine où la tradition britannique ne pouvait servir de modèle,¹¹⁴ le pouvoir de dépenser représente un concept spécifique à ces régimes fédéraux. Aussi, la reconnaissance de ce pouvoir illustre comment l'exercice délicat du partage des compétences en régime fédéral¹¹⁵ peut évoluer: sans que leur Constitution propre n'ait permis explicitement un tel développement, le droit et la pratique de chacun de ces États a évolué sur une tangente parallèle pour des raisons qui s'apparentent aux conditions particulières dans lesquelles évoluent les finances publiques dans le cadre du fédéralisme fiscal. Une telle évolution du pouvoir

¹¹¹ ALBINSKI, *Op.Cit.*, note 108, 11.

¹¹² ALBINSKI, Henry S., *Canadian and Australian Politics in Comparative Perspective*, New York, Oxford University Press, 1973, 440, 12.

¹¹³ *Affaire des Conventions de Travail*, [1937] A.C. 326, Note 136

¹¹⁴ Les discussions portant sur l'avenir des éléments autonomes de l'Empire britannique et du Commonwealth ont permis de constater le caractère relativement original du régime fédéral; voir *Minutes of Proceedings of the Imperial Conference*, 1911, (Cd 5745), pp. 46 et suivantes & WHEARE K.C., *Federal Government 4(th) ed*, London, Oxford Paperback, 1967, 266, 9.

¹¹⁵ *Id.*, 13.

de dépenser est révélatrice de l'importance de ce pouvoir. Dans cet esprit, l'objet de cette étude est de voir quels sont les tenants et aboutissants de ce pouvoir, en droit australien.

À la lumière des concepts exposés à cette fin, nous pourrions non seulement analyser les différences entre le droit australien et le droit canadien en matière de finances publiques, mais aussi nous pourrions tenter d'éclaircir certains aspects du pouvoir de dépenser qui demeure obscur en droit canadien. Nous suggérerons donc des avenues de discussions sur les questions suivantes: est-ce que le pouvoir de dépenser est une cause ou un effet de la politique fiscale en régime fédéral? Existe-t-il un pouvoir de dépenser inhérent en régime fédéral? Sinon, eût-il été souhaitable qu'un tel pouvoir inhérent existe? En l'absence d'un tel pouvoir, quelles auraient été les conséquences sur l'administration des finances publiques et des missions de services publics se rapportant au partage des compétences? Dans un cas ou l'autre, on pourrait se demander si le fédéralisme peut admettre un traitement inégal des États fédérés et si oui, selon quel principe et à quelles conditions?

Ces questions sont au coeur du débat qui a précédé les crises qui secouent actuellement les deux pays, soient la crise financière en Australie et les crises politique et financière au Canada. Des réponses à ces questions juridiques ne sauraient à elles seules résoudre des problèmes politiques spécialement lorsque c'est l'identité même de nation qui en est l'enjeu. Cependant un éclaircissement sur cet aspect délicat du droit constitutionnel, permettra peut-être de nuancer les positions des intervenants.

Avant d'en arriver à une reconnaissance constitutionnelle du pouvoir de dépenser au Canada, il faudra procéder à quelques mises en garde. Les solutions de l'Australie ne sauraient faire l'objet de comparaison avec leur équivalent canadien sans adaptations ni distinctions. Nous verrons d'abord les principes fondamentaux du droit des finances publiques en Australie, pour ensuite effectuer ces distinctions qui s'imposent.

Les bases du fédéralisme fiscal australien peuvent être considérées sous l'angle d'un renversement de ses structures dominantes: alors qu'initialement, la Constitution de l'Australie reconnaissait *de jure* des pouvoirs limités au gouvernement fédéral en matières de finances publiques, ses pouvoirs *de facto* se sont considérablement étendus par l'effet combiné de 3 facteurs.

Le premier facteur est l'évolution jurisprudentielle en matière de compétence fiscale fédérale et Étatique. Le pouvoir de dépenser est lié à la fiscalité de façon conceptuelle et historique. Nous y reviendrons dans l'étude des deux affaires *Uniform Tax Cases*.¹¹⁶

Le second facteur est que les modifications directes à la Constitution ont étendu

¹¹⁶ *South Australia v. Commonwealth, First Uniform Tax Case*, (1942) 65 CLR 373; voir aussi *Victoria v. Commonwealth (the second Uniform Tax Case)*, (1957) 99 CLR 575

sa responsabilité à toute forme de paiements de sécurité sociale dont ceux versés aux familles.¹¹⁷ Ainsi, les pouvoirs *de facto* se sont accrus par l'usage des pouvoirs relatifs aux transferts financiers aux États et aux individus.¹¹⁸ L'article 96,¹¹⁹ qui autorise le gouvernement fédéral à assister financièrement les États, a permis l'extension de son influence dans les secteurs de compétences exclusives des États, notamment, l'éducation, la santé, le transport et le logement social. L'article 81,¹²⁰ quant à lui, se rapporte aux transferts directs aux individus. Nous y reviendrons.

Troisièmement, l'augmentation des compétences fédérales en matière de finances publiques reflétera certainement le débordement de ses compétences en d'autres matières, notamment celui des affaires extérieures.

¹¹⁷ c.f. modifications 1946.

¹¹⁸ WALSH, Cliff, "Federalism Australian style: Towards some new perspective". BRENNAN, GREVAL & GROENEWEGEN (ed) *Taxation and Fiscal Federalism, Essays in honour of Russel Mathews*, Rushcutter Bay, Australian National University Press, 1988, 250, 223.

¹¹⁹ *Constitution de l'australie*, 63 & 64 Victoria, c. 12.

¹²⁰ *Id*

A) PRINCIPES GÉNÉRAUX

Depuis les origines de l'ère fédérale, l'élargissement des pouvoirs de l'administration centrale en matière de compétence fiscale a produit des effets déterminants sur le pouvoir de dépenser. L'un d'eux est la domination du gouvernement fédéral sur les institutions des finances publiques australiennes aux dépens des compétences fiscales des États fédérés. Les agences centrales du gouvernement fédéral, détentrice de ce pouvoir et de cette domination, ont graduellement acquis les ressources nécessaires pour les exercer.

Se repliant sur la compétence fédérale en matières de douanes et accises, la Haute Cour avait maintes fois déclaré invalides les taxes de ventes et toute autre forme de taxe indirecte levées par les États.¹²¹ En 1942, lorsque le gouvernement central décida d'étendre ses pouvoirs en matière d'impôt sur le revenu, il incita les États à renoncer à ces sources en échange d'un système général de péréquation (tax sharing grants).

La compétence du gouvernement fédéral de lever des douanes et accises existait déjà en vertu des paragraphes 51(ii) et (iii). L'article 90, par suite d'un raffermissement des décisions judiciaires, a rendu cette compétence exclusive au gouvernement fédéral.¹²² Cette disposition a donc contribué à élargir l'influence du gouvernement fédéral en matière fiscale en complétant une domination équivalente en matière d'impôt sur le Revenu.

Les compétences fiscales ont tellement contribué à la mise en place d'une solide structure de fédéralisme fiscal en Australie, que celle-ci est presque irréversible. Lors du référendum de 1984, une proposition de modification constitutionnelle visant notamment un transfert des pouvoirs vers les États fédérés s'est même vu bloquée.¹²³ Dans cet ordre d'idées nous verrons l'évolution des compétences en matière de douane et accises et d'impôts sur le revenu.

¹²¹ *Peterswald v. Bartley*, (1904) 1 CLR 497; *Commonwealth Oil Refineries Ltd v. South Australia*, (1926) 38 CLR 408; *John Fairfax & Sons Ltd v. New South Wales*, (1927) 39 CLR 139; *Crothers v. Sheil*, (1933) 49 CLR 399; *Vacuum Oil Co Pty Ltd v. Queensland*, (1934) 51 CLR 108; *O Gilpin Ltd v. Commissioner for Road Transport and Tramsways* (1935) 52 CLR 189; *A.G.(NSW) v. Homelbush Flour Mills Ltd* (1937) 56 CLR 189; *Hartley v. Walsh* (1937) 57 CLR 372; *Matthews v. Chicory Marketing Board* (1938) 60 CLR 263; *Hopper v. Hegg & Egg Pulp Marketing Board*, (1939) 60 CLR 263; *Parton v. Milk Board*, (1949) 80 CLR 229; *Hughes and Vale PTY Ltd v. New South Wales*, (1953) 87 CLR 49; *Browns Transport Pty v. Kropp*, (1958) 100 CLR 117; *Dennis Hotel s Ptyv. Victoria*, (1960) 104 CLR 529; *Witherhouse v. Queensland*, (1960) 104 CLR 609; *Swift Australian Co (Pty) Ltd v. Boyd Pakinson* (1962) 108 CLR 189;

¹²² OPESTEIN. "Section 90 of the Constitution and the problem of precedent", (1986) 16 *F.L. Rev.* 170-211, 170.

¹²³ OPESTEIN. *Loc.Cit.*, note 122., 170-211

B) APPLICATION

1) Les Douanes et accises

La domination du gouvernement fédéral australien dans le champ des taxes et des impôts à la consommation n'est pas sans rappeler que le gouvernement canadien avait, par l'instauration de la TPS, récupéré une importante partie de ce champ d'imposition qu'il avait traditionnellement libéré au profit des provinces. L'étude de cet aspect de la fiscalité australienne nous démontre l'évolution de la jurisprudence sur la question.

Déjà, avant la création d'un État fédéral en Australie, plusieurs tentatives d'instauration d'un marché commun inter-colonial avaient vu le jour.¹²⁴ C'est que les restrictions commerciales étaient devenues une telle entrave au développement régional, que l'élimination de ces conditions était devenue une préoccupation grandissante dans le débat politique de l'époque pré-fédérale.¹²⁵ Une solution globale à ce problème devait être apportée dans le chapitre IV de la Constitution fédérale d'Australie.

Les règles significatives à cet effet sont contenues aux articles 88 et 90. Ceux-ci prévoient l'imposition uniforme des douanes sur les importations permettant au Parlement fédéral d'établir un tarif extérieur commun à l'importation. La Haute Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les raisons d'accorder ce pouvoir par la voix du juge Dixon:

"d'accorder au Parlement un contrôle réel de taxation en matière de biens et d'assurer que l'exécution de ses politiques en la matière ne sera pas entravée par des actes des États"¹²⁶ (ma traduction)"

Cette conception *Dixonienne* des compétences fiscales a permis l'extension des pouvoirs fédéraux en matière de taxes de ventes et d'accises au-delà du cadre strictement commercial prévu dans la Constitution. C'est sur cette base que la conception des tribunaux s'est développée. Pourtant, si le principe de neutralité inter-étatique est véritablement l'objet visé par l'article 90, le moyen mis en oeuvre pour l'atteindre n'est pas efficace à lui seul.

La théorie selon laquelle les politiques fiscales incitatives peuvent influencer à elles seules les décisions de mobilité territoriale en matière d'investissement, de production et d'emploi n'a pas d'appui en pratique. Ces avantages, que l'on qualifie de préférences fiscales, représenteraient une exception au principe de neutralité en

¹²⁴ OPESTEIN., *Loc.Cit.*, note 122, 170-211, 171

¹²⁵ MOORE W. Harrison, *The constitution of the Commonwealth of Australia*, (2 ed 1910), 22-23.

¹²⁶ *Parton c. Milk Board*, (1949) 80 CLR 260 (Dixon, J.C.)

influant sur les décisions en matière de production, d'emploi et d'investissement.¹²⁷ Le principe de neutralité existe lorsque le gouvernement fédéral, disposant d'un monopole en matière de taxe d'accise, est habilité à faire l'arbitrage des tensions entre les régions. Le même résultat s'obtient par une redistribution des ressources en fonction de l'équité, réduisant considérablement l'effet des préférences fiscales dans le caractère concurrentiel entre les États fédérés. Toutefois d'autres facteurs que la fiscalité contribuent à diminuer l'impact des préférences fiscales.

Par exemple, nous savons qu'un État pourrait décourager la production locale autrement qu'en levant des droits de douanes. Par exemple, on adoptera des mécanismes de réglementation commerciale, notamment en fixant des niveaux de productions, ou encore simplement en interdisant l'établissement de certains manufacturiers. Inversement, un État pourrait encourager la production locale autrement que par une fiscalité moins lourde que celle de ses voisins, en octroyant aux manufacturiers des taux préférentiels concernant l'électricité, les transports, ou toute ressource nécessaire aux infrastructures de productions.¹²⁸

La facilité avec laquelle peut être contourné le principe de neutralité inter-étatique permet de douter de l'efficacité d'un monopole fédéral restreint aux droits de douanes. En outre, le constituant ne pouvait donner à l'un des ordres de gouvernement des pouvoirs démesurés dans le cadre de l'équilibre du partage des pouvoirs en régime fédéral.¹²⁹ L'attribution d'un monopole affectait cet équilibre, d'où la nécessité d'en faire l'objet d'un compromis. L'article 90, qui attribue un monopole fédéral en matière de droits d'accise est le résultat du compromis qui, seul permettait l'accord en instaurant l'équilibre de ce régime fédéral. En privilégiant l'esprit contre la lettre, les tribunaux ont donné à l'article 90 une interprétation large qui permet d'établir le monopole qu'auraient souhaité obtenir les partisans du principe de neutralité fiscale.

Dans cette évolution judiciaire, le pouvoir fédéral a effectué des gains sur deux fronts, soit sur la question relative au sens de l'accise et sur la question de savoir si une taxe peut constituer une considération pour services rendus; nous verrons comment les décisions en cause ont justifié cette position.

Donner une définition restreinte à l'accise ouvrirait la porte à des formules d'évasion au moyen de subterfuges.¹³⁰ C'est essentiellement à la tâche de discerner ces artifices dans certaines législations en apparence conformes à la Constitution que s'est employée la Haute Cour dans les nombreuses affaires dont elle fut saisie en la matière.

¹²⁷ OPESTEIN, *Loc.Cit.*, note 122, 173.

¹²⁸ *Id*

¹²⁹ WHEARE, K.C., *Loc.Cit.*, note 59, 469, p. 16 évoque des gouvernements indépendants et coordonnés.

¹³⁰ *Matthew v. Chicory Marketing Board*, (1938) 60 CLR 263

L'opération devait s'effectuer en déterminant si les perceptions requises en vertu des lois correspondaient à l'imposition d'une taxe ou au prix d'un service. A cet effet, la définition de taxe fut édictée par le Juge Latham dans l'affaire *Mathews v. Chicory Marketing Board* :¹³¹

«Une exaction obligatoire d'argent par une autorité publique pour des fins publiques, contraignante par l'effet de la loi, et qui n'est pas le paiement d'un service rendu (ma traduction).»¹³²

Le caractère obligatoire et le fait que le paiement ne se rapporte pas à une considération spécifique sont des critères qui n'ont rien de spécifique à la taxe de vente. En fait, la définition qui s'y réfère rejoint plutôt la définition d'impôt au sens large. Nous verrons d'abord le critère du caractère obligatoire des paiements et ensuite, celui de la considération du paiement.

Dans *A.G. of New South Wales c. Homebush Flour Mills*,¹³³ la Cour s'est repliée sur l'effet pratique de la loi pour déterminer que le financement du programme de mise en marché des produits de farines constituait l'imposition d'une taxe plutôt que le coût d'un service. Dans cette affaire, une loi sur la mise en marché de la farine permettait au gouvernement de l'État d'acquérir de façon impérative tout le blé produit dans l'État à un prix fixe. Les producteurs pouvaient par la suite racheter leur farine pour fin de revente sur le marché, mais seulement à un prix supérieur. La différence entre le prix de vente et le prix de rachat aurait été versée dans un fonds spécial destiné aux fermiers en difficultés. Il est à noter que le producteur n'aurait pas été tenu de racheter le blé mais s'il décidait de ne pas le faire, le gouvernement ne lui aurait payé le prix fixé qu'au moment où il aurait décidé d'en disposer alors que pendant la période d'attente, le producteur était tenu aux risques et frais de l'entreposage du produit sans pouvoir en obtenir davantage que le prix fixé. La Cour a retenu unanimement que, même en l'absence d'une obligation contraignante de la payer, la marge bénéficiaire que s'appropriait le gouvernement constituait en fait une taxe.

On remarque que la Cour devait opter entre deux approches, soit celle de l'opération légale et celle de l'effet pratique de la loi. Même si la Cour a retenu l'approche de l'effet pratique de la loi, celle-ci ne constitue pas une règle générale que la Cour applique. En particulier, dans *Uniform Tax Case*,¹³⁴ la Cour avait plutôt retenu l'opération de la loi pour déterminer la validité des lois fédérales, même si dans leurs effets pratiques, ces lois élargissaient de façon significative la base d'imposition fédérale aux dépens des pouvoirs fiscaux des États.

¹³¹ *Mathews v Chicory Marketing Board*, Note 14, 276

¹³² *Id.*, 276

¹³³ *Attorney General (NSW) c Homebush Flour Mills Ltd*, (1937) 56 CLR 390

¹³⁴ Note 9.

La deuxième question de droit est reliée à la considération pour laquelle des paiements sont requis. Il s'agit de savoir si le paiement requis constitue le prix d'un service. La difficulté à cet égard est d'apprécier la relation précise entre le paiement et le bénéfice, dont l'un est la considération réciproque de l'autre dans le cas du paiement de service.

Dans *NG Kailis*,¹³⁵ la Cour a considéré la validité de plusieurs dispositions de la *Fisheries Act* de 1905. Une disposition de cette loi interdisait à toute personne l'opération du traitement du poisson sans l'obtention préalable d'une licence. Les frais payés pour l'acquisition de cette licence étaient versés dans un fonds destiné au développement, à la recherche et à l'assistance générale à l'industrie des pêcheries.

L'État soumit que les frais de cette licence étaient des frais pour un service et non une taxe, mais ce fut explicitement rejeté par les juges.¹³⁶ Le fait que les fonds devaient être utilisés pour un objet éminemment bénéfique à l'industrie, et possiblement aux personnes licenciées, n'était pas suffisant pour caractériser les frais comme paiements en considération pour un service. Des appréciations similaires ont été exposées dans d'autres causes. On peut retenir de celle-ci qu'une exaction visant à financer un programme de mise en marché n'était pas pour cette seule raison, un frais pour service et ce, même si le programme bénéficiait de façon claire et nette aux participants.¹³⁷

Cependant d'autres considérations ont été prises en compte quant à la détermination du caractère des paiements, lesquelles ont conduit à des conclusions contraires à celles exposées plus haut. Dans *Crothers c. Sheil*,¹³⁸ la Cour devait se prononcer sur la validité constitutionnelle du *Milk Act*¹³⁹ lequel établissait un programme de mise en marché. Selon ce programme, le lait fourni pour la consommation dans les régions métropolitaines était transféré en propriété absolue au Milk Board, pour être subséquemment vendu. Le produit de ces ventes devait être distribué aux laitiers mais, seulement après déduction des dépenses administratives encourues par la commission du lait. Au nom de la Cour le juge Rich conclut que la différence, ou marge bénéficiaire, entre le prix d'achat et le prix de vente du lait par la commission n'était pas une taxe. Cette décision est suivie par *Hopper c. Egg*¹⁴⁰ qui comporte des circonstances similaires. Alors qu'antérieurement le caractère d'un

¹³⁵ *NG Kailis 1962 Pty Ltd c. Western Australia*, (1974) 130 CLR 245 (Juges Menzies, Gibbs et Mason)

¹³⁶ p. 253, 258 et 265 respectivement.

¹³⁷ *Parton c. Milk Board*, (1949) 80 CLR 229 (J. Dixon) 258, 262; et *HC Sleight*, (1977) 136 CLR 475, 521 (J. Jacobs); contra *Partly c. Walsh*, (1937) 57 CLR 372, 376 (Latham CH)

¹³⁸ *Crothers c. Sheil*, (1933) 49 CLR 399

¹³⁹ (1931) NSW

¹⁴⁰ *Hopper c. Egg (Egg Marketing Board)*, (1939) 61 CLR 665

paiement ne pouvait dépendre de la manière dont il était effectué, les Cours en sont arrivés à une conclusion différente dans les deux dernières décisions. Il est probable que les décisions *Crother* et *Hopper* n'auraient pas été les mêmes si elles avaient été jugées à la lumière des décisions subséquentes en matière de mise en marché.

Soulignons qu'un principe constitutionnel important est sous-jacent à ces deux affaires. Il s'agit du pouvoir d'expropriation sans juste indemnisation. Ce pouvoir exceptionnel est détenu exclusivement par les États fédérés australiens. Il n'a pas de source explicite mais résulte d'un argument d'interprétation. Nous verrons que sa portée ne s'étend pas au-delà de ce qu'un État exerce pour son propre compte.

L'examen de la validité constitutionnelle d'un droit ne s'arrête pas à l'étape de déterminer s'il s'agit bien d'une taxe. Une fois qu'elle a procédé à cette étape, la Cour doit également déterminer si la contribution imposée constitue un droit d'accise. Bien qu'une incertitude générale entoure la signification d'accise, le poids des opinions judiciaires a établi que le caractère fondamental d'un droit d'accise est de constituer une taxe sur les biens.¹⁴¹

Par ailleurs, dans la détermination d'une «taxe sur des biens», le problème est de déterminer quel degré de rapprochement est nécessaire pour qu'il existe une relation entre la taxe et le bien en cause, de sorte que la notion soit satisfaite. Cette question comprend trois aspects. Premièrement, on doit évaluer si une forme particulière à la base d'évaluation de la taxe est nécessaire. Deuxièmement, il faudra déterminer à quelle étape de la chaîne de distribution des biens cette taxe doit être imposée. Enfin il faudra déterminer si cette taxe peut être imposée sur quelque aspect ancillaire à un point quelconque de la chaîne de distribution pour être qualifiée d'accise.

La question de savoir si cette forme de taxe peut constituer un droit d'accise est considérée dans un premier arrêt, *Peterswald c. Partlay*.¹⁴² Dans cette cause, le juge en chef Griffith devait se prononcer sur la validité d'une législation exigeant les frais d'une licence des personnes opérant une entreprise de manufacture de bières pour la vente. Les frais de la licence représentaient une somme forfaitaire indépendante du volume de production du brasseur. La Cour détermina que la taxe n'était pas imposée en relation avec une quantité ou une valeur de production.¹⁴³ Il était clair de cette jurisprudence qu'une liaison arithmétique précise entre le montant du droit et la quantité ou la valeur des biens n'était pas nécessaire. Par contre, cette acceptation flexible de la notion d'accise devait subséquemment être érodée dans les affaires qui suivirent.

¹⁴¹ Juge Fullagar dans *Dennis Hotel*, 1960 104 CLR 529, 554 également voir juge Dixon dans *Mathews v Chicory Marketing Board*, (1938) 60 CLR 263, 304 et une décision unanime dans *Browns Transport Pty Ltd c. Kropp*, (1958) 100 CLR 117, 129.

¹⁴² *Peterswald c. Partlay*, (1904) 1 CLR 497

¹⁴³ *Id.*

Dans l'affaire *Mathews*,¹⁴⁴ la Cour était saisie d'une question de droit concernant l'article 32 du *Marketing Primary product Act*.¹⁴⁵ Cette disposition prévoyait la nomination de commissions de mise en marché, lesquelles seraient autorisées à imposer des droits sur les producteurs. Le *Chicory marketing board* avait levé des droits d'une livre pour chaque demi-âcre de culture de plans de chicorée. À première vue, le droit n'était pas imposé sur une quantité ou une valeur de production de chicorée, mais plutôt sur une superficie de terre utilisée pour sa production. Cet élément fut déterminant dans la décision des juges minoritaires qui appliquèrent la règle de l'arrêt *Peterswald* et décidèrent que les droits n'étaient pas de nature d'accises. La majorité prit position en faveur des demandeurs en se repliant sur la portée étendue de la notion d'une taxe sur des biens. Malgré le fait que la taxe était appliquée selon une base différente, la majorité, par la plume du juge Dixon pris position en faveur d'un principe différent. Ce principe devait fixer la règle de jurisprudence encore appliquée aujourd'hui:

"Une définition qui fait de la quantité et de la valeur les seules bases d'imposition satisfaisant à une notion d'accise n'aurait aucune fondation historique, économique, fiscale ou de toute autre discipline (ma traduction)"¹⁴⁶

Malgré le fait qu'il n'existait pas nécessairement de relation pertinente entre le volume de terre utilisée et le montant de chicorée produite, la base adoptée pour la levée de cette taxe comportait une relation "naturelle" à la quantité de production. Ce lien fut jugé suffisant dans une décision qui devait être confirmée et appliquée dans plusieurs arrêts subséquents.

Dans *Bolton c. Madson*,¹⁴⁷ il s'agissait de considérer la validité juridique du *State Transport Act (1960) Queensland*. Cette loi interdisait le transport de biens sur voies routières sans permis. Une disposition de cette loi prévoyait que l'imposition de permis était assujettie à certains droits calculés sur la base de la capacité de chargement du véhicule et de la distance parcourue. Le demandeur soumit que cette disposition imposait un droit d'accise ce qui la rendait invalide en vertu de l'article 90. Cependant cet argument fut rejeté à l'unanimité. La Cour décida que la base d'évaluation des droits ne comportait aucune relation avec la quantité ou la valeur des biens transportés, et que de ce fait, l'affaire pouvait être distingué de *Mathews*. En conséquence, les droits avaient été levés en vertu des compétences législatives de l'État.

Une autre affaire, *Anderson Pty Ltd c. Victoria*¹⁴⁸ concernant la validité du

¹⁴⁴ *Mathews v Chicory Marketing Board*, (1938) 60 CLR 263

¹⁴⁵ *Marketing Primary product Act* (1935) Victoria

¹⁴⁶ (1938) 60 CLR 263, 302, 303

¹⁴⁷ *Bolton c. Madson*, (1963) 110 CLR 264

¹⁴⁸ *Anderson Pty Ltd c. Victoria*, (1964) 111 CLR 353 (Juges Taylor et Menzies).

Stamp Act,¹⁴⁹ devait raffermir *Mathews*. La législation imposait des droits de timbres sur certains achats à crédits concernant les biens. Les droits étaient payables par le vendeur sur les biens et calculés à un taux de 2% du prix d'achat des biens défini comme étant le montant total payable moins tout dépôt et frais d'intérêts. Du fait que les droits étaient payables sur le solde impayé du contrat, les juges furent d'opinion que ces droits n'étaient pas nécessairement en relation naturelle avec la valeur des biens vendus. Dès lors, les droits levés étaient *ultra vires*.

Le degré de l'obligation n'est pas davantage un critère déterminant dans la qualification de l'exaction. Dans l'affaire *Homebush Flour Mills*,¹⁵⁰ où un système facultatif de mise en marché de l'État avait pratiquement rendu obligatoire le paiement d'un tarif. La Cour se replia sur l'effet pratique de la loi pour qualifier la nature de l'exaction de taxe et de ce fait, inconstitutionnelle.

L'un des objets de l'article 90 est de garantir la neutralité fiscale entre les États. Cette conception a été adoptée par le juge Dean dans l'affaire *Hematite Petroleum*.¹⁵¹ Dans cette affaire, la Cour justifie le retrait des douanes et accises de la compétence des législatures des États par le fait qu'une coopération était essentielle pour constituer un véritable marché interne abolissant les barrières au commerce. Si des États disposaient du pouvoir de lever des droits de douanes internes, une différence entre leur taux d'imposition favoriserait l'utilisation de navettes territoriales (à faible taux d'imposition). Il s'ensuivrait des conséquences fortement dommageables aux manufacturiers situés dans les États concurrents.¹⁵²

La non-transmissibilité du pouvoir des États fédérés relativement à l'expropriation sans juste indemnité est une autre limite constitutionnelle importante. Elle sera d'ailleurs opposée aux États participants à des programmes de délégation inter-gouvernementale ou des subventions conditionnelles à l'exercice de leur pouvoir d'expropriation étendu. Il est même permis de spéculer sur l'effet pratique des subventions conditionnelles et de toute forme d'exercice du pouvoir de dépenser fédéral. De façon générale, celles-ci limitent l'autonomie des États fédérés australiens, de sorte que ceux-ci sont forcés de financer certaines de leurs opérations à l'aide de formules imaginatives, telles que leurs programmes de mise en marché.

L'approche de l'opération légale appliquée à ces programmes aurait permis de compenser l'élargissement du pouvoir de dépenser et des pouvoirs généraux du gouvernement fédéral en matière de finances publiques. Sans nécessairement vouloir ce résultat, les architectes de la Constitution de l'Australie auraient attribué aux États fédérés un pouvoir, l'expropriation sans juste indemnisation, dont ceux-ci disposaient pour compenser les carences de leur base d'imposition fiscale. En l'absence d'un tel

¹⁴⁹ *Stamp Act* (1958) Victoria

¹⁵⁰ *Homebush Flour Mills*, (1937) 56 CLR 390.

¹⁵¹ (1983) 151 CLR 599

¹⁵² *Id.*, 661

pouvoir, les tribunaux auraient peut-être été forcés d'appliquer l'approche de l'effet pratique des législations dans *Uniform Tax Case* et l'approche de l'opération légale dans les matières de douanes et accises. Dans chacun des cas, la recherche du même équilibre est à la base du raisonnement juridique.

Au Canada, les provinces disposent d'un pouvoir étendu en matière d'imposition directe et ne détiennent aucun pouvoir particulier en matière d'expropriation sans indemnisation. Dans la même quête pour un équilibre constitutionnel, les tribunaux canadiens ont favorisé l'approche de l'opération légale, en laissant de côté l'approche de l'effet pratique. C'est ainsi qu'ils ont favorisé l'émergence du pouvoir de dépenser.

Nous avons vu comment le gouvernement central de l'Australie, en est arrivé à dominer le domaine des taxes de vente. Nous verrons qu'une situation similaire a cours en matière d'impôts sur le revenu.

2) Impôt sur le revenu

Une compétence législative du Parlement en matière d'impôt est prévue et clairement délimitée au paragraphe 55(1).¹⁵³ Plus spécifiquement, le paragraphe 55(1) prohibe l'usage des lois fiscales à d'autres fins que la levée d'impôts. Nous insistons sur la restriction qu'impose la Constitution australienne à l'exercice du pouvoir d'imposition, car c'est un aspect que l'on ne retrouve pas en droit constitutionnel canadien. Ainsi en tirant un argument du droit comparé, il est raisonnable d'affirmer que le Parlement canadien peut, de façon incidente, utiliser ses législations fiscales comme instruments du pouvoir de dépenser.

Le droit fiscal australien constitue un intérêt particulier pour notre étude pour une raison de portée plus générale: l'interprétation concernant les dispositions fiscales, par l'évolution de la jurisprudence en matière de finances publiques est intimement liée à celle qui a permis l'instauration d'une domination en matière d'impôts sur le revenu. Ce rattachement ne dépend pas seulement de la disponibilité de ressources, mais aussi de l'aspect beaucoup plus fondamental des objectifs du système fiscal mis en oeuvre. A ce chapitre, il importe de relater l'affaire *Uniform Tax Case*.¹⁵⁴

Dans cette affaire, la Haute Cour a confirmé la validité constitutionnelle d'un ensemble de législations qui favorisaient un régime de transferts financiers aux États ainsi que l'élargissement de la base d'imposition fédérale aux dépens de leurs pouvoirs fiscaux.

À la suite du refus répété des États d'évacuer le champ de l'impôt sur le revenu de 1941 à 1942 à la demande du gouvernement fédéral, le Parlement a adopté une série de législations lui permettant d'agir unilatéralement à l'égard de ces initiatives en matière de finances publiques.

- La *Loi de l'impôt sur le revenu de 1942*¹⁵⁵ permet la levée d'un impôt sur le revenu à très haut taux¹⁵⁶ dont les recettes équivaldraient au total confondu des recettes des États et du gouvernement central;
- La *Loi des cotisations d'impôts sur le Revenu de 1942*¹⁵⁷ prévoit l'interdiction aux contribuables de payer l'impôt au gouvernement Étatique relativement à une année pour laquelle l'impôt fédéral n'est pas

¹⁵³ Le paragraphe 55(1) se lit comme suit: "Laws imposing taxation shall deal only with the imposition of taxation and any provision therein dealing with any other matter shall be of no effect."

¹⁵⁴ *South Australia v. Commonwealth, First Uniform Tax Case*, (1942) 65 CLR 373.

¹⁵⁵ *Income Tax Act*, 1942, No. 23

¹⁵⁶ (1942) 65 CLR 377.

¹⁵⁷ *Income Tax Assessment Act 1942*, No 22, article 31.

entièrement payé;

- La *Loi du Remboursement de l'impôt sur le Revenu*¹⁵⁸ autorise le paiement d'une assistance financière à chaque État sous la condition expresse que l'État n'ait pas imposé un impôt sur le revenu durant cette année;
- *L'impôt sur le Revenu (Arrangement de période de guerre)*¹⁵⁹ attribue au gouvernement fédéral le pouvoir d'enjoindre les États à lui céder toute forme de ressource humaine ou matérielle nécessaire à l'administration de l'impôt en considération d'une compensation.¹⁶⁰

Devant ce véritable assaut du gouvernement fédéral contre leurs compétences fiscales, les États de South Australia, Victoria, Queensland et West Australia s'opposèrent à ces mesures par la voie judiciaire. Leur action en justice visait à faire déclarer ces lois, en tout ou en partie, *ultra vires* du Parlement du Commonwealth et à obtenir une ordonnance d'injonction prohibitive à l'encontre du transfert obligatoire des ressources humaines et matérielles relativement aux autorités fiscales de l'État au gouvernement fédéral.¹⁶¹

Au soutien de leur prétention d'invalidité des législations en cause, trois arguments furent soumis à la Cour. Le premier de ces arguments était que les lois d'assistance financière constituaient une prohibition aux États d'exercer leurs compétences fiscales. La majorité de la Cour rejeta cet argument pour le motif que ces législations créaient une incitation plutôt qu'une interdiction expresse à la levée d'un impôt Étatique. Se repliant sur l'*Affaire des routes fédérales*,¹⁶² la Cour expose ainsi le principe:

"Le Commonwealth (gouvernement fédéral) peut valablement inciter un État à exercer ses pouvoirs (par exemple le pouvoir de faire des routes) en offrant des transferts financiers. Aussi, le Commonwealth peut tout aussi bien inciter un État par les mêmes moyens pour qu'ils s'abstiennent d'exercer leur compétence fiscale". (ma traduction)¹⁶³

Le deuxième argument était à l'effet qu'en limitant les pouvoirs fiscaux des

¹⁵⁸ *State Grant Act (Income Tax Reimbursement Act) 1942, No. 20.*

¹⁵⁹ *Income Tax (War-time Arrangement) Act, 1942, No. 21.*

¹⁶⁰ *Id.*, article 4; l'article 7 prévoyait que la loi resterait en vigueur jusqu'à la fin de la première année financière commençant après la date à laquelle sa majesté cesse d'être engagée dans les combats de la seconde guerre mondiale.

¹⁶¹ (1949) 65 CLR 375

¹⁶² *Victoria v. Commonwealth, (Federal Road Case)*, (1926) 38 CLR 399

¹⁶³ (1942) 65 CLR 417

États, les législations portaient atteinte à une fonction essentielle des États. Le juge Latham rejeta aussi cet argument se reliant sur le principe à l'effet que la validité constitutionnelle d'une législation est établie en fonction de l'opération légale plutôt que ses effets.¹⁶⁴

Le troisième argument portait sur le fait que les lois d'assistance financière pourraient résulter en traitements différentiels entre les États, contrevenant ainsi au paragraphe 51(ii) et à l'article 99 de la Constitution; le paragraphe 51(ii) interdit la discrimination fiscale entre les États et l'article 99 prohibe cette même discrimination par d'autres moyens. La Cour se prononça sur cette législation à l'effet que le gouvernement levait un impôt uniforme à taux égal dans tous les États et qu'il se conformait ainsi aux principes constitutionnels. En revanche, en matière de redistribution des recettes fiscales par le biais des transferts financiers, le gouvernement était parfaitement justifié de distinguer entre les États. "Il n'y a jamais eu et il n'y aura jamais d'uniformité de paiements fait par le Commonwealth à l'intérieur ou entre des États ou des personnes dans ces États." (ma traduction)¹⁶⁵

De façon générale, la décision porte sur la validité constitutionnelle d'un système uniforme. Toutefois en particulier, elle porte sur la constitutionnalité de quatre législations prises individuellement. Le résultat est plutôt complexe en raison de la différence des motifs sur chaque aspect de l'affaire et de la dissidence de certains juges dont les commentaires s'entrecroisent dans un jugement qui laisse une large part à l'innovation.

Plus spécifiquement sous l'aspect de la législation des transferts de ressources d'administration fiscales, la décision est partagée¹⁶⁶. Déclarée invalide par le Juge Latham mais valide par la majorité, la *Loi sur les arrangements en temps de guerre* prévoyait le transfert obligatoire de ressources humaines et matérielles sur un simple avis du trésorier du gouvernement fédéral à son homologue des gouvernements Étatiques. Le juge Latham se replia sur la double absence, de lien raisonnable des mesures avec l'objet visé de la loi et d'autre part, de preuve quant à leur efficacité.¹⁶⁷

"Dans un cas douteux une telle déclaration (que les mesures législatives sont nécessaires en raison de la guerre), la présomption est en faveur de la validité des lois plutôt que son invalidité. Mais cette règle n'est pas concluante à elle seule. Le Parlement au pouvoir limité ne peut s'arroger un pouvoir en lui rattachant une étiquette à une loi (ma traduction)."¹⁶⁸

Si l'on considère la question se rapportant à la validité constitutionnelle de la

¹⁶⁴ *Id* 424.

¹⁶⁵ *Id.* 429, rapporté dans le Australian Master Tax Guide, CCH.

¹⁶⁶ *Income tax (War time Arrangement)*, 1942, No. 21.

¹⁶⁷ (1942) 65 CLR 432.

¹⁶⁸ (1942) 65 CLR 432.

*Loi des cotisations d'impôts sur le Revenu de 1942*¹⁶⁹ le juge Latham y voit deux aspects.

Le premier a trait à la priorité de la créance fédérale. Certes il ne manque pas de considérer le Courant de jurisprudence institué par le juge Dixon¹⁷⁰ sur le principe des compétences fiscales concurrentes, mais il lui préfère une thèse basée sur un jugement du Conseil privé dont l'extrait est bien connu en droit fiscal canadien.¹⁷¹

"Les deux impôts (fédéral et provinciaux), peuvent se côtoyer sans interférer l'un sur l'autre, mais aussitôt que l'on a un privilège ou une priorité absolue, ils ne peuvent se côtoyer et doivent alors se confronter. En conséquence, le dominion doit prévaloir (mes parenthèses, ma traduction).¹⁷²"

Cependant nous savons que le juge Dixon a infirmé cet aspect du jugement dans *Victoria c. Commonwealth*, reprenant la tendance qu'il avait lui-même énoncé. Par ailleurs, nous savons que le juge Latham aurait pu facilement distinguer ce jugement en raison de la distinction qui s'y rapporte entre l'impôt direct et indirect, laquelle constitue un aspect très complexe du droit constitutionnel en matière fiscale.

Le deuxième argument des États en était un d'interprétation. Il s'agissait de prétendre que la condition de paiement de l'impôt Étatique se rapportait non seulement au paiement de l'impôt fédéral d'une année spécifique, mais encore celui de toutes les années ultérieures.¹⁷³ Sans se prononcer sur la validité constitutionnelle d'un principe d'exclusion absolue des compétences de l'État dans une base d'imposition, le Juge Latham souligna sa dissidence sur la question d'invalidité. A cet effet, il rejeta les arguments des États au motif qu'il aurait été nécessaire de rédiger explicitement la disposition pour qu'un tel résultat soit raisonnablement possible.¹⁷⁴ Voici comment la disposition en cause se lisait:

"221(1) Pour une meilleure sécurité du Commonwealth et des ressources nécessaires à la poursuite de l'effort de guerre:

(a) un contribuable ne doit pas payer aucune taxe imposée sur le revenu levé par un État pour une année financière relativement à laquelle un impôt est levé dans le cadre d'une loi avec laquelle la présente loi est rattachée jusqu'à ce qu'il ait payé l'impôt sus-mentionné ou qu'il ait reçu du commissionnaire des impôts une quittance " (ma traduction)

A cet égard la Cour déclara qu'une décision judiciaire ne pouvait prononcer l'invalidité d'une législation sur la base des résultats possibles de son application. Dès

¹⁶⁹ *Income Tax Assessment Act 1942*, No 22, article 31.

¹⁷⁰ *Federal Commissioner of Taxation c. Official Liquidator of E.O. Farley*, (1940) 63 CLR 278, 316 (J. Dixon) *West c. Commissioner of Tax (New South Wales)*, (1937) 56 CLR 657, 704-706 (J.E. Vatt)

¹⁷¹ (1942) 65 CLR 434

¹⁷² (1932) AC, 521

¹⁷³ (1959) 65 CLR 435

¹⁷⁴ *Id.*

lors, la détermination du caractère raisonnable d'une telle politique dépend du Parlement et, en dernier ressort, de la population. Le remède pour abus de pouvoir tel qu'allégué doit être trouvé dans l'arène politique et non devant les tribunaux.¹⁷⁵

Pour rejeter la demande d'invalidité portant sur la *Loi sur le remboursement de l'impôt sur le revenu*,¹⁷⁶ le juge Rich se fonde sur le pouvoir exceptionnel du Parlement du Commonwealth en matière de défense nationale¹⁷⁷

"Il est notoirement essentiel, pour la poursuite d'une telle guerre, une guerre dans laquelle l'existence même du Commonwealth et de ses États constituants est en jeu, que la totalité des ressources de la nation, humaines et matérielles, soit requise et concentrée sur l'effort de guerre." (ma traduction)¹⁷⁸

Quant à savoir si l'argumentation des demandeurs fondée sur l'exercice coloré d'un pouvoir, le juge Rich énonce simplement qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la question. Il semble que ce qui fut déterminant était le contexte de la Deuxième Guerre mondiale qui avait cours également au Canada, malgré l'absence d'une menace directe.

Le juge Starke se retrouve dans la délicate position d'être minoritaire sur chacune des deux questions. Malgré sa déclaration de validité de la loi sur la priorité des impôts fédéraux,¹⁷⁹ le magistrat se déclare favorable à l'invalidité de la *Grant Act*.

"... La possibilité d'un abus de pouvoir n'est pas un argument contre l'existence d'un tel pouvoir. Mais si l'exercice d'un tel pouvoir par le Commonwealth mène à un résultat dont il serait impossible de croire que la Constitution (*statutes*) le permettrait, il y a de bonnes raisons de croire que l'interprétation donnée aux dispositions n'est pas la bonne¹⁸⁰... Dans mon opinion, l'objet de la loi [parlant des taux élevés] n'est pas simplement l'assistance financière des États, mais elle est liée à un objet qui est incompatible avec un pouvoir limité de la constitution, prévu à l'article 96, soit de faire du Commonwealth la seule autorité effective en matière d'impôt sur le revenu et de compenser les États pour les pertes en résultant (ma traduction).¹⁸¹"

¹⁷⁵ (1942) 65 CLR 429 (J. Latham)

¹⁷⁶ *State Grant Act (Income Tax Reimbursement Act)*, No. 20.

¹⁷⁷ *Farey c. Burnett* (1916) 21 CLR 433 ; *Andrew c. Howell*, (1941) 65 CLR 255, 263

¹⁷⁸ (1957) 65 CLR 437

¹⁷⁹ (1942) 65 CLR 373, 442.

¹⁸⁰ (1957) CLR 442

¹⁸¹ (1957) CLR 443

Il a été dit de l'affaire *First Uniform Tax Case*, que cette décision affecte à la fois le concept de l'équilibre fédéral et celui de l'autonomie des États, dont l'essence avait été reconnue dans certaines décisions.¹⁸² Pourtant, le raisonnement avancé dans cette affaire est conforme à celui qu'un auteur américain a déjà exprimé sur le fédéralisme fiscal. Les variations au chapitre des ressources entre les États justifient à elles seules que soit écartée la formule de subvention uniforme à leur administration.¹⁸³

Il est permis de spéculer sur la justesse de ces motifs. Dans un *Obiter* dont le caractère prête flanc à la controverse, le Juge Latham exprime ses réserves quant à la conformité du pouvoir de dépenser au principe fédéral. Le juge Latham y affirme que l'exercice effectif du pouvoir de dépenser peut conduire, au contrôle par le gouvernement fédéral de toutes les compétences des États. Certes, il s'agit d'un résultat qui pourrait signifier la fin de l'indépendance politique des États.¹⁸⁴ On cherchera longtemps¹⁸⁵ comment concilier le principe de la validité constitutionnelle d'une opération légale dont l'effet serait de conduire à l'anéantissement du principe même du régime fédéral. Pourtant, l'objet du pouvoir de dépenser est justement de permettre la mise en oeuvre d'un aspect essentiel du fédéralisme, soit le partage des compétences. Les distinctions nécessaires s'imposent entre l'aspect financier et l'aspect réglementaire de l'exercice du pouvoir de dépenser. L'interpénétration des tâches à elle seule, permet d'expliquer l'harmonisation des pouvoirs des administrations autonomes dans les arrangements financiers qui les lient. Il semble que l'*obiter* du juge Latham ne tienne pas compte de ce principe. Cette approche est d'ailleurs similaire à celle soumise par le procureur des États-demandeurs dans la deuxième affaire *Uniform Tax Case* que nous verrons.¹⁸⁶

Nous avons examiné soigneusement les pouvoirs en matière de prélèvement obligatoires dans les régimes fédéraux du Canada et de l'Australie. Le Chapitre qui suit constitue une revue et une analyse des sources du pouvoir de dépenser au Canada, en Australie et aux États Unis. Nous verrons également certains aspects pertinents dans le modèle européen.

¹⁸² *Melbourne corporation v. Commonwealth (State Banking Case)*, (1947) 74 CLR 31 ; *Queensland Electricity Commission v. Commonwealth*, (1985) 159 CLR 192.

¹⁸³ MONYPENNY, Phillip, "Federal Grants in aid to states Governments: a Political Analysis", 1960 (XIII) *National Tax Journal*, 1,1.

¹⁸⁴ WHEARE, *Loc.Cit*, Note 7, p. 102; j. Latham p. 429.

¹⁸⁵ Pour sa part, K.C. Wheare déclare simplement que toute autre interprétation aurait été préférable à celle du juge Latham; WHEARE, *Op.cit*, note 7, 107.

¹⁸⁶ *Victoria c. Commonwealth (Second Uniform Tax Case)*, (1957) 65 CLR 435

CHAPITRE II - LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER: À LA LIMITE DE LA LÉGALITÉ ET DE L'OPPORTUNITÉ

SECTION I - LES FONDEMENTS DOCTRINAUX ET JURISPRUDENTIELS DU POUVOIR DE DÉPENSER AU CANADA

A) Des principes constitutionnels sibyllins expliqués par une conception socio-économique du pays

En comptabilité nationale, il faut faire en sorte d'empêcher l'administration de masquer les recettes derrière des dépenses ou de masquer des dépenses derrière des recettes. **Édr ALLK**

Il est entendu que le pouvoir de dépenser est englobé dans le pouvoir d'affectation des crédits. Au Canada, le Conseil du Trésor et le Comité des priorités, deux comités du Cabinet, disposent de la compétence exclusive relativement aux dépenses, par l'autorisation de crédits sur le trésor.¹⁸⁷ De façon exceptionnelle, l'exercice du pouvoir de dépenser peut aussi se faire par le moyen de certaines préférences fiscales. Ces dernières sont alors prévues dans la législation relative aux prélèvements obligatoires.¹⁸⁸ Que le pouvoir de dépenser soit exercé d'une manière ou d'une autre, il est étroitement géré par l'exécutif, en raison de son caractère délicat. Ceci résulte du phénomène de l'interdépendance, reconnu dans le fédéralisme moderne.

De l'interdépendance découle l'interpénétration des tâches. Par exemple, les deux paliers de gouvernement ont besoin l'un de l'autre pour exercer leurs compétences respectives. Leurs contributions mutuelles seront dès lors nécessaires pour adapter leurs actions respectives aux nouvelles réalités économiques et sociales. L'interdépendance pourrait donc aussi constituer un effet de la détention du pouvoir de dépenser. Il reste à savoir s'il ne s'agissait pas, au fond, du dilemme de la poule et de l'oeuf. Autrement dit, nous nous serions tournés vers l'État fédéral parce qu'il disposait des moyens financiers, et pour justifier juridiquement l'existence de ces moyens, nous en aurions simplement reconnu la nécessité.

¹⁸⁷ *Loi sur la gestion des finances publiques*, Article 7 (pouvoirs généraux), article 26, (dépenses publiques); article 30 (situation d'urgence).

¹⁸⁸ Certaines sont raisonnables en ce qu'elles reconnaissent le coût supporté par un contribuable pour des besoins fondamentaux, déduction des frais de scolarité cf. article 118.5 *LIC*; en matière de santé, déduction pour frais médicaux, c.f. article 118.2 *LIC*; d'autres sont plus discutables v.g. en matière d'éducation, la déduction de certaines dépenses peut favoriser la mobilité de la main-d'oeuvre lorsque l'enseignement dans la première langue officielle n'est pas disponible au lieu où l'employé est tenu de demeurer cf. 6(1)(b)(ix) *LIC*; crédit pour déficience mentale ou physique, article 118.4. *LIC*.

Pour qu'une telle reconnaissance entraîne des effets juridiques et puisse faire l'objet d'un recours devant les tribunaux, il importe que celle-ci soit explicitement reconnue dans une modification constitutionnelle. Cela s'est produit de façon formelle à deux reprises, lorsque les gouvernements des provinces ont donné leur assentiment relativement aux modifications constitutionnelles concernant l'attribution de nouvelles compétences au Parlement fédéral. Il s'agit, en un premier temps, de la *Loi constitutionnelle de 1940*¹⁸⁹, concernant l'assurance-chômage, et plus tard, de la *Loi constitutionnelle de 1964*¹⁹⁰ concernant les pensions de vieillesse et les prestations additionnelles.

A l'opposé, une reconnaissance informelle, telle qu'une convention constitutionnelle, comporte deux inconvénients importants. D'abord, elle serait source d'incertitude sur le plan juridique en raison des preuves à établir quant à son existence¹⁹¹. D'autre part, les limites d'un recours devant les tribunaux dont elle pourrait faire l'objet affectent l'utilité d'une reconnaissance informelle. Pour cette raison, nous l'écartérons de notre champ d'étude.

En revanche, s'il est concevable de considérer le pouvoir de dépenser comme un principe implicite déjà inscrit dans la constitution, la démarche d'une nouvelle modification constitutionnelle ne serait pas nécessaire quant à sa reconnaissance. Cette question est très importante, car du succès de cette démonstration découle la validité de l'argument selon lequel l'existence même du pouvoir de dépenser peut constituer un enjeu politique de chaque négociation constitutionnelle. C'est ce que nous cherchons à élucider dans le chapitre qui suit.

1) Présentation et analyse des théories

De façon générale, la doctrine admet la définition du pouvoir de dépenser proposée dans le *Document de travail du gouvernement fédéral*, qui fut présenté lors de la conférence constitutionnelle de 1989 :

"En termes constitutionnels, l'expression "pouvoir de dépenser" a une signification qui est propre aux institutions canadiennes, savoir le pouvoir qu'a le Parlement de verser certaines sommes aux individus, à des fins au sujet desquelles le Parlement canadien n'a pas nécessairement le pouvoir de légiférer".¹⁹²

On peut comprendre la raison d'être du pouvoir de dépenser en se référant au

¹⁸⁹ 3-4 Georges IV Chap. 36 (RU)

¹⁹⁰ 12-13 Elizabeth II, c. 73 (R.U.)

¹⁹¹ Cette acceptation a pu se faire par l'appel à l'expression de la volonté populaire: en 1963, le gouvernement fédéral s'était fait élire sur la promesse d'instituer un programme national d'assurance-santé et d'allocations familiales. Voir *Rapport McDonald, Op.Cit.*, note 1, 278.

¹⁹² TRUDEAU P.E., *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement Canadien*, Document de travail sur la constitution, Ottawa, 1969, 4. (cité, TRUDEAU no. 2).

contexte historique de l'évolution du fédéralisme canadien.¹⁹³ D'un respect rigoureux du partage des compétences, le «fédéralisme classique», nous sommes passés à un régime moins formaliste basé essentiellement sur des ententes administratives, le «fédéralisme coopératif».¹⁹⁴

Du point de vue de certaines provinces plus revendicatrices, ce nouveau régime constitue en fait un système centralisé sous le couvert d'un fédéralisme décentralisé, où l'administration centrale convoque les provinces à des réunions de consultations qui sont en fait des tribunes où sont annoncées des politiques nationales. Pour celles-ci, l'expérience démontre que le gouvernement fédéral garde en tout l'initiative et le contrôle des décisions finales, puisque le régime des ententes ne s'appuie que sur des *gentlemens' agreements* quand il ne s'agit pas simplement de lois fédérales.¹⁹⁵ À l'opposé, dans le cas de ces dernières, on préférerait disposer de transferts inconditionnels et d'un maximum d'autonomie dans l'élaboration de leur réglementation.¹⁹⁶

Là n'est pas l'essence du «fédéralisme coopératif». L'interdépendance des compétences, qui justifie le maintien du déséquilibre fiscal, est une question de fait et non pas d'équité. Dans le «fédéralisme coopératif», la formule de transferts qui caractérise le «fédéralisme coopératif» constitue un expédient permettant à des provinces d'exercer leurs compétences alors que leurs ressources étaient initialement limitées par rapport aux responsabilités à assumer. Au demeurant, cette formule permet de maintenir, à la fois les ressources financières d'un régime fiscal intégré à l'échelle nationale, et le principe d'autonomie des provinces.

Dans ces conditions, il est raisonnable que le gouvernement fédéral dispose d'une certaine latitude en matière d'initiative et jouisse d'une souplesse suffisante pour le contrôle des décisions finales. Toutefois, les provinces devraient avoir l'assurance d'une certaine sécurité financière, du moins quant au respect des engagements d'Ottawa en matière d'assistance financière. La souplesse du *gentlemens' agreement* en fait un atout important pour le gouvernement fédéral, mais son usage suppose un prix politique.

Il y aurait une solution de rechange qui consiste à étendre la capacité de financement des provinces, en élargissant les compétences fiscales existantes ou en révisant la répartition des pouvoirs. C'est d'ailleurs dans cette voie que le *Rapport de la commission Rowell-Sirois* suggérait d'orienter les prochaines modifications

¹⁹³ OATES Wallace E, *Op.Cit*, note 48.

¹⁹⁴ Andrew PETER, "Federalism and the myth of spending power", (1989) *CBR* 448, 449.

¹⁹⁵ Voir *Loi sur le contrôle des dépenses*, février 1991. Cette loi impose une limite aux dépenses de l'ensemble des programmes fédéraux, à l'exception des programmes auto-financés où le gouvernement fédéral s'était formellement désengagé du financement.

¹⁹⁶ SMILEY, D.V., BURNS, R.M., "Canadian Federalism and the Spending Power: Is Constitutional Restriction Necessary", (1969) 1-7, *Canadian Tax Journal* 467, 468.

constitutionnelles éventuelles.¹⁹⁷ Cependant, c'est justement pour éviter le démantèlement du système fiscal intégré que ces recommandations furent occultées par les propositions du *Livre vert*. Présenté à l'occasion de la Conférence sur la reconstruction de 1945 qui a suivi la fin de la Deuxième Guerre mondiale, le *Livre vert* exposait la position du gouvernement canadien. Face à l'impossibilité d'en arriver à une entente sur la délicate question du partage des compétences, Ottawa usa de la stratégie consistant à proposer des interventions dont il gardait l'initiative et le contrôle. À cette fin, il se replia sur la compétence fiscale, qui garantissait sa prépondérance dans le financement des programmes et que la fin de la guerre aurait autrement rendue inutile.

Le fonctionnement d'un tel système se justifie, en pratique, par l'importance des besoins financiers des provinces combinée au devoir de la population en période de crise.¹⁹⁸ En fait, ces provinces ne trouvèrent pas opportun de contester la source du pouvoir que s'arrogeait ainsi le gouvernement central de dépenser des sommes dans des matières tombant à l'extérieur de ses champs de compétences législatives.¹⁹⁹ Pourtant, ce qui constitue le pouvoir de dépenser reste une notion juridique quelque peu obscure, sans assise constitutionnelle précise ou explicite. Plusieurs auteurs ont donc tenté de supporter cette notion par des théories interprétatives. Cependant, chacune d'entre elles a déjà fait l'objet de commentaires de nature critique qui n'ont suscité qu'une faible résistance.

La *Commission McDonald* nous déclarait que le bien-fondé du pouvoir de dépenser était le résultat d'une conciliation entre, d'une part, l'intérêt national et les changements d'objectifs nationaux qui s'y rattachent et, d'autre part, la nécessité de préserver le caractère de diversité du fédéralisme ainsi que l'intégrité des administrations provinciales.²⁰⁰ Cette notion est fondamentale et devrait servir de référence pour l'évaluation des différentes théories proposées sur le pouvoir de dépenser.

Nous ferons un exposé sommaire de ces théories selon une classification basée sur l'importance et la portée qu'elles accordent aux initiatives du gouvernement, en ce qui concerne la mise en oeuvre du pouvoir de dépenser. Des positions les plus centralisatrices aux plus décentralisatrices, certaines correspondances s'établiront naturellement avec les notions élaborées précédemment en matière de droit des finances publiques.

¹⁹⁷ COMMISSION ROYALE SUR LES RELATIONS ENTRE LES PROVINCES ET LE DOMINION, *Rapport*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1940, ci-après appelé Rapport de la Commission Rowell-Sirois.

¹⁹⁸ Rapport McDonald, *Op.Cit.*, note 75, 7, 277.

¹⁹⁹ COMMISSION ROYALE SUR LES RELATIONS ENTRE LES PROVINCES ET LE DOMINION, *Op.Cit.*, note 197, 453

²⁰⁰ Rapport McDonald, *Op.Cit.*, note 75, 7, 277.

a) **Des positions inconditionnelles à la faveur d'un pouvoir de dépenser absolu et illimité**

i) **La théorie du don de Scott**

Dans son article *Constitutional Background of Taxation Agreements*, F.R. Scott prend position en faveur d'une théorie fondée sur la prérogative royale de faire des dons.²⁰¹

"La seule exigence constitutionnelle pour les dons de la Couronne, c'est qu'ils doivent être faits suivant la ratification du Parlement ou des législatures. La Couronne est une personne capable de faire des dons ou de conclure des ententes comme toute autre personne à quiconque elle choisit de le faire. Cela dit, le Prince peut distribuer ses largesses à volonté. De tels dons n'ont pas à être acceptés; le donataire est toujours libre de les refuser comme le donateur de les offrir. Qui plus est, la Couronne peut toujours ajouter des conditions à ces dons pour lesquels un défaut d'observation entraîne la cessation."
(Traduction)

Le professeur Scott soutient que ce pouvoir découle de la prérogative royale, laquelle accorderait le même pouvoir à la Couronne provinciale. L'idée générale, à l'effet que le pouvoir de dépenser émane de la prérogative royale, jouit de certains appuis.

Dans son *Rapport*, la Commission McDonald s'est largement appuyée sur la théorie de Scott. Toutefois, la commission n'a pas adopté l'idée d'étendre l'application de la théorie du don au bénéfice des provinces. Pour distribuer des largesses, encore faut-il disposer de ressources.²⁰² Aussi l'application de la théorie du don aux provinces serait purement théorique, vu la capacité limitée des provinces en matière financière. Cet état de dépendance des provinces s'explique par leur manque d'emprise sur la politique monétaire.²⁰³

M. Saint-Laurent, premier ministre du Canada, utilisait aussi l'argument du caractère bilatéral du pouvoir de dépenser pour justifier le caractère illimité de ce pouvoir. M. Pierre-E. Trudeau, alors professeur, répliquait que, si tel était le cas, il suffirait que les deux provinces centrales occupassent au maximum le champ d'impôt direct pour réduire la constitution à néant.²⁰⁴

²⁰¹ SCOTT F.R., "The Constitutional Background of Taxation Agreements" 2 *McGill Law Journal* 1.

²⁰² *Rapport McDonald*, *Op.Cit.*, note 75, 7, 276.

²⁰³ Le pouvoir en matière monétaire est une compétence fédérale en vertu des paragraphes 91(14), (15), (16) et (19) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, note 135.

²⁰⁴ TRUDEAU Pierre-E., *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Éditions HMH, Montréal, 1967, 188, 91 (ci-après cité TRUDEAU no. 1)

C'est le même Pierre E. Trudeau qui devait opposer l'une des répliques les plus rigoureuses à cette théorie du don. Dans son ouvrage *Fédéralisme et société canadienne française*, il soutient que le gouvernement fédéral n'a de compétence fiscale que celle qui lui permettrait de lever des impôts directs ou indirects, pour des fins fédérales seulement.

"Conséquemment, si une loi fédérale donne pour des fins provinciales l'argent provenant des impôts, cette loi est illégale pour l'excellente raison que le fédéral ne peut pas légalement avoir dans ses coffres l'argent qu'il prétend après coup avoir pour des fins provinciales. *Nemo dat quod non habet*".²⁰⁵

La théorie du don de Scott renferme donc des contradictions dans l'application des principes généraux dont elle est précisément issue. Toutefois, la théorie comporte d'autres lacunes de nature plus substantielle.

Premièrement, la thèse n'est pas fondée puisqu'elle s'appuie sur la prétendue liberté qu'ont les provinces donataires d'accepter ou de refuser les sommes ainsi dépensées. Or, l'acceptation par ces provinces des transferts fédéraux ne provient pas d'un pouvoir discrétionnaire, ni même d'un consentement libre²⁰⁶. L'acceptation des provinces relève plutôt de leur incapacité de trouver une formule clé leur permettant de disposer des ressources fiscales afin d'exercer leurs compétences. Or, cette incapacité s'explique de deux façons: en substance, par des restrictions constitutionnelles²⁰⁷; en pratique, parce que l'assiette fiscale commune aux deux ordres de gouvernement est déjà entamée par les ponctions importantes du gouvernement fédéral.

La deuxième lacune a trait davantage aux principes fondamentaux de droit constitutionnel canadien: le «cloisonnement des compétences» doit prévaloir sur la théorie des «dimensions nationales», bien que la dernière puisse tenir lieu de contre-poids à la première.²⁰⁸ Or, le fait pour les provinces de refuser des transferts fédéraux rendrait les résidents de cette province sujets à une taxe sans bénéfice, alors que la taxe elle-même est appliquée de façon uniforme au pays. Pourtant, les partisans radicaux du pouvoir de dépenser soutiennent qu'aucune compensation ne devrait être offerte aux résidents des provinces qui exercent leur droit de se retirer des programmes nationaux. On pourrait répliquer à ceux-ci que la notion de contribuable canadien comprend également les résidents de la province désirant s'exclure des programmes

²⁰⁵ *Id.*, 88.

²⁰⁶ PETER, *Op.Cit.*, note 118, 194, 465. Voir également DRIEDGER, *Op.Cit.*, note 238, 270, 134.

²⁰⁷ Selon le professeur Driedger, il y a là un problème d'ordre politique qui ne peut être résolu que par l'adoption de modifications constitutionnelles; DRIEDGER, *Op.Cit.*, note 238, 270, 134.

²⁰⁸ Rapport McDonald, *Op.Cit.*, note 75, 7, 279.

nationaux. Un tel retrait est parfaitement justifié lorsque les modalités sont trop générales pour s'appliquer aux besoins particuliers des régions.²⁰⁹ Le cas échéant, toute pression politique tendant à imposer des normes aurait pour effet d'annuler les effets du partage des compétences.

La troisième lacune se rapporte au caractère unilatéral du pouvoir. Commentant cette théorie, les auteurs Smiley et Burns font remarquer que le pouvoir de dépenser n'est pas reconnu aux provinces ou, du moins, sa portée ne s'étend point aux questions non comprises dans leurs compétences législatives.²¹⁰ Or, le droit civil (dans la mesure où il s'applique aux actes de propriété du gouvernement)²¹¹ consacre clairement la maxime voulant que *donner et retenir ne vaut*.

Quatrièmement, bien que l'on reconnaisse l'acte de dépenser indépendamment de la législation qui l'autorise, les prérogatives à la base de cet acte devraient suivre le partage des compétences législatives.²¹²

Cette théorie a repoussé à la limite le concept d'intégration des tâches et la souplesse de la répartition des compétences. Cependant, elle porte aussi l'empreinte de «taxe sans bénéfice». Cette conséquence injuste de la théorie, combinée à son caractère unilatéral, en fait une contradiction dans les termes, puisque l'une de ses prémisses est la liberté. Un tel état de fait est difficilement compatible avec l'objectif de conciliation de l'intérêt national et de l'intégrité des administrations provinciales, que suggèrent les principes du fédéralisme et du fédéralisme fiscal.

ii) La théorie interprétative de Smiley et Burns

Pour leur part, les auteurs D.V. Smiley R.M. Burns appuient la théorie d'un pouvoir de dépenser fondé sur les paragraphes 91(1A) et 91(3).²¹³ Ces dispositions consacrent la compétence en matière de propriété et dette publique ainsi que tout autre mode de taxation. Elles sont complétées par l'article 102 autorisant l'établissement d'un Fonds de revenu consolidé. Ce pouvoir serait néanmoins encadré dans les limites de la compétence provinciale en matière de réglementation. Certes, la notion de normes nationales frôle à tout le moins cette limite. Les tenants de cette école maintiennent qu'il en va de la nature même du fédéralisme que le gouvernement central soit le dépositaire de l'intérêt national par le biais de ses institutions parlementaires. Dès lors, non seulement le pouvoir de dépenser apparaît comme essentiel au

²⁰⁹ SMILEY, D.V., BURNS, R.M., *Op.Cit.*, note 196, 478; (TRUDEAU no. 2.), *Op.Cit.*, note 109, 192, 51.

²¹⁰ SMILEY, BURNS, *loc.cit.*, note 196, p. 471.

²¹¹ Pour la distinction "actes de puissance publique" et "actes de propriété" du gouvernement, voir CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 155.

²¹² PETTER, *Loc.cit.*, note 118, 194, p. 455; *contra*: CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 156.

²¹³ SMILEY, BURNS, *loc.cit.*, note 196, p.471. Le *Rapport McDonald* en fait également mention.

fonctionnement du pays sur un plan strictement financier, mais son fondement constitutionnel serait si intimement lié aux conditions d'existence de la fédération canadienne que sa remise en cause ébranlerait la raison d'être des institutions centrales.

"Il n'y a pas de test ultime de l'intérêt national mais à moins que nous ne soyons préparés à considérer un rôle fondamental au gouvernement central à cet égard, une raison probante de son existence peut être difficile à trouver."²¹⁴

Cela reviendrait à dire que les institutions de l'administration centrale fondent leur raison d'être sur l'existence de l'un de leurs pouvoirs. Or, ce pouvoir proviendrait d'une mesure tendant à pallier le déséquilibre chronique des compétences fiscales des deux paliers de gouvernement en regard de leurs responsabilités.²¹⁵ Baser la raison d'être politique et constitutionnelle des organes centraux sur une imperfection du régime, est un exercice périlleux, puisqu'il rend le pouvoir fragile dans sa fonction, voire dans sa nature et sa source. Bien qu'une telle structure semble pour le moins précaire,²¹⁶ le déséquilibre des compétences fiscales est justifié par la nécessité d'éviter toute fragmentation des politiques fiscales. Si l'on considère la nette insuffisance des ressources des provinces les plus pauvres, ainsi que l'importance pour elles des transferts fédéraux,²¹⁷ on comprend alors toute la signification de la fonction redistributive d'un système fiscal intégré.

Malgré son caractère plus rigoureux que la précédente théorie, l'explication de Smiley et Burns n'échappe pas pour autant à la critique. D'une part, en invoquant les articles 91 et 92 pour justifier le pouvoir de dépenser, cette théorie leur prête un sens que ni les mots ni leur disposition dans le texte ne justifient²¹⁸.

D'autre part, l'argumentation fondée sur la "dette et propriété publique" avance comme admise en droit une théorie voulant qu'un pouvoir de dépenser emporte un pouvoir de réglementation. Or, une telle théorie est discutable. Les auteurs ne lui trouvent d'ailleurs aucun fondement en droit constitutionnel²¹⁹. En fait, invoquer le pouvoir de dépenser pour imposer des normes nationales dans des matières relevant de la compétence provinciale, revient à employer la voie indirecte pour effectuer ce qu'on ne peut faire directement. Qualifiée d'*ultra vires* par le comité judiciaire du Conseil privé, cette démarche a été désapprouvée dans *l'Affaire des conventions de*

²¹⁴ TRUDEAU no. 1, *Op.Cit.*, note 204, 14. Voir aussi dans le même sens: SMILEY et BURNS, *loc.cit.*, note 182, 474.

²¹⁵ SMILEY et BURNS *loc.cit.*, note 196, 474.

²¹⁶ CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 154. Le fondement du pouvoir de dépenser y est qualifié d'obscur.

²¹⁷ OATES, *Op.Cit.*, note 48.

²¹⁸ PETERS, *Loc.cit.* note 118, 194, p. 456.

²¹⁹ LAJOIE, André, "L'impact des accords du lac Meech sur le pouvoir de dépenser" dans *L'adhésion du Québec à l'accord du Lac Meech*, Montréal, Thémis, 199, 167.

*travail*²²⁰ relativement aux traités.

Cette théorie se fonde dans une moindre mesure sur les concepts d'intégration des tâches et de souplesse de répartition des compétences. Cependant, on remarque que, même si elle s'appuie sur les dispositions relatives à la compétence fiscale, cette théorie ne considère aucunement la dualité du fédéralisme fiscal. Comme proposé dans le paradoxe de Clark, ce double aspect aurait permis d'intégrer le principe des subventions inconditionnelles et la notion de connexité explicite.

En évitant le principe des subventions inconditionnelles, l'auteur réduit le pouvoir de dépenser au domaine des transferts financiers dans les programmes établis. Or, la péréquation est une composante fondamentale du fédéralisme fiscal.

La connexité explicite est aussi très significative. En l'évitant, l'auteur se prive d'un argument non négligeable fondé sur une interprétation littérale de la disposition *a contrario*. Parce que le paragraphe 91(3)²²¹ ne stipule pas explicitement que les fonds seront levés à des fins relevant exclusivement de sa compétence (comme c'est le cas pour l'équivalent provincial),²²² il n'y a aucune obligation de respecter la notion de connexité explicite.

Même les tenants d'un pouvoir de dépenser limité sont d'accord pour reconnaître qu'en général, la puissance exécutive se partage de la même façon que la puissance législative.²²³ Il s'agit alors d'une application de la notion de connexité en matière d'affectation de crédits. En général, les régimes constitutionnels connaissent des exceptions importantes en matière de gestion financière et fiscale en raison du caractère particulier de ces législations.²²⁴ Si une telle exception n'était pas admise dans les grands régimes démocratiques occidentaux, le Canada n'aurait probablement pas adopté de politiques interventionnistes sur le plan économique, de telle sorte que le débat sur le pouvoir fédéral de dépenser n'aurait pas lieu.

Pour ces raisons, nous recherchons une théorie qui intègre davantage les principes du «fédéralisme fiscal» et du «fédéralisme coopératif». Mais voyons d'abord, les autres théories.

²²⁰ *Affaire des Conventions de Travail de 1937*, note 136.

²²¹ Paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, note 135

²²² Paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, note 135

²²³ CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 156.

²²⁴ Concernant une étude comparative des systèmes américain, canadien, australien et français, voir WAADE, Hans, "Mandatory Apporopriations of Public Funds: A Comparative Study, Part I", (1974) 60 *Virginia Law Review* 39, 393-450, 421, 449. Concernant une étude comparative de tous les systèmes avec le système allemand, voir WAADE, Hans, "Mandatory Apporopriations of Public Funds: A Comparative Study, Part II", (1974) 60 *Virginia Law Review* 61, 611, 663, 662.

iii) *Document de travail du gouvernement fédéral*²²⁵

Dans son *Document de travail du gouvernement fédéral*,²²⁶ M.Trudeau, occupant alors la plus haute fonction politique du pays, propose une justification pratique du pouvoir de dépenser.

La justification d'un pouvoir fédéral de dépenser permettant au Parlement de contribuer à des programmes provinciaux dans les domaines qui sont des compétences provinciales se rattache à deux facteurs; d'abord, ce pouvoir se rattache à la nature même de l'État industriel moderne, interdépendance économique et technologique, interdépendance des politiques des divers gouvernements; deuxièmement, il se rattache à l'esprit communautaire qui fait que les résidents d'une partie d'un pays veulent contribuer au bien-être des résidents d'une autre partie du pays.²²⁷

Le document, sur le plan juridique, aborde aussi la question sous l'angle des compétences fiscales des ordres de gouvernement, faisant l'apologie du maintien des déséquilibres fiscaux au profit de l'interventionnisme du gouvernement fédéral. Ainsi, la source du pouvoir résiderait dans les paragraphes 91(3) en matière d'imposition et 91(1A) permettant au Parlement d'adopter des lois en matière de dette et propriété publique. Sans doute conscient de la faiblesse de cette justification juridique, l'auteur s'empresse de la compléter par d'autres justifications pratiques. Cette position s'exprime de la façon suivante:

D'une part, les variations de potentiel d'imposition entre les provinces en fonction de l'activité économique produiraient, si elles n'avaient recours qu'à leurs seules ressources, une iniquité telle qu'il faudrait appliquer dans certaines provinces des taux d'imposition largement supérieurs à ceux qui ont cours dans les provinces riches.²²⁸

D'autre part, l'auteur se garde bien de revendiquer de nouveaux champs de compétence dans des domaines qui coïncident avec l'intérêt national, domaines qu'il qualifie de "situations médianes".²²⁹ Encore une fois, l'auteur s'éloigne de ses prises de position antérieures lorsqu'il niait les fondements du pouvoir fédéral de dépenser.

²²⁵ TRUDEAU no. 2, *Loc.cit.*, note 109, 192.

²²⁶ *Id*

²²⁷ *Id*, 14

²²⁸ *Id.*: Le professeur Hogg souligne aussi cet élément du caractère socio-économique du Canada; il n'en fait pas un argument juridique pour autant. Voir HOGG, Peter W, *Constitutional Law of Canada (v. 1)* 3^{ed}, Toronto, Carswell, 1992, 6-17, 6-24.

²²⁹ *Id.*, 33.

" Dès lors, si un gouvernement dispose d'une telle surabondance de revenus qu'il entreprend d'assurer la partie du bien commun qui n'est pas de sa juridiction, la présomption se crée qu'un tel gouvernement a pris plus que sa part de capacité taxable. Cette présomption n'est pas irréfutable... Par contre, il est des cas où la présomption se résout avec certitude."²³⁰

Ayant démontré les mérites de l'interdépendance et de l'esprit communautaire, le document souligne que le meilleur mécanisme pour communiquer l'intérêt national aux provinces est d'en confier la charge au Parlement fédéral. Dans un régime fédéral, un Parlement élu directement au suffrage universel assurerait - selon certaines prétentions - la représentation d'intérêts régionaux. Malheureusement, voilà une argumentation qui dépasse les limites inhérentes d'un régime de démocratie parlementaire dans lequel les intérêts régionaux sont occultés par un principe de responsabilité ministérielle favorisant plutôt le vote selon la ligne de parti, voire de l'exécutif. Ainsi, la rencontre de l'électorat n'est pas nécessairement la solution à cette lacune. Pourtant, M. Trudeau, en toute connaissance de cause soutient la position suivante:

"Nous voulons tout simplement dire que le Parlement élu par toute la nation a un rôle unique et légitime à jouer dans la détermination de l'intérêt national, même lorsqu'il s'agit de compétence provinciale."²³¹

Étant donné que le peuple canadien s'en remet à un Parlement élu par tous pour servir leurs intérêts nationaux, ce Parlement devrait pouvoir jouer ce rôle de concert avec les provinces. Cette collaboration devrait être empreinte d'harmonie afin qu'on obtienne les meilleurs résultats dans les politiques et les programmes provinciaux dont les effets dépassent les frontières d'une province donnée. Tel ne fut pas le cas jusqu'à maintenant, car l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser a souvent été, pour certaines provinces, une source de litiges et de frustrations.²³²

Cette controverse n'est pas étrangère aux nombreuses lacunes de la théorie proposée par le document fédéral. Premièrement, la justification proposée du pouvoir fédéral de dépenser comporte une anomalie en ce qu'elle reste silencieuse sur les

²³⁰ TRUDEAU, no. 1, *Op.Cit.*, note 204, 82; Cette opinion est également partagée par la professeure Lajoie dans LAJOIE, *Loc.Cit.*, note 219, 292, 167. Chose curieuse, cet argument n'a pas été présenté dans les documents de travail du ministère des Finances du Québec lors des négociations des accords fiscaux de 1981.

²³¹ TRUDEAU no. 2, *Loc.Cit.*, note 109, 192, 14.

²³² REMILLARD, Gil, "Rebuilding the Relationship: Québec and its Confederation Partners" Dans BEYEFESKY, ANNE, F., *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments, A Documentary History v.1*, Ottawa, Mc Graw-Hill Ryerson Ltd., 1989, 944, 946 (lors du séminaire du Mont-Gabriel, au Québec le ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes qualifie l'exercice du pouvoir de dépenser d'intrusion intolérable dans les domaines culturels au Québec). Voir aussi DRIEDGÉR, *Op.cit.*, note 238, 270, 134.

passages les plus gênants du jugement du Conseil privé.²³³ Dans ses écrits antérieurs, M.Trudeau s'étonnait même du fait que les électeurs ne se soient pas indignés de ce qu'il appelait un détournement de Fonds.²³⁴

Deuxièmement, on peut confronter aux autres justifications proposées les positions exprimées par l'auteur lui-même, l'ex-Premier Ministre, alors qu'il était professeur. Dans son premier ouvrage, alors qu'il dénonçait vigoureusement la théorie du pouvoir de dépenser illimité, notre auteur avait été jusqu'à ébranler les piliers juridiques des théories qui la soutenaient: il visait particulièrement celle du don (Scott)²³⁵ et celle fondée sur la compétence fiscale (reprise par MM. Smiley et Burns).²³⁶ Heureusement pour la cohérence de son oeuvre, il conclut néanmoins en déclarant qu'il est permis de donner avec modération, même en dehors de sa juridiction.²³⁷

Troisièmement, la définition même de "pouvoir de dépenser" à laquelle se réfère le document est discutable. En traitant d'un pouvoir permettant d'effectuer des paiements au-delà des limites des domaines exclusivement fédéraux ou provinciaux, l'auteur se réfère à un concept inexistant: le concept de pouvoirs exclusivement fédéraux ou provinciaux est inconnu en droit constitutionnel canadien. Le partage des compétences se rattache plutôt à la notion de matières-sujets. Ainsi la définition du "pouvoir de dépenser" devrait donc s'énoncer autrement, à savoir: le pouvoir du Parlement d'effectuer des paiements à des personnes ou des institutions pour une mission relevant d'une matière pour laquelle le Parlement ne dispose pas nécessairement d'une compétence exclusive²³⁸.

Quatrièmement, en s'appuyant sur le paragraphe 91(3), l'auteur invoque une disposition dont personne d'autre que le constituant n'est autorisé à étendre la portée. Le paragraphe 91(3) a pour équivalent les articles 16 de la constitution américaine (*general welfare clause*)²³⁹ et 96 de la constitution australienne. Or ces articles prévoient spécifiquement que l'État fédéral a le pouvoir d'affecter les crédits à sa discrétion²⁴⁰.

²³³ *A.G. Canada c. A.G. Ontario*, [1937] A.C. 326, 337; [1937] D.L.R. 1 673 (PC).

²³⁴ TRUDEAU no.1, *Op.Cit.*, note 204, 88.

²³⁵ *Id.*, 90.

²³⁶ *Id.* 88.

²³⁷ *Id.* 100.

²³⁸ DRIDGER, E.A., "The Spending Power", (1981-2) 4 *Queen's L.J.* 135 à 143.

²³⁹ 16^e amendement de la *Constitution américaine*. Voir section IV de la présente partie.

²⁴⁰ DRIEDGER, précité, note 238, 270, 126.

Cette thèse mise essentiellement sur l'équivalent canadien de l'interpénétration des tâches, le fédéralisme souple. Toutefois, faute de circonscrire son application par des limites précises, (restriction quelconque reliée à l'approbation des provinces), elle risque d'être source d'abus. Le résultat serait de rendre académiques et inutiles les dispositions constitutionnelles sur le partage des compétences, ce qui serait bien mal servir l'intérêt national, au nom duquel les objectifs des politiques nationales sont prétendument fondés.

b) Des positions nuancées justifiant un pouvoir de dépenser restreint

i) La position de K.C. Wheare²⁴¹

La doctrine portant sur les pouvoirs financiers fédéraux dans des champs de compétence réservée aux provinces a dépassé le cadre des facultés de droit au Canada. Le doyen d'Oxford, Kenneth Clinton Wheare, suggère le principe d'un pouvoir de dépenser propre au régime fédéral canadien. Dans son ouvrage *Federal Government*,²⁴² il analyse la jurisprudence australienne et américaine en la matière et tire la conclusion, qu'on a mal interprété le jugement du comité judiciaire du conseil privé dans l'*Affaire de l'assurance-chômage*.²⁴³

" Il est incorrect de conclure que le Comité judiciaire a adopté un principe complètement différent de celui des tribunaux des États-unis et d'Australie. Il reconnaît sans doute, à l'instar des autres, que le pouvoir de taxer et les pouvoirs appropriés peuvent être utilisés pour affecter un champ plus large d'activités que celui qui lui serait strictement confiné selon les compétences législatives du gouvernement général (fédéral). Mais là où il peut différer des deux autres, c'est au sujet du degré de latitude qui lui est permis à cet égard" (ma traduction).²⁴⁴

A la lumière de cet extrait, M. Wheare reconnaît implicitement l'existence inhérente du pouvoir de dépenser dans un régime fédéral. Cette approche, en droit canadien, est conforme avec l'application de pouvoirs accessoires étendus au pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement. Selon le paragraphe 26(2) de la *Loi d'interprétation*, un pouvoir conféré ou un devoir imposé comporte les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette chose. Si l'étendue des pouvoirs accessoires est à la mesure de l'importance du pouvoir ou du devoir en cause, certes le pouvoir de dépenser est un pouvoir inhérent dans notre régime fédéral.

Malgré la généralité du pouvoir inhérent, l'auteur reste favorable à son encadrement: «D'un point de vue strictement fédéral, le pouvoir financier devait être délimité selon les mêmes restrictions que celles issues des champs de compétences législatives. Toutefois «ce n'est pas le point de vue des tribunaux de toutes les fédérations». ²⁴⁵ Cette analyse doit être appréciée à la lumière du principe fédéral selon lequel «les pouvoirs financiers doivent être coordonnés et non subordonnés les uns

²⁴¹ WHEARE, K.C., *Federal Government*, 4e édition, Oxford, 1963, 93, 108.

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Affaire de l'assurance-chômage*, *supra*, note 33.

²⁴⁴ WHEARE, *Op,Cit*, note 59, 469, 102

²⁴⁵ *Id.*, p. 101.

aux autres».²⁴⁶

L'auteur, qui fut conseiller constitutionnel pour Terre-Neuve (43-47), confirme donc que nous avons là une question de nature politique. Ainsi, les tribunaux n'interviendront pas dans un domaine qui, à leur avis, relève davantage de la souveraineté du Parlement. La principale difficulté, en ce qui a trait au pouvoir de dépenser, vient du fait que, du point de vue juridique le gouvernement fédéral est juge et partie de la conciliation de l'intérêt national et de l'intégrité des administrations provinciales. C'est lui seul qui, prétendant agir au nom de l'intérêt national, détermine actuellement jusqu'où il peut exercer son pouvoir de dépenser.

Nous ne sommes pas prêts d'adopter la théorie d'un pouvoir de dépenser inhérent, que semble suggérer M. Wheare. Toutefois, la position de M. Wheare permet d'intégrer le paradoxe de Clark, en justifiant à la fois le maintien des subventions conditionnelles et inconditionnelles. La question qui subsiste est de savoir comment, dans l'état actuel du droit, respecter à la fois le principe de connexité et la responsabilité fiscale en y intégrant la notion de garantie de l'exercice des compétences pour les provinces.

ii) La position du Juge LaForest

Les tenants des diverses théories ont en commun une conception centralisatrice des institutions issues du fédéralisme. Cette position est même incontournable en ce qui concerne le pouvoir de dépenser ou ses conditions de développement. On admettra que, sans un déséquilibre fondamental des ressources nationales et régionales, le pouvoir de dépenser n'aurait jamais été financièrement défendable. Pourtant, en matière de transferts financiers aux administrations provinciales, entre la stipulation de conditions et la réglementation, il n'y a qu'une mince frontière. Cette frontière n'a jamais été définie, bien qu'il soit possible de mesurer, lorsqu'on s'en approche, les risques politiques et juridiques courus.

Cette ambiguïté s'explique. Non seulement la Constitution ne donne que peu de précisions sur la question du pouvoir de dépenser, mais encore la jurisprudence, pour rarissime qu'elle puisse être, est équivoque et vague. Dans *l'Affaire de l'assurance-chômage*,²⁴⁷ le Conseil privé devait se prononcer sur la constitutionnalité d'un programme d'assurance sur les salaires financés à même le Fonds consolidé. Le programme fut déclaré *ultra vires* parce qu'il constituait en substance (*pith and substance*) un empiétement de la compétence provinciale en matière de "propriété et droit civil". Par contre, le pouvoir de lever des impôts directs et indirects à des fins provinciales n'a pas été véritablement remis en cause. Malheureusement, la formule utilisée par le Conseil privé pour exprimer cet énoncé n'était pas des plus limpides.

²⁴⁶ *Id.*, p. 93.

²⁴⁷ *Affaire de l'assurance-chômage*, *Supra*, note 33.

Alors que certains voient ce jugement comme une interdiction de dépenser au-delà des domaines de compétence relevant strictement du Parlement fédéral, d'autres y découvrent une ouverture et l'interprètent comme permettant la dépense dans la mesure où elle ne correspond pas à une réglementation des matières relevant des compétences des provinces. C'est le cas du professeur Gérard V. LaForest:

"However, It seems reasonably clear that the passage asserts the federal Parliament's competence to create funds by taxation and to distribute them by grants in any manner it sees fit, subject to the qualification that it must stop short of a scheme which in its true character is not an exercise of jurisdiction over public property but legislation in respect of a provincial matter."²⁴⁸

Dans son ouvrage *Natural Resources and Public Property*, Gerard Laforest situe le fondement du pouvoir de dépenser dans la portée étendue de l'article 102, lequel doit être lu à la lumière de l'article 118 qui prévoit le paiement de transferts aux provinces.²⁴⁹ Malgré l'importance insoupçonnée de cet article, les versements ont déjà constitué près de la moitié du budget des Provinces.²⁵⁰

La compétence du Parlement fédéral est spécifiquement reconnue en matière de propriété publique. Une dette envers la couronne fédérale fait partie de la propriété publique. Que l'opération initiale soit un acte de prérogative ou un acte privé, il est possible au Parlement d'élaborer une nouvelle réglementation de l'ensemble des conditions qui entourent cette dette. Ces conditions peuvent même déborder le cadre limité du partage des compétences, puisqu'en les adoptant, le Parlement fédéral s'appuie sur son pouvoir en matière de propriété publique. Si le débiteur accepte les conditions posées, il n'a pas intérêt à s'en plaindre.

Cet exercice indirect du pouvoir de dépenser, en deux étapes, nous laisse entrevoir un pouvoir de dépenser illimité. De là à effectuer une subvention conditionnelle en une seule étape, il n'y a qu'un pas, qu'une fine nuance juridique pourrait permettre de franchir. Entre l'opération légale et l'effet pratique de la loi, les tribunaux ont le choix des armes pour valider ou invalider de telles manoeuvres. Leurs positions restent à déterminer.

En aucune façon, *l'Affaire de l'assurance-chômage*²⁵¹ ne restreint la discrétion du Parlement dans sa détermination des objets visés par le "service public du Canada". Il est vrai que le Conseil privé a élargi la règle d'interprétation permettant

²⁴⁸ LaFOREST G.V., *The Federal Power of Taxation under the Canadian Constitution*, Canadian Tax Papers, (Canadian Tax Foundation) No. 46, avril 1967, ch. II., 140

²⁴⁹ L'article fut remplacé par la *Loi constitutionnelle de 1907*, 7 Edward VII, c. 11 (R.-U.); ensuite il fut abrogé par la *Loi de 1950 sur la révision du droit statutaire*, 14 George VI, c. 6 (R.-U.).

²⁵⁰ *Rapport de la Commission Royale d'Enquête sur les Problèmes Constitutionnels*, 1955, vol. 1, 76.

²⁵¹ *Affaire de l'assurance-chômage*, *supra*, note 33.

de circonscrire le domaine d'application des objets provinciaux.²⁵² Cette autorité judiciaire a également laissé ouverte la question du pouvoir du gouvernement fédéral de lever des taxes indirectes à des fins provinciales.²⁵³ Toutefois, l'incertitude reliée à ces questions est très loin de pouvoir empêcher le Parlement de lever des impôts généraux pour distribution de transferts ou autres subsides aux provinces. De même, la Constitution ne fait pas de distinction entre les transferts aux individus, aux organismes ou aux provinces.

La position du professeur LaForest situe l'exercice du pouvoir de dépenser dans les limites de la constitutionnalité. On constate qu'elle s'inspire davantage du concept d'intégration des tâches et de la souplesse de la répartition des compétences. Cependant, elle ne précise pas comment devrait être contrôlée l'administration fédérale à cet égard. Nous connaissons les risques d'une telle incertitude. Un tel état de fait est difficilement compatible avec l'objectif de conciliation de l'intérêt national et de l'intégrité des administrations provinciales.

Aussi, il est difficile de ne pas voir dans les observations du professeur LaForest une identité, entre la source du pouvoir de dépenser et ses modalités d'exercice. Cette identité serait conforme aux dispositions financières de la *Constitution australienne*, lesquelles n'ont aucune correspondance explicite dans les *Lois constitutionnelles canadiennes*. Ces distinctions sont de nature à diminuer sérieusement l'utilité de cette position du professeur LaForest, si bien qu'à défaut de précisions supplémentaires, celle-ci ne semble pas répondre aux exigences du fédéralisme fiscal au Canada.

²⁵² *Citizens Insurance Co. c. Parson*, (1881-82), 7 A.C. 96 >

²⁵³ *Caron c. R.* [1924] A.C. 999.

iii) Le Comité sur la constitution de l'Association du Barreau Canadien.²⁵⁴

Dans son étude *Vers un Canada Nouveau*,²⁵⁵ le comité sur la Constitution de l'Association du Barreau Canadien avance la thèse du pouvoir de dépenser en vertu du pouvoir virtuellement illimité du Parlement de lever des impôts²⁵⁶ et de consacrer les sommes ainsi prélevées pour tout objet que le Parlement peut réputer être de sa compétence, excepté les domaines assujettis au pouvoir législatif dévolu aux provinces.

La rationalité politique du maintien et de la consécration du pouvoir de dépenser, selon ce Comité, repose sur une reconnaissance, qu'il prétend explicite dans la Constitution, d'une argumentation économique. Nous avons déjà montré la nécessité pratique d'un tel pouvoir, compte tenu des limites des compétences fiscales des provinces en regard de leurs obligations. Aussi, la position du Comité favorise implicitement le maintien de ce déséquilibre des ressources fiscales entre les deux gouvernements.²⁵⁷ Il existe de grandes différences entre les provinces dans leur capacité et leurs obligations tant au niveau financier, qu'à d'autres niveaux. Même en surmontant cette difficulté, il faudrait supposer que tous les problèmes sont, ou exclusivement nationaux, ou exclusivement locaux.²⁵⁸

Même si l'on fait abstraction des mécanismes de coordination et de délégation inter-gouvernementaux, cet argument n'en sert pas moins bien la théorie du pouvoir de dépenser, au profit des provinces moins nanties et du leadership politique des institutions fédérales. D'ailleurs, pourquoi en serait-il autrement ? L'un des effets les plus évidents du pouvoir de dépenser a été de favoriser l'initiative des institutions nationales au détriment des décisions de niveau provincial. Aussi, une telle pratique n'a été possible par le passé qu'en raison de la position de force du gouvernement fédéral en matière financière. Par exemple le logement et «l'isolation thermique» présentent tous deux un caractère local, mais l'isolation est intimement liée aux objectifs de la politique nationale énergétique alors que le logement est lié à la politique nationale économique.

Le Comité soutient la thèse que le transfert complet des compétences en un domaine précis pourrait rétablir l'équilibre constitutionnel. Nous sommes fortement en désaccord avec cette proposition, fondée uniquement sur un partage selon les recettes. Il existe une difficulté théorique et pratique, en ce qui concerne le transfert des ressources fiscales aussi bien que celui des compétences.

²⁵⁴ BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada Nouveau*, 1967.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ Paragraphe 91(3), *Loi constitutionnelle de 1867*, note 135.

²⁵⁷ BARREAU CANADIEN, *Op.Cit*, note 254, 82.

²⁵⁸ *Id.*, 83.

D'abord, même s'il était possible de redéfinir le partage des ressources fiscales au fur et à mesure de l'évolution des situations et des besoins, cette option serait source de lourdeur administrative et de complexité dont l'avantage serait difficile à démontrer. Ensuite, il y aurait une perte nette liée à la disparition des économies d'échelle.

Ensuite, un tel transfert de compétences ne pourrait s'appliquer qu'aux compétences fiscales nécessaires pour permettre de satisfaire les besoins financiers. La conception et l'administration d'un système fiscal doivent reposer sur une connaissance approfondie des règles, pratiques et tendances qui existent dans tous les domaines d'activité socio-économique d'un pays, tant dans le secteur public que privé. En revanche, si la redéfinition des compétences portait plutôt sur les compétences législatives autres que celles relatives à la fiscalité, on comprend qu'elle influencerait sur la charge de l'exécutif. Or, cet aspect de la constitution n'a pas été développé en profondeur dans le document présenté par le Comité.²⁵⁹ En outre, la dichotomie des deux thèses subsiste quant à une définition des pouvoirs exécutifs fondée sur la trame des pouvoirs législatifs, ou encore en tant que pouvoir autonome.

Que la solution réside dans le transfert des pouvoirs fiscaux à l'organe exécutif ou dans celui des compétences de l'exécutif au détenteur des ressources financières, il est raisonnable de conclure que l'évaluation d'une telle opération devrait se faire à la lumière de l'objectif poursuivi à l'origine, soit la conciliation entre les objectifs nationaux et l'intégrité des administrations provinciales.

Le rapport n'a pas atteint ce niveau de profondeur. La source du pouvoir de dépenser reposerait essentiellement sur une argumentation économique qui ne reconnaît aucunement l'interdépendance à l'intérieur d'une fédération moderne. Pourtant, le comité du Barreau est le seul qui, jusqu'à maintenant, propose fermement de soumettre le pouvoir de dépenser à l'approbation des provinces. Ce caractère en fait un point de référence en matière d'évaluation des politiques. Alors que les autres théories laissent au gouvernement fédéral le rôle exclusif d'évaluer l'intérêt des provinces, on ne peut que saluer une démarche qui reconnaît pleinement les capacités et les droits de toutes les parties concernées à faire valoir leurs intérêts.

²⁵⁹ *Id.*, 37

iv) La position du Juge Beetz²⁶⁰

Dans son article intitulé *Les attitudes changeantes du Québec*,²⁶¹ le professeur Beetz (c'était alors son titre) nous présentait une position plutôt restrictive du pouvoir de dépenser.

Le juge Beetz est demeuré relativement constant dans son analyse concernant la notion du pouvoir de dépenser. Nous rappellerons à cet effet sa dissidence dans l'arrêt sur la *Loi anti-inflation*.²⁶²

"Que dire enfin du pouvoir financier des institutions fédérales ? Malgré un caveat inefficace de la jurisprudence (*A. G. Canada v. A.G. Ontario*) on a réussi à créer une nouvelle espèce de législation qui permet au pouvoir fédéral d'influencer les domaines provinciaux en y dispensant ses largesses selon la politique de son choix."²⁶³

Il est important de rappeler, et c'est là l'un des mérites du juge Beetz à cet égard, que l'effet pratique des subventions conditionnelles par lesquelles s'exerce le pouvoir de dépenser, se situe davantage au niveau de l'influence que de l'ingérence. Certes, la force persuasive est accrue lorsque l'administration prétend que le droit de retrait n'est pas assorti d'une compensation financière pour la province qui désire s'en prévaloir. Cependant, en l'absence d'une règle constitutionnelle spécifique en matière de droit de retrait²⁶⁴, l'administration centrale pourrait valablement assortir ces propositions d'un incitatif additionnel. L'opportunité politique d'une telle manoeuvre est plus discutable.

- L'absence d'une telle incitation à l'adhésion à un programme, pourrait en favoriser le retrait par les provinces.
- A titre de responsable des politiques de stabilisation économique, le gouvernement fédéral assume un rôle essentiel au niveau de l'équité horizontale.
- En revanche, il est important de considérer la diversité des régions dans l'élaboration des normes. Heureusement, le gouvernement fédéral a déjà fait preuve d'une certaine souplesse à cet égard.

²⁶⁰ Jean BEETZ, "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867" dans CREPEAU et MACPHERSON, *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto Montréal, University of Toronto Press et Les Presses de l'université de Toronto, 1972, 188p., 132.

²⁶¹ *Id.*

²⁶² *Renvoi Loi anti-inflation, supra*, note 87

²⁶³ BEETZ, *Op.Cit.*, note 260.

²⁶⁴ Rappelons que l'*Entente de Charlottetown* comportait une protection constitutionnelle en matière de compensation lorsqu'une province exerce le droit de retrait à l'égard des programmes nationaux.

L'exercice du pouvoir de dépenser, avec ou sans droit de retrait, exercé avec ou sans compensation, constitue de toute façon une question différente de la validité constitutionnelle des conditions dont les transferts financiers sont assortis. Que leur caractère coercitif en affecte la validité constitutionnelle de façon différente selon les matières où les conditions sont applicables, c'est là une évidence. Mais on ne peut identifier l'une à l'autre. C'est là toute la différence qu'impose une qualification adéquate des opérations juridiques en cause.

v) La position du doyen Chevette²⁶⁵

François Chevette, quant à lui, refuse de reconnaître le pouvoir de dépenser dans sa formulation classique.²⁶⁶ Cependant sa position, plus nuancée qu'une première analyse peut le laisser supposer, rejoint à certains égards celle du professeur Hogg.

Selon lui, le gouvernement est titulaire d'une double capacité juridique, selon qu'il exerce soit des actes de puissance publiques, soit des actes de propriété; ainsi, lorsqu'il contracte, prête ou transfère même conditionnellement, il exerce davantage des actes de propriété que des actes de puissance législative ou de réglementation. C'est une "affaire de degré" de passer de la première catégorie, permise, à la seconde, interdite, auquel cas, la loi devient invalide.²⁶⁷

Lorsque l'on confronte l'analyse du doyen Chevette aux principes du fédéralisme fiscal, celle-ci nous apparaît restreinte aux aspects relatifs à l'équité horizontale. Aussi, celle-ci ne permet pas de juger de la valeur des normes relativement aux principes de responsabilité fiscale, ni à l'équité horizontale. En cela, cette position est semblable à celles des professeurs LaForest et Beetz.

En revanche, le doyen Chevette a l'avantage de s'appuyer sur des principes fondamentaux incontestables face à des interprétations de dispositions dont aucune ne reconnaît explicitement ce «pouvoir de dépenser». Aussi, c'est à juste titre qu'il rappelle que si l'autorité centrale effectue des dépenses dans divers secteurs d'activités ne relevant pas de ses compétences législatives, le partage des compétences perd toute son utilité.²⁶⁸

²⁶⁵ CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 154.

²⁶⁶ TRUDEAU no. 2, *Loc.Cit.*, note 109, 192.

²⁶⁷ CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 154.

²⁶⁸ *Id.*, 158; *Rapport McDonald*, *Op.Cit.*, note 75, 7, 277. PETTER, *Op.Cit.*, note 118, 194, 453.

vi) La Théorie du Professeur Driedger

Dans son article "Spending Power", E.A. Driedger propose une théorie du pouvoir de dépenser fondée sur les articles 102 et 106 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*,²⁶⁹ qu'il compare à l'article 81 de la Constitution Australienne.²⁷⁰ L'article 106 se lit comme suit:

"Sous réserve des différents paiements dont est grevé, par la présente loi, le Fonds du revenu consolidé du Canada, le Parlement affectera ce fonds au service public."

Selon le professeur Driedger, l'expression "service public" doit se lire "pour le service du public".²⁷¹ Le professeur Driedger soutient cette interprétation par une citation de la Haute cour d'Australie.²⁷²

Toute la théorie de M. Driedger repose sur la notion, qu'il prétend juste, à l'effet que le pouvoir de dépenser en Australie s'appuie sur l'article 81.²⁷³ Or, avec respect, le pouvoir de dépenser en droit australien repose sur l'article 96, alors que l'article 81 porte sur une modalité d'exercice de ce pouvoir, à savoir les transferts directs aux particuliers et autres bénéficiaires. Il suffit de relire les décisions *First Uniform Tax Case*²⁷⁴ et *Second Uniform Tax Case*,²⁷⁵ qui constituent une révision en profondeur du système des arrangements financiers entre les États fédéral et fédérés, pour le constater.

Aussi, la jurisprudence d'Australie ne peut être transposée en droit canadien sans réserves et précautions appropriées pour la simple raison qu'elle porte sur l'interprétation de la constitution de l'Australie, laquelle, on a déjà reconnu, reflète un régime beaucoup plus centralisée que le système canadien²⁷⁶.

Par ailleurs, le professeur Driedger situe très bien la question lorsqu'il suggère que ces discussions soient soumises à la table de la fiscalité des conférences

²⁶⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée.

²⁷⁰ DRIEDGER, E.A., "The Spending Power", (1981-2) 4 *Queen's L.J.* 135 à 143.

²⁷¹ DRIEDGER, *Op.Cit.*, note 238, 270, 127.

²⁷² (1945) 71 CLR 237, 254.

²⁷³ DRIEDGER, *Op.Cit.*, note 238, 270, 126.

²⁷⁴ *South Australia c. Commonwealth (First Uniform Tax Case)*, (1942) 65 CLR 373, 429 (JC Latham).

²⁷⁵ *Victoria c. Commonwealth (Second Uniform Tax Case)*, (1957) 99 CLR 575 (JC Dixon).

²⁷⁶ HOGG, *Op.Cit.*, note 660, 6.9.

constitutionnelles.²⁷⁷ Le seul problème restera de trouver une façon de concilier des intérêts divergents et de transformer les textes juridiques en loi constitutionnelle par le moyen de la formule de modification prévue.

vii) La Théorie du professeur Hogg

Dans son ouvrage *Constitutional law*, Peter Hogg suggère une justification pratique du pouvoir de dépenser d'un point de vue d'opportunité.²⁷⁸ Selon le professeur Hogg, celle-ci se démontre en 5 étapes:

- L'élargissement du pouvoir fédéral avait atteint un degré tel qu'il aurait fallu des années pour que les provinces redressent le niveau de leur revenu propre à un niveau satisfaisant pour s'y mesurer dans un rapport de force crédible.
- Les problèmes de la reconstruction d'après guerre étaient d'une amplitude telle qu'ils se comparaient à ceux de l'effort de guerre; à cet effet, le gouvernement fédéral qui avait pris l'initiative depuis le début de la guerre était donc mieux placé pour prendre l'initiative des mesures de transition d'une économie de guerre à une économie de paix (la situation nécessitait de toute façon des politiques nationales ambitieuses).
- Troisièmement, les idéaux égalitaires et humanitaires avaient intensifié la responsabilité gouvernementale relativement à des normes minimales de revenus, de santé et d'éducation, au niveau national.
- Quatrièmement, l'existence d'une seule compétence fiscale éliminait la complexité administrative d'un système à deux niveaux, source d'inefficacité; aussi cette compétence fiscale exclusive permettait l'élaboration d'une politique fiscale nationale pour gérer l'économie et stimuler l'emploi.
- Cinquièmement, par la délégation de leur compétence fiscale au gouvernement fédéral, les provinces s'épargnaient le fardeau politique relié à l'administration d'un impôt complexe et impopulaire.

Sur le plan juridique le professeur Hogg déclare que le pouvoir de dépenser est fondé sur la combinaison des dispositions suivantes:

- le paragraphe 91(3) en matière de compétence fiscale;

²⁷⁷ "Qu'on laisse les avocats rédiger les dispositions modificatrices une fois l'entente conclue", cette solution est justement celle qui a été suivie dans le cadre des discussions sur l'*Accord de Charlottown*, 28 août 1992 et du *Projet de texte juridique*, 9 octobre 1992; Cependant nous savons maintenant que cette tentative a échoué lors du référendum de 1992 à cause de la complexité de l'accord et, dans une moindre mesure, au refus de certains gouvernements provinciaux d'accorder des dérogations sur la base de la culture.

²⁷⁸ HOGG Peter W., *Constitutional Law of Canada (v.1) 3ed.*, Toronto, Carswell, 1992, 6-16.

- le paragraphe 91(1A) en matière de propriété publique; et
- le paragraphe 106 en matière d'affectation des crédits.

À la lumière de ces règles, le gouvernement fédéral a pleinement le droit de dépenser les fonds procurés par ses impôts et de disposer de ses biens propres.²⁷⁹ Cette théorie est assez complète pour permettre une analyse pertinente aux critères du paradoxe de Clark.

Sur l'équité des droits et biens des provinces, nulle autre théorie que celle du professeur Hogg ne rend possible la justification des principes du fédéralisme fiscal. D'ailleurs, celui-ci en défend également les assises face aux arguments opposés qu'il a anticipés avec justesse. Au principe de la responsabilité fiscale, qui veut qu'un gouvernement soit responsable de ses dépenses par l'affectation de ses ressources autonomes, il oppose la grande disparité des richesses et de la base d'imposition entre les provinces²⁸⁰.

La théorie du professeur Hogg est aussi pertinente concernant l'équité horizontale. Selon lui, il existe une distinction très nette entre une réglementation contraignante et une subvention conditionnelle, malgré le pouvoir de négociation. Afin d'illustrer cette nuance il évoque la capacité d'une partie contractante d'imposer un contrat type à une autre, ne représente pas l'exercice d'un pouvoir législatif mais l'exercice normal de la liberté contractuelle.²⁸¹ En cela, il rejoint la position du doyen Chevette et du Juge Beetz.

La seule difficulté qu'on peut reconnaître à la théorie du professeur Hogg est qu'à l'instar de certaines autres,²⁸² cette théorie propose l'existence d'un pouvoir de dépenser réciproque attribué aux provinces.²⁸³ Or, la théorie du professeur Hogg se fonde en partie sur la compétence fiscale étendue du gouvernement fédéral.²⁸⁴ Il est discutable qu'elle puisse aussi soutenir un argument en faveur d'un pouvoir de dépenser des provinces, dont les pouvoirs fiscaux sont plus restreints. Naturellement sur ce dernier point, peu d'attention a été consacrée en raison des ressources limitées des provinces dont celles-ci feraient usage dans l'exercice d'un tel pouvoir. D'ailleurs,

²⁷⁹ HOGG Peter W., *Constitutional Law of Canada (v.1) 3ed.*, Toronto, Carswell, 1992, 6-16.

²⁸⁰ HOGG, Précité, note 660, 6-17; voir aussi TRUDEAU, *Federal-Provincial Grants and the Spending power of Parliament*, (1969) 30.

²⁸¹ Il faut maintenir la distinction entre le domaine des droits né des contrats et celui des droits né de la législation. voir *A.G.B.C. c. E & N Ry*, [1950] A.C. 87 110.

²⁸² LaForest, *The Allocation of Taxing Powers under the Canadian Constitution (2nd)*, 1981 51; DRIEGER, "The Spending Power" (1981) 7 *Queens L.J.* 124, 133-134; LASKIN *Canadian Constitutional Law (5ed. 1986)*, 783-784.

²⁸³ À cette fin, il cite le juge Duff qui interprète l'expression "pour les fins de la provinces" comme étant étendu "à la disposition exclusive des législatures" c.f. *Unemployment Insurance Reference*, [1936] SCR 427, 434.

²⁸⁴ HOGG, Précité, note 660, 6-16.

celles-ci n'auraient pas reconnu leurs limites en matière de pouvoir de dépenser²⁸⁵.

De façon générale, M. Hogg a élaboré une théorie qui semble complète et pertinente aux critères que nous nous sommes donnés en matière de fédéralisme fiscal. En particulier, cette théorie s'apparente à celle de K.C. Wheare pour avoir traité des deux aspects, l'équité horizontale et l'équité entre les unités politiques. Elle s'en éloigne pour avoir identifié la source du pouvoir de dépenser dans la constitution, plutôt que dans le fédéralisme.

²⁸⁵ *Q. (Ontario) c. Bd Transport Comms.* (1968) RCS 118 (acquisition d'un service de chemins de fer interprovincial) ; *Q. (Alberta) c. Can. Transport Comm.* (1978) 1 RCS 61 (achat d'une ligne aérienne) ; *Dunbar c. A.G. Saskatchewan*, (1984) 11 DLR (4th) 374 (Sask. B.R.) (aide internationale).

2) Les fondements jurisprudentiels: les tendances d'une théorie obscure

a) le Rétablissement de l'équilibre financier : le pouvoir de dépenser

i) Le pouvoir de dépenser: la réponse à une impasse constitutionnelle et socio-économique

L'arrêt de l'assurance chômage

Hormis les restrictions inhérentes à sa capacité financière, le pouvoir fédéral de dépenser est aussi limité de façon juridique par les contraintes qu'impose le partage des compétences. Autrement, les transferts financiers fédéraux pourraient, sans aucun contrôle, être effectués directement aux organismes et aux particuliers ou encore à des provinces selon des conditions qui en limiteraient l'usage discrétionnaire. Aussi les modalités relatives à ces transferts financiers pourraient, dans leurs effets pratiques, empiéter sur des domaines relevant des champs de compétence exclusive des législatures des provinces - ne serait-ce que du fait qu'en raison de l'allocation des crédits à d'autres fins, les ressources ne seraient plus disponibles pour les administrations provinciales.

C'est pourquoi les relations fédérales-provinciales sont fondées sur des ententes-cadre aux termes desquelles les parties reconnaissent leur accord sur les modes d'action entreprise. Toutefois, ces ententes administratives sont de portée limitée lorsqu'il s'agit de contrôler les transferts financiers fédéraux aux organismes et aux individus. On a donc demandé aux tribunaux jusqu'où le pouvoir de dépenser pouvait s'étendre dans ces matières. De façon subsidiaire, on a demandé si le gouvernement fédéral pouvait invoquer des obligations internationales pour se soustraire au consentement des provinces relativement à des initiatives qui sont du ressort des provinces. Ces questions sont considérées dans le jugement du Conseil privé de 1937 dans l'*Affaire de l'assurance Chômage*.²⁸⁶

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une loi sur l'assurance-Chômage était *ultra vires* des compétences du Parlement, en vertu du paragraphe 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸⁷ attribuant aux législatures la compétence exclusive de légiférer en matière de propriété et droits civils. Réfutant l'argumentation des procureurs fédéraux fondée sur l'importance spéciale d'un système d'assurance-chômage, Lord Atkin rappelle que la loi ne vise à résoudre aucun cas d'urgence spéciale: "Elle s'appuie dans son préambule sur la situation mondiale mentionnée dans le *Traité de paix (Pacte de la Société des Nations, Versailles, article 23)*; c'est une loi dont l'application est destinée à devenir permanente."²⁸⁸

²⁸⁶ *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 355, 367.

²⁸⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict. c. 3 (R-U)

²⁸⁸ La formulation actuelle des dispositions est prévue aux articles 22 et 23 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

Les juges avaient déjà considéré que même une disposition impérative d'une convention internationale était insuffisante pour permettre au Parlement de légiférer dans un champ de compétence exclusive des législatures.²⁸⁹ Or, la disposition en litige ne comportait qu'un caractère purement indicatif. Si le plus vaut pour le moins, la disposition simplement indicative d'un traité international ne pouvait donc pas justifier la législation.

La situation factuelle aurait été différente si la disposition même du traité avait qualifié le chômage de situation d'urgence, mais tel n'était pas le cas. L'absence d'un élément de preuve à cet égard a été déterminant pour l'issue de ce premier argument.

Les juges ont ensuite disposé de l'argument selon lequel la loi pouvait se justifier par les motifs indiqués aux rubriques 1 et 3 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,²⁹⁰ paragraphe (1), sur la dette et la propriété publique, et paragraphe (3), relativement au prélèvement de deniers par tout système de taxation. À ce titre, deux remarques s'imposent: cet argument posait essentiellement la question à savoir dans quelle mesure le pouvoir de dépenser était reconnu, et jusqu'où et comment le Parlement pouvait l'exercer.

- Si le Parlement avait prélevé les sommes relatives à l'exercice du pouvoir de dépenser à même le fonds général consolidé, il eut été possible de confronter l'objet des paragraphes 91(3) et 92(2) en matière de pouvoirs fiscaux avec l'interprétation littérale que suggère l'article 102 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²⁹¹
- Si une loi relative au pouvoir de dépenser crée un impôt, il faudra savoir si la disposition qui autorise les déboursés sur ces sommes peut être *ultra vires* sans pour autant invalider la loi qui en crée les ressources et les moyens de mise en oeuvre.

Le juge Davis de la Cour suprême avait d'ailleurs bien considéré cette dernière question: "Si l'on ne pouvait nier la compétence du Parlement de lever des impôts pour créer un fonds quelconque, il n'y avait pas lieu pour autant de décider de la validité de la législation en fonction de la qualification d'une contribution au titre d'un impôt ou de tout autre droit". En conséquence, la détermination de validité de la loi doit se baser d'abord sur la fin de la loi. La forme que l'on voudra attribuer à la contribution est essentiellement accessoire à sa substance. Le Conseil Privé devait finalement confirmer ce principe:

"Que le Dominion puisse lever un impôt pour créer un fonds à toutes fins

²⁸⁹ *Re: Affaire des Conventions de Travail*, [1937] A.C. 326.

²⁹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, note 287.

²⁹¹ *Id*

spécifiques, et qu'il puisse appliquer ce fonds pour effectuer des contributions dans l'intérêt public à des individus, corporations ou pouvoirs publics, ne peut à titre de proposition générale être nié Il peut sembler difficile de discerner comment cette loi se distingue de l'assurance obligatoire, et d'établir la différence entre le paiement obligatoire de primes d'assurances à l'État et celui effectué à une compagnie d'assurance. En supposant que le Dominion ait constitué un Fonds au moyen d'un impôt, il ne s'ensuit guère qu'une loi qui en dispose ressortisse nécessairement de sa compétence." (ma traduction, mes soulignements)

Ce passage du jugement de Lord Atkin est souvent cité par les partisans du pouvoir de dépenser. Par contre, ses adversaires donnent la réplique en insistant sur le paragraphe qui suit immédiatement ce même passage:²⁹²

"Cette loi peut encore affecter les catégories de sujets énumérés à l'article 92, et alors elle serait *ultra vires*. En d'autres termes, la législation fédérale, même si elle s'applique à la propriété fédérale, peut encore être conçue de manière à empiéter sur les droits civils dans la province ou sur des catégories de sujets réservés à la compétence provinciale. Il n'est pas nécessaire que ce soit pour une raison déguisée ou sous un prétexte..."

Ce dernier extrait nous inviterait donc à interpréter très restrictivement le pouvoir de dépenser puisque le pouvoir d'affectation de crédits comporterait des restrictions même s'il était exercé relativement à la propriété fédérale. Pourtant, Lord Atkin relance la controverse en ajoutant immédiatement après ces mots l'argumentation suivante:

"La loi est invalide si, d'après son caractère véritable, on constate qu'en réalité, par sa nature même, elle empiète sur des droits civils dans la province ou sur d'autres catégories de sujet du domaine provincial."

Évidemment, cette dichotomie nature-objet de la loi laisse largement ouverte aux interprétations les plus divergentes des auteurs. Par exemple, Pierre Trudeau disait quant à lui que *l'obiter* de Lord Atkin était imprécis quant au caractère que devait prendre l'illégalité. Selon l'interprétation du professeur Trudeau, si un pouvoir de dépenser avait été reconnu, l'empiètement serait survenu lors de transferts tant conditionnels qu'inconditionnels.²⁹³

Dans les deux cas, le point commun de l'analyse est une conception intégrée du droit fiscal. Celle-ci s'apparente à l'approche appliquée dans la célèbre décision *McCulloch c. Maryland* rendue par le juge Marshall de la Cour suprême des États-

²⁹² LAJOIE, Andrée, "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser " dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Thémis, 199, 163, 164.

²⁹³ P.E. TRUDEAU, *Op.Cit.*, note 109, 192. p. 87 et 88 141.

Unis.²⁹⁴ Le juge avait alors reconnu le droit du congrès d'incorporer une Banque et déclara inconstitutionnelle la tentative d'un État de lever un impôt sur cette banque: "Le pouvoir de taxer implique le pouvoir de détruire et [que] le pouvoir de détruire peut anéantir ou rendre inutile le pouvoir de créer".

A l'opposé de cette approche, un principe corollaire veut qu'un pouvoir comprenne les moyens nécessaires à son exercice. L'arrêt qui le proclame s'inscrit par ailleurs dans la même tendance que l'affaire *Russel c. R.*²⁹⁵ C'est d'ailleurs à cette occasion que le Conseil privé a consacré le principe du double aspect des catégories relevant du partage des pouvoirs.

Cette approche intégrée justifie la position du gouvernement fédéral dans le dossier de la formation de la main-d'oeuvre. En 1982, le gouvernement Trudeau présenta son projet de loi sur la formation professionnelle.²⁹⁶ Le ministre Lloyd Axworthy expliqua que l'usage du pouvoir de dépenser était essentiel.²⁹⁷ La loi visait, notamment, à apporter une solution au chômage des jeunes, qui n'étaient pas admissibles au programme en raison des conditions d'âge.²⁹⁸ Or, dans le cas des décrocheurs, les programmes de formation administrés par les provinces étaient caduques, de sorte que la situation des décrocheurs faisait l'objet d'un vide juridique.

Le financement du programme prévu aux termes de la *Loi nationale sur la formation* est maintenant assuré par les dispositions de la *Loi sur l'assurance-chômage*.²⁹⁹ La question qui pourrait alors être posée serait de savoir si, dans l'administration des programmes de formation, le but de la *Loi sur l'assurance-chômage* permet d'en déterminer la validité. On rejoint alors la question fondamentale posée au Conseil privé relativement à la distinction entre la forme et la substance d'une loi.

Certes, l'*Arrêt sur l'assurance-chômage*³⁰⁰ a donné lieu à des interprétations divergentes qui remettent en cause le mérite de celui-ci. Encore aujourd'hui, cet

²⁹⁴ *McCulloch c. Maryland*, (1819) 4 Wheat. 316, L. Ed 579.

²⁹⁵ *Russel c. R.* (1882) 7 A.C. 829

²⁹⁶ Présenté au Parlement sous Bill C-115 en 1982; *Loi nationale sur la formation*, LRC (1985) c. N-19; S.C. 1980-81-82-83, c. 47.

²⁹⁷ HANSARD, *Commons Debates*, June 4, 1982, 118117 (Hon. Lloyd Axworthy (minister of Employment and Immigration): "We cannot pass it if we are not given authority by Members of Parliament to spend the money. It is not a matter of budget."

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ *Loi sur l'assurance-chômage*, LRC (1985) c. U-1, articles 25 et suivants.

³⁰⁰ précité, note 286.

héritage du Conseil privé nous impose une charge dont les juristes et les tribunaux se servent à des fins aussi diverses que contradictoires en matière de finances publiques. Cependant nous verrons par les arrêts qui suivront, sur le front des finances publiques, que cette bataille devait donner le ton à toutes les autres qui ont suivi, à savoir des décisions où les nuances sont parfois si subtiles que le vainqueur ne verra que plus tard que son succès ne constituait qu'une victoire à la Pyrrhus.

ii) L'évolution incertaine d'une théorie obscure

L'arrêt *Anger c. ministre du Revenu national*³⁰¹

Dans l'arrêt *Anger c. Le ministre du Revenu national*, on a reconnu la compétence du Parlement à assortir les allocations familiales de conditions relatives à l'exigence de scolarisation des enfants. Se fondant sur la substance des allocations familiales et des mesures de bienfaisance qui s'assimileraient aux exigences du "bon gouvernement du Canada", le juge Dumoulin affirme que la loi fédérale enjoint simplement le chef de famille à respecter les directives de l'autorité provinciale en matière de scolarité.

Il semble que certaines autorités ont conclu que l'arrêt *Anger* favoriserait une interprétation large du pouvoir de dépenser. Et pourtant, ce jugement est assorti d'un *obiter* à l'effet que la loi est une mesure directive et non impérative. Avec respect, je ne peux que difficilement souscrire à l'argumentation juridique de cet *obiter*: il me semblerait pour le moins particulier qu'un justiciable puisse se fonder d'un intérêt pour agir afin de contester devant les tribunaux la valeur juridique d'une mesure simplement indicative. D'ailleurs, si l'on s'en réfère à la formulation du juge, on n'y voit qu'une nuance mitigée:

"Il importe ensuite de ne pas confondre la sanction d'une loi impérative (mandatory law) avec la condition d'une mesure facultative d'assistance (directive law), comme il en va de la *Loi des allocations familiales*. La première astreint sous peine de .., la seconde offre pourvu que... Cette approximation, j'ose le croire, semble assez juste".

L'intérêt manifesté par les auteurs à cet arrêt indique bien l'importance de la fiscalité dans le cadre d'une étude sur le pouvoir de dépenser. Aussi, plusieurs aspects des législations fiscales pourraient constituer une forme d'exercice du pouvoir de dépenser, dans la mesure où elles respectent la règle de ne pas constituer l'instrument d'une réglementation. En ce sens, les mesures fiscales incitatives seraient valides si l'on reconnaissait le pouvoir de dépenser; en revanche les mesures coercitives seraient invalides à tous égards, à moins que, de façon très exceptionnelle, l'on fasse intervenir le concept de la particularité des lois de finance.

³⁰¹ *Anger c. Le ministre du revenu national*, [1957] R.C.E. 83 144. Id.

L'arrêt Renvoi sur la Loi anti-inflation

Une nouvelle épreuve de force devait émerger de la lutte à l'inflation. C'est que, dans le cours de ses initiatives économiques, le gouvernement fédéral avait présenté une mesure législative dont les effets dépassaient largement le cadre des contrôles sur les salaires pour atteindre les transferts fédéraux aux provinces. Ces derniers étant en conséquence limités à un plafond pré-établi, et il n'en fallait pas davantage pour soulever l'opposition des provinces concernées.

Dans l'arrêt *Revoi Loi anti-inflation*,³⁰² le Parlement s'était replié sur les pouvoirs étendus qui lui permettent de lutter contre l'inflation par des politiques monétaires et fiscales. Ces domaines pouvaient ainsi être touchés par la *Loi anti-inflation*³⁰³ sans qu'il fut nécessaire pour le Parlement de recourir à son pouvoir déclaratoire en matière de "Paix, ordre et bon gouvernement" (POBG). Cependant, par leur ampleur et leur objet, les mesures dépassaient le cadre restreint de ces domaines de compétence.

Une conception large des limites du pouvoir est énoncée dans l'opinion des juges Laskin, Judson, Spence et Dickson afin de déclarer la législation valide. Selon eux, le Parlement était justifié d'invoquer des circonstances économiques particulières afin de viser certains secteurs qui autrement seraient soumis au pouvoir de légiférer des provinces.

Plus nuancés, les juges Martland, Ritchie et Pigeon se prononcèrent à l'effet que la loi est constitutionnelle en vertu de la théorie de la "dimension nationale" ou "de l'intérêt national". Les juges rappellent en outre que depuis *Japanese Canadian*,³⁰⁴ il est admis que le concept de *Paix, ordre et bon gouvernement* n'existe pas sans une circonstance exceptionnelle que constitue une situation d'urgence. Par ailleurs, pour que cette situation soit considérée, il faut d'abord qu'elle existe et que le Parlement énonce explicitement son intention d'y remédier. L'alternative serait pour les juges de le déclarer ultérieurement. Or, rien dans la loi ne démontre que le législateur ne vise une situation d'urgence nationale. Selon les juges, il n'est même pas nécessaire de considérer la preuve extrinsèque ni le journal des débats parlementaires (Hansard) pour établir cette preuve. Dans le cadre du droit judiciaire contemporain à cette décision, où l'exclusion des débats parlementaires est plutôt la règle, nous constatons à quel point les juges de la Cour suprême étaient déterminés à résister à l'élargissement du concept de *Paix, ordre et bon gouvernement*.

Quant aux juges Beetz et DeGranpré, dissidents en cette cause, la *Loi anti*

³⁰² *Revoi Loi anti-inflation*, (1976) 2 RCS 373 (juges Laskin, Judson, Spence et Dickson, dissidence du juge Beetz)

³⁰³ *Loi anti-inflation*, 1974-75-76, c. 75; abrogée.

³⁰⁴ *Committee of Japanese Canadians c. Attorney General of Canada*, [1947] AC 87

*inflation*³⁰⁵ était *ultra vires*. Sur les deux motifs, les juges ont favorisé une vision décentralisée du Canada. Sur la question de la dimension nationale, faire de l'endigement de la réduction de l'inflation l'objet d'une compétence aurait pour effet de stériliser la plupart des pouvoirs provinciaux. Par ailleurs, les juges ont déclaré qu'il est faux de dire que l'objet de la dimension nationale équivaut à une situation d'urgence. Cette notion n'a pas d'autres limites que celles dictées par des circonstances critiques. Alors que le véritable objectif du gouvernement était de réaliser l'équilibre budgétaire en s'attaquant au déficit, lequel pouvait être constaté annuellement, rien ne justifiait celui-ci de qualifier d'urgence une situation qu'il tolérait déjà depuis longtemps.

En résumé, l'arrêt *Renvoi Loi anti-inflation* nous aura permis de conclure dans certains cas à l'indivisibilité d'une loi, lorsqu'elle porte sur des programmes de transferts ou sur la fiscalité. Ainsi, l'impossibilité de disjointre les dispositions valides de celles qui sont inconstitutionnelles démontre l'invalidité de la mesure législative dans son ensemble.

³⁰⁵ *Renvoi Loi anti-inflation*, note 302.

- b) **La mitigation du principe de la légalité : le résultat de l'impasse d'un pouvoir de dépenser indéfini**
- i) **La précarité des transferts financiers dévoilée par le renversement du principe de responsabilité**

Du point de vue des provinces, l'une des déficiences du pouvoir de dépenser et des transferts qui en dépendent est que ces derniers ne sont subordonnés qu'à la souveraineté du Parlement. Ainsi, les décisions relatives à la nature et à l'objet des transferts peuvent n'avoir aucun égard aux considérations que souhaiteraient y voir rattachées les bénéficiaires. Cela nous apparaît parfaitement justifié lorsque l'on considère qu'à l'origine, leur financement était assuré par des impôts levés en vertu de la compétence du Parlement fédéral.³⁰⁶ En revanche, lorsque le gouvernement fédéral réduit ses transferts aux provinces, leurs législatures font les frais de décisions politiques dont le contrôle leur échappe.³⁰⁷ C'est le prix du renversement du principe de responsabilité, condition de formation et d'exercice du pouvoir de dépenser.³⁰⁸

En fait, par cette lacune, les législatures pourraient être financièrement empêchées d'exercer le pouvoir d'autodétermination que leur garantit la constitution dans les matières relevant de leurs compétences exclusives.³⁰⁹ Alors qu'un pouvoir devrait comporter les moyens de l'exercer, les textes constitutionnels laissent entrevoir que cette maxime ne pourrait s'appliquer que par incantation. C'est qu'il nous faut considérer la réalité économique fondamentale à l'effet que l'exercice d'une compétence nécessite une capacité financière correspondante.³¹⁰

N'eut été d'un déséquilibre fondamental du système fiscal, les ressources n'auraient pas à être redistribuées pour que les États fédérés disposent du financement nécessaire à la mise en oeuvre de leur compétence. Le rétablissement des équilibres pourrait être réalisé de deux façons, soit par une modification du partage des ressources propres, soit par des transferts fédéraux.

L'application de la première option serait aléatoire parce qu'elle nécessiterait une évaluation précise des besoins financiers à venir pour une période indéfinie.³¹¹ La

³⁰⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, note 135, paragraphe 91(2).

³⁰⁷ PETER, *Op.Cit.*, note 118, 194, 465.

³⁰⁸ *Id.*, 466.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ *Id.*, 451.

³¹¹ Les difficultés d'établir des prévisions justes sont connues: même les hauts-fonctionnaires du ministère des Finances l'ont déclaré; CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux du comité permanent des finances*, Fasc. 65; (D.Dodge) 13; aussi, elle dépend d'une fausse prémisse, selon laquelle des bases d'imposition séparées seraient aussi importantes qu'une base nationale intégrée. Or, c'est la concentration même du pouvoir sur une base d'imposition nationale qui détermine l'importance des ressources.

formule de redistribution par des transferts fédéraux est en revanche assez flexible pour permettre un ajustement rapide aux nouvelles réalités socio-économiques. Pour cette raison, cette dernière méthode a été adoptée et s'applique encore aujourd'hui. Malheureusement, dans son application actuelle, elle comporte un élément d'incertitude considérable pour les finances publiques des provinces.

ii) Le désengagement: fruit de l'erreur ou de la restauration du principe de la responsabilité fiscale.

L'affaire du Régime d'Assurance Publique du Canada³¹²

En se référant au fondement même du fédéralisme, les auteurs du Rapport McDonald³¹³ soutenaient que le pouvoir de dépenser ne devrait pas s'exercer en dehors de toute contrainte, afin de préserver l'intégrité du partage des compétences des gouvernements fédéraux et provinciaux. Ce rapport nous signalait aussi qu'en cas d'inobservation du principe de responsabilité, les conséquences économiques néfastes qui en résulteraient, nécessiteraient des solutions pratiques dont l'une serait le désengagement.³¹⁴ Cette solution entraînait des problèmes juridiques dont traitait *L'affaire du Régime d'Assurance Publique du Canada*.³¹⁵

La portée d'un pouvoir de dépenser autonome est limitée par la capacité économique et financière de son titulaire. Résultant du niveau d'endettement colossal du pays, cette limite en est une de nature économique³¹⁶. En conséquence, le principe de responsabilité financière veut que soit déterminé le niveau des dépenses en fonction des moyens (du titulaire), voire des surplus budgétaires qui subsistent lorsque l'État a payé le service de sa dette³¹⁷. Or dans la mesure où le Canada resterait le deuxième pays le plus endetté de l'OCDE,³¹⁸ c'est toute la philosophie de l'État-providence qui sera remise en question et cela se reflétera nécessairement au niveau

³¹² *L'affaire du régime d'Assurance Publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 (décision rendue le 15 août 1991).

³¹³ *Rapport McDonald*, Op.Cit, note 75, 7, 277

³¹⁴ *Id*, 278.

³¹⁵ *L'affaire du régime d'Assurance Publique du Canada*, *Cour suprême du Canada*, note 312.

³¹⁶ Aux États-Unis, par exemple, on considère que des restrictions devraient s'appliquer en harmonie avec la compétitivité internationale et viser l'efficacité dans la prestation des services publics et l'amélioration des institutions fiscales locales, à savoir, l'uniformité des bases d'imposition, la rationalité dans le financement des services publics et l'assistance de l'État aux écoles et municipalités.c.f. STRAUSS, R., "Fiscal Federalism and The Changing Global Economy", (1990) 43 *National Tax Journal* 315-320.

³¹⁷ Cette notion a été qualifiée de fédéralisme compétitif parce qu'elle irait à l'encontre de la réduction des inégalités verticales et horizontales des composantes de l'État fédéral c.f. SWARTZ, T.R. PECK, J., "The Changing Face of Federalism", 33 (1990) *Challenge* p. 41-46.

³¹⁸ OCDE, *Rapport annuel*, 1988.

des politiques budgétaires.

Dans la récente affaire du *Régime d'Assistance publique du Canada*,³¹⁹ la Cour suprême du Canada devait se prononcer sur la légalité des réductions unilatérales de transferts du gouvernement fédéral aux provinces les mieux nanties. Ces transferts étaient prévus aux termes d'un accord fédéral-provincial en matière de programmes à frais partagés et de la loi habilitante correspondante³²⁰. Subsidiairement, la cour devait apprécier la valeur juridique de la théorie de l'expectative légitime.

Pour situer le contexte, rappelons que les parties avaient conclu une entente en 1967 selon laquelle chacune devait payer 50 pour cent du coût des services d'assistance publique et de protection sociale de la Colombie-Britannique. De 1967 à 1990, les dépenses budgétaires sont passées de 151 millions à 5,5 milliards de dollars. La détermination du gouvernement fédéral à contrôler ses dépenses et son déficit devait l'amener à réviser ses politiques relativement aux transferts financiers aux provinces.

En 1990, par le dépôt du *Projet de loi C-69* au Parlement, le gouvernement entendait fixer à 5 pour 100 l'augmentation de ses avances envers les provinces riches pour les exercices financiers 1991 et 1992. La loi prenant effet dès son adoption, ceci permettrait au gouvernement d'arriver à ses fins sans pour autant devoir observer la formule de retrait prévue à l'entente (préavis d'un an, ou consentement mutuel, l'article 8).³²¹

Avant d'étudier ces questions, la Cour suprême s'est attardée à la question juridictionnelle de savoir si son pouvoir discrétionnaire lui permettrait de répondre ou non aux questions ne relevant pas de sa compétence. Se reliant sur le *Renvoi Résolution pour modifier la Constitution*,³²² la Cour a déterminé que cette question était bien assujettie à la compétence des tribunaux en vertu de son caractère suffisamment juridique.

La Cour s'est ensuite penchée sur la constitutionnalité du pouvoir du gouvernement fédéral de réduire unilatéralement ses obligations prévues aux termes du *Régime d'assistance publique du Canada* et la constitutionnalité d'un accord intervenu entre lui et le gouvernement de la Colombie Britannique. À cette fin, la Cour trace une distinction entre d'une part l'accord conclu entre le gouvernement et les provinces et, d'autre part, la loi habilitante. Cette dernière, qui comportait la formule de calcul des avances (à l'alinéa 3(1)a)), était donc assujettie à la formule de modification législative,

³¹⁹ *L'affaire du régime d'Assurance Publique du Canada supra*, note 312.

³²⁰ Dans son article sur le "pouvoir de dépenser" le professeur Driedger avait aussi soulevé le problème des modifications unilatérales aux arrangements financiers de la part du gouvernement fédéral, voir DRIEDGER, *Op.Vit.*, note 238, 270, p. 134.

³²¹ *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. 1985, c. C1

³²² *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753

laquelle était subordonnée au principe de souveraineté du Parlement.

"On reconnaît que le gouvernement ne pouvait prendre un engagement qui empêcherait le Parlement d'exercer ses pouvoirs de légiférer et de modifier le Régime. Affirmer le contraire reviendrait à nier la souveraineté du Parlement. Cet aspect fondamental de notre vie constitutionnelle était donc présent à l'esprit des parties lors de l'adoption du régime et lors de la conclusion de l'accord."

Pourtant c'est plutôt en vertu du paragraphe 42(1) de la *Loi d'interprétation*,³²³ qui reflète ce même principe, que la Cour suprême fondera sa décision:

42(1) "Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi".

La Cour précise que le principe de souveraineté du Parlement entraîne des résultats identiques même dans l'hypothèse de l'inexistence du paragraphe 42(1) de la *Loi d'interprétation*. En l'absence de disposition exceptionnelle à l'effet contraire, la *Loi d'interprétation*³²⁴ s'applique dans son principe général à la loi ainsi modifiée.

A l'appui de son interprétation de l'entente, la Cour s'en réfère au pouvoir exclusif du Parlement en matière d'affectation des deniers publics, que les parties sont réputées connaître. Ainsi, le juge Sopinka rappelle implicitement le principe voulant que *Nul n'est censé ignorer la loi*.

"Les parties étaient en outre conscientes que, suivant l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'était le gouvernement qui devrait prendre l'initiative de modifier le Régime. Si les parties avaient voulu suspendre ce processus, on se serait attendu à ce que l'accord stipule clairement que la formule des paiements était figée. Ce qui est arrivé plutôt c'est que la formule des paiements a été exclue de l'accord pour être insérée dans une loi où, aux termes de l'art. 42 [*Loi d'interprétation*], elle était susceptible de modification."³²⁵

La Cour s'emploie ensuite à réfuter un à un les arguments de la Cour d'appel de la Colombie Britannique, qu'elle qualifie d'interprétations statiques fondées sur de fausses prémisses. La Cour suprême estime qu'en se demandant si le gouvernement fédéral avait le pouvoir de modifier unilatéralement les obligations prévues selon le Régime et l'accord (en l'absence du *Bill C-69*), la Cour d'appel faisait abstraction du contexte législatif. Il aurait été plus juste, selon le plus haut tribunal, de se demander si l'accord oblige le gouvernement à verser à la Colombie Britannique les contributions

³²³ *Loi d'interprétation*, (1985) LRC c. I-23.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ *L'affaire du régime d'Assurance Publique du Canada* Cour suprême du Canada, supra, note 40, 24.

autorisées aux termes de l'accord ou s'il s'agit plutôt d'une obligation de verser des sommes qui seront autorisées à l'occasion.

En fait, l'ensemble du jugement est teinté par la dichotomie entre les obligations distinctes découlant de l'accord et celles découlant du Régime, lesquelles sont révélées par les subtilités des techniques de renvoi, de références indirectes et de préavis de modification. L'argument fondé sur la formule de modification propre à chacun des actes illustre particulièrement bien la philosophie sous-jacente de la Cour suprême concernant le Régime légal des programmes à frais partagés.

" On soutient que l'accord ne peut être modifié qu'en conformité avec l'article 8. Or, cet argument ne tient pas compte de ce que l'accord, assujéti à la formule de modification de l'article 8, oblige le Canada à verser les montants que le Parlement a autorisé le Canada à payer en vertu de l'article 5 du Régime. Donc, les obligations, par l'accord en matière de paiement peuvent être modifiées par une modification de l'article 5. Cette disposition renferme son propre processus de modification en vertu de la souveraineté du Parlement reflété à l'article 42 de la *Loi d'interprétation*.³²⁶

Cette distinction semble sibylline lorsque l'on envisage les lois fédérales concernant des accords en tant que ratification de ces accords plutôt que de lois habilitantes aux accords. Par exemple, des lois fédérales sont adoptées pour ratifier les traités fiscaux du Canada. Par contre, dans cette cause, la loi fédérale met en oeuvre et fixe les modalités d'application de l'accord. Aussi, toute autre alternative serait en contradiction avec le principe voulant que le Parlement ne puisse faire indirectement ce qu'il ne peut légalement faire directement.³²⁷ Cette lacune est d'autant plus flagrante étant donné que le juge Sopinka a ajouté à son opinion sur la première question une brève remarque portant sur le caractère des ententes gouvernementales:

"Si cela paraît enlever à l'accord son effet obligatoire ou son caractère de réciprocité, deux traits propres aux contrats ordinaires, il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat ordinaire, mais bien d'un accord intervenu entre des gouvernements. En outre, l'article 8 contient lui même une formule de modification qui permet à l'une ou à l'autre des parties de résilier l'accord à son gré. Plutôt que de se lier mutuellement par des engagements réciproques à favoriser l'exécution d'obligations contractuelles ordinaires, les parties en l'espèce se sont contentées de se fier à ce qu'elles percevaient comme le prix politique de l'inexécution."³²⁸

Déterminer la nature de l'accord par interprétation de son contenu est une chose, mais rendre inopérant l'accord par le biais d'une intention implicite tirée de

³²⁶ *Id.*, p. 30.

³²⁷ *Re: Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297

³²⁸ *Id.*

l'omission d'une des parties à se protéger adéquatement relève plutôt de la politique que du droit. Avec respect, cette pratique apparentée à l'équité est justement ce que la Cour suprême se disait pouvoir éviter dans son jugement sur l'objection préliminaire. C'est faire peu de cas du coeur du litige que de trancher de la sorte la question de droit portant sur la valeur juridique de l'accord intervenu entre les parties.

La Cour suprême n'a pas déterminé si un contrat ordinaire, bilatéral et obligatoire pouvait être conclu entre les parties. Pourtant, en exerçant la discrétion de qualifier l'intention commune des parties (de ne pas légalement avoir voulu se lier) la Cour reconnaît que la question reste ouverte. De toute évidence, c'est bien là une question de fait qu'il est aussi exceptionnel qu'inattendu de voir traitée en fin d'opinion, par la Cour suprême...

Quant à savoir si les conditions de conclusion de l'accord et du Régime permettraient l'application de la théorie de l'expectative légitime, la Cour suprême a aussi rejeté les prétentions de l'intimé. C'est en se reliant sur l'arrêt *Association des Résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg*,³²⁹ que la Cour suprême jette les bases de sa décision. Dans cette cause, la Cour avait déclaré que le principe de l'expectative légitime n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. La Cour ajoute que si le principe ne vaut que pour la consultation et non pour le consentement du requérant, il ne saurait permettre la création de "droits fondamentaux" réduisant ainsi son application au domaine procédural. Cette théorie, du reste, ne trouve pas application en regard du pouvoir législatif.³³⁰

Dans cette cause, le pouvoir de dépenser est très important même s'il ne fait pas l'objet d'une discussion formelle et étendue sur le fond. Le Juge Sopinka a adopté une attitude qui se concilie davantage avec les tenants les plus radicaux du pouvoir de dépenser. Il a su habilement éviter la question en se limitant à justifier l'intervention judiciaire afin de protéger l'autonomie des provinces,³³¹ tout en exerçant le devoir de réserve à l'endroit du pouvoir législatif.

Pourtant, s'il est une notion par laquelle la décision s'explique, c'est bien celle qui se rapporte au pouvoir de dépenser, car un tel pouvoir comporte implicitement le pouvoir de contrôler ses dépenses. Le silence de la Cour suprême sur l'importance et l'effet de ce pouvoir s'explique tout autrement.

Dans les motifs du jugement de la Cour d'appel de Colombie Britannique,³³² la "constitutionnalité fragile" du pouvoir de dépenser avait été invoquée à l'appui de

³²⁹ *Association des Résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg*, [1990] 3 R.C.S. 2170

³³⁰ *Bates c. Lord Hailsham* [1972] 3 All.E.R. 1019 (J. McGarry)

³³¹ *L'affaire du régime d'Assurance Publique du Canada*, *supra*, note 89.

³³² *Id.*, p. 46.

l'encadrement de la formule de calcul des contributions.³³³ Encore une fois, son argumentation fut rejetée au motif que l'enchâssement de la formule de calcul dans une loi fédérale renforce la thèse voulant que les parties savaient dès lors que des modifications étaient possibles. En fait, la référence au pouvoir de dépenser dans chaque cas, s'est révélé une arme à deux tranchants, se retournant contre les provinces qui l'invoqueraient.³³⁴ Aussi, cela n'est que raisonnable, car le maintien du pouvoir de dépenser est intimement lié à l'usage responsable dont son détenteur saura faire preuve. Bien que tel n'aît pas toujours été le cas, cela ne constitue pas une raison pour abandonner cet idéal.

Dans son rapport du 31 mars 1986, le Vérificateur général du Canada avait déclaré que le Parlement ne contrôlait plus de façon efficace l'utilisation des deniers publics.³³⁵ La rupture de la chaîne d'imputabilité provenait du défaut des structures, des organisations ou des processus tant au niveau du Parlement que du gouvernement. Cette constatation était la conséquence directe de deux phénomènes, soit le gigantisme de l'État et l'État-providence.

Le gigantisme de l'État s'illustre par quelques 400 ministères, conseils, offices, commissions et sociétés de la couronne qui composaient alors l'administration du gouvernement.³³⁶ Eu égard à une tâche aussi considérable, les contrôles sont aussi fragiles que lourds à administrer.³³⁷ Ce problème avait été amplifié alors que le concept de l'État-providence était en application dans les démocraties modernes et que le gouvernement s'engageait dans la voie d'un développement de programmes sociaux des plus onéreux. La Commission Glasco avait d'ailleurs proposé la décentralisation radicale des pouvoirs dans l'administration.³³⁸

L'État-providence était la marque de commerce d'une certaine élite politique. Parce que certains avaient confondu unité nationale et universalité des services publics, on avait déterminé de façon aléatoire et arbitraire si l'État disposait des ressources nécessaires pour se payer le nivellement des services publics tel que connu de Vancouver à St-Jean (T.N.). L'application canadienne du concept de distribution des revenus est toujours basée sur des normes applicables aux provinces représentatives, mais les généreux principes accessoires aux programmes risquaient alors d'anéantir l'objectif premier des programmes établis. En conséquence, que les

³³³ Article 5(1) du *Régime*.

³³⁴ COMMISSION GLASCO, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'organisation du gouvernement (vol. 1)*, 1962, p.54.

³³⁵ *Rapport du Vérificateur Général du Canada*, 1986.

³³⁶ *Le Budget fédéral de février 1992* a réduit le fardeau de l'administration par la dissolution et la fusion de 47 organismes fédéraux.

³³⁷ *Id.*, p. 22.

³³⁸ COMMISSION GLASCO, *Rapport de la commission sur l'organisation du gouvernement (vol. 1)*, *Op.Cit.*, note 174.

provinces se seraient trouvées prises dans un système d'implosion où l'encadrement se referme sur lui-même... Voilà une bonne illustration du phénomène par lequel elles devraient s'endetter ou taxer davantage afin d'obtenir des transferts de moins en moins généreux de la part du gouvernement central.

Pour une certaine période, les politiques appliquées ont été tellement éloignées de l'objectif premier du régime des services sociaux que les principes de gratuité et d'universalité menaçaient l'existence même des programmes de santé administrés par les services publics.³³⁹ Aussi, avec les acquis de notre société en matière de programmes sociaux, il aurait été impossible d'évoquer sans crainte le spectre des injustices que représente un système de santé privatisé. La population ne l'aurait jamais accepté.

Il était donc préférable d'agir à l'heure des choix plutôt qu'être contraint à l'heure des compromis. Citons en exemple le Budget fédéral de février 1992, où l'on a consommé la rupture de l'universalité et amorcé un processus de rationalisation.³⁴⁰ Si l'effort proposé par le *Budget fédéral de février 1992*³⁴¹ n'est pas suffisant, la solution pourrait tendre vers un ticket modérateur à condition que les moins nantis reçoivent une compensation réelle, suffisante et significative. Cette considération pourrait prendre la forme d'un crédit remboursable au niveau de leur déclaration fiscale annuelle et dont les modalités de paiement pourraient être anticipées à l'instar de l'ancien crédit d'impôt pour enfant.

En attendant que de telles mesures soient mises en oeuvre, la Cour suprême a redonné un sens au principe de responsabilité fiscale et pavé la voie à la reprise en main du contrôle des dépenses. Si le plus vaut pour le moins, le pouvoir de dépenser devrait entraîner celui de dépenser de façon raisonnable et d'appliquer un contrôle des dépenses.

³³⁹ MINISTÈRE DES FINANCES, *Op.Cit.*, note 340, 136.

³⁴⁰ MINISTRE DES FINANCES, *Documents budgétaires*, 25 février 1992, pp. 80-81; la prestation fiscale pour enfant basée sur le niveau de revenu remplace alors les allocations familiales, d'application universelle, article 122.6 *LIC* ajoutée par S.C. 1992, c. 48, paragraphe 12(1).

³⁴¹ *Id.*

L'arrêt *Finlay c. Canada (CAP 2)*

L'arrêt *Finlay c. Canada (CAP) 2*³⁴² porte sur la légalité des opérations de compensation des paiements d'aide sociale dans la province de Manitoba appliquées relativement à l'entente fédérale-provinciale et à la législation fédérale sur le *programme d'assistance publique*. La question de droit porte sur l'étendue des critères énoncés dans le programme au niveau des éléments à considérer ainsi que leur application à la formule de calcul de l'aide sociale. On niait le pouvoir du gouvernement d'opposer la compensation de ses créances contre les versements de prestations aux bénéficiaires³⁴³.

Se fondant sur les critères prévus au paragraphe 6(2) du *programme d'assistance publique*, James Finlay réclamait une déclaration d'invalidité des réductions opérées par la *Social Allowance Act*³⁴⁴ du Manitoba. Pour la majorité, le juge Sopinka rejeta cette demande pour le motif que l'interprétation donnée aux critères était trop rigide.

La juge l'Heureux-Dubé, dissidente, considérait que les conditions de la législation fédérale étaient impératives, de sorte que les provinces devaient tenir compte uniquement des besoins fondamentaux du bénéficiaire. Cette vision généreuse s'appuie implicitement sur le «pouvoir de dépenser» en raison du fait qu'elle assujettit une règle provinciale à des critères fixés dans une entente inter-gouvernementale.

Il est inusité que le pouvoir de dépenser ait pu servir l'intérêt d'un particulier en constituant la base d'une interprétation favorisant l'exercice du pouvoir d'affectation des crédits d'une province. Certes, il s'agit d'une opinion dissidente, mais elle n'en constitue pas moins un élément important de l'analyse parce qu'elle émane d'une juge de la Cour suprême et qu'elle marque ainsi une rupture avec la réserve traditionnelle des tribunaux dans le domaine de l'exercice du pouvoir d'affectation des crédits. Cette tendance est confirmée par le fait que la majorité s'est appuyée sur plusieurs motifs étrangers au droit substantif: la théorie de l'épuisement des recours, l'interprétation et la référence aux débats parlementaire. Ainsi, dans un litige éventuel, la Cour pourrait facilement distinguer l'affaire *Finlay* sur la base des faits particuliers de l'affaire, notamment la disposition de la législation provinciale à l'effet que la formule doit aussi tenir compte de considérations humanitaires.

Aussi il est intéressant de constater jusqu'à quel point cette tendance pourrait aller si la Cour décidait de l'appliquer directement au pouvoir d'affectation des crédits du gouvernement fédéral. Certes, l'intervention judiciaire en matière financière n'irait

³⁴² *Canada (ministre des Finances, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, Procureur général du Canada) c. James Finlay*, [1983] 1 RCS 1080, 1133, cité l'arrêt *Finlay (CAP) 2*, une décision antérieure de la Cour suprême lui avait reconnu l'intérêt pour agir dans *Finlay c. Canada et al*, [1986] 2 RCS 607 (J. LeDain)

³⁴³ Arrêt *Finlay*, précité, page 8.

³⁴⁴ RSM, c. 1987, c. S160, s. 20(3).

pas jusqu'à obliger l'exercice du pouvoir de dépenser, mais plutôt à en orienter les priorités afin de favoriser une interprétation généreuse des droits fondamentaux en matière économique. C'est du moins l'approche de l'opinion dissidente.

Par ailleurs, l'arrêt constitue un soutien important à l'application de l'équité horizontale des droits fondamentaux en matière économique. Cette étape est un volet fondamental à l'expression du paradoxe de Clark. A elle seule, elle pourrait justifier les subventions conditionnelles aux provinces.

Conclusion préliminaire

Le pouvoir de dépenser fait l'objet depuis 1869 d'une reconnaissance du Conseil privé de Londres. Cependant, on n'a jamais réussi à circonscrire avec précision les tenants et aboutissants de ce pouvoir, qui sont du reste assez obscurs.

Les avis sont des plus partagés sur la question, mais il est non moins certain dans l'esprit de certaines provinces, qu'il s'agit d'un pouvoir d'intervention exceptionnel alors que selon le gouvernement fédéral toute la question doit être envisagée selon une technique de normalisation nationale. Déjà le «fédéralisme fiscal» s'est établi dans la culture politique. A l'instar de conventions constitutionnelles, le «fédéralisme fiscal» n'est que peu judiciaire en raison de son caractère de compromis politique, mais aussi de la très grande spécificité des enjeux politiques et financiers en cause; or sur ces deux plans, les tribunaux se sont toujours montrés réticents à intervenir, préférant laisser toute latitude au processus décisionnel des assemblées délibérantes des représentants élus par la population.

Mais voici, depuis la reconnaissance du «fédéralisme fiscal», notre culture politique a encore évolué. Nous en sommes maintenant à l'ère du fédéralisme exécutif où les relations intergouvernementales jouent un rôle dominant qui échappe pratiquement au contrôle parlementaire. La sous-section qui suit vise à présenter les jalons de l'évolution de ces rapports intergouvernementaux selon deux approches, une rétrospective et une prospective.

B) Les jalons de l'évolution du pouvoir de dépenser

1) Rétrospective

a) Le cadre d'évolution des programmes d'assistance financière aux provinces

Nous avons vu que le pouvoir de dépenser permet au gouvernement fédéral de dépenser dans des domaines qui ne relèvent pas précisément de ses compétences législatives et de lier des conditions au versement de ses fonds.³⁴⁵ Ceci touche directement les transferts financiers aux provinces, assortis de conditions et destinés à des activités de leurs compétences exclusives. Si l'on situe la gestion des finances publiques dans le cadre plus large d'un modèle d'élaboration de normes nationales - il s'agit bien d'un caractère fondamental de l'exercice du pouvoir de dépenser - il est raisonnable que toutes les formes de transferts aux provinces soient prises en compte.³⁴⁶ De la même façon, on doit imputer aux provinces les transferts ou les préférences fiscales accordées aux particuliers, aux entreprises et aux organismes para-publics. Nous verrons donc chacun des types de programmes d'assistance financière.

Contrairement à l'Australie, le Canada n'a pas de structure mixte institutionnelle et permanente spécifiquement constituée pour la coordination des programmes d'assistance financière. Les deux niveaux de gouvernement ne sont donc pas nécessairement représentés dans le processus menant à la prise de décision.³⁴⁷ Celles-ci relèvent plutôt des administrations centrales du gouvernement fédéral.

Plus spécifiquement, les fonctionnaires du ministère des Finances à la direction des relations fédérales-provinciales et de la politique sociale sont responsables de l'élaboration des politiques, lesquelles sont harmonisées avec les autres directions centrales du Ministère, soit la direction des politiques fiscales et la direction de la politique et du développement économique.

Ces politiques font l'objet d'une consultation *a priori* et *a posteriori* avec les provinces, dans le cadre des conférences fédérales-provinciales ou des réunions informelles entre fonctionnaires des deux ordres de gouvernement. L'administration prend bien soin dans ses rapports avec les provinces de ne pas créer d'attentes de la part des provinces tout en recueillant un maximum d'information quant à leurs aspirations. Ainsi, le gouvernement fédéral conserve l'initiative et le pouvoir décisionnel en tant que responsable de ses politiques. Ce n'est que normal puisque c'est le ministère des Finances, en collaboration avec le Conseil du Trésor, qui est responsable

³⁴⁵ INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston, Université Queen, 1991, 110 p, 38.

³⁴⁶ INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Op.Cit.*, note 34^r.

³⁴⁷ La commission des subventions du Commonwealth comporte cette particularité que sa forme institutionnelle est complètement indépendante du gouvernement. voir INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Op.Cit.*, note 345, 78.

des grandes politiques relatives au financement de ces opérations gouvernementales.

Par ailleurs, certains gouvernements provinciaux, et c'est là leur droit, endossent des positions privilégiant leurs intérêts particuliers sur ceux de la fédération. Ainsi lorsque les énoncées de politiques restrictives seront adoptées par le Parlement dans des législations fédérales à caractère financier, les provinces concernées pourraient exercer des recours judiciaires.

Considérant cette éventualité, il faut examiner si le pouvoir de dépenser peut être utilisé pour justifier des compressions budgétaires; le recours au pouvoir de dépenser dans le cadre des mesures de rationalisation pourrait-il être renforcé par la théorie de l'urgence nationale?

D'un côté, le gouvernement fédéral pourrait très bien invoquer l'état de nécessité engendrée par la situation précaire des finances publiques à l'appui des compressions qu'il entend imposer sur le plan des transferts aux administrations. D'ailleurs, le *Rapport du comité de surveillance du FMI*⁴⁸ pourrait même étayer ces arguments. Plusieurs analystes financiers ont d'ailleurs émis une opinion en ce sens.

D'un autre côté, les provinces pourraient invoquer trois arguments:

- d'abord le choix des priorités dans les domaines de compétence provinciale ne peut être arrêté par une décision unilatérale du ministre des Finances du gouvernement fédéral;
- le gouvernement fédéral devrait libérer l'espace fiscal correspondant aux coûts des programmes dans lesquels il se désengage;
- une telle pratique est inutile parce qu'elle correspond à un transfert du déficit fédéral et qu'en conséquence, les provinces se trouvent obligées de financer elles-mêmes leurs opérations sur les marchés financiers extérieurs à des taux supérieurs.

Ces arguments de faits, de nature politique, auraient peu de chance d'impressionner les tribunaux:

- D'abord, la majeure partie des transferts financiers est effectuée sous forme inconditionnelle, ce qui laisse aux provinces toute latitude en matière d'établissement de leur priorité.
- Ensuite, les provinces ont le droit de restreindre leurs dépenses d'opérations ou d'augmenter leurs recettes fiscales.
- Enfin, tant qu'une entente ne sera pas intervenue relativement à la formule de partage de la dette nationale, le gouvernement fédéral a le

⁴⁸ FOND MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Rapports annuels*, 1990, 1991 & 1992.

devoir de maintenir sa part des recettes fiscales propres afin d'assurer le respect de ses engagements.³⁴⁹

Au niveau des arguments de droit, on peut considérer la théorie de l'urgence nationale, qui est une création jurisprudentielle venant de l'arrêt *Fort Frances Pulp*.³⁵⁰ Parce qu'il s'agit alors de remédier à un problème défini qui menace la survie même de l'État, le Parlement se voit alors conférer ces pouvoirs dont l'exercice est essentiellement transitoire et exceptionnel. Ce pouvoir du gouvernement fédéral est concurrent et prépondérant dans les matières de compétence provinciale.

Certes, le pouvoir de dépenser ne peut émaner de la théorie de la situation d'urgence. Toutefois, nous considérons que cette théorie pourrait être invoquée conjointement avec le caractère particulier des lois de finance. Le jugement rendu dans *Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation*,³⁵¹ illustre bien cet aspect des lois d'affectation de crédits. Dans cet arrêt, la Cour suprême avait déclaré valide en droit constitutionnel l'exercice d'un pouvoir d'urgence en matière économique.

Ce caractère particulier des lois d'affectation de crédits est essentiellement tributaire de l'importance unique des objectifs de stabilisation économique dans l'intérêt national. En outre, celles-ci garantissent le maintien de l'état de droit et la permanence de l'État. Pour ces raisons, le pouvoir de dépenser pourrait servir à restreindre les transferts du gouvernement fédéral par la simple addition de nouvelles conditions à leur versement. Une réduction ou toute autre modification relative à ces transferts est toujours possible. Au surplus, en vertu de l'article 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux rejeteront toute remise en question du contrôle ultime du Parlement fédéral sur l'affectation des sommes en provenance du fonds consolidé national.

Pour toutes ces considérations, mais surtout en raison du caractère particulier des lois fiscales et budgétaires, les tribunaux favoriseront généralement la position du gouvernement fédéral. Il serait intéressant de voir de quelle façon la jurisprudence permettra d'harmoniser le pouvoir de dépenser avec le principe de responsabilité fiscale.

Toutefois, parce que le partage des compétences peut-être directement touché,

³⁴⁹ Assez curieusement, en matière de partage de la dette publique en cas de démembrement d'un pays, le droit international ne prévoit que le partage des dettes aux pays souverains et organismes internationaux. Si le régime politique était modifié de façon fondamentale au Canada, une entente sur le partage des dettes privée serait absolument essentielle au maintien de la crédibilité financière des États successeurs relativement aux engagements financiers du gouvernement fédéral actuel; c.f. *Convention de Vienne (1983)*, article 40.

³⁵⁰ *Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd v. Manitoba Free Press Co. Ltd.*, 1923 A.C. 95.

³⁵¹ *Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation*, (1976) 2 RCS 373.

les justifications des tribunaux qui disposent de ces questions soulèvent toujours d'intéressantes questions de droit. Cependant, il est probable que le gouvernement vise à éviter ou limiter ses compressions budgétaires dans les transferts aux provinces pour deux raisons évidentes.

Premièrement la mesure du coût politique quant aux restrictions des transferts aux provinces serait extrêmement aléatoire dans un pays où l'identité nationale a fortement été mise à l'épreuve au cours des dernières rondes de négociation constitutionnelle, dont le référendum national de 1992 a constitué le couronnement pathétique. Parce que les effets en contredisent la cause, il serait difficile d'imaginer une entreprise aussi hasardeuse.

Deuxièmement, les modalités d'une telle démarche sont connues: en modifiant la *Loi sur les arrangements fiscaux*,³⁵² le gouvernement pourrait inclure un nouveau plafonnement des droits de péréquations et de transferts financiers. Toutefois le prix politique d'une telle opération est toujours élevé, particulièrement lorsque le gouvernement ne dispose pas d'une solide majorité parlementaire. Inversement, dans le contexte d'un gouvernement majoritaire, le phénomène des tiers-partis au Canada risque moins d'engendrer des situations précaires lors de l'exercice du pouvoir de dépenser.

Cette question de droit nous semblait tout à fait invraisemblable à l'époque où le Canada n'était pas financièrement vulnérable en raison de sa dette extérieure. En revanche les engagements internationaux du Canada et le contexte de la volatilité des devises entraînent maintenant une situation où la marge de manoeuvre est de plus en plus contraignante sur le plan interne. Depuis 1993, le Canada, à l'instar des autres pays de l'OCDE, est fortement affecté par l'instabilité économique généralisée dans les pays occidentaux à économies de marché. Des solutions impérieuses sont inévitables: il existe alors une possibilité réelle que les initiatives péremptoires du gouvernement fédéral prennent la forme d'un fédéralisme fortement centralisé. L'autonomie des provinces s'en trouvera d'autant plus affaiblie. Dans ce «fédéralisme exécutif», les lignes de partage floues qui faisaient toute la souplesse du système risquent de remettre en cause la substance même ainsi que l'intégrité du régime.³⁵³

K.C. Wheare soutient plutôt que le principe de «bon gouvernement» doit l'emporter sur celui du «fédéralisme classique».³⁵⁴ Or cette observation d'un auteur

³⁵² *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1977, c. 10.

³⁵³ Processus de relations intergouvernementales dominées par les exécutifs (politiques et bureaucratiques) des différents gouvernements au sein du gouvernement fédéral. v.g. la conférence des Premiers Ministres fédéral et provinciaux; dans INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston, Université Queen, 1991, 110 p.58; voir aussi WATTS Ronald L., *Executive federalism: a comparative analysis*, INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, 1989, p.3.

³⁵⁴ K.C. WHEARE, *Op.Cit.*, note 59, 469, 119

reconnu pourrait, lorsqu'utilisée hors contexte, favoriser autant la centralisation que la décentralisation. Il faudrait alors y ajouter ce qui est implicite, soit qu'un «bon gouvernement» peut difficilement subsister sans véritable coopération entre les organismes centraux des divers paliers de gouvernement.

Le *Rapport de la Commission Royale MacDonald*³⁵⁵ donne un éclairage plus précis sur la question. Il a le mérite d'être ferme dans les principes et souple dans l'application.

Dans les principes, la Commission précise que le pouvoir de dépenser ne devrait pas s'exercer en dehors de toute contrainte: ses commissaires ne sauraient désigner plus clairement leur position favorable à l'endroit d'un «fédéralisme décentralisé». Ils ajoutent même que le pouvoir de dépenser doit concilier d'une part, l'intérêt national et d'autre part, la nécessité de préserver le caractère diversifié du fédéralisme ainsi que l'intégrité des administrations provinciales.³⁵⁶ Ceci est conforme aux principes développés par K.C. Wheare.

En pratique, la Commission propose de réformer les institutions dans le sens de la responsabilité fiscale, en élaborant des conditions précises relativement au financement et aux opérations des programmes.³⁵⁷

Dans les deux cas, le problème que l'on vise à résoudre est le suivant: le gouvernement fédéral transfère l'argent des élus à des administrations provinciales qui les affectent sans avoir eu à les percevoir. L'électeur ne peut donc tenir aucune autorité directement responsable pour l'affectation des ressources, puisqu'aucune d'entre elles n'a le contrôle complet sur les aménagements financiers qui se rapportent aux recettes fiscales dont elle dispose.

À ce problème, le rapport propose deux solutions: ou bien l'on transfère la gestion des programmes au gouvernement fédéral (ce qui est incompatible avec les principes d'un régime fédéral), où l'on décentralise au maximum en laissant aux provinces l'entière responsabilité des programmes et des ressources fiscales propres correspondantes. Cette dernière solution va à l'encontre des recommandations du *Rapport Carter*³⁵⁸ (1965) lequel faisait observer qu'il n'était plus opportun de transférer de nouveaux points d'impôts aux provinces en raison de l'importance de l'intégrité de l'assiette fiscale comme levier de la politique économique nationale.

³⁵⁵ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport*, Vol. 3, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et services, 1985, 779.

³⁵⁶ *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, Rapport volume 3*, Ottawa, Centre d'éditions du gouvernement du Canada, 1985, 779 pages, p. 277.

³⁵⁷ *Id*

³⁵⁸ ROYAL COMMISSION ON TAXATION, *Report, vol 2, The Use of the Tax System to Achieve Economic and Social Objectives*, Ottawa, Queen's Printer, 1966, pp. 353, 97-98.

C'est la solution mitoyenne qui a été adoptée avec le dépôt du *Projet de loi C-3* concernant la surfacturation et les pénalités financières qu'elle emporte.³⁵⁹ Nous verrons dans l'exposé qui suit de quelle façon des compromis du même genre se sont imposés en examinant l'évolution des divers types d'assistance financière.

b) Classification et évolution des types d'assistance financière: les transferts en espèces, les droits rattachés au financement des programmes établis et à la péréquation

Au niveau du droit interne, il est naturel que les grands systèmes fédéraux se distinguent par des aménagements financiers similaires aux traités internationaux. Ceci permet une gestion uniforme et intégrée des services publics et du commerce entre les États fédérés dont les économies sont diversifiées tant par leur structure que par leur rendement. Afin de coordonner ses engagements internationaux et ses politiques économiques au niveau national, le gouvernement fédéral conclut avec les autres paliers de gouvernements des accords sur les aménagements financiers.³⁶⁰ À la lumière de la *Loi sur les arrangements fiscaux*³⁶¹ qui introduit ces accords intergouvernementaux dans la législation fédérale, on constate que la substance de ces ententes concerne essentiellement le partage des recettes fiscales communes et les transferts financiers aux provinces.³⁶² Il s'agit d'une application du fédéralisme fiscal.

Il existe deux types d'arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces: les arrangements de partage de coûts, pour lesquels le gouvernement consent à rembourser un pourcentage fixe des dépenses provinciales, et les arrangements de financement global, pour lesquels le transfert fédéral n'est pas directement associé aux coûts des programmes spécifiques. Le meilleur exemple d'arrangement de financement global est actuellement le financement des programmes établis. La variété de ces formes d'arrangements financiers confère au fédéralisme canadien la souplesse nécessaire à une adaptation rapide de ses programmes socio-économiques au contexte économique et politique national et international.

³⁵⁹ art 18, (1984) S.C. c. 6

³⁶⁰ Ces exercices ont leur limites; le problème de droit international économique soulevé par les domaines de compétence soustraits aux compétences fédérales est illustré par *l'Affaire des monopoles provinciaux sur l'alcool* qui fut soumis au GATT c.f. Doc U/6304, reproduit dans GATT., IBDD, supp., n° 35pp. 38-106 dans MORIN, RIGALDES & TURP, *Droit international Public, Tome II*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, 1054, pp. 703-720.

³⁶¹ *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé*, (1985) S.R.C. c. F-8.

³⁶² La méthode de partage est aussi basée sur les variations de niveau du revenu imposable affectant des droits de péréquation relatifs aux revenus provenant de l'impôt des particuliers. c.f. Article 4.2a) du *Statut du fond monétaire international*, précité, note 22. Or, en dépit de ce fait, on peut considérer l'effet net de ces accords comme étant neutralisé par les revenus additionnels qu'apporte une meilleure collaboration entre les administrations fiscales.

En effet, sans modifier le cadre rigide de notre droit constitutionnel, le fédéralisme fiscal permet d'ajuster la structure du régime fédéral selon les besoins et le contexte socio-économique: selon une politique de décentralisation, on reconnaît une structure d'arrangements de financement global accordant plus de pouvoir et de latitude aux provinces; en revanche, dans un régime centralisé, on reconnaît des programmes d'assistance plus spécifiques, tels que des arrangements fiscaux de partage de coûts, dont les termes seraient eux-mêmes assortis de conditions. Or c'est justement en vertu de ces conditions que le gouvernement fédéral exerce un contrôle prédominant au niveau qualitatif et quantitatif relativement à ces dépenses.

Au cours de la présente section nous verrons les diverses méthodes de mise en oeuvre du fédéralisme fiscal; il s'agit des points, des transferts financiers, de la péréquation et du développement régional.

i) Évolution législative des points d'impôts

Dans le cadre d'un strict partage des compétences fiscales, la répartition des recettes est l'outil privilégié pour la mise en oeuvre des politiques et l'adaptation des structures aux besoins de la population.

À ce titre, il y a deux types de transferts aux provinces : d'une part, les transferts financiers, directement sous forme d'espèce, et d'autre part, les points d'impôt en espace fiscal libéré dans un champ de taxation quelconque, notamment l'impôt sur le revenu. Nous y reviendrons.

Les transferts doivent être distingués d'autres formes de paiements fédéraux versés aux provinces, notamment au titre de la péréquation, de la stabilisation et de la garantie de recettes.

En effet, la péréquation et les autres leviers financiers similaires visent un certain partage de la richesse nationale alors que les transferts correspondent aux ajustements techniques résultant de la mise en oeuvre de décisions politiques, dont celles à l'égard des programmes à frais partagés.

Le point d'impôt (accordé par le gouvernement fédéral) représente l'unité de mesure exprimée en pourcentage de "l'impôt théorique". De façon générale, la notion "d'impôt théorique" correspond à l'impôt fédéral de base que constitue le fardeau fiscal du contribuable au titre de l'impôt sur le revenu.

Le transfert par point d'impôt est une modalité de réaménagement du partage de l'assiette fiscale. Il réduit d'autant l'assiette fiscale du gouvernement fédéral, créant un "espace" libre d'impôt. Cet "espace" permet aux provinces d'augmenter d'un montant équivalant leurs taux respectifs dans l'échelle de l'impôt théorique, sans que soit pour autant modifié le fardeau fiscal global du contribuable.

L'exemple unique de l'abattement de l'impôt fédéral est particulièrement représentatif du transfert par points d'impôt.

L'abattement de l'impôt fédéral est une dépense fiscale fédérale au profit des provinces résultant des arrangements financiers de 1966 entre les deux paliers de gouvernement. Par ceux-ci, l'administration fédérale se retirait d'une gamme étendue de programmes à frais partagés.

Cette dépense prendra la forme de points d'impôt pour le Québec et de transferts financiers pour les autres provinces selon le choix exercé en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*.³⁶³

Le montant actuel de 16.5% est composé des éléments suivants :

- 8.5% Pour les programmes établis³⁶⁴
- 5.0% Pour le régime d'assistance publique³⁶⁵
- 3.0% Pour l'allocation de formation des jeunes³⁶⁶

Le taux original était établi en fonction d'un impôt théorique représentant l'assiette d'imposition totale en matière d'impôt sur le revenu. Le programme d'allocation aux jeunes ayant cessé de prendre effet par l'abrogation de la loi habilitante, les avantages conférés sous la forme de points d'impôt sont remboursés à même des retenues sur d'autres transferts financiers en vertu de l'article 6.1 de la *Loi de 1964 sur la révision des arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*.³⁶⁷

Une analyse en profondeur de l'abattement provincial de l'impôt de base nous permettra d'abord de distinguer deux types d'abattements. Il s'agit de l'abattement spécial du Québec, et de l'abattement applicable à l'égard de l'ensemble des provinces.³⁶⁸

Cette distinction aura une implication importante lorsqu'en 1972, l'abattement à

³⁶³ *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*, S.C. 1964-65, ch. 54, art. 3.

³⁶⁴ *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*, S.C. 1976-77, c. 10, art. 30(2)a), mise à jour de S.C. 1964-65, c. 54, art. 6.

³⁶⁵ *Id.*, art. 30(2)b).

³⁶⁶ *Loi sur les allocations des jeunes*, S.C. 1964-65, c. 23, art. 7, abrogée par 1970-71-72, ch. 48, art. 157; et *Loi de 1966 sur les allocations de formation*, S.C. 1966, c. 27, abrogée par S.C. 1971, c. 48, art. 157.

³⁶⁷ *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1972, c. 45.

³⁶⁸ Comme annoncé par la *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1972, c. 45. Date de sanction, le 12 décembre 1973, art. 6 applicable le 1 avril 1974 en vertu de 6.1(2).

l'ensemble des provinces sera introduit par l'entremise du taux de l'impôt fédéral de base, lequel représentera directement l'impôt net des abattements consentis à l'ensemble des provinces.

Aussi, en 1977, on verra une portion de 9,143 points accordés par le taux au titre du *Financement des programmes établis*³⁶⁹ être débités, de l'abattement spécial; c'est en ramenant l'échelle d'impôt fédéral de base de 90,857 à 100 que les 14,857 points du Québec deviendront les 16.5% que l'on connaît encore aujourd'hui.

Pour comprendre l'abattement spécial du Québec, on doit d'abord examiner l'implication juridique des accords de non participation. L'autorité législative permettant à une province participante de se retirer d'un programme à frais partagés est édictée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur les programmes établis*³⁷⁰ :

STANDING PROGRAMS.

Supplementary agreements.

3. (1) Where a province that is participating in a program enumerated in Schedule I desires to have that program become a program that is to be wholly administered and financed by the province, the appropriate minister and the minister of Finance, with the approval of the Governor in Council and notwithstanding any provision of the authorizing instrument or any regulation made thereunder or in respect thereto, may together enter into a supplementary agreement on behalf of the Government of Canada with the province for the purpose of enabling the province to assume responsibility for that program.

À la lumière de cette disposition, le programme visé deviendrait entièrement administré et financé par la province. Cependant, afin de rétablir l'équité à l'échelle nationale, il fallait offrir une compensation aux provinces qui optaient pour le retrait de ces programmes. L'accord supplémentaire de versements en espèces vise à réaliser cet objectif, au paragraphe 3(2) de la *Loi sur les programmes établis*³⁷¹ :

"Supplementary agreement to continue program.

(2) A supplementary agreement shall contain an undertaking by the province that the province shall continue to operate the program in accordance with the authorizing instrument except as to the manner in which the Government of Canada will contribute thereafter in respect of the program and the manner in which accounts are to be submitted."

Les provinces désireuses de se prévaloir de l'offre de versements en espèces avaient jusqu'au 31 octobre 1965 pour conclure l'accord avec le gouvernement fédéral.³⁷² Un tel accord donnerait droit à un paiement de transferts conditionnels. Québec opta pour un financement sous la forme de points d'impôt, se prévalant ainsi de la possibilité d'augmenter son taux d'impôt d'un montant équivalent. Inversement,

³⁶⁹ Abattements pour l'ensemble des provinces.

³⁷⁰ *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*, S.C. 1966-67, c. 89.

³⁷¹ *Id.*

³⁷² *Established program (interim arrangement)*, Oct., S.C. 1964-65, c. 54.

Ottawa récupère sa participation au financement de l'abattement spécial du Québec en la réduisant de ses transferts comptants.³⁷³

Si l'on considère l'année 1965 comme période de référence, on pourra retracer l'ensemble des points d'impôt accordés spécialement au Québec selon l'ancienne échelle de l'impôt fédéral de base. Les modalités de mise en oeuvre sont énoncées dans les articles 6 et 19 de la *Loi sur les programmes établis*.³⁷⁴

D'une part, l'article 6 attribue 20 points sur l'impôt correspondant au revenu gagné dans une province ayant conclu un arrangement supplémentaire. Cette portion de l'abattement qui n'est pas reflétée dans le corps de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁷⁵ est ainsi formulée :

"Tax Abatement and Equalization.

6. (1) Where a supplementary agreement has been entered into with a province in respect of a standing program, the tax abatement applicable for a Taxation year ending in or concurrently with an operating year within the interim period for that standing program shall be increased with respect to the income of an individual earned in that taxation year in that province by adding to the percentage figure of the tax abatement the number of units that apply to the program as specified in subsection (2).

(2) The number of units that apply to a standing program are as follows:

- (a) fourteen units, in the case of the hospital insurance program;
- (b) four units in the case of the special welfare program, being
 - (i) two units for the programs referred to in subparagraphs (a) to (c) of paragraph 2 of Schedule I and
 - (ii) two units for the program referred to in subparagraph (d) of paragraph 2 of Schedule I;
- (c) one unit, in the case of the technical training program; and
- (d) one unit, in the case of the health grants program. (mes soulignés) "

D'autre part, l'article 19 modifie l'article 33 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁷⁶ pour y refléter 3 points d'impôts additionnels. Cette portion de l'abattement visait le revenu provenant d'une province offrant son propre programme d'allocation - la formation pour les jeunes. Encore cette fois-ci, la loi s'appliquait aux seuls contribuables du Québec sans qu'il en soit spécifiquement fait mention. Les sous-alinéa 33(1)a(ii) et 33(9)b(i) énoncent de façon identique la règle applicable aux années 1965 et 1966:

- "(ii) in the case of income earned in the taxation year in a province providing schooling allowances within the meaning of the Youth Allowances Act, an amount that bears the same relation to 3% of the basic tax that his income earned in the taxation year in the province bears to his income for the taxation year."

³⁷³ *Loi sur les programmes établis*, S.C. 1964-65 c. 54, paragraphe 3(3).

³⁷⁴ SC 1964-65, c. 26.

³⁷⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, tel que modifiée (1985) LRC 5e supp.

³⁷⁶ *Id*

Cette dernière disposition porte à 23% le grand total de points d'impôt attribué au Québec au titre de l'abattement spécial; cependant, à l'instar des autres provinces, Québec bénéficie d'un abattement accordé à l'ensemble des provinces, lequel est établi à 25 points, portant ainsi les déductions d'un contribuable québécois à 47% de l'impôt fédéral de base. Nous y reviendrons.

Tels sont les points accordés au titre de l'abattement spécial. Surviendra ensuite l'ajustement de 1972 alors que l'échelle sera modifiée en fonction de l'impôt fédéral net de l'abattement à l'ensemble des provinces. Ceci n'affecte aucunement l'abattement spécial en substance, mais fera néanmoins disparaître la nécessité de l'ancien article 33. Aussi, l'article est abrogé.³⁷⁷ Cependant, en 1977, une opération de chassé croisé de points d'impôt transforme la structure de l'abattement spécial du Québec. Pour l'ensemble des provinces, on accorde 9.143 points d'impôt pour les fins du financement des programmes établis. Ajoutée aux 4.357 points déjà consentis aux fins de l'enseignement post-secondaire, cette portion porta à 13.5 points la déduction accordée aux fins du financement des programmes établis.

Étant déjà bénéficiaire d'une portion d'abattement spécial au titre du financement des programmes établis, le Québec était justifié de revendiquer une solution tout à fait différente. On recherchera donc une formule lui permettant d'obtenir sa juste part en se rapprochant le plus possible d'une pratique uniforme.

Cette juste part fut déterminée en transportant l'abattement spécial réduit de 9.143 sur la nouvelle échelle 90.857. Le taux ainsi obtenu 16.35 fut arrondi à 16.5, soit l'abattement actuel. La consécration de l'histoire législative de l'abattement spécial au Québec se trouve à l'article 120.1(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁷⁸ :

"Art. 120.a(5)

(5) Réduction. Nonobstant le paragraphe (4), le montant de l'excédent visé à ce paragraphe est réduit d'un montant égal à la fraction de 16.5% de l'excédent que représente

- (a) son revenu gagné dans l'année dans une province qui, au 1er janvier 1973, était une province accordant des allocations scolaires (au sens de la Loi sur les allocations aux jeunes) par rapport à
- (b) son revenu pour l'année."

³⁷⁷ Certains commentaires sont à l'effet que l'article 120 de la nouvelle loi (réforme de 1972) est l'équivalent de l'ancien article 33. Ce n'est pas tout à fait exact dans la mesure où l'ancien article 33 concernait l'abattement relatif à l'ensemble des provinces. Par suite de la conversion de l'échelle visant l'impôt de base, cette notion est périmée. Le paragraphe 120.1(5), quant à lui, reflète totalement et exclusivement l'abattement spécial du Québec. Les points d'impôts reflétés ont été introduits partiellement par l'article 33 quant aux programmes d'allocation de formation pour les jeunes et, dans une plus large mesure, dans la *Loi sur les programmes établis de 1965*; le paragraphe 120.1(5), quant à lui, reflète ces deux portions de l'abattement selon la nouvelle échelle de l'impôt de base et après un ajustement de 1977 consacrant les arrangements fiscaux quinquennaux.

³⁷⁸ précité, note 375.

Une certaine confusion peut s'en suivre en raison du critère unique des allocations scolaires, alors que l'article 30 de la *Loi de 1977*³⁷⁹ précisait que les 13.5 points étaient plutôt attribués en considération des programmes établis et du système d'assistance publique. La fusion des critères n'aura pas d'implication immédiate, puisque la disposition vise uniquement le Québec qui s'est désisté indépendamment de tous les programmes en une démarche résolue en vue de l'autonomie fiscale. Cependant, il importe de rappeler la distinction sur la provenance des points d'impôts en raison des modifications éventuelles aux programmes d'assistance du Canada.

Nous avons vu l'histoire législative des points d'impôt dans le cas particulier du Québec. Cette démarche peut être corroborée par une révision des étapes constitutionnelles concernant l'abattement relatif à l'ensemble des provinces. La source constitutionnelle de celle-ci s'explique du fait que les «pères de la constitution» avaient prévu que les transferts financiers fédéraux devaient représenter une partie du financement des opérations des provinces.³⁸⁰ Effectivement, durant la période suivant les débuts de la confédération, les subventions fédérales constituaient plus de la moitié de l'ensemble des recettes des provinces.

Sous la pression d'obligations croissantes, les provinces devaient graduellement recourir à leur propre pouvoir d'imposition en levant des impôts sur le revenu des particuliers et des sociétés ainsi que des droits de succession; de 50% de leurs recettes totales en 1880, la dépendance des provinces relativement aux subventions du gouvernement fédéral passait à 26% en 1910. Lors de la première guerre mondiale, l'augmentation des dépenses militaires devait justifier l'occupation conjointe des grands champs d'imposition en faveur du gouvernement fédéral.

Durant les années 20, cette tendance fut renversée lorsque les provinces entreprirent de grandes initiatives en matière de développement d'infrastructure, de réseau routier, santé et éducation. Les pouvoirs publics locaux et provinciaux financèrent ces opérations par de nouvelles taxes sur l'essence et des recettes provenant des permis commerciaux, en particulier ceux concernant l'alcool. Les provinces de l'ouest, qui n'avaient pas obtenu dès leur adhésion au pacte confédératif la compétence fiscale sur leurs richesses minérales, revendiquèrent avec succès ce pouvoir. De ce réaménagement des compétences fiscales résulta une structure fiscale où les subventions fédérales ne comptèrent plus que pour 10% de leurs recettes totales.³⁸¹

La crise de 1929 et le chaos financier qui s'en suivit devaient donner lieu à une

³⁷⁹ *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1977, c. 10.

³⁸⁰ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le fédéralisme fiscal*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981, 46.

³⁸¹ *Id*

période troublée que l'on connaît maintenant sous le nom de «jungle fiscale des années 30». Pendant cette période, les nouveaux impôts se succédèrent à une cadence accélérée et les impôts existants furent augmentés. Ces conditions et les pressions politiques amenées par l'entrée du Canada dans la Deuxième Guerre mondiale devaient convaincre l'ensemble de la classe politique de la nécessité d'un pouvoir central fort. En 1941, cette volonté prit forme dans les premiers *Accords de location du domaine fiscal*.³⁸² Par cette convention les provinces renonçaient, en contrepartie d'une compensation du gouvernement fédéral, à lever des impôts sur le revenu des particuliers et des sociétés. Cette convention devait s'appliquer jusqu'à l'année suivant la fin de la guerre.³⁸³

En 1947, toutes les provinces à l'exception du Québec et de l'Ontario décidèrent de renouveler les accords de location de domaine fiscal. En vertu de l'article 33 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,³⁸⁴ le Parlement consentit à un abattement applicable à l'ensemble des provinces; il s'agit alors du moindre de l'impôt provincial ou 5% de l'impôt provincial exigible.

Déduction pour impôts provinciaux.

33. (1) Lorsqu'un particulier qui a payé l'impôt sur le revenu pour une année d'imposition au gouvernement d'une province dans laquelle il résidait, était employé ou exerçait une entreprise pendant l'année, il peut être déduit sur l'impôt par ailleurs payable en vertu de la présente Partie, pour l'année, le moindre des montants suivants :

- a) un montant égal à l'impôt ainsi payé, ou
- b) cinq pour cent de l'impôt par ailleurs payable en vertu de la présente Partie pour l'année.

(2) Pour l'application du présent article, l'expression "impôt par ailleurs payable en vertu de la présente Partie" signifie l'impôt par ailleurs payable après qu'a été opérée toute déduction en vertu de l'article 38, mais avant toute déduction à l'égard d'impôts payés au gouvernement d'un pays autre que le Canada. 1948, c. 52, art. 32."

De 1952 à 1957, toutes les provinces sauf le Québec décidèrent de renouveler les accords de location du domaine fiscal. En 1954, un premier abattement de 16.5% fut accordé aux provinces. Les contribuables québécois reçurent un crédit d'impôt additionnel de 5% en raison de la détermination du premier ministre Duplessis d'occuper 15% du champ de l'impôt théorique.

En 1955, une modification de la Loi établit à 10% de l'impôt de base l'abattement accordé aux contribuables d'une province et fait disparaître le maximum établi par l'impôt provincial applicable aux années d'imposition 1955 et 1956. Cette

³⁸² *Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage de l'impôt*, 1956 SC c. 29, abrogé SC 1938, c. 2, article 68, annexe IV, no. 2.

³⁸³ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Op.Cit.* note 119, 380, 400, 47.

³⁸⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1948, 11-12 GEO 11, c. 52 à 32.

disposition reste en vigueur jusqu'en 1958,³⁸⁵ lorsque le montant est porté à 13%. Plus tard, l'abattement sera porté respectivement à 16, 17, 18, 19 et 20 points pour les années 1962, 1963, 1964, 1965 et 1966. Avec la *Loi sur les programmes établis*,³⁸⁶ cet abattement est modifié à la hausse pour les années 1965 et 1966, portant ainsi les taux à 21 et 24%, respectivement.

En 1965, porté par le vent de révolution tranquille avec Jean Lesage, Québec réitère son action autonome en instituant le *Régime des rentes du Québec*.³⁸⁷

Les portions d'abattement aussi appelés points d'impôt, augmentent encore graduellement jusqu'à 24%. En 1965, Québec reçoit son premier abattement spécial de 23% de l'impôt fédéral de base. En 1972, la carte fiscale est de nouveau modifiée avec la taxe sur le progrès social et l'impôt sur la sécurité de vieillesse. La dernière modification majeure à ce tableau survient avec *le financement des programmes établis*.³⁸⁸ Suite à ce réaménagement, l'impôt théorique fut ramené à 100 points et l'abattement du Québec devient 16.5%.³⁸⁹

C'est par le paragraphe 120(2) que s'introduit l'abattement spécial de 3% accordé au Québec à l'égard des allocations de formation pour les jeunes. L'autre fraction de l'abattement spécial est introduite par le biais de l'article 6 de la *Loi sur les programmes établis*.³⁹⁰

Cette pratique entraînant des risques de confusion sera abandonnée avec la réforme fiscale de 1972 alors que la notion d'abattement sera restreinte à l'abattement spécial au Québec. En effet, il deviendra inutile de considérer l'abattement à l'ensemble des provinces puisqu'il sera introduit via les taux réduits à l'échelle de l'impôt fédéral de base.

R.S., c. 148

19. (1) Section 33 of the *Income Tax Act* is repealed and the following substituted therefore: Deductions from tax on income earned in a province.

"33. (1) There may be deducted from the tax otherwise payable under this Part by an individual for a taxation year (hereinafter in this subsection referred to as the "basic tax") such of the following amounts as is applicable:

³⁸⁵ *Income Tax Act*, 1958, c. 32, art. 15.

³⁸⁶ *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*, S.C. 1964-65, c. 54, art. 19(1).

³⁸⁷ *Loi sur le Régime des rentes du Québec*, LRQ, c. R-9.

³⁸⁸ *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*, S.C. 1966-67, c. 89.

³⁸⁹ *La nature et l'évolution des transferts du gouvernement du Canada au gouvernement du Québec 1972-77 et 1977-82*, Direction générale de la politique fiscale, Québec, Ministère du revenu, 1981.

³⁹⁰ *Id*

- (a) in respect of the 1965 taxation year
 - (i) an amount that bears the same relation to 21% of the basic tax that his income earned in the taxation year in a province bears to his income for the taxation year, and
 - (ii) in the case of income earned in the taxation year in a province providing schooling allowances within the meaning of the Youth Allowances Act, an amount that bears the same relation to 3% of the basic tax that his income earned in the taxation year in the province bears to his income for the taxation year;
- (b) in respect of the 1966 taxation year
 - (i) an amount that bears the same relation to 24% of the basic tax that his income earned in the taxation year in a province bears to his income for the taxation year, and"

En 1967, en vertu de la *Loi sur les arrangements fiscaux de 1967*,³⁹¹ l'abattement pour l'ensemble des provinces est haussé de 4% à 28% pour les fins du programme de financement de l'enseignement post-secondaire.

15. L'abattement du revenu fédéral ayant trait à l'enseignement post-secondaire applicable à une province pour une année financière est le montant de la perte de revenu subie par le Canada à l'égard de l'année financière, par suite de certaines déductions permises par la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul des impôts sur le revenu payable pour une année d'imposition se terminant dans l'année financière, calculé comme l'ensemble

- a) du montant, déterminé par le Ministre, qui serait tiré d'un impôt
 - (i) sur les revenus (autres que les revenus provenant des affaires) des particuliers qui résident dans la province le dernier jour de l'année d'imposition, au sens où l'entend la *Loi de l'impôt sur le revenu*,
 - (ii) sur les revenus (autres que les revenus provenant des affaires) gagnés dans la province dans cette année d'imposition par des particuliers qui ne résident plus au Canada à aucun moment durant cette année d'imposition, au sens où l'entend la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et
 - (iii) sur les revenus provenant des affaires gagnés dans la province dans l'année d'imposition par des particuliers, au sens où l'entend la *Loi de l'impôt sur le revenu*;"

Selon le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*,³⁹² les mesures d'abattement d'impôt sur le revenu des particuliers étaient devenues telles que la portion de l'assiette fiscale fédérale était déjà trop entamée et qu'il était souhaitable que le gouvernement fédéral résiste à de nouvelles augmentations au niveau de l'abattement.

Pourtant, la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*³⁹³ dispose de nouvelles mesures

³⁹¹ *Loi sur les arrangements fiscaux de 1967*, S.C. 1966-67, ch. 89, art. 15.

³⁹² *Report on Royal Commission on taxation*, Vol. 2, The use of Tax System to Achieve Economic and Social Objectives, 1966, p. 97.

³⁹³ *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1977, c. 10.

en matière d'abattement de l'impôt fédéral au titre du financement des programmes établis. Enfin, à l'instar de toutes les dispositions législatives,³⁹⁴ le paragraphe 120.1(8) de la Loi réitère le critère de la source du gain pour les fins de l'application de la déduction. Or, dans l'espèce, le gain ne provenant pas du Québec, l'abattement spécial ne s'applique pas.

Nous avons établi la provenance des points d'impôts en utilisant deux approches opposées dont les résultats confirment réciproquement la validité de chacune des méthodes. Afin de porter un jugement sur l'équité des mesures, il importe de se rappeler la provenance des points d'impôt et l'effet de ceux-ci dans la détermination des autres formes de transferts, soient les transferts financiers. La sous-section qui suit a pour objet l'examen de ces derniers.

³⁹⁴ *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1976-77, c. 10, art. 30 ss.

ii) Les transferts financiers

Les premiers programmes à frais partagés ont trouvé leur origine dans les initiatives d'après-guerre. Depuis, au moins 100 programmes ont vu le jour dans un grand nombre de secteurs. Certains, à l'instar de la construction de la transcanadienne, sont de durée temporaire, et représentent donc peu d'intérêt pour les fins présentes.³⁹⁵

En revanche, quatre programmes se présentent comme étant les plus importants et les plus coûteux. Il s'agit du Programme d'enseignement post-secondaire de 1951, du Programme d'assurance hospitalisation de 1958, introduisant l'universalité aux services des hôpitaux, du Programme d'assurance-santé de 1968, permettant l'accès aux services des médecins et enfin du Programme d'assistance publique.

Au départ, les provinces étaient unanimes pour réclamer une intervention du gouvernement fédéral dans les domaines où elles ne disposaient plus des ressources nécessaires pour en assurer l'accessibilité; c'est l'avènement de l'État providence.

Cependant, dès l'aube des années 60, certaines provinces, le Québec en tête, considéraient que les initiatives fédérales constituaient une certaine forme d'ingérence dans leurs champs de compétence.

En 1959 Québec reçut un abattement de l'impôt de corporation visant à lui permettre d'assumer l'entière responsabilité en matière d'enseignement universitaire. C'était le premier exercice du retrait d'un programme national avec compensation.

Devant l'insistance du Québec pour développer sa société en accroissant ses programmes par le renforcement de son pouvoir fiscal, les premiers arrangements provisoires furent conclus. Ainsi la *Loi sur les programmes établis (Arrangements provisoires) 1964*³⁹⁶ assurait le financement de la moitié des dépenses reliées à un programme à frais partagés et ensuite permettait à la province de se retirer d'un grand nombre de programmes et de recevoir, par le truchement de points d'impôt et de transferts financiers «d'appoint», des fonds correspondant à la participation du fédéral dans ce programme.

Le gouvernement fédéral se rendit très vite à l'évidence que les points d'impôt consentis au Québec pouvaient refléter un statut particulier *de facto*. D'autre part, le financement de 50% des dépenses des programmes établis incitait très peu les provinces à réduire leurs dépenses puisque les trésors provinciaux ne récupéraient que 50% des économies reliées à la réduction de ces dépenses.

³⁹⁵ Peter W. Hogg, *Constitutionnal law of Canada, 2ed*, Toronto, Carswell, 1985, 119.

³⁹⁶ *Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires)*, S.C. 1966-67, c. 89.

Ces paramètres étant considérés, le gouvernement fédéral fut amené à opter en faveur d'arrangements plus décentralisés sur lesquels il pourrait exercer un meilleur contrôle.

- Ainsi, selon les termes de la Partie VI de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*,³⁹⁷ le gouvernement dispose de l'autorité d'effectuer des paiements au titre de l'enseignement post-secondaire et des services complémentaires de santé.
- Selon la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services domestiques* et la *Loi sur les soins médicaux*, le gouvernement dispose du pouvoir d'effectuer des subventions aux provinces au titre de l'assurance hospitalisation et de l'assurance-maladie.³⁹⁸

Les interprétations de ces lois sont divergentes selon la lecture qui en est fait. Selon les documents de négociation du ministre des Finances du Québec, tout lien entre les conditions relatives aux programmes et les coûts directs furent éliminés dans le financement des programmes établis. Selon le rapport du groupe de travail parlementaire fédéral, les critères initiaux de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* permettent au gouvernement fédéral de retenir des sommes jusqu'à ce que les «critères» qu'elle impose soient respectés par les provinces. En fait, l'objectif du gouvernement fédéral était atteint: les provinces avaient pu réorienter leurs dépenses selon leurs propres priorités tout en respectant les critères fédéraux.

En fait, la position favorable du gouvernement fédéral dépend davantage de son droit de modifier les arrangements de n'importe quelle façon, sauf en les annulant complètement, à compter du 1er avril 1982.

³⁹⁷ *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1977, c. 10.

³⁹⁸ *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé*, L.R.C. 1985, c. F-8.

iii) De la péréquation au développement régional

La péréquation est une mesure visant à procurer à chaque province les ressources financières nécessaires afin qu'elles offrent à leurs résidents un niveau de service et de taxation comparables à ceux des provinces représentatives.

La péréquation prend la forme d'une subvention inconditionnelle aux provinces. Pour ce faire, le ministre détermine pour chaque catégorie de revenus les déficiences ou les surplus de la façon suivante: l'excédent de la part de la province dans l'assiette fiscale totale à l'échelle nationale, calculée à un taux représentatif, qui est en sus des besoins de la province basés sur l'unique critère de la population.³⁹⁹

La première mention de la notion de péréquation se retrouve dans les conclusions de la *Commission Rowell-Sirois* dans son rapport de janvier 1941. Bien que la recommandation ait été rejetée, l'idée des droits de péréquation fut reprise en 1957.

A cette époque, la formule des paiements était conçue pour ramener les provinces au niveau des deux provinces les plus riches, lesquelles étaient alors l'Ontario et la Colombie Britannique. Les modalités de paiement étaient structurées autour du programme de location de l'espace fiscal par lequel le gouvernement fédéral percevait, pour le compte et au nom des provinces participantes, les impôts sur le revenu. Toutefois, le Québec, qui n'était pas partie aux accords de location d'espace fiscal, percevait tout de même des droits de péréquation.⁴⁰⁰

La formule originale ne prévoyait des droits de péréquation que pour les impôts conventionnels, à savoir les impôts sur le revenu des particuliers, impôts de société et droits successoraux. De nos jours, la péréquation couvre plutôt l'ensemble des sources de revenus provinciaux, soit les recettes budgétaires et non-budgétaires. Ainsi, presque toutes les sources de revenus des provinces sont «péréquationnées». Cependant, il subsiste des exceptions importantes dont l'effet peut-être préjudiciable à certaines provinces bénéficiaires.

Depuis, la péréquation est devenue la pièce maîtresse de l'échiquier des finances publiques canadiennes. Ainsi, après avoir obtenu un consensus à l'effet que la péréquation constituait le ciment ou pilier du Canada, il devenait dès lors impossible de remettre en question les grands enjeux de l'équilibre confédératif sans modifier les bases du régime des finances publiques canadiennes.⁴⁰¹ On a donc constitutionnalisé le principe. Toutefois l'accroissement du système de la péréquation avait été constaté bien avant cette réforme.

³⁹⁹ *Taxe sur les produits et services: Documents techniques*, Ottawa, Ministère des finances, 1989, page 49.

⁴⁰⁰ Peter W. HOGG, *Op.cit.*, note 27, 117.

⁴⁰¹ Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement et les provinces, *Rapport*, OTTAWA, Approvisionnement et services, 1981, 1.

Pour l'année financière 1982-1983, les provinces qui avaient droit à la péréquation étaient le Québec, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve. Cet exercice financier coïncidait avec la renégociation des arrangements fiscaux. Jusqu'alors les recettes provinciales ne comprenaient que la moitié des taxes sur les produits de pétrole des riches provinces de l'Ouest.

Les agents de négociation du gouvernement fédéral, influencés par les positions de l'Alberta, considéraient que la hausse des produits pétroliers produisait des effets trop perturbateurs et proposèrent que les revenus des produits pétroliers soient exclus de la formule de péréquation.

A l'opposé, le Québec, étant bénéficiaire du programme, proposait de le rendre plus généreux. Ainsi, selon Québec, l'élaboration d'une nouvelle formule devait passer par la définition conceptuelle des assiettes fiscales représentatives. Dans un document où il rappelle que la péréquation est une composante essentielle du régime d'imposition des provinces, le ministre des Finances du Québec propose notamment des modifications à la partie de la formule qui est sensée refléter les revenus de tarification de biens et services publics ainsi que les revenus provenant des ressources naturelles.

Quant aux revenus provenant de la tarification de biens et services publics, Québec considérait deux aspects, soit le domaine municipal et le domaine scolaire. Au niveau municipal, Québec soutenait que la différence entre les revenus *per capita* des municipalités devait être déterminée par le niveau relatif des services dont s'était dotée chacune des administrations. Ainsi, déjà à cette époque, la position du Québec était que les assiettes utilisées étaient déficientes et arbitraires, étant fondées sur les stocks nets de capital immobilier mesuré à partir des coûts initiaux.⁴⁰²

Si l'on considère l'élément de la formule qui mesurait les revenus provenant des ressources naturelles, celui-ci était déficient en raison de l'exclusion de certaines sources particulières de revenu. En effet, suite aux modifications ci-haut mentionnées, la formule a cessé de s'appliquer aux revenus provenant des cessions et concessions pétrolières et gazières, ainsi qu'à la moitié des autres revenus provenant des ressources non renouvelables.

«Enfin, puisqu'une province bénéficiant d'un surplus de revenus provenant d'un excédent de capacité fiscale au titre des ressources naturelles peut assurer un niveau satisfaisant de services publics sans dépendre pour ce faire de la péréquation et sans recourir pour autant à une fiscalité plus lourde, ce surplus de revenus réduit, s'il y a lieu, les droits de péréquation autrement payables. En fait, cette dernière disposition serait présentement inopérante pour toutes les provinces, les droits de péréquation calculés avant l'application de cette

⁴⁰² MINISTÈRE DES FINANCES, La péréquation fiscale : complément essentiel au régime d'imposition des provinces, précité, note 83.

disposition étant déjà négatifs pour chacune des provinces concernées.»⁴⁰³

Ce que signifie cette remarque, c'est que si les provinces disposant d'excédent fiscal pour une assiette de revenus voyaient réduite du même montant, leur déficience fiscale concernant une autre assiette, l'ensemble des revenus provinciaux seraient assujettis à la péréquation et serviraient à assurer une plus grande équité en faveur des provinces bénéficiaires sans pour autant entraîner des coûts prohibitifs pour le gouvernement fédéral. En d'autres mots, à quoi sert-il de continuer de subventionner indirectement les provinces riches par le biais de la péréquation lorsque le seul objectif de celui-ci est justement de rétablir l'équilibre et qu'à cette fin toutes les ressources sont nécessaires.

Afin de remédier à cette lacune et d'instaurer un système de redistribution efficace, Québec proposait un mécanisme inter-étatique. Cette formule, qui n'exigerait pas nécessairement la participation directe du gouvernement fédéral, est dérivée des modèles du Concordat Suisse, des traités *interlaender* en Allemagne et du mouvement pour les lois uniformes aux États-Unis.⁴⁰⁴

Cette formule proposée par Québec aurait pu réconcilier des objectifs divergents. Il s'agissait d'une part, de redéfinir l'univers des revenus assujettis à la péréquation comme comprenant tous les revenus des gouvernements provinciaux. Le potentiel fiscal des 10 provinces serait calculé sur une moyenne observée sur 3 ans. Aussi, le niveau relatif des besoins en services publics continue d'être déterminé en fonction de la population totale d'une province dont le nombre est corrigé par le facteur de sous-dénombrement. Enfin, la formule proposée par le gouvernement du Québec excluait d'emblée tout mécanisme de plafonnement des droits.

En revanche, la formule proposée par le gouvernement fédéral allait dans le sens d'une réduction des revenus assujettis puisqu'elle établissait les déficiences fiscales en fonction de la norme ontarienne. Par ailleurs, cette option aurait fait intervenir un dangereux élément d'instabilité dans la formule, puisque les droits de péréquation, constituant une part déterminante du budget des provinces bénéficiaires, auraient été à la remorque de l'économie ontarienne, laquelle n'est pas nécessairement représentative de la croissance au Canada.

La nouvelle formule de péréquation qui est décrite dans la *Loi sur les ententes fiscales de 1982* représentait la transition d'une moyenne nationale à une norme déterminée par les indices composés de cinq provinces. Ainsi appliquerait-on les taux d'imposition moyens nationaux à la moyenne pondérée per capita de l'assiette fiscale de l'Ontario, du Québec, du Manitoba, de la Saskatchewan et de la Colombie Britannique.

⁴⁰³ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA POLITIQUE FISCALE, *La péréquation fiscale: complément essentiel au régime d'imposition des provinces*, Québec, Ministère des finances, 1982, 1.

⁴⁰⁴ INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston, Université Queen, 1991, 110 p. p. 53..

que. L'exclusion de l'Alberta éliminait du coup la négociation délicate des formules relatives aux revenus des ressources naturelles.

Outre l'exclusion de l'Alberta, d'autres aménagements ont fait de la formule 1982 une formule très coûteuse pour le Québec et le Manitoba, les deux «provinces perdantes». A la suite de ces changements, on a limité les versements à la croissance du PNB. Aussi, afin de compenser les provinces bénéficiaires des effets de ces changements, on instaurera ensuite une garantie de niveau minimum et de paiements transitoires.

Dans son rapport la Commission royale MacDonald prône les mérites de la forme actuelle de péréquation:

«Les paiements de péréquation permettent d'assurer que tous les gouvernements peuvent assumer de façon adéquate les responsabilités qui leur ont été imparties, quelle qu'elles soient. Cela ne signifie en aucune façon une diminution de la liberté ou de l'autorité provinciale, ni un renforcement du contrôle du fédéral sur les provinces.»⁴⁰⁵ (mes soulignés)

Selon les représentations de la province de Québec, cette formule de péréquation, qui justement est sensée rencontrer les principes d'équité, comporte les lacunes suivantes:

- D'une part, les provinces qui ont un excédent fiscal n'y contribuent en aucune manière de sorte que l'effort de redistribution de la richesse est assumé globalement par toutes les provinces y compris celles qui devraient en bénéficier. En effet les recettes y afférentes sont prélevées à même le Fonds général consolidé du Canada.⁴⁰⁶
- D'autre part, la formule empêche le Québec de contrôler ses préférences fiscales, le pénalise dans ses efforts pour équilibrer son budget, et le rend vulnérable et extrêmement dépendant d'Ottawa. En fait, la formulation concrète de la péréquation est à l'inverse de l'objectif que lui attribue le *Rapport MacDonald*, lequel est réputé être de réellement réconcilier le principe de l'autonomie provinciale avec le principe de l'égalité d'accès de tous les canadiens aux services de base du gouvernement.
- Enfin, dans sa formule actuelle, la péréquation comporte certaines iniquités techniques dont l'effet net sur les droits de péréquation est négatif pour l'ensemble des provinces bénéficiaires. Dans son document de travail de 1982, la Direction générale sur la politique fiscale dénonce le fait que la formule d'alors ne reflète pas adéquatement les revenus

⁴⁰⁵ COMMISSION ROYALE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Op.cit.*, note 75, 7, 207.

⁴⁰⁶ Peter W. HOGG, *Op.cit.*, note 17, 119.

municipaux et les revenus provenant des ressources naturelles non renouvelables: «En effet, pour ces sources de revenus, les assiettes fiscales sont inexistantes ou difficilement quantifiables de sorte que les indicateurs retenus pour évaluer leur potentiel fiscal sont souvent arbitraires et généralement déficients.»

Soulignons que les revenus provenant des ressources naturelles non renouvelables ne font pas partie de la formule actuelle puisque les amendements de 1982 ont exclu l'Alberta du groupe des provinces représentatives. La formule de la *Loi sur le financement des programmes établis* arrivait au même résultat en excluant une partie de l'univers fiscal des provinces représentatives.

L'argument du gouvernement fédéral à cette vision des choses est exprimé dans le document *Fédéralisme fiscal* du groupe parlementaire de la chambre des communes:

«La formule actuelle de péréquation repose sur le postulat que les provinces ne perçoivent des recettes que dans le but de financer des services publics et que, par conséquent, leurs recettes reflètent leurs besoins de dépenses. Dans la mesure où les recettes tirées des ressources naturelles par les trois provinces situées le plus à l'ouest reflètent leur bonne fortune plutôt que l'intention de leur gouvernement de fournir des services à leurs habitants, le postulat qui précède ne tient plus, et il convient de limiter la prise en compte de ces recettes.»⁴⁰⁷

A cela il est possible de répliquer que le postulat de responsabilité fiscale ne tient pas à l'endroit du Québec, dans une situation semblable. Considérant le fait que la formule visait les ressources hydro-électriques dont le Québec tirait d'importants revenus à cette époque, il apparaît que la décision de ne pas les exclure correspondrait à instaurer un système de deux poids deux mesures, alors que les bénéfices comparatifs liés aux ressources hydro-électriques relevaient tout autant de la bonne fortune du Québec. Ces notions de bonne fortune et de responsabilité fiscale prennent une signification inusitée alors que l'objet même de la péréquation en est un d'équité.

Premièrement, le caractère inusité s'illustre par l'exclusion partielle des revenus provenant des ressources naturelles renouvelables dans les trois provinces de l'Ouest par rapport aux recettes provenant des ressources renouvelables comme les infrastructures d'Hydro-Québec dont les revenus sont pris en compte:

- dans la catégorie désignée à la clause ff)), spécialement prévue à l'endroit des locations d'énergie hydro-électrique - laquelle ne saurait viser Terre-Neuve puisque cette dernière n'est même pas une province représentative au sens de l'article 4)(1)a)(i) de la *Loi sur les arrangements fiscaux*;

⁴⁰⁷ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Chambre des communes, 1982, 174, 180.

- dans les revenus et impôts provinciaux divers en tant que «revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services».

Deuxièmement, les rédacteurs du groupe de travail n'ont certainement pas à l'esprit une notion très large de la notion de service public.⁴⁰⁸

L'exclusion des ressources énergétiques de l'Ouest constitue donc une décision politique parce qu'au Canada, l'opinion accepte largement le fait que l'opération de grandes sociétés fait partie des missions de l'État, au sens d'une mission de service public. Au Québec également, il apparaît tout à fait normal et raisonnable de considérer les opérations de la SAQ et de Loto-Québec comme des missions de service public. Dans cet optique, il n'est que normal que les revenus des sociétés d'État soient considérés sérieusement pour déterminer ce dont la province a besoin pour offrir des services d'éducation et de santé à sa population. Or personne n'a jamais eu l'idée de prétendre que ces revenus autonomes tirés des opérations des sociétés de service public ne devraient pas être pris en compte pour les fins de péréquation.⁴⁰⁹

Dans la nouvelle loi, telle qu'amendée, la formule de calcul des paiements de péréquation s'exprime comme suit:⁴¹⁰

«4(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, le paiement de péréquation qui peut être fait à une province pour un exercice est le montant déterminé par le ministre, égal au plus élevé des montants suivants:

a) le produit obtenu en multipliant:

- (i) l'ensemble des montants obtenus en soustrayant, pour chaque source de revenu, le rendement par tête de cette source de revenu à l'égard de cet exercice du rendement moyen par tête des provinces de l'Ontario, de Québec, de la Colombie-Britannique, du Manitoba et de la Saskatchewan pour la source de revenus à l'égard de cet exercice

par

- (ii) la population de la province pour cet exercice;

b) zéro»

Cette disposition est complexe parce qu'elle traduit comme une loi fiscale une formule mathématique dont les éléments sont déterminés dans une réglementation volumineuse. De plus, des difficultés sont apparues dans l'interprétation donnée aux dispositions concernant les limites maximales appliquées au calcul des droits de péréquation payables. Les documents budgétaires de l'exercice financier 1986-1987

⁴⁰⁸ Les rédacteurs auraient pu s'inspirer des principes de droit public français depuis un *arrêt Bac d'Eloka*, le Conseil d'État considère le service public industriel et commercial (SPIC) comme faisant partie du domaine de sa juridiction, tout autant que le SPA, voire le service public administratif

⁴⁰⁹ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA POLITIQUE FISCALE, *Op.cit.*, note 87, p. 9.

⁴¹⁰ *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédéral en matière d'enseignement post-secondaire et de santé*, S.C. 1976-77 c. 10; S.C. 1984 c. 13.

font état notamment de l'impact des législations concernant la garantie transitoire de recettes et l'application du Bill C-12 portant sur le programme du 6 et 5%.⁴¹¹

La position du gouvernement du Québec est très ferme à cet égard. Elle se résume en trois points:

- premièrement, les maxima sont imposés de façon arbitraire et sans consultation, et par ailleurs, les minima portant sur la garantie de recettes et prévue au paragraphe 4(6) de la *Loi sur les arrangements fiscaux*⁴¹² ne sont pas appliqués correctement.
- deuxièmement, Québec serait la seule province à ne pas bénéficier d'une garantie de recettes ramenant les droits de péréquation à 95 pour cent du montant de l'année précédente.⁴¹³
- troisièmement, Québec allègue au surplus qu'en taxant à des taux comparables aux autres provinces selon l'esprit de la péréquation, son sur-endettement aurait été de 1,4 milliards de dollars en 1985-1986. Aussi, cette province prétend qu'elle ne reçoit qu'une fraction du montant qu'elle estime lui être dû en fonction de sa population par rapport au total des droits de péréquation accordés.⁴¹⁴

Les revendications de Québec sont prises très au sérieux par Ottawa. Dans le *Rapport de la commission royale McDonald*, on reconnaît les problèmes de la nouvelle formule de péréquation tout en insistant sur les modalités adoptées afin d'y remédier.

«La *Loi sur les ententes fiscales de 1982* comprenait également d'autres modifications aux ententes de péréquation. La couverture comprenait les revenus municipaux et 100% des revenus des ressources; l'exclusion de l'Alberta signifiait, cependant que les revenus des ressources ne représentaient qu'une petite partie de ceux comptabilisés auparavant. On établissait les limites aux versements en limitant leur croissance à celle de l'augmentation du produit

⁴¹¹ *Loi de 1977 sur les arrangements fiscaux*, 1967-77 c. 10, article 4.1) tel que modifié par 1982 S.C. 94 en ce qui concerne la garantie de recettes et par (1984) 32-33 S.S. c. 13 concernant le programme du 6% et 5%.

⁴¹² *Loi sur les arrangements fiscaux*, S.R.C. 1985, c. F-8.

⁴¹³ *Documents budgétaires de Québec, exercice financier 1986-87, annexe F*, Québec, Ministre des Finances, 198, p. 9.

⁴¹⁴ *Lettre du 4 février 1987 du ministre des Finances du Québec, M. Lévêques, au ministre des Finances fédéral, M. Michael H. Wilson*, p. 5; ainsi que nous le démontrerons, cette analyse ne peut être qu'incomplète en raison de la portion importante de l'aide régionale accordée par le canal des incitatifs fiscaux et dont les montants sont confidentiels.

national brut (PNB) depuis 1982. Une garantie de niveau minimum de paiement et de paiements transitoires faisait son apparition pour compenser les effets des modifications particulières dans certaines provinces. Ce sont le Québec et le Manitoba qui furent les principaux perdants à la suite de ces changements...»⁴¹⁵

On peut donc considérer que c'est à juste titre que certaines provinces s'estiment lésées par les modifications apportées à la formule de péréquation. Certes, s'il est un domaine où l'idéalisme est durement mis à l'épreuve, c'est bien celui des programmes d'assistance financière.

Aussi, on constate à la lumière des divers rapports qu'un désaccord persistait au niveau de la compréhension même de la formule telle que la *Loi sur les arrangements fiscaux* l'établit. Jusqu'en 1982, les droits étaient calculés selon une formule développée en 1967. La rareté des ressources et la confrontation des priorités obligent leurs administrations à effectuer des choix difficiles.

Une lecture fédérale de la formule de péréquation suggère que les droits des provinces à ce titre correspondent à l'excédent de leur part de l'assiette fiscale nationale en fonction de leur capacité fiscale sur leurs besoins, en fonction de la capacité fiscale des provinces représentatives, à savoir cette assiette nationale imputée au pourcentage de la population de la province par rapport à la population canadienne.⁴¹⁶

Une lecture québécoise de cette formule nous est présentée dans les documents de la direction générale de la politique fiscale: il s'agirait de déterminer d'abord la capacité fiscale d'une province en définissant une assiette fiscale représentative pour chaque source de revenus provinciale. Ensuite, la part ainsi calculée dans l'ensemble des provinces est soustraite de la part de la population de cette province dans l'ensemble de la population canadienne, ce qui donne l'excédant ou l'insuffisance fiscale. Ce montant correspondant à l'excédent ou l'insuffisance est imputé aux recettes totales que toutes les provinces tirent de cette ressource, donnant un montant positif ou négatif à accorder à la province pour cette source de revenu.⁴¹⁷

A partir de 1982, une nouvelle formule rétablit l'intégrité de l'assiette fiscale par un calcul se faisant à partir de cinq provinces représentatives.

Selon l'interprétation fédérale, le droit à la péréquation correspond à l'excédent pour chaque grande catégorie de revenus accessibles, qu'une province moyenne devrait recueillir, si elle avait une capacité fiscale représentative à des taux d'imposition moyens, sur les revenus prévus en fonction des taux d'imposition moyens prélevés sur

⁴¹⁵ Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, *Op.cit.*, note 75, 7, 213.

⁴¹⁶ Fédéralisme fiscal au Canada, *Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, *Op.cit.*, note 119, 380, 400, p. 17.

⁴¹⁷ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA POLITIQUE FISCALE, *Op.cit.*, note 87, p. 9.

l'assiette fiscale réelle de la province. Aussi, les travaux de la Commission Royale MacDonald ont révélé que les revenus réels effectivement recueillis par la province n'entrent pas directement dans le calcul.⁴¹⁸ La Commission avance même que si la province décidait d'imposer son assiette à des taux plus ou moins supérieurs à l'échelle des taux représentatifs, son droit à la péréquation n'en serait aucunement affecté.

Selon le gouvernement du Québec, la nouvelle formule comportait certaines autres iniquités, notamment en ce qui a trait à la base prise en compte pour les «impôts immobiliers provinciaux et locaux» prévue au paragraphe 4(2)dd) de la *Loi*. Plus spécifiquement, la réglementation ne permettrait pas de prendre en compte adéquatement les écarts inter-provinciaux de la valeur des terrains résidentiels. Cet argument est intéressant dans la mesure où la valeur des actifs immobiliers détermine directement le niveau de l'impôt foncier, et que cette source de revenu est une composante importante de la formule de péréquation.

Québec dénonçait aussi le règlement afférent à la garantie transitoire de recettes en raison de la difficulté d'interprétation que pourrait créer la qualification du «revenu national par tête». Il semble pourtant que cette notion soit préférable à la proposition à l'effet que la pauvreté comporte une variété de normes régionales.

Certes le régime peut comporter des imperfections. Un système qui tient compte d'une variété de facteurs comprendra nécessairement des difficultés d'application reliées aux changements rapides dans les réalités économiques et sociales. Cependant, le problème fondamental du régime de péréquation canadien est qu'il est financé à même le fonds consolidé du gouvernement fédéral. Un fonds inter-étatique lui serait préférable puisqu'il permettrait d'éviter d'obliger un État bénéficiaire à contribuer aux paiements de péréquation qui visent précisément à remédier aux limitations de ses ressources. Mais, il s'agit d'un compromis politique et la politique est, nous semble-t-il, l'art du possible.

Dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴¹⁹ au paragraphe 36(2), la péréquation est reconnue explicitement. Mais la reconnaissance constitutionnelle va au-delà de ce qui est nécessaire à l'égalisation périodique des ressources en favorisant pour chaque province l'autonomie fiscale à long terme. Cette modalité est implicitement prévue au paragraphe 36(1) qui expose ainsi les principes de l'assistance financière au développement régional:

«36. (1) Sous réserves des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à:

- a) Promouvoir l'égalité des chances de tous les canadiens dans la recherche de leur bien-être;
- b) Favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances;
- c) fournir à tous les canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels.

⁴¹⁸ Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, *Op.cit.*, note 75, 7, 209.

⁴¹⁹ 23-24 RU c. 53; (1985) LRC supp. 5 no. 42.

(2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquations propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparable.»⁴²⁰

Cette disposition explique toute la philosophie d'une politique économique idéale, celle que vise le Canada à l'aube des années 1990. La péréquation c'est bien, mais l'investissement dans le développement régional lui est de loin préférable. L'investissement dans les secteurs de pointe et les industries les plus prometteuses de l'économie permet de bâtir les infrastructures et de développer les technologies nouvelles. Ainsi les secteurs et les produits à forte valeur ajoutée permettront d'amener les provinces à un niveau de prospérité tel que les programmes d'assistance financière ne seraient plus nécessaires. De plus en raison de l'effet d'entraînement des investissements, des infrastructures et du potentiel de formation d'une main d'oeuvre qualifiée, les investissements en capital des entreprises activent l'économie des régions⁴²¹. La compétitivité, accrue par ce facteur, contribue à rétablir l'équilibre de notre monnaie sur le marché des changes. Il s'agit donc, s'il en est, justement d'un cas où les intérêts des régions coïncident avec l'intérêt national.

La combinaison de la péréquation et de l'aide au développement régional est la voûte d'accès à une plus grande équité à long terme entre les provinces en ce qui concerne la disponibilité des ressources financières. Dans la mesure où cet objectif sera atteint, l'importance du pouvoir de dépenser se réduira du fait que les provinces auront la liberté de choisir entre des objectifs de politique fondamentales et des paiements de transferts lorsqu'elles jugeront que les conditions dont sont assortis ces transferts sont insatisfaisantes. Toutefois d'ici à ce que les provinces disposent de cette liberté, le pouvoir de dépenser devrait continuer à s'étendre en raison de l'aspect discrétionnaire des priorités adoptées dans le cadre des programmes de développement régional.

⁴²⁰ *Loi Constitutionnelle de 1982*, (R-U) 1982, c. 11.

⁴²¹ Les spécialistes des finances publiques se réfèrent à ce phénomène par la notion du multiplicateur économique, lequel majoré du montant de l'investissement, résulte en une augmentation du revenu national. Naturellement, il s'agit d'une modèle théorique.

Conclusion préliminaire

La jurisprudence, la doctrine et la pratique du fédéralisme fiscal convergent vers une reconnaissance, tantôt implicite, tantôt explicite du pouvoir de dépenser; cela s'explique par la variété des interprétations quant à l'objet de ce pouvoir.

La jurisprudence a connu deux phases après la reconnaissance du Conseil privé: une première, où le pouvoir de dépenser marque un recul, et une seconde, où les tribunaux restent silencieux. Dans un arrêt *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*,⁴²² le Conseil privé avait déclaré que les lois affectant des sommes du fonds consolidé à des domaines relevant de l'article 92 sont *ultra vires*. Cette réserve est plus ou moins efficace pour plusieurs raisons: d'une part, elle n'est pas explicite, et d'autre part, les interventions du gouvernement fédéral sont tellement inter-reliées avec un ensemble de considérations ayant trait aux transferts aux provinces que ces dernières n'ont pas trouvés opportun de dénoncer ce qui pourrait autrement être un acte *ultra vires* puisqu'elles en tirent un bénéfice certain. Plus tard les tribunaux ont commencé à éviter la question en déclarant simplement les législations fédérales valides au motif qu'elles n'enfreignaient pas directement des compétences conférées aux législatures des provinces et qu'elles s'inséraient dans le registre du pouvoir résiduaire.⁴²³

La doctrine est partagée sur la source et l'étendue du pouvoir de dépenser:

- Dans son ouvrage politique *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, P.E. Trudeau soutient que le pouvoir de dépenser est une compétence du Parlement au titre de laquelle ce dernier est autorisé à dépenser dans des domaines aux sujets desquels il n'a pas nécessairement le pouvoir de légiférer⁴²⁴.
- Dans l'article *Vers un Canada nouveau*⁴²⁵ le Barreau canadien maintient que ce pouvoir se fonde sur les articles 91(3) et 102 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.⁴²⁶ Quant à l'objet, le barreau affirme qu'il s'agit du pouvoir quasi-illimité sauf si l'affectation de ces sommes a pour effet de réglementer un domaine de compétence provinciale.⁴²⁷ En fait, cela n'empêcherait pas la dépense elle-même mais plutôt les conditions rattachées à son octroi.

⁴²² *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, 1937 A.C. 355,

⁴²³ *Central Mortgage and Housing Corporation v. Cooperative College Residence Inc.*, 13 O.R.(2d) 394 (C.A. Ontario).

⁴²⁴ TRUDEAU P.E., *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Document de travail sur la constitution, Ottawa, 1969

⁴²⁵ BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada nouveau* 1967.

⁴²⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3.

⁴²⁷ BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada nouveau* 1967., note 424.

- Dans son article «Spending power», E.A. Driedger énonce que ce pouvoir de dépenser du Parlement fédéral existe dans un domaine qui ne relève pas de ses chefs de compétence législative propres⁴²⁸. Ce pouvoir existerait également à l'endroit des provinces en vertu de l'article 12 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.⁴²⁹

La pratique du fédéralisme nous enseigne que le système a fonctionné dans la mesure où le gouvernement fédéral favorise l'harmonie par une combinaison appropriée de subventions conditionnelles et inconditionnelles. Au cours des cinquante dernières années, les transferts financiers conditionnels du gouvernement fédéral ont tellement contribué au financement des opérations budgétaires des provinces que, si ce n'était du caractère particulier des législations financières, on pourrait dire qu'ils ont acquis purement et simplement, le statut de conventions constitutionnelles. Ce n'est qu'au cours des dernières années que les transferts du gouvernement fédéral s'effectuent de plus en plus sur la base de transferts inconditionnels.⁴³⁰

À notre avis, le pouvoir de dépenser doit être encadré d'une série de conditions qui obligerait l'administration à prouver qu'une normalisation des politiques à l'échelle nationale est nécessaire avant que soit adoptée ou modifiée une politique relative aux conditions de versement des transferts financiers: les programmes de formation de main-d'oeuvre, le financement des programmes établis, et l'aide au développement régional représentent des matières privilégiées à cet effet.

En pratique il est des cas exceptionnels où l'exécutif fédéral aura besoin d'une marge de manoeuvre plus grande que le cadre restreint que nous proposons. Si tel est vraiment le cas, un consensus devrait s'établir de lui-même entre les agents économiques des secteurs publics et privés⁴³¹; à cet effet, il serait souhaitable d'instaurer des modalités d'exercice du pouvoir de dépenser bien définies, de sorte que soit favorisée la conciliation. Sans cette ultime protection, le pouvoir de dépenser sera toujours un instrument fragile dont l'utilisation est susceptible d'abus. Déjà, l'exercice du pouvoir de dépenser risque de dériver à tout moment sur le versant d'habiles manoeuvres politiques visant des objets de courte vue plutôt que de favoriser les bénéfices réellement poursuivis par le programme.

⁴²⁸ DRIEDGER, Elmer, "The Spending Power", (1981) 7 *Queen's Law Journal*, 124 à la page 125.

⁴²⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3.

⁴³⁰ INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Op.Cit.*, note 345, p. 38.

⁴³¹ *Régime d'assistance publique du Canada, Cour suprême du Canada*, 15 aout 1991.

2) Prospective: propositions de consécration constitutionnelle

Afin de faire consacrer leurs positions sur «le pouvoir de dépenser», le gouvernement fédéral et les provinces ont présenté des offres préliminaires à l'occasion des nombreuses conférences constitutionnelles. Au moins deux de ces conférences ont fait l'objet d'accords relativement au «pouvoir de dépenser».

Les formules d'encadrement du «pouvoir de dépenser» devaient comporter des modalités précises permettant que son exercice ne dépasse pas certaines limites, et le cas échéant, que toute dérogation soit soumise au contrôle judiciaire. De telles garanties juridiques mettraient à l'abri de critiques injustifiées le détenteur d'un tel pouvoir, et répondraient amplement aux objections de certaines provinces relativement aux programmes à frais partagés. En revanche, ces garanties pourraient facilement bloquer la mise en oeuvre de réformes déjà complexes en elles-mêmes, par la lourdeur qu'elles ajoutent au processus.

On peut mentionner qu'au nombre des textes élaborés à cet égard, les formules les plus significatives seront celles contenues dans *Le document de travail de 1969*,⁴³² *l'Accord du Lac Meech*,⁴³³ *Bâtir ensemble l'avenir du Canada*⁴³⁴, ainsi que le *Rapport du consensus sur la Constitution de Charlottetown*.

Des textes venant d'autres intervenants ont aussi présenté des propositions intéressantes. Il s'agit du *Rapport du Comité constitutionnel du Barreau canadien*,⁴³⁵ ainsi du *Rapport de la commission Beaudoin-Dobbie*.⁴³⁶

Que la non-ratification des ententes ait permis à chaque fois au gouvernement fédéral de conserver l'intégrité de son «pouvoir de dépenser» est un fait assez curieux. A ce titre, un autre phénomène dépasse encore celui-ci. Le coût politique d'échecs répétés ne peut affecter la crédibilité des personnages politiques sans réduire la marge de manoeuvre de leur successeur, car le coeur des débats porte toujours sur une autre question fondamentale, l'unité nationale. Pourtant, le «pouvoir de dépenser» qui s'y rattache est tellement lié à des procédures techniques et rigoureuses qu'on peut se demander si les négociateurs politiques ne sont pas préoccupés par un excès de prudence envers les initiatives d'Ottawa.

⁴³² TRUDEAU no. 2, *Loc.Cit*, note 109, 192.

⁴³³ *Accord du Lac Meech*, *supra*, le 3 juin 1987.

⁴³⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Bâtir ensemble l'avenir du Canada*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1991, 60, 40.

⁴³⁵ BARREAU CANADIEN, *Op.Cit*, note 221, 82.

⁴³⁶ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LE RENOUVELLEMENT DU CANADA, *Rapport*, Ottawa, Éditions Approvisionnement et Services Canada, 1992, 203.

i) Le Document fédéral de 1969 ⁴³⁷

Dans un premier temps, le gouvernement fédéral expose dans le *Document fédéral de 1969* une vision centralisatrice, selon laquelle le pouvoir de dépenser devrait être inscrit en termes explicites dans la Constitution. Cette position a été aussitôt tempérée par le refus du gouvernement fédéral de définir ce pouvoir avant l'étape d'une renégociation sur la question des compétences législatives. En effet, sur ce point, l'enjeu des négociations dépend d'une éventuelle reconnaissance de sa compétence de légiférer pour l'intérêt national. Comme cette compétence est assez étendue, le pouvoir de dépenser pourra être limité - et non pas inexistant - dans les domaines de compétence provinciale. Dans le cas où une modification du partage des pouvoirs accorderait peu de nouvelles compétences fédérales se rapportant à l'intérêt national, le gouvernement fédéral réclamerait alors un pouvoir de dépenser quasi-illimité.

Le *Document fédéral de 1969* ⁴³⁸ formule également deux propositions concernant les modalités d'application où se distinguent les subventions inconditionnelles des subventions conditionnelles. En ce qui concerne les subventions inconditionnelles, le gouvernement réclame purement et simplement un pouvoir illimité de dépenser.

Un pouvoir illimité relatif aux subventions inconditionnelles est justifié par la nécessité politique du programme de péréquation.⁴³⁹ Ce régime, dont nous avons parlé, permettrait aux provinces moins nanties d'offrir à leur population un niveau de service public comparable à celui des provinces canadiennes représentatives tout en maintenant l'effort fiscal de ses contribuables à un niveau comparable. On sait que le principe de péréquation est maintenant reconnu⁴⁴⁰ par la *Loi constitutionnelle de 1982*.⁴⁴¹ Sur cette base, un certain consensus s'est donc dégagé entre les constituants encore que le Québec, qui s'est retiré de la conférence, n'en est pas moins bénéficiaire quant aux droits de péréquation.⁴⁴²

En ce qui concerne les subventions conditionnelles, le gouvernement accepterait de subordonner l'exercice de son pouvoir à la double condition suivante:

- la démonstration qu'un accord national existe en faveur de la mise sur pied d'un programme donné; et
- le droit de retrait d'un corps législatif provincial ne donnerait pas lieu à l'imposition d'une peine fiscale pour les résidents de cette province.

⁴³⁷ TRUDEAU no. 2, *Loc.Cit.*, note 109, 192.

⁴³⁸ *Id*

⁴³⁹ Rapport McDonald, *Op.Cit.*, note 75, 7, 204.

⁴⁴⁰ *Id.*, p. 283; LAJOIE, *Loc.Cit.*, note 219, 292. CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 161.

⁴⁴¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, 30 et 31 Vict., c.3 (R-U).

⁴⁴² TRUDEAU no. 2, *Loc.Cit.*, note 109, 192, p. 39.

Eu égard aux subventions conditionnelles, les principes généraux proposés sont articulés autour des modalités suivantes:

D'abord, quant à la détermination d'un accord, cette double condition serait constituée en cinq étapes:

- résolution du gouvernement en faveur d'un programme;
- présentation de la mesure au Parlement pour approbation;
- transmission aux législatures pour décision;
- approbation ou rejet par les législatures des provinces; et
- analyse des décisions des provinces en fonction des régions sénatoriales dont trois sur quatre seraient requises: Ontario, Québec, provinces de l'Ouest, et provinces maritimes.

La formule prévoit aussi qu'en cas de vote négatif de deux divisions sénatoriales, le Parlement canadien pourrait soumettre à nouveau sa résolution dans l'année subséquente. Dans le cas où un accord général des provinces serait obtenu à l'égard d'un programme proposé, le gouvernement fédéral pourrait commencer à verser les transferts aux provinces ayant approuvé ce programme, et des transferts aux résidents des provinces ayant rejeté le programme.⁴⁴³

Ces principes sont conformes à la position énoncé dans le document concernant la théorie du pouvoir de dépenser, à savoir qu'un tel pouvoir existe étant donné l'interprétation des tribunaux. Il ne saurait donc faire l'objet d'une négociation qu'en autant que le gouvernement central fort maintienne les leviers qu'il possède déjà. Aussi, la distinction entre le fond et la forme est absente en ce qui a trait aux subventions inconditionnelles, et dans ce cas seulement, le pouvoir de dépenser resterait limité. Sans même compter la dichotomie entre dépense et réglementation, on peut apprécier avec quelle attitude l'auteur du rapport aborde la question des subventions conditionnelles. Aussi, bien qu'elles soient sujettes à la démonstration par le Parlement d'un accord général national, les subventions conditionnelles pourraient symboliser le cheval de Troie du gouvernement central sur le front du partage des compétences.

Le Document prévoit des modalités afin de favoriser l'instauration et le maintien des programmes à frais partagés. En outre, les résidents des provinces ayant rejeté les programmes proposés se verraient attribuer des transferts directs jusqu'à ce que leur province ait accepté le programme, alors que les transferts directs seraient commués en transferts aux gouvernements provinciaux. En revanche, les résidents des provinces ayant approuvé les programmes n'auraient droit à aucun transfert dans l'éventualité où leur province se raviserait et se retirerait de l'accord général.⁴⁴⁴

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ *Id.*

Le document propose que le montant accordé en versement de transferts aux individus (des provinces non participantes) soit établi en multipliant la moyenne des versements per capita aux provinces participantes par la population de chacune des provinces non participantes. Cette solution se justifie selon le document par l'impossibilité d'établir la contribution totale d'une province au Trésor fédéral.⁴⁴⁵ Il faudra chercher longtemps une politique dont la justification est si éloignée de toute réalité politique et technologique. Quoi qu'il en soit, l'allocation aux individus se traduit dans les faits par un transfert sous forme de points d'impôt. Ce concept est illustré par la formule d'abattement aux provinces figurant à la formule de déclaration fiscale annuelle, et le montant qui en découle est déduit directement de l'impôt fédéral de base, et le crédit est remboursable.

Le modèle théorique des transferts aux individus a donc été mis de l'avant par le gouvernement fédéral, et cela malgré le fait que cette formule n'ait pas été consacrée dans un accord constitutionnel formel et malgré son fondement conceptuel plutôt vacillant. Il eut été préférable, pour les intervenants fédéraux, d'admettre simplement que leur véritable intention était d'obtenir le consentement des provinces en évitant de récompenser une province qui aurait renié son engagement dans un programme et sans punir celle qui s'en serait exclue dès le départ.

Aussi la véritable intention devrait être de prévoir une formule de compensation pour les ressortissants: le but de ce versement est d'empêcher que les personnes domiciliées dans une province donnée soient pénalisées. Il s'ensuit que tout versement doit en toute logique être fait à ces personnes.⁴⁴⁶

La solution n'est pas idéale. A preuve, même les rapporteurs de la Commission Carter avaient mis en garde le gouvernement contre un usage trop généreux des transferts sous forme de points d'impôt parce qu'ils entraînaient à moyen terme une érosion de l'assiette fiscale et, de façon plus concrète, de la neutralité du système d'impôt.

⁴⁴⁵ *Id.*, p. 45; Cette position sera d'ailleurs écartée plus tard par un Comité du Parlement du Canada. Dans son Rapport final, le Comité Malgat-MacGuigan proposait une voie mitoyenne permettant un contrôle fédéral sur les sommes qui sont dépensées tout en accordant assez de souplesse aux assemblées législatives provinciales quand il s'agit de déterminer la nature des dépenses. Le rapport ne faisait aucune distinction entre les subventions conditionnelles et inconditionnelles, c'est peut-être ce pourquoi il est passé inaperçu: voir COMITE MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, *Rapport final*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1972, 128 à la page 83 (Co-présidents: Sénateur G.L. Malgat, Mark MacGuigan).

⁴⁴⁶ *Id.*, 49.

ii) Propositions de l'Accord du Lac Meech ⁴⁴⁷

Dans l'Accord du Lac Meech,⁴⁴⁸ il était proposé d'ajouter l'article 106A constitutionnalisant le droit de retrait avec compensation. Ce droit relatif aux programmes à financement conjoint s'appliquerait aux secteurs de compétences exclusives aux provinces, à condition que celles-ci aient mis sur pied un programme compatible avec les objectifs du programme national. Par rapport à l'objet restreint des domaines relatifs à l'éducation et à la culture,⁴⁴⁹ prévu à l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,⁴⁵⁰ on peut dire qu'il s'agissait de la codification d'un principe d'ordre général:

"106A.(l) Le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national co-financé qu'il établit après l'entrée en vigueur du présent article dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux."⁴⁵¹

Avant tout, l'article 106A proposé se voulait une limitation au pouvoir fédéral de dépenser. Toutefois, cette disposition se serait appliquée seulement dans la mesure où des conditions précises avaient été matérialisées, à savoir :

- un programme national;
- un programme à coûts partagés (co-financé);
- un programme nouveau; et
- dans un domaine de compétence exclusive des provinces, le programme est remplacé par un programme ou une initiative compatible avec les objectifs nationaux.

Plusieurs auteurs se sont prononcés sur les efforts juridiques de cette proposition.

Dans son analyse, Peter Hogg a bien fait remarquer que cette disposition ne touche pas les domaines de compétence concurrente ou de compétence exclusivement fédérale.⁴⁵² Quant à la condition de "programme compatible", selon lui, elle ne devrait

⁴⁴⁷ *Accord du Lac Meech*, Québec, le 3 Juin 1987.

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ MORISSETTE, France, "Le droit de retrait" avec compensation et l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (1984) 15 *R.G.D.* 221 à 292.

⁴⁵⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, (R-U) 1982, c. 11.

⁴⁵¹ *Accord du Lac Meech*, *supra*, note 432.

⁴⁵² HOGG, Peter, " Analysis of the new Spending Provision (Section 106A)", dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328, 155-162, à la page 159.

pas se limiter à des programmes mutuellement compatibles.⁴⁵³ Quant à la "compensation raisonnable", elle devrait signifier une compensation égale au moindre des deux montants que représentent les frais supportés par la province engagée dans un programme compatible, ou le coût qu'aurait supporté le gouvernement fédéral dans cette province donnée. Pour avoir droit à ce plein montant, il ne suffirait pas pour la province de mettre sur pied un programme compatible, encore faudrait-il que la dépense réelle soit de même niveau.⁴⁵⁴

Andrew Petter, quant à lui, souligne le fait que les critères n'affectent toujours pas spécifiquement les subventions conditionnelles. Celui-ci propose une approche plus radicale et globale: d'une part, les transferts conditionnels devraient être anticonstitutionnels. D'autre part, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux devraient s'engager à éliminer tous transferts, prêts ou dépenses assorties de conditions relatives à la promotion de leur politique, lorsque l'objet de tels déboursés vise des domaines d'activités relevant de la compétence exclusive d'une autre autorité.⁴⁵⁵ Cette position est raisonnable considérant le fait que des transferts conditionnels pourraient ne pas être intégrés à des programmes co-financés: par exemple dans le cas de transferts aux administrations déléguées, aux entreprises ou aux individus, il est possible que des programmes soient mis sur pied sans l'intervention de l'autorité législative concernée.

Stefan Dupré nous dit qu'en raison de ses imprécisions, l'article 106A aurait mené à la judiciarisation des relations fiscales fédérales-provinciales. Il ajoute que de toute façon, les contraintes auraient facilement pu être contournées par le mécanisme des dépenses fiscales.⁴⁵⁶

En ce qui a trait aux autres commentaires, on peut mentionner que les opinions varient selon une échelle qui rappelle les positions centralisatrices ou décentralisatrices de leur auteur.

D'un côté, les tenants d'un fédéralisme centralisé ont dénoncé la flexibilité au niveau des transferts conditionnels. Par exemple, les conditions restrictives liées à l'exercice du pouvoir de dépenser ont fait suggérer à Pierre Fortin qu'il s'agissait d'une

⁴⁵³ *Id.*, 160.

⁴⁵⁴ *Id.*, 161; voir sur les modalités MORISSETTE, France, *Op.Cit.*, note 449, 256-289.

⁴⁵⁵ PETTER, Andrew, "Meech Ado About Nothing ? Federalist Democracy and the Spending Power" dans SWINTON K.E. et ROGERSON C.J. (ed) *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord*, (1988) 328, pp. 187-200, 198.

⁴⁵⁶ DUPRE, Stefan, "Section 106A and Federal-Provincial Fiscal Relations" dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328, 203-211, aux pages 204 et 207.

«suissification» et non d'une «balkanisation» du système fédéral.⁴⁵⁷ Keith Banting soutient que cette imprécision se refléterait par une souplesse bénéfique. À cet effet, il s'en réfère à l'expansion du rôle fédéral durant les années d'après-guerre.⁴⁵⁸ Si les notions juridiques demeurent incertaines, dit-il, les impératifs politiques, eux, sont clairs, si bien qu'ils favoriseront la négociation inter-gouvernementale dans le cadre des accords fiscaux.⁴⁵⁹

D'un autre côté, les tenants d'un fédéralisme décentralisé sont défavorables à l'article 106A tel que proposé; bien que la disposition indique explicitement qu'elle n'élargirait pas le champ de compétence législative du Parlement, sa seule présence consacrerait l'existence d'un pouvoir inhérent de dépenser. Évidemment, cette situation constitue réellement une menace pour ceux qui refusent de reconnaître l'existence du pouvoir de dépenser dans notre droit.

Selon le doyen Chevette, cette formulation des contrôles du pouvoir fédéral de dépenser tranche avec le style de rédaction précis qui caractérise notre Constitution d'origine britannique. Toutefois, la combinaison du concept d'objectif national et du critère de compatibilité a rendu l'option de retrait plus favorable à la liberté de choix des provinces.⁴⁶⁰ Aussi, on peut saluer le concept de juste compensation comme étant un élément de négociation important, dont le résultat sera de favoriser un "consensus national formel".⁴⁶¹

La professeure Lajoie, quant à elle, soutient ardemment que l'adoption de l'article 106A aurait attribué à l'exécutif fédéral un pouvoir discrétionnaire d'énoncer des conditions contractuelles. Restreignant l'exercice des compétences législatives des provinces, ce "prétendu" contrôle du pouvoir de dépenser se serait retourné contre son auteur pour ainsi constituer une modification au partage des compétences en faveur du Parlement.⁴⁶²

Pour comprendre la nature délicate du pouvoir de dépenser, il suffit de constater la variété des commentaires relatifs à une proposition de reconnaissance constitutionnelle. Il serait inutile de confronter des approches dont les bases idéologiques sont aussi fondamentalement opposées.

⁴⁵⁷ FORTIN, Pierre, "The Meech Lake Accord and the Federal Spending Power" dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328, à la page 213-224, 218.

⁴⁵⁸ BANTING, Keith, Political Meaning and Social Reform, dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328, 163-173, à la page 171.

⁴⁵⁹ *Id*

⁴⁶⁰ CHEVRETTE, *Op.Cit.*, note 14, 153, 161.

⁴⁶¹ *Id*, 160.

⁴⁶² LAJOIE, *Loc.Cit.*, note 139, 178.

Au demeurant, on remarque que les opposants au fédéralisme sont aussi opposés au pouvoir de dépenser. Pourtant, le principe même du fédéralisme étant le partage de la souveraineté, et le pouvoir de dépenser étant, par nature, un pouvoir indivisible du gouvernement central, il ne serait que raisonnable que tous les partisans du fédéralisme décentralisé favorisent une entente sur le sujet.

iii) *Bâtir ensemble l'avenir du Canada* ⁴⁶³

Soucieux de prendre l'initiative et surtout d'apporter des éléments de solution à la crise constitutionnelle, le gouvernement fédéral avait proposé un ensemble de moyens permettant de relancer les discussions autour de mesures permettant la perspective d'une entente. Ces moyens sont exposés dans ses propositions préliminaires du 24 septembre 1992.⁴⁶⁴

Selon l'approche de ces propositions, le pouvoir de dépenser est encadré de façon à redonner un véritable rôle de catalyseur au gouvernement fédéral. Il s'agit d'un pouvoir en matière de commerce et de mobilité au Canada.⁴⁶⁵

Ce controversé "pouvoir de gestion de l'union économique" aurait ainsi permis au gouvernement fédéral de déclarer toute matière utile à l'union économique et d'y légiférer. Ce pouvoir serait cependant assujéti à l'accord d'au moins deux tiers des provinces, représentant ensemble au moins 50 pour cent de la population canadienne.⁴⁶⁶

L'élargissement de la clause de marché commun à l'article 121 garantit la libre circulation des personnes, biens et services à l'intérieur du Canada en invalidant toute loi portant atteinte à ce principe. Certaines lois sont à l'abri de cette règle, soit:

- les lois fédérales relatives à la péréquation et au développement régional;
- les lois provinciales en matière de réduction des inégalités; et
- les lois fédérales ou provinciales dont la déclaration d'intérêt national est agréée par les gouvernements d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins 50 pour cent de la population de toutes les provinces.

Le gouvernement semble ici offrir un retrait du pouvoir déclaratoire à l'alinéa 92(10)c) en considération d'un pouvoir de dépenser plus étendu. Il s'agit toutefois d'une contrepartie symbolique, car le véritable pouvoir résiduel est fondé sur la clause déclaratoire de l'article 91.⁴⁶⁷

Il est curieux que le gouvernement fédéral cherche à assurer les bases juridiques du pouvoir de dépenser alors qu'il a préalablement soutenu qu'il s'agit d'un pouvoir implicite consacré par le Conseil privé. Nous avons déjà commenté

⁴⁶³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Bâtir ensemble l'avenir du Canada*, *supra*, note 246

⁴⁶⁴ *Id.*, 42

⁴⁶⁵ *Id.*, 30.

⁴⁶⁶ *Id.*, 31.

⁴⁶⁷ *Id.*, 37

l'ambivalence des interprétations jurisprudentielles sur cette question. Aussi est-il d'autant plus singulier que le gouvernement fédéral propose d'assujettir la législature des provinces à une double restriction, soit la majorité fixée à 60 pour cent et sa portée exécutive limitée à trois ans.⁴⁶⁸

La politique sous-jacente à cette position du gouvernement fédéral pourrait s'expliquer par le fait que celui-ci réclame surtout une marge de manoeuvre afin de relancer de nouvelles initiatives dont il pourrait plus facilement garder le contrôle. Cela n'est que normal en régime fédéral où le gouvernement central a besoin d'un maximum de contrôle sur les leviers de la politique monétaire et de la politique fiscale.

Cependant, nous pensons que le moyen employé est excessif par les restrictions qu'il impose aux législatures des provinces dans leur champ de compétence législatives exclusives. Or un régime fédéral doit respecter le principe d'autonomie des provinces.⁴⁶⁹ La nécessaire coordination des politiques nationales est ici confrontée aux contingences de l'autonomie provinciale garantie dans un régime fédéral respectant le modèle de K.C. Wheare.

Par ailleurs, K.C. Wheare considère que le critère le plus approprié pour évaluer les politiques n'est pas la conformité au régime fédéral, mais bien la conformité aux principes d'un bon gouvernement.⁴⁷⁰ Cependant, M. Wheare n'a jamais défini cette notion. La conciliation de l'intérêt national et de l'autonomie des régions, principe même du fédéralisme, se compare à l'arbitrage des droits individuels et collectifs, principes de justice. Or, les deux constituent une quête du juste milieu, délicate opération d'équilibre.

⁴⁶⁸ *Id*

⁴⁶⁹ WHEARE, *Federal government*, 4 ed., London, Oxford University Press, p. 36; Bien que l'expression employée par M. Wheare soit "independance", nous croyons que le terme "autonomie" traduit mieux la notion dans la réalité canadienne

⁴⁷⁰ WHEARE, *Op.Cit.*, note 59, 469, 119.

iv) Proposition du Comité Constitutionnel de l'Association du Barreau canadien ⁴⁷¹

Outre la proposition de reconnaître expressément le pouvoir de dépenser, le Barreau canadien suggère d'en restreindre l'exercice par le contrôle d'un Sénat reconstitué - lequel représenterait directement les provinces - dont l'accord symboliserait l'assentiment des provinces. Toutefois, le refus du Sénat d'entériner une législation n'aurait qu'un effet suspensif sur la promulgation du programme concerné, lequel pourrait être réadopté par la Chambre des communes.

"Le pouvoir de suspension de la Chambre haute assorti d'une nouvelle adoption de la Chambre des communes, constitue une façon valable de faire connaître l'opinion provinciale sur la question de savoir si une dépense vise une fin nationale et le bien-être du Canada. Un droit de veto complet donnerait aux provinces un pouvoir trop fort pour faire obstacle à des dépenses fédérales dans des domaines de compétence provinciales."⁴⁷²

Essentiellement, la position du Barreau canadien se justifie par un équilibre des forces émanant des pressions politiques. On peut noter cet effort louable de vouloir donner au Sénat une légitimité politique et des pouvoirs spécifiques à la représentativité des intérêts locaux. Or, la pression politique existe déjà par le jeu de l'opinion et des tribunaux. Pourtant l'un et l'autre n'ont pas empêché le train des initiatives gouvernementales dont le pouvoir et l'efficacité sont en fait renforcés par les mécanismes de contrôle parlementaire. Par exemple, la motion de voie et moyen combinée au pouvoir en matière de rétroactivité fait de tout contrôle constitutionnel initial un exercice illusoire car les tribunaux se sont montrés hésitants à intervenir dans la procédure parlementaire. En revanche, l'effet suspensif d'une résolution négative du Sénat donnerait à la pression politique une emprise ferme et concrète puisqu'elle serait désormais incontournable, même sur le plan de la procédure parlementaire.

⁴⁷¹ BARREAU CANADIEN, *Op.Cit*, note 254.

⁴⁷² *Id*, 84.

v) **Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada** ⁴⁷³

Au terme de son mandat, le comité Beaudoin-Dobbie présenta son rapport,⁴⁷⁴ le 28 février 1992. D'aucuns l'ont sévèrement critiqué, mais il demeure un ouvrage de référence sérieux dans la recherche d'une solution à la crise constitutionnelle actuelle. Ses recommandations portent notamment sur le pouvoir de dépenser.

Le pouvoir de dépenser serait encadré par des restrictions dans les nouveaux programmes à frais partagés. Ainsi, un droit de retrait avec compensation serait constitutionnellement reconnu aux provinces dissidentes. Ce droit de retrait ne pourrait être exercé que dans la mesure où la province introduit un programme atteignant les objectifs du nouveau programme pancanadien.⁴⁷⁵

Le rapport propose également une solution aux modifications unilatérales du gouvernement fédéral dans le niveau de ses contributions. Ainsi, les ententes fédérales-provinciales en matière de programmes co-financés seraient exécutoires pour une période de quatre à cinq ans et toute modification aux conditions des programmes devrait faire l'objet d'une concertation.⁴⁷⁶

Parce qu'il n'a fait aucune mention de la source juridique du pouvoir de dépenser, le Comité semble considérer qu'il s'agit d'un pouvoir inhérent au Parlement central en régime fédéral. L'alternative étant que le Comité eut considéré trop controversée cette question, on ne peut que se féliciter de cette sagesse ou y percevoir une tentative d'en assurer la reconnaissance par la voie implicite ou *de facto*.

En effet, que la source du pouvoir de dépenser soit précisée ou non dans une éventuelle modification constitutionnelle, sa simple mention en constituerait non moins une reconnaissance. On comprend en cela les réserves des professeurs Chevette et Lajoie de l'Université de Montréal,⁴⁷⁷ bien que leurs arguments servent davantage une conception idéologique de l'État.

Par ailleurs, dans la mesure où le pays reste constitué dans l'intégrité de ses frontières actuelles, il est de l'intérêt des provinces qu'un pouvoir aussi considérable soit clairement délimité et que soient reconnues à celles-ci des attentes légitimes. Jusqu'à ce que le Comité Beaudoin-Dobbie fasse cette déclaration, l'intérêt du gouvernement fédéral pour une telle restriction au pouvoir de dépenser restait à démontrer.

⁴⁷³ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LE RENOUVELLEMENT DU CANADA, *Rapport, supra*, note 248.

⁴⁷⁴ *Id*

⁴⁷⁵ *Id*, 81

⁴⁷⁶ *Id*, 79.

⁴⁷⁷ LAJOIE, *Loc.Cit*, note 219, 292; CHEVRETTE, *Op.Cit*, note 14.

vi) *Rapport du consensus sur la Constitution de Charlottetown*

Dans la fébrilité des débats qui animèrent la période référendaire, peu d'observateurs ont souligné la profondeur et l'originalité des propositions des gouvernements à leurs commettants. Certains diront qu'il eût été inutile d'exposer, et ils auront probablement raison.

Et pourtant, le caractère émotionnel de la campagne référendaire qui visait à faire approuver cet accord était normal et prévisible vu la complexité du projet de modification constitutionnelle et son impact sur des éléments fondamentaux de la constitution: l'identité nationale (clause Canada), les peuples autochtones, les unions sociales et économiques, les institutions, le partage des pouvoirs et enfin la formule de modification.

Plus particulièrement, le pouvoir de dépenser devait être visé par des modifications très importantes, d'ordre stratégique et d'ordre plus substantiel.

- des modifications d'ordre stratégique, car la limitation de l'exercice du pouvoir de dépenser est une forme de constitutionnalisation au sens strict;⁴⁷⁸
- des précisions quant au droit de retrait avec compensation dans les domaines de la formation de la main d'oeuvre,⁴⁷⁹ l'immigration,⁴⁸⁰ la culture⁴⁸¹, et dans les domaines de compétence provinciale tels que les forêts,⁴⁸² les mines,⁴⁸³ le tourisme,⁴⁸⁴ le logement,⁴⁸⁵ les loisirs,⁴⁸⁶ les affaires

⁴⁷⁸ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 9; Projet de texte juridique, article 16 proposé, modification de l'article 106A de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁷⁹ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 19; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de l'article 93A à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁰ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 10; Projet de texte juridique, article 12 proposé, ajout de l'article 95A à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸¹ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 12; Projet de texte juridique, article 10 proposé, ajout de l'article 92B à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸² *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 12, article 30; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93Af) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸³ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 12, article 31; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93Ae) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁴ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 32; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93Ab) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁵ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 33; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93A d) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

municipales⁴⁸⁷ et les télécommunications,⁴⁸⁸ et enfin

- des changements sur le plan de la substance, car le *Consensus de Charlottetown* visait aussi la protection des ententes intergouvernementales,⁴⁸⁹ la négociation des ententes de développement régional.⁴⁹⁰

Nous avons mentionné que la reconnaissance du pouvoir de dépenser était liée à sa limitation dans des domaines de compétences exclusives des provinces.⁴⁹¹ Cet aspect démontre certainement qu'un équilibre serait souhaitable dans le cadre du fédéralisme. Certains autres éléments de l'accord n'étaient malheureusement pas aussi précis à cet égard. De toute façon, les propositions dans leur ensemble ont permis de développer certaines avenues intéressantes.

⁴⁸⁶ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 34; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93A c) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁷ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 35; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 93A a) à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁸ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 37; Projet de texte juridique, article 11 proposé, ajout de de l'alinéa 92D à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁸⁹ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 10, article 26; Projet de texte juridique, article 17 proposé, ajout de de l'alinéa 126A à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁹⁰ *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 13, article 36; Projet de texte juridique, article 17 proposé, ajout de l'article 93D à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁹¹ c.f. Note 311.

Conclusion préliminaire

Nous avons vu qu'aucune des théories relatives au pouvoir de dépenser n'est exempte de critique. Par ailleurs, il pourrait être intéressant d'examiner la source d'un pouvoir de dépenser comme attribut du gouvernement fédéral en raison de la nature même du régime.

Dans le cadre des politiques d'initiative économique d'après guerre, le gouvernement fédéral disposait d'une capacité financière solide et étendue par l'effet cumulatif des compétences fiscales, des compétences monétaires et de ses pouvoirs d'affectation des crédits.

Or, dans le contexte d'un marché commun sur le territoire du Canada, les revenus des provinces se sont avérés insuffisants pour combler les besoins financiers relatifs à l'exercice de leurs compétences législatives; sans banque centrale, les provinces n'ont aucun contrôle et peu d'influence sur les politiques monétaires, et quant aux politiques fiscales, leurs pouvoirs s'avèrent aussi limités en raison des pouvoirs et des initiatives du gouvernement fédéral relativement au partage des bases d'imposition.

Par application du principe voulant qu'un pouvoir comporte aussi les pouvoirs secondaires permettant de l'exercer, les États fédérés étaient en droit d'attendre une forme quelconque d'aide des gouvernements fédéraux, lesquels pouvaient refuser ou accepter d'accorder cet aide. Si *le plus vaut pour le moins*, le pouvoir d'accorder une aide devrait emporter celui d'en subordonner le versement à des conditions restrictives. Or les conditions dont sont assorties les formes d'aide financière résultent de l'exercice valide d'un pouvoir fédéral. Ce pouvoir ne peut-être que le pouvoir de dépenser.

Certes un argument relatif aux théories sur le partage des compétences exécutives pourrait être invoqué: certaines de ces théories prévoient que dans les matières des compétences législatives correspondantes, les pouvoirs exécutifs ne sont pas exclusifs aux provinces. Par exemple, en matière d'ententes internationales sur des domaines de compétences exclusives des provinces, seul le gouvernement fédéral est habilité à leur conclusion et leur ratification, alors que la mise en oeuvre en droit interne est du ressort des provinces; cette théorie a été invoquée pour justifier le droit des provinces de conclure leurs propres ententes intergouvernementales, et a servi à invalider une législation fédérale visant la mise en oeuvre d'une convention internationale.

Cependant, le domaine des lois d'affectation de crédit a toujours reçu un traitement particulier par les tribunaux, lequel se justifie par le caractère vital de ses compétences fiscales pour les opérations gouvernementales. La procédure de motion de voies et moyens prévue à la loi constitutionnelle reflète ce caractère particulier. On pourrait raisonnablement considérer, que même si en principe, les provinces disposent de compétences exécutives correspondantes à leurs compétences législatives, le caractère particulier des mesures de nature financière justifie l'exception.

D'un point de vue d'économie politique, les transferts conditionnels sont justifiés: les gouvernements fédéraux peuvent assortir leur aide de conditions, soit pour résister aux revendications des États bénéficiaires, soit pour contrôler leurs opérations budgétaires. Cette technique est, du reste efficace et fort utile, particulièrement dans le contexte de rareté des ressources où l'austérité est de mise. Cependant, l'introduction de conditions plus restrictives à l'octroi d'aide financière pourrait être considérée comme une certaine forme d'ingérence dans les compétences des provinces si elle correspond, en substance, à une réglementation. Dans ce cas, la validité constitutionnelle pourrait être discutable selon la théorie voulant que le partage des compétences exécutives suive le partage des compétences législatives. Cependant, si les lois d'affectation des crédits sont indivisibles, la nullité de la condition emporterait la nullité des transferts.

La question des restrictions budgétaires et des rationalisations soulève d'autres problèmes plus complexes: lorsqu'aux prises avec une situation économique difficile, le gouvernement fédéral lie ses transferts financiers à des conditions restrictives afin de retarder ou de limiter unilatéralement ses versements aux provinces. Certes, le caractère particulier des lois de finances pourrait s'appliquer, mais si des ententes politiques ont été conclues avec les provinces et que ces provinces ont établi comme il se doit leur prévision de recettes en conséquences, le problème financier leur est simplement transféré de façon aussi radicale que soudaine. Il en résulte des perturbations dans le cycle budgétaire des provinces dont les administrés font les frais et pour lesquelles les provinces supportent le coût politique. En contrepartie, le gouvernement doit adopter et mettre en oeuvre des politiques responsables et la flexibilité des aménagements financiers est nécessaire afin de lui laisser l'initiative des moyens les plus appropriés dans les circonstances. C'est ce qui a été décidé dans l'affaire du *Programme d'Assistance Canadien* où la cour a favorisé la position du gouvernement fédéral. Certes cet arrêt ne résout pas toutes les difficultés puisqu'il vise à donner le plein contrôle au gouvernement fédéral sans indications quant aux modalités permettant de rationaliser les restrictions budgétaires pour les provinces.

Une autre proposition, cette fois-ci à l'autre extrême, a été faite relativement à ce problème. On peut penser à la garantie des ententes inter-gouvernementales proposée dans l'*Accord de Charlottetown*.⁴⁹² Il s'agissait là d'une concession importante du gouvernement fédéral. Ajoutée aux autres, cette concession aurait contribué à la mise en place d'un cadre plus restrictif relativement à l'exercice du pouvoir de dépenser. Cependant l'application effective de cette solution aurait été trop rigide dans le contexte des changements rapides des conditions financières que l'on connaît en économie de marché. Elle aurait de plus limité toute la capacité d'adaptation du gouvernement fédéral ainsi que la compétitivité de l'économie canadienne à l'échelle internationale.

⁴⁹² *Entente de Charlottetown*, 28 août 1992, p. 10, article 26; Projet de texte juridique, article 17 proposé, ajout de de l'alinéa 126A à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pratiquement passée inaperçue dans le tumulte des débats référendaires, cette disposition, dont le mérite est incontestable, ne prévoyait pas l'exception relative aux lois d'affectation de crédits. Si certaines restrictions et retraits négociés dans des domaines précis étaient souhaitables, la proposition d'un droit de retrait général avec compensation et la garantie absolue quant aux ententes à caractère financier aurait pu laisser libre cours à des interprétations irréalistes. Dans l'éventualité où les tribunaux les auraient appliquées de façon littérale, ces dispositions sur le pouvoir de dépenser auraient compromis le caractère essentiel du fédéralisme fiscal canadien, soit sa capacité d'adaptation. L'exercice de constitutionnaliser le pouvoir de dépenser en le vidant de son contenu correspondrait à «demander le beurre et l'argent du beurre».

Une question subsiste: d'où provient juridiquement le concept d'un pouvoir de dépenser général et concentré dans un pouvoir central ? On pourrait argumenter que l'acceptation des transferts fédéraux constitue une reconnaissance *de facto* du pouvoir de dépenser. Cependant, une telle forme de constitutionnalisation conserverait le caractère de convention constitutionnelle, et de ce fait, ne serait subordonnée à aucune sanction des tribunaux.⁴⁹³ On pourrait proposer la solution avancée en doctrine, à savoir que le pouvoir de dépenser s'explique par la théorie de l'interprétation des dispositions relatives à la fiscalité fédérale et au Fonds général consolidé.⁴⁹⁴ Cependant nous avons vu que ces approches ne sont pas exemptes de lacunes et qu'elles sont, de toute façon, incomplètes.

A l'échelle de l'ensemble des fédérations, la dynamique des finances publiques a apporté un certain nombre de solutions intéressantes qui permettent une nouvelle perspective du pouvoir de dépenser au Canada. Nous analyserons, dans une deuxième section, le pouvoir de dépenser selon l'approche du droit comparé.

Toutefois, nous verrons d'abord de quelle façon le pouvoir en matière d'affaires extérieures peut avoir des répercussions sur les pouvoirs en matière de fédéralisme fiscal.

⁴⁹³ *Rapport McDonald, Op.Cit*, note 75, 7, 279.

⁴⁹⁴ SMILEY, BURNS, *loc.cit*, note 196, p. 471.

3) L'extension des pouvoirs en matière de fédéralisme fiscal s'expliquant par le pouvoir en matière d'affaires extérieures

Les pouvoirs étendus du gouvernement fédéral en matière d'affaires extérieures peuvent permettre des initiatives qu'une simple province ne peut s'aviser d'entreprendre seule. En ce sens, les pouvoirs en matière de conclusion d'ententes internationales dont dispose le gouvernement fédéral est très important. La doctrine peut nous renseigner facilement sur la source de ce pouvoir dans le cadre d'un État fédéral. Disposent d'un pouvoir semblable, quoique moins connu, les provinces pour engager et conclure de telles ententes relativement aux aspects extra-territoriaux de son régime d'impôt direct. Pourtant il est raisonnable de considérer que tout élément de pouvoir conféré à une province se soustrait à la compétence fédérale en matière fiscale. Le problème a été soulevé dans le cas du Québec à cause de son système d'impôt direct indépendant: le Québec peut-il signer des ententes en matière de fiscalité? Si oui, est-il opportun de le faire? Quelles sont les mécanismes constitutionnels en application? Quelle est la nature des ententes internationales du Québec? Sur quelle base juridique se fonde la valeur de ces ententes? Quelle est la portée des ententes de sécurité sociale?

Pour étudier ces questions, nous verrons d'abord leur nature, leur qualification, leur valeur juridique et leur force obligatoire en droit international, canadien et québécois. Relativement à l'étendue de ces accords, nous verrons les principaux éléments dont ils sont constitués.

Ensuite, nous examinerons l'opportunité de conclure de tels accords selon deux perspectives différentes, soit les commissions royales d'enquête et le droit comparé. Plus particulièrement nous verrons cette question dans le cas des cantons suisses et les laenders allemands.

a) Compétence constitutionnelle du Québec à ce sujet - Qualification

En droit international, la *Convention de Vienne* qui codifie la coutume édicte qu'un traité s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international.⁴⁹⁵ Ainsi, la convention est silencieuse sur la capacité des États fédérés de conclure des traités: bien que l'article 6 ne les exclut pas, il reste à savoir si le Québec, comme État fédéré, est régi par le droit international. Aussi l'article 38.1(b) renvoie à la coutume, laquelle, se réfère au droit interne.

D'abord, rappelons que les *Lois constitutionnelles* n'édictent pas de disposition précise concernant la capacité de conclure des ententes internationales. Dès lors, deux interprétations sont possibles: l'une d'elles attribue à l'exécutif fédéral ce pouvoir en vertu des pouvoirs résiduels à l'article 31, et l'autre l'attribue à l'exécutif provincial en vertu du pouvoir exécutif correspondant à la compétence législative 92(2). Ce qui nous intéresse ici c'est, non pas les fondements de ces thèses, mais leur application

⁴⁹⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1980) R.T.C. 37, al. 2.1(b)

en droit.

Or, en l'absence de capacité internationale pose le problème non pas de la valeur mais de l'existence même d'un traité au sens de la *Convention de Vienne*.⁴⁹⁶ Toutefois, la Convention,⁴⁹⁷ de même que la doctrine,⁴⁹⁸ s'accordent à l'effet que la valeur juridique est indépendante de l'application de la convention de Vienne. Dans les circonstances, la véritable question sera de déterminer quel est le droit applicable.

Prenons comme schéma d'analyse le modèle de l'*Entente Québec-Portugal*,⁴⁹⁹ laquelle comporte une valeur juridique sans pour autant que la convention ne s'y applique.

Si l'on considère la thèse fédérale, les seules ententes que peuvent conclure les provinces sont les ententes administratives, lesquelles ne lient pas en droit international. Ce principe est exposé dans l'arrêt *Bazilo c. Collins*.⁵⁰⁰ Or, afin de recevoir un statut international au sens du droit canadien, certains auteurs invoquent la loi habilitante, le gouvernement fédéral propose trois avenues ayant en commun l'intervention de l'exécutif fédéral, soit l'accord de compensation, les accords spéciaux de garanties et l'accord cadre.⁵⁰¹

Premièrement, l'accord de compensation est une entente entre les exécutifs fédéral et provincial concernés par laquelle la province chargée de la mise en oeuvre de l'entente s'engage à indemniser le gouvernement fédéral. Citons en exemple le protocole et le *Traité de Columbia*.

Ensuite, le *Livre blanc* suggère les accords spéciaux de garanties qui consistent en un échange de notes entre les exécutifs fédéral et étranger à l'effet que le premier avalise une telle entente, par exemple l'*Entente sur l'éducation*.

Finalement l'accord-cadre est un véritable traité conclu entre l'exécutif fédéral

⁴⁹⁶ NGUYEN QUOC, D., P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international Public*, Paris, L.G.D.J. 3e éd., 1987, page 385-386.

⁴⁹⁷ *Convention de Vienne* sur le droit des traités, précitée, note 495, art. 3.

⁴⁹⁸ Luidgi DI MARZO, "The legal status of agreements concluded by components units of Federal States with Foreign entities", (1978) XVI A.C.D.I., 211.

⁴⁹⁹ *Entente en matière de sécurité sociale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Portugal*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales, 1984, page 121.

⁵⁰⁰ *Bazilo c. Collins*, (1985) 11 D.L.R. (4th) 679 (Qué. C.A.)

⁵⁰¹ *Fédéralisme et relations internationales (1967)*, dans *Droit international public, Tome II*, Jacques Yvan MORIN, Francis RIGALDIES, Daniel TURP, Montréal, Éditions Thémis, 1992, page 11. c.f. *Fédéralisme et compétence internationale en éducation (1968)*. Ces deux livres blancs exposent la position adoptée par le gouvernement fédéral lorsque le gouvernement du Québec a commencé à s'intéresser à l'organisation de la francophonie multilatérale, à conclure des ententes et à se faire inviter directement à des conférences internationales.

et celui d'un État étranger dans lequel une stipulation prévoit l'implication d'une province pour laquelle il se rendra responsable. À cet effet, le *Traité Canada-Portugal sur la Sécurité sociale* prévoit la possibilité d'une entente complémentaire avec "l'autorité compétente" d'une province sous réserve que ce dernier accord n'entre pas en conflit avec celui qui l'autorise.⁵⁰²

Ainsi l'*Accord Québec-Portugal* pourrait être une entente autorisée d'un accord-cadre ayant statut international au sens du droit canadien. Cependant, L. Legault précise que l'instrument de l'entente provinciale doit comporter une clause précisant que ce n'est pas un traité.⁵⁰³ Si tel était le cas, l'*Entente Québec-Portugal* ne serait en droit canadien qu'un arrangement administratif d'après les prétentions de la thèse fédérale. Or ces arrangements administratifs sont des arrangements informels ou les parties déclarent expressément qu'elles ne sont pas liées.⁵⁰⁴

Ceci étant dit, cette qualification ne semble pas refléter l'intention des parties exprimées dans l'*Accord Québec-Portugal*; l'article 22 stipule expressément que les parties s'engagent et qu'un comité mixte chargé de l'application de l'entente se réunit annuellement. Aux articles 10 à 15, les deux États prennent formellement des engagements financiers précis en matière de Sécurité sociale relativement à l'ouverture aux prestations de régime de retraite basé sur la reconnaissance des périodes d'assurance chez l'État cocontractant.⁵⁰⁵

Il reste le "gentlemen's agreement", défini au *Black's law* comme étant généralement un accord non signé et non obligatoire conclu entre des parties qui s'attendent à son effectivité sur la base de la bonne foi.⁵⁰⁶

Si l'on considère la thèse du Québec, la théorie juridique soutenant la compétence de l'État Québécois trouve son application dans la *Loi sur le ministère des Relations internationales*.⁵⁰⁷ Celle-ci définit comme suit une entente internationale :

"un accord intervenu entre le gouvernement ou l'un de ses ministères ou organisme et un gouvernement étranger, l'un de ses ministères ou organismes

⁵⁰² *Sécurité sociale entre le Canada et le Portugal*, (1981) Recueil des traités no 15, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1984, a. 24.

⁵⁰³ Anne-Marie JACOMY-MILLETTE, "Réflexion sur la valeur juridique des ententes du Québec" (1984) 1 *R.Q.D.I.* 102. voir aussi: L. LEGAULT, " La pratique canadienne en matière de droit international public en 1981 au ministère des Affaires extérieures ", (1982) 29 *A.C.D.I.* 282. 298-299.

⁵⁰⁴ Luigi DIMARZO, "The Legal Status of agreements concluded by component units of federal states with foreign entities", *loc.cit.*, note 498, 207.

⁵⁰⁵ *Entente en matière de sécurité sociale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Portugal*, Précité, note 499, art. 13.

⁵⁰⁶ CAMPBELL BLACK, H., *Black's law dictionary*, 5 ed., Minnesota, West publishing, 1983, 350.

⁵⁰⁷ *Loi sur le ministère des Relations internationales*, L.R.Q. c. M-25.1.

ou une organisation internationale." ⁵⁰⁸

i) La valeur juridique des ententes.

Nous verrons cette question selon le droit international et le droit canadien.

D'abord, si l'on considère le droit international: partant du principe que les obligations juridiques ne peuvent être appelées comme telles à moins que leur existence et leur portée ne puissent être déterminées judiciairement, MM. J.E. Fawcett et Di Marzo ont développé les principes généraux de la légalité des obligations conclues par les États fédérés : ils retiennent quatre critères, soit la clause compromissoire, l'acceptation de la juridiction de la C.I.J., ⁵⁰⁹ l'enregistrement de l'accord auprès du secrétaire général ⁵¹⁰ de l'ONU et l'intention des parties.

Si l'on écarte le critère d'acceptation de la juridiction de la C.I.J. et d'enregistrement auprès de l'ONU, les deux critères retenus sont l'intention des parties de même que la clause compromissoire. ⁵¹¹ En appliquant ces critères à l'*Entente Québec-Portugal*, ⁵¹² on remarque qu'il est qualifié quant à l'intention des parties, mais non quant à la clause compromissoire.

Suivant cette analyse, il serait impossible de parler d'obligations juridiques en droit international dans le cas de cet accord. Toutefois, M. Di Marzo tempore les effets de cette qualification en soutenant que l'accord est invalide seulement si la province a excédé ses compétences et dans ce cas, l'acte est d'un caractère de nullité relative. Aussi il ne souscrit pas à l'opinion qu'un accord est nul du seul fait que le gouvernement fédéral n'y ait pas participé. ⁵¹³

En droit canadien, par ailleurs, il a été établi dans le ratio de l'arrêt *Scott* que, quelque soit la forme de l'entente, c'est son contenu qui déterminera sa validité au regard du droit constitutionnel. Or même si un tribunal déterminait que l'*Entente Québec-Portugal* ⁵¹⁴ est un traité, et que, dès lors, il pourrait être invalide en droit

⁵⁰⁸ *Id.*, a. 16(3).

⁵⁰⁹ *Charte des Nations Unies*, (1946-1947) 1 R.T.N.U. xvi, art. 102.

⁵¹⁰ Luidgi DI MARZO, "The legal status of agreements concluded by components units of Federal States with Foreign entities", *loc.cit.*, note 498, 199.

⁵¹¹ Luidgi DI MARZO, "The legal status of agreements concluded by components units of Federal States with Foreign entities", *loc.cit.*, note 498, 199.

⁵¹² *Entente en matière de sécurité sociale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Portugal*, précitée, note 499.

⁵¹³ Luidgi DI MARZO, "The legal status of agreements concluded by components units of Federal States with Foreign entities", *loc. cit.*, note 498, 213.

⁵¹⁴ *Entente Québec-Portugal*, précité, note 499

international, ce même tribunal devrait reconnaître la loi provinciale lui donnant effet, puisqu'elle relève de sa compétence.

ii) La force obligatoire des ententes

Il y a deux positions qui émergent de la théorie internationale. D'une part, Edward McWinney⁵¹⁵ soutient que l'essence comme l'effectivité de ces accords des États fédérés ne reposent que sur la bonne volonté, le bénéfice mutuel et réciproque, sans qu'ils puissent être sanctionnés judiciairement.

D'autre part, Di Marzo réplique ainsi : Si le droit municipal est le droit applicable, il est inexact de prétendre que l'entente n'est pas contraignante,⁵¹⁶ du moins en droit interne, si l'accord y a été introduit législativement. Ceci est tout aussi vrai dans le cas de l'entente du Québec où le justiciable peut s'appuyer sur une réglementation du gouvernement du Québec lorsque celle-ci incorpore en droit interne la substance de l'accord.

On peut cependant tirer une conclusion qui concilie les deux positions. Si une partie modifie unilatéralement sa législation, elle s'expose au même geste de son cocontractant. Dès lors, la sanction existe: c'est que les parties sont alors privées de la réalisation de l'objet de l'accord.

iii) Étendue de ces accords

Nous ferons dans cette section l'étude de l'*Entente Québec-Portugal* à titre d'accord-type en matière de Sécurité sociale. Nous en verrons les grandes divisions, tant au niveau de la forme que de l'objet.

Principalement, l'accord a pour objet d'établir des mécanismes permettant de déterminer les équivalences de périodes assurables dans le cas où l'intéressé n'aurait droit à aucune prestation en vertu d'aucun régime, ainsi que les montants théoriques dus par l'institution compétente de chaque juridiction.

On y retrouvera d'abord les dispositions interprétatives,⁵¹⁷ le droit aux presta-

⁵¹⁵ Edward McWINNEY, "Canadian federalism and the foreign affairs and treaty making power", dans 7 *Canadian yearbook of international law* 3 (1969).

⁵¹⁶ Luidgi DI MARZO, "The legal status of agreements concluded by components units of Federal States with Foreign entities", *loc.cit.*, note 498, 211; Voir aussi *Arrow River Tributaries Slides Boom Company Ltd v. Pigeon Timber Company Ltd.*, (1932) S.C.R. 495.

⁵¹⁷ *Entente Québec-Portugal*, précitée, note 499, articles 1 à 9.

tions,⁵¹⁸ les dispositions administratives,⁵¹⁹ ainsi que les dispositions transitoires finales⁵²⁰. L'accord ne s'applique au Québec qu'à la *Loi sur le régime des rentes du Québec*.⁵²¹

b) Pouvoir de conclure de tels accords

Nous avons vu qu'en matière juridique, le droit international renvoie au droit interne quant à la capacité des États fédérés de conclure des ententes, pour lequel la question est encore ouverte en droit Canadien. Maintenant, nous verrons comment s'articulent les deux thèses en présence, soit la thèse fédérale, qui se fonde sur le principe de l'unité de la personnalité juridique,⁵²² et la thèse du Québec, qui soutient que la souveraineté réside dans la fédération toute entière.⁵²³

Nous verrons donc la nature de ce pouvoir, les deux thèses, et les solutions adoptées par les gouvernements.

Le pouvoir de conclure des ententes est une prérogative royale fondée sur la common law, laquelle est réservé à la Reine en vertu de l'article 9. Or tout ce que la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait en la matière, c'est le pouvoir de mise en oeuvre législative des traités d'Empire à l'article 132. Or cette disposition est désuète depuis que le Canada est souverain. La question est maintenant de savoir à qui appartient ce pouvoir.

La thèse fédérale exposée dans le *Livre blanc* soutient que ce pouvoir appartient au gouverneur général depuis l'indépendance en vertu des *lettres patentes de 1947*.⁵²⁴

A cela, un courant de doctrine réplique que le texte des Lettres patentes ne saurait l'emporter sur la constitution car ce serait nier le principe fédéral.⁵²⁵

⁵¹⁸ *Entente Québec-Portugal*, précitée, note 499, articles 10 à 16.

⁵¹⁹ *Entente Québec-Portugal*, précitée, note 499, articles 17 à 22.

⁵²⁰ *Entente Québec-Portugal*, précitée, note 499, articles 23 à 26.

⁵²¹ *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q. c. R-9.

⁵²² Bora LASKIN, "The provincial international agreements", dans *Ontario advisory committee on federation, Background papers and reports*, v.2 1970, 101-111.

⁵²³ Jacques BROSSARD, *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, P.U.M., 1967, pp. 438-441.

⁵²⁴ *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada*,

⁵²⁵ *Fédéralisme et relations internationales* (1967), dans Jacques-Yvan MORIN, Francis RIGALDIES, Daniel TURP, *Droit international public: Notes et Documents*, T.2, Montréal, 1987, COOP EFDUM, p. 4.

La thèse du Québec expose ainsi les bases du concept du lien de la Couronne avec les provinces énoncé dans *Maritime Bank (Liquidator)*.⁵²⁶ L'arrêt *Bonanza Creek Gold Mining v. The King*⁵²⁷ a établi la règle selon laquelle la répartition des pouvoirs exécutifs entre l'État fédéral et les provinces suit celle des pouvoirs législatifs. Aussi, dans la mesure où l'exécutif est "autonome et indépendant"⁵²⁸ dans les domaines qui relèvent de sa compétence, il s'ensuit qu'il peut conclure des accords fiscaux correspondants à sa compétence de mise en oeuvre législative prévue au paragraphe 92(2). Les tenants de la thèse fédérale répliquent à cela que ces arrêts ne peuvent trouver application puisque le "treaty making power" «n'existait pas encore à leur époque». Avec respect cela est inexact : le Canada avait en effet conclu seul le *Traité sur le Flétan* à l'époque coloniale.

En pratique, les gouvernements tenteront d'harmoniser leurs politiques et de ménager leurs bonnes relations. Il en sera ainsi dans les accords cadre ou l'exécutif fédéral autorise un État contractant à conclure une entente avec l'une ou l'autre des provinces. Le traité ainsi négocié sera ainsi directement soumis à l'ordre juridique international.

Par ailleurs, selon la thèse du Québec, les ententes du Québec pourront être valides sans être pour autant l'objet d'ententes cadres: en incluant une disposition compromissaire, suivant laquelle la portée et l'existence de leurs obligations pourront être déterminées judiciairement, les ententes du Québec seront de nature à comporter une valeur juridique.

Les revendications de la province de Québec en matière de conclusion d'ententes internationales et ses argumentations juridiques sont intéressantes en ce qu'elles se réfèrent au partage des compétences exécutives. Or si le partage des compétences exécutives correspond au partage des compétences législatives et que chaque ordre de gouvernement est seul habilité à exercer une compétence exclusive, cet ordre de gouvernement devrait être seul compétent à définir les conditions rattachées aux budgets qu'il administre à l'intérieur de sa sphère de compétence.

Pourtant l'exercice par le gouvernement fédéral du pouvoir de dépenser irait à l'encontre de cette notion. Cela peut s'expliquer par une analyse *in concreto* et une analyse *in abstracto*. L'analyse *in concreto* nous rappelle le dualisme des conceptions fédérale-provinciales des subventions conditionnelles. L'analyse *in abstracto* nous rappelle que le pouvoir de dépenser se situe dans l'exception reliée au caractère particulier des lois d'affectation de crédits et des lois à caractère financier.

Évidemment, on peut contourner l'exception et considérer toute la question du

⁵²⁶ *Maritime Bank (Liquidator) v. Receiver General of New Brunswick*, (1892) A.C. 437.

⁵²⁷ *Bonanza Creek Gold Mining v. The King*, (1916) 1 A.C. 566.

⁵²⁸ *Maritime Bank (Liquidator) v. Receiver general of New Brunswick*, précitée, note 526, 441.

partage des compétences exécutives relatives aux matières financières sous l'angle de la thèse fédérale en matière de conclusion des traités. Une telle analyse pourrait élargir la théorie de prépondérance des compétences fédérales. Toutefois, il n'est pas possible d'utiliser cet argument pour consacrer la théorie du pouvoir de dépenser dans le cadre du droit constitutionnel canadien.

Nous avons vu que le pouvoir de dépenser a été commenté par de solides autorités juridiques en droit constitutionnel canadien, malgré le fait qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir absolu et que sa reconnaissance repose pour l'instant sur le recours à certains arguments d'interprétation, dont la valeur est encore discutée.

D'un côté, si le Canada se situe dans les modèles de régimes fédéraux avant-gardistes, il n'est que raisonnable que l'État fédéral ait ce pouvoir qui lui procure toute latitude nécessaire aux opérations d'un État moderne, faisant lui-même partie d'un ensemble continental d'intégration économique.

D'un autre côté, il serait opportun de viser à nuancer et assouplir les dispositions relatives aux ententes intergouvernementales dans l'éventualité où de nouvelles négociations constitutionnelles seraient entamées. La constitution devrait reconnaître un certain droit aux provinces; une avenue intéressante pourrait être la reconnaissance de la garantie d'exercice des compétences,⁵²⁹ parce qu'il s'agit d'une règle objective qui laisse au régime toute sa souplesse, sans lier pour autant l'État fédéral au-delà de ce qui est raisonnable.

Dans une analyse de droit comparé, nous verrons que ce pouvoir n'a rien d'inhabituel dans le cadre d'un régime constitutionnel fédéral, compte tenu de l'évolution du modèle de «fédéralisme classique» vers un modèle de «fédéralisme fiscal». On pourrait même avancer l'idée que le pouvoir de dépenser serait un pouvoir inhérent en régime fédéral.

Nous verrons donc que des avenues intéressantes pourraient être empruntées chez d'autres modèles dans la définition des modalités d'encadrement de ce pouvoir. Nous verrons les notions correspondantes dans le modèle australien. De plus, nous verrons quelques aspects de ces questions dans le droit américain et, dans le modèle de la Communauté européenne.

⁵²⁹ Le concept de la garantie de l'exercice des compétences était lié au fédéralisme nouveau dans lequel le partage des recettes tiendrait un rôle essentiel. ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 7, 61, p. 118.

SECTION II - LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU POUVOIR DE DÉPENSER EN AUSTRALIE ⁵³⁰

La Constitution australienne, contrairement à celle du Canada, prévoit spécifiquement⁵³¹ que son Parlement central dispose d'un pouvoir de dépenser. Ceci lui confère une compétence générale d'attribuer une assistance financière aux États selon les modalités qu'il estime appropriées. Cette compétence est même renforcée par le contrôle parlementaire des crédits tirés sur le Trésor du Commonwealth.⁵³² Aussi, la portée significative de cette disposition a-t-elle été constatée:

"Special grants are justified when a State through financial stress from any cause is unable to discharge its function as a member of the federation and should be determined by the amount of help found necessary to make it possible for that State by reasonable effort to function at a standard not appreciably below that of other States."⁵³³

Principes fondamentaux du droit constitutionnel australien

L'apparente discrétion - dont semble disposer le Parlement dans l'exercice du pouvoir de dépenser - doit être située dans le cadre d'un régime remarquablement décentralisé. Notons qu'à l'origine, la Constitution australienne se fonde sur un accord d'États fédérés de transférer certains pouvoirs à un gouvernement central. Elle visait à établir un nouveau gouvernement central dont les pouvoirs seraient strictement délimités. Il n'y eut en conséquence aucune suggestion (même tacite) d'un quelconque principe de souveraineté parlementaire. Comme nous le verrons, au cours des cinquante dernières années, cette polarisation du pouvoir a évolué jusqu'à un régime fortement centralisé en raison de l'évolution jurisprudentielle et de changements institutionnels importants.

La formule de partage des pouvoirs dans la Constitution australienne est fondamentalement différente du régime canadien. En Australie, le partage des pouvoirs entre deux niveaux de gouvernements est effectué en délimitant des pouvoirs spécifiques au Commonwealth et en laissant aux États fédérés le pouvoir résiduel.

L'article 106 de la *Constitution du Commonwealth* ⁵³⁴ maintient l'entrée en vigueur des Constitutions des États fédérés tels qu'adoptées antérieurement tant par les États membres fondateurs que par les États nouvellement admis.

⁵³⁰ 63 & 64 Victoria c. 12, art. 96; Les références suivantes seront à la Constitution australienne.

⁵³¹ *Id.*

⁵³² *Id.*, art. 83

⁵³³ *Commonwealth Grants Commission*, Third Report, 1936, p. 75

⁵³⁴ *Constitution australienne*, *supra*, note 285.

D'inspiration britannique, on y reconnaît que le Parlement est constitué de la Chambre des représentants, du Sénat et de la Reine.⁵³⁵ Monarchique malgré les velléités de se commuer en république, le pouvoir exécutif est attribué à la Reine qui l'exerce par l'entremise de son Gouverneur-général sur l'avis du Conseil exécutif fédéral.⁵³⁶ Les ministres seront nommés par le gouverneur général,⁵³⁷ au sein du Conseil exécutif fédéral⁵³⁸. Leur responsabilité devant le Parlement est implicitement établie par leur qualité de membre du Sénat ou de la Chambre des représentants.⁵³⁹

L'autorité judiciaire est investie par la Cour suprême fédérale, nommée la Haute Cour d'Australie, ainsi que dans les autres cours fédérales créées par le Parlement.⁵⁴⁰ Cette Haute Cour entend les appels de toutes juridictions y compris des cours fédérales, des Hautes cours de chacun des États ou de la "Commission inter-État" quant à des questions de droit seulement; ses décisions sont finales et sans appel.

L'indépendance nationale s'est progressivement affirmée par la *Déclaration Balfour* (1920), par la nomination du premier Gouverneur-général d'origine australienne (1930), par la consécration constitutionnelle de *l'Acte de Westminster*, mais surtout par *l'Acte d'Australie* de 1986.⁵⁴¹

On peut donc observer que si la Constitution australienne reconnaît spécifiquement le pouvoir fédéral de dépenser, ce dernier était à l'origine, enchâssé dans le cadre général d'une Constitution décentralisée.

Pour consacrer la souveraineté de l'Australie, *l'Acte d'Australie de 1986*⁵⁴² ne reconnaît-il pas d'ailleurs que les pouvoirs législatifs résiduels du Parlement Britannique seraient transférés aux législatures des États fédérés? Il est vrai que les dernières compétences législatives n'avaient à ce stade, qu'une valeur symbolique, mais leurs transferts aux successeurs des colonies constituantes plutôt qu'au Commonwealth illustrent une conception profondément décentralisée du fédéralisme, laquelle n'aurait pu être concevable au Canada en 1982.

⁵³⁵ *Id.*, article 1

⁵³⁶ *Id.*, article 61, 62 et 63.

⁵³⁷ *Id.*, article 63

⁵³⁸ *Id.*, paragraphe 64(2)

⁵³⁹ *Id.*, paragraphe 64(3).

⁵⁴⁰ *Id.*, article 71.

⁵⁴¹ *l'Acte d'Australie de 1986*, (1986) U.K., 6. 2.

⁵⁴² *Id.*

Si le fédéralisme décentralisé de l'Australie a mené à une reconnaissance explicite du pouvoir fédéral de dépenser, il serait raisonnable de penser que l'équilibre n'est maintenu qu'en renversant ce principe dans un État fédéral moins décentralisé. Par exemple au Canada, le pouvoir de dépenser ne saurait être qu'implicite et subsidiaire. Ce n'est que normal puisque l'État central dispose de leviers particulièrement développés pour contrebalancer cette lacune. On peut citer par exemple le pouvoir résiduel, la prépondérance des lois fédérales, et le pouvoir étendu en matière de paix ordre et bon gouvernement.

Aussi, d'importants développements devaient modifier l'application de la Constitution. Selon la jurisprudence australienne, il est maintenant bien établi que la législation fédérale visant à inciter les États à restreindre l'exercice d'une compétence fiscale était *intra vires* de la Constitution au motif qu'il ne s'agissait pas de coercition. Pourtant les juges avaient pris soin de souligner qu'il s'agissait là de la fin du principe d'indépendance des États.⁵⁴³ Or, l'indépendance des États dans leur sphère de compétence est l'une des conditions même du fédéralisme.⁵⁴⁴ Certes, l'emploi du pouvoir de dépenser au Canada est parfois discutable, mais on ne peut y tirer aucun exemple similaire à celui de l'Australie, en matière de limitation coercitive des ressources propres des provinces. Que dire d'un régime fédéral dans lequel le pouvoir de dépenser se fonderait sur la coercition...⁵⁴⁵

En revanche il existe au moins un point commun avec le Canada. Il s'agit du pouvoir du gouvernement fédéral de favoriser l'égalité des unités politiques, au moyen d'une forme de péréquation. Dans l'affaire *Moran Pty c. DFC of T.*⁵⁴⁶, il fut jugé que le Parlement fédéral avait aussi discrétion dans l'allocation des sommes aux différents États; alors que le Parlement ne peut lever un impôt discriminatoire entre différents États, la formule d'assistance financière qu'il adopte peut établir une discrimination entre les États à la faveur des États plus pauvres⁵⁴⁷.

Avant d'affirmer que le pouvoir de dépenser rend caduque l'indépendance des États fédérés, il faudrait toutefois prendre en compte l'élément pratique des finances publiques. S'il est difficile de partager les compétences, il est encore plus difficile de distribuer les ressources appropriées avec l'expectative que les rapports futurs entre les niveaux de gouvernement seront toujours harmonieux.⁵⁴⁸

⁵⁴³ WHEARE, *Op.cit.*, note 9, p. 102

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 36.

⁵⁴⁵ *South Australia c. The Commonwealth* (1942) 65 CLR 373 suivit et appliquée : *Victoria c. Commonwealth*, 99 C.L.R. 575

⁵⁴⁶ *Moran Pty c. DFC of T.*, précité.

⁵⁴⁷ *Australian Master Tax Guide*, Sydney, CCH Australia Ltd., 1993, pp. 1748, 1-110.

⁵⁴⁸ *Id.*, 94.

A) Les assises juridiques du pouvoir de dépenser en Australie - Constitution et jurisprudence

Le pouvoir de dépenser dépend de la compétence générale en matière d'affectation de crédit. À cet égard, l'article 54 prévoit que les législations en matière d'affectation de crédits n'auront d'autre objet que ces affectations. Cette disposition dans sa forme est conforme à celle concernant les législations fiscales. Il semble que les constituants se sont montrés particulièrement attentifs à la prévention des législations déguisées en matière de finances publiques. En comparaison, en droit constitutionnel canadien, les modalités d'exercice du pouvoir de dépenser diffèrent sensiblement de ce régime où elles sont strictement encadrées.

Dans la Constitution australienne deux articles permettent de circonscrire le pouvoir de dépenser: l'article 96 portant sur l'assistance financière aux États et l'article 81 portant sur les programmes de dépenses directes dans des matières d'intérêts national.

a) L'article 96: les transferts financiers aux États

Voici l'énoncé de l'article 96:

"Durant une période de dix ans après la création du gouvernement fédéral et selon les modalités que le Parlement détermine, le Parlement peut accorder une assistance financière à tout État selon les termes et conditions qu'il estime appropriées" (ma traduction).⁵⁴⁹

La doctrine a déjà évoqué le caractère quasi-illimité de l'article 96. Cet article joint au monopole de l'impôt sur le revenu,⁵⁵⁰ a permis au gouvernement fédéral d'instaurer dans une large mesure un contrôle national sur les programmes de dépenses gouvernementales à travers l'Australie. Les États sont d'autant plus tributaires du gouvernement fédéral que les transferts accordés par celui-ci ne sont assortis d'aucune garantie de continuité. Ainsi le paiement de ces transferts doit dépendre de l'observance des conditions et autres formalités fixées par le gouvernement fédéral, auteur de ces transferts.⁵⁵¹ Pourtant la portée étendue du pouvoir de dépenser devait être exposée à une nouvelle contestation devant les tribunaux.

En droit constitutionnel australien, l'étendue du pouvoir fédéral sur les transferts financiers est intimement liée aux compétences fiscales du gouvernement fédéral. Le pouvoir relatif aux transferts financiers a été confirmé de nouveau dans une décision

⁵⁴⁹ *Constitution de l'Australie*, article 96

⁵⁵⁰ Dont l'instauration est tributaire de l'article 96.

⁵⁵¹ HANKS P.J., *Constitutional Law in Australia*, Butterworth, 1991, 269

unanime de la Haute Cour, *Victoria v. Commonwealth* (l'affaire *Second Uniform Tax Case*), dans laquelle l'équilibre des compétences entre les États fédéral et fédérés est profondément modifié relativement à l'administration des lois fiscales.⁵⁵² Dans son jugement sur cette affaire,⁵⁵³ la Haute Cour devait se prononcer sur deux questions.

Premièrement le Parlement a-t-il le pouvoir d'imposer à l'État la condition de s'abstenir de lever des impôts sur le revenu pour l'obtention d'une subvention ? Deuxièmement, le Parlement fédéral a-t-il le pouvoir d'interdire⁵⁵⁴ aux contribuables de payer l'impôt de l'État avant d'avoir complètement payé l'impôt fédéral?⁵⁵⁵

Dans sa décision, le juge Dixon fit observer⁵⁵⁶ que l'objet du pourvoi était d'une grave implication puisqu'il remettait en question des principes bien établis par une jurisprudence antérieure⁵⁵⁷ suivant laquelle une certaine période de stabilité juridique avait eu cours en matière de finances publiques. Ces principes établis étaient d'ordre fondamental de sorte que leur remise en question ébranlait l'intégrité du système de fiscal. En outre le moment où le nouveau pourvoi devait être présenté favorisait les demandeurs puisque le contexte de nécessité occasionné par l'état de crise d'après-guerre n'avait alors plus cours.⁵⁵⁸

L'avocat des demandeurs, R.R. Barwick, C.R., devait, pour établir l'inconstitutionnalité des lois fiscales, établir que celles-ci constituaient dans leur ensemble un système visant à enfreindre le partage des compétences. De l'avis des demandeurs, ces lois prises isolément ne pouvaient valablement être attaquées pour des motifs constitutionnels. Ainsi M. Barwick exposa-t-il les éléments du système :

- premièrement, le taux d'impôt doit être assez élevé pour permettre la collecte de recettes suffisantes pour financer les dépenses de fonctionnement du gouvernement fédéral et ses transferts aux États;
- deuxièmement, aucune taxe étatique ne devait être levée; et
- troisièmement, une structure de transferts uniforme doit être constituée par une formule de partage.

Il s'ensuit que les États ne sont pas libres d'exercer leurs compétences tel qu'ils l'auraient autrement souhaité, surtout si l'on considère les conditions, contrôles et

⁵⁵² *Victoria v. Commonwealth (the second Uniform Tax Case)*, (1957) 99 CLR 575

⁵⁵³ *Victoria c. Commonwealth (The second Uniform Tax Case)*, (1957) 99 CLR 575

⁵⁵⁴ *Income Tax and social Services Contribution Assessment Act*, 1946, (Cth) alinéa 221(1)(a)

⁵⁵⁵ *Id.*, 577

⁵⁵⁶ *Id.*, 396

⁵⁵⁷ *South Australian c. Commonwealth (First Uniform Tax Case)*, (1942) 65 CLR 373

⁵⁵⁸ présent dans *First Uniform Tax case*, précité, note 553.

contingences rattachés aux transferts fédéraux, qualifiés par les demandeurs d'ingérence inadmissible du gouvernement fédéral dans leurs champs de compétences exclusives. Le procureur Doning de New South Wales a qualifié cette ingérence d'acte complètement incompatible avec la condition d'existence de deux «entités» politiques «séparées mais coordonnées», et partant destructif du régime fédéral.⁵⁵⁹ Alors que cette situation était inadmissible pour certains États fédérés, elle ne semblait pas pour autant en inquiéter certains autres. L'argumentation même des demandeurs explique cette différence dans les positions des États fédérés.

Afin d'établir leur préjudice à l'égard de ce système d'imposition uniforme, l'État du Victoria établit que la formule de redistribution des impôts sous forme de subvention était inéquitable entre les États en ce que son application ne permettait pas d'établir un niveau de ressources auxquelles elles estimaient avoir droit en fonction de facteurs suivants:

- la démographie;
- la proportion des estimations de recettes fiscales basées sur leur capacité économique; et
- les projections des recettes fiscales propres basées sur les assiettes d'imposition de l'ancien régime.⁵⁶⁰

Pourtant, il eût été possible aux États de refuser les subventions fédérales et de ce fait, de se prémunir des conditions jugées excessives qui leur étaient rattachées. Cependant, la perte de compétitivité fiscale par suite des nécessités budgétaires aurait rendu cet exercice trop onéreux, d'autant que le gouvernement fédéral ne semblait pas ouvert à toute initiative qui aurait résulté en un retrait de sa compétence fiscale. C'est ce qui fit déclarer au procureur que le refus des subventions et l'imposition d'un impôt d'État est une «option de tous les États et non pas d'un seul».⁵⁶¹ Mais voilà, le partage proportionnel des ressources n'aurait pas nécessairement servi l'intérêt de chacun des États, et dès lors, l'option d'un refus collectif devenait illusoire.

Le juge Dixon refusa de reconnaître une forme quelconque de coercition dans le système fiscal uniforme, et déclara valide les conditions des transferts financiers sur le plan constitutionnel.⁵⁶² Toutefois, tel ne fut pas le sort qu'il réserva à la prohibition de paiement des impôts des États avant celui des impôts fédéraux. Il n'est pas déraisonnable d'avancer que cette prohibition constituait à tout le moins une forme de coercition indirecte. Sans aller jusqu'à cette conclusion, la Cour a simplement déclaré

⁵⁵⁹ BIRCH, *On Federalism*, (1955) p. 119; WHEARE, *Federal Government (3rd ed)*, (1953), 11, 13, 15, 17, 32, 112-114; *Australian Communist Party c. Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1, 202, 203 cité dans *South Australia c. Commonwealth*, précité.

⁵⁶⁰ *Second Uniform Tax Case*, précité, 578.

⁵⁶¹ *Second Uniform Tax Case*, 579

⁵⁶² *Id*

cette règle invalide en vertu du principe des compétences fiscales concurrentes⁵⁶³.

Dans ses motifs, le juge Dixon s'est replié sur l'affaire du *Wealth Industry plan*⁵⁶⁴ afin d'illustrer la portée d'un tel pouvoir. Dans cette dernière décision, la Haute Cour devait se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une législation fédérale accordant aux États des transferts financiers à la condition expresse que les sommes ainsi payées soient versées aux producteurs de blé de ces États.⁵⁶⁵ De cette affaire, la Cour retient dans ses motifs que le pouvoir fédéral de dépenser s'appuie sur l'article 96 de la Constitution de l'Australie. Cet article qui n'a aucun équivalent au Canada, permet au gouvernement fédéral d'accorder des subventions conditionnelles dont la portée se situe au-delà de ses compétences constitutionnelles. C'est précisément sur cette base que la Cour en conclut que le pouvoir de dépenser est sans limites:

«Les exigences de l'article 96 sont rencontrées dès que les sommes sont à la disposition des États bien que dans l'exercice de son pouvoir d'imposer des termes et conditions, le gouvernement fédéral contraint l'État bénéficiaire à verser l'argent à une catégorie de personnes liées à cet État de sorte que soit accomplie une politique du gouvernement fédéral dont la portée se trouvait hors de son pouvoir d'agir directement.⁵⁶⁶ (ma traduction)

Alors que certains l'ont demandé, il aurait peut-être été possible de définir la limite de ce pouvoir [pouvoir de dépenser], mais les tribunaux ont énoncé qu'aucune limite n'est tracée, que toute législation serait valide si elle pouvait se situer dans la signification littérale des mots de cet article [article 96] et que, même en ce qui concerne les mots "assistance financière" cela [la condition] ne serait pas nécessaire. Bien qu'une interprétation très large de l'expression "octroyer une assistance financière aux États" puisse être soutenue, ces mots ont reçu une application au-delà de ce que suggérerait leur interprétation littérale» (ma traduction, mes soulignements et parenthèses).⁵⁶⁷

Cette opinion du juge Dixon est nuancée en ce qu'elle semble à certains égards, réduire l'étendue du pouvoir de dépenser à une question d'interprétation. Pourtant selon la décision de la Cour, l'article 96 constitue le fondement d'un pouvoir de dépenser illimité en substance.

Également, le juge Dixon en appelle aux conditions énoncées dans l'affaire *Federal*

⁵⁶³ HANKS, Peter P.J., *Constitutional Law in Australia*, Australia, Butterworth, 1991, 265-280.

⁵⁶⁴ *Deputy Federal Commissioner of Taxation v. W R Moran Pty Ltd*, (1939) 61 CLR 735.

⁵⁶⁵ *Wheat Industry Assistance Act*, 1938 Cht

⁵⁶⁶ *Second Uniform Taxation Case*, note 15, 607.

⁵⁶⁷ 99 CLR 611

Road.⁵⁶⁸ Cette décision dira-t-il, signifie que le champ d'application des transferts financiers est circonscrit par les règles suivantes:

- (1) les États sont contraints d'appliquer les fonds transférés aux objets pour lesquels ils sont rendus disponibles par le gouvernement fédéral;
- (2) l'objet de ces conditions peut être situé hors des champs de compétences du gouvernement fédéral;
- (3) les paiements sont laissés à l'entière discrétion des ministres du gouvernement fédéral; et
- (4) il peut être stipulé que les États contribueront selon une proportion déterminée.⁵⁶⁹ (ma traduction)

Dans une opinion concurrente, le juge McTierman déclare que ce pouvoir de dépenser est très général et que les modalités selon lesquelles le Parlement peut octroyer une aide financière sont à sa discrétion.

Le juge William, pour sa part retient que rien ne peut être plus large que les mots «aux conditions et selon les termes que le Parlement détermine» et qu'à tout le moins ces mots devront inclure les termes et conditions auxquels l'État doit légalement se soumettre.⁵⁷⁰

De façon générale, la Cour établit une nette distinction entre la fiscalité et le régime des transferts financiers, tout en reconnaissant la complémentarité des systèmes. D'une part, la Cour déclarait, cette fois à la majorité, l'invalidité de la priorité législative du gouvernement fédéral en matière d'impôt sur le revenu. D'autre part, la Haute Cour se fondait sur des «précédents élargissant le pouvoir de l'article 96 d'accorder des transferts»⁵⁷¹ afin de reconnaître la suprématie en matière d'initiatives de finances publiques au gouvernement fédéral.

Au Canada, ce principe des compétences fiscales concurrentes est reconnu dans le *Rapport de la commission Rowell-Sirois*⁵⁷² ainsi que dans le *Rapport du*

⁵⁶⁸ *Victoria v. Commonwealth*, 99 CLR 575, 606

⁵⁶⁹ *Id*

⁵⁷⁰ *Id*, 630

⁵⁷¹ *Id*, 605.

⁵⁷² COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1937.

*Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux*⁵⁷³. Certes, si une contestation judiciaire visait cette question, plusieurs facteurs permettraient de distinguer les faits de l'affaire *Second Uniform Tax case*⁵⁷⁴. Toutefois cette affaire soulève des problèmes d'application du fédéralisme qui sont tout aussi pertinents au Canada, dans l'appréciation générale des relations entre les deux paliers de gouvernement.

Le régime des arrangements financiers de péréquation et de financements des programmes établis, sont autant d'initiatives fédérales dont la valeur juridique est renforcée par le fait que le refus de ces transferts constituait l'option de toutes les provinces et non pas d'une seule. Néanmoins le cas particulier du Québec, dont on ne retrouve aucun équivalent en Australie, a justifié certaines dérogations qui ont donné lieu aux transferts par points d'impôts. Cette situation a longtemps causé un fardeau fiscal plus lourd pour les résidents de cette province.⁵⁷⁵ Les agents de politiques fédéraux en matière de politique fiscale n'aiment pas de telles dérogations qui constituent une entorse au principe de neutralité du système fiscal. Il semble que cette particularité de notre système fiscal aura cours aussi longtemps que les résidents de cette province accepteront le fardeau fiscal qui leur incombe pour des raisons essentiellement liées à des différences culturelles importantes.

Cependant, il est des cas où l'option de tous devrait prévaloir de sorte qu'un traitement différent d'une province ne serait pas justifié à l'encontre des normes nationales uniformes. Dans la sous-section qui suit, nous exposons de quelle façon le droit de l'Australie a permis l'établissement de normes uniformes.

⁵⁷³ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le Fédéralisme Fiscal au Canada*, Ottawa, Ministère des approvisionnement et services, 1981, 229, 34.

⁵⁷⁴ *Supra*, note 552.

⁵⁷⁵ STATISTICS CANADA, *Provincial Economic Accountss, Historical Issue, 1961-1986*, Catalogue 13-213S; *Provincial Economic accounts; 1976-1987*, catalogue 13-213; et CANSIM, matrix 3146, February 1989; McMILLAN, Melville L., "Introduction" dans *Provincial Public Finances: Plaudits, problems and prospects*, *Canadian Tax Paper*, no. 91, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1991, 441, 49.

b) L'article 81: les dépenses directes

Nous avons vu que le pouvoir de dépenser s'exerce généralement par des transferts financiers en vertu de l'article 96. Cependant, pour des raisons administratives et politiques, le gouvernement peut décider d'effectuer lui-même directement ces dépenses. Cette compétence lui est spécialement attribuée en vertu de l'article 81:

" Tous les revenus ou fonds levés ou reçus par le gouvernement fédéral pourra former un seul fonds consolidé, lequel pourra être alloué pour les fins du gouvernement dans la manière et sujet aux devoirs et obligations imposées par la Constitution. (ma traduction)⁵⁷⁶

En utilisant la voie permise par l'article 81, le gouvernement se réserve pour lui-même le crédit politique d'une dépense particulière tout en évitant les résistances des États ou l'obstruction que pourrait constituer une administration provinciale inefficace ou résistante à l'endroit de nouvelles initiatives fédérales.

Deux perspectives opposées ont été exposées sur ce pouvoir. Les interprétations restrictives sont à l'effet que la disposition est circonscrite dans les limites des compétences fédérales réservées selon l'article 51; les interprétations permissives étendent la portée de l'article 81 à tout ce que le gouvernement détermine d'intérêt national. Ces positions divergentes ont été dégagées par des débats judiciaires portant sur la question de savoir si le gouvernement pouvait établir un organisme administratif qui lui est propre afin de superviser l'engagement des fonds accordés en vertu des pouvoirs conférés par l'article 81.

Dès 1912, le gouvernement fédéral s'appuyait sur l'article 81 pour présenter son projet *Allocation Maternity Act* lui permettant d'effectuer un versement en argent à chaque femme donnant naissance à un enfant en Australie. La validité Constitutionnelle de cet exercice de l'article 81 ne fut pas remise en question pour un certain temps.⁵⁷⁷

Cependant vers 1928, un regard plus restrictif posé sur l'article 81 devait prévaloir et contraindre le gouvernement à un recul dans ses initiatives de dépenses directes.

⁵⁷⁶ Article 81, *Constitution australienne*

⁵⁷⁷ SACKVILLE, R, "Social Welfare in Australia: the constitutional Framework" (1973) 5 *Federal Law Review* 248, 249-50 ; ⁵⁷⁷SAUNDERS, C, "The Development of the Commonwealth Spending Power" 1978 11 *Melbourne University Law Review* 369, 381.

C'est ainsi que certains projets ne virent jamais le jour,⁵⁷⁸ alors que le gouvernement travailliste Curtis avait présenté une série de projets de lois faisant un usage intense du pouvoir de dépense directe de l'article 81: l'adoption d'enfant, les pensions des veuves, l'assurance-chômage et les compensations pour maladies représentent quelques-uns des sujets touchés.

Un autre programme subit un sort moins fortuné et fut contesté par la Medical Society of Victoria dans *Attorney-General (Vic); Ex rel Dale v Commonwealth*.⁵⁷⁹ Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une législation accordant des bénéfices pharmaceutiques était valide d'un point de vue constitutionnel. A majorité, la Haute Cour déclara invalide cette législation pour le motif qu'elle dépassait le cadre restreint du pouvoir de dépenser en prétendant réglementer le comportement.⁵⁸⁰

Le juge Starke déclara que l'article 81 devait être réservé aux matières pour lesquelles le Parlement fédéral pouvait légiférer, ou à celles qui émanent de l'existence d'un *commonwealth* et de son statut de gouvernement fédéral.⁵⁸¹

Le Juge Williams abonda dans le même sens en refusant de reconnaître le principe de l'intérêt national enchâssé implicitement à l'article 81 et déclara que les objets pour lesquels le Parlement fédéral pouvait autoriser une dépense devaient se trouver dans un périmètre strictement défini par la Constitution.

L'opinion du juge Dixon, quelque peu obscure, est intéressante parce qu'elle ne porte pas atteinte à la portée de l'article 81. Le motif sous-jacent serait plutôt lié aux pouvoirs législatifs du Parlement. Ceux-ci incluraient par ailleurs tout ce qui est implicite à l'exercice des fonctions d'un gouvernement national.

"En décidant quelle loi de crédits peut être valablement adoptée, il serait nécessaire de prendre en compte la position qu'un gouvernement national occupe et, tel que je l'ai déjà dit, malgré une perspective étroite, la considération fondamentale devrait se trouver dans les règles de partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États." (ma traduction)⁵⁸²

Dissidents, les juges Latham et McTierman ont exprimé des vues plus favorables à l'exercice du pouvoir direct de dépenser. Pour le Juge Latham, il appartient au Parlement de déterminer si une matière relevait de l'intérêt national. Pour le juge

⁵⁷⁸ SAUNDERS, *Op. Cit.*, Note 577.

⁵⁷⁹ *Attorney-General (Vic); Ex rel Dale v Commonwealth (Pharmaceutical Benefits case)*, (1945) 71 CLR 237 (Latham CJ, Rich, Starke, Dixo and Williams JJ. Dissidence McTierman).

⁵⁸⁰ *Id.*

⁵⁸¹ (1945) 71 CLR 237, 266

⁵⁸² (1945) 71 CLR 237, 269

McTierman, toute décision en matière d'affectation des crédits devrait relever du gouvernement et non des tribunaux.

Suite à cette affaire, le gouvernement fédéral entreprit de modifier la Constitution en y ajoutant le paragraphe 51(xxiiiA).⁵⁸³ Malgré le fait que l'actuelle disposition représente un fondement solide une série de programmes sociaux, la décision *Pharmaceutical Benefit*⁵⁸⁴ découragea, pour un certain temps, le gouvernement dans l'utilisation de son pouvoir de dépenses directes pour la mise en oeuvre de nouvelles politiques de dépenses dont l'objet se situe hors de sa compétence législative exclusive.

Cependant, en 1972 le gouvernement travailliste, récemment élu de Whitlam, s'avisa de tester les limites de son pouvoir. Il fit adopter au Parlement une loi de crédit lui autorisant d'injecter 5.97 millions \$ dans l'*Australian Assistance Plan*. Le programme prévoyait le financement direct de Conseils régionaux pour le Développement Social en vue de promouvoir un vaste projet d'enquête sur les besoins des communautés et le développement des ressources appropriées. Tel que prévu, l'initiative du gouvernement fédéral déclencha une contestation judiciaire.

Dans *Victoria c. Commonwealth*,⁵⁸⁵ une majorité de la Haute Cour rejeta une contestation à l'endroit du programme Australian Assistance Plan. Dans leur décision, les juges McTierman, Mason et Murphy s'en réfèrent à une interprétation permissive de l'article 81. L'article 81 constitue un fondement permettant au Parlement de sélectionner de manière discrétionnaire les objets pour lesquels il affecte des crédits et exerce son pouvoir de dépenser.

Le juge Mason considéra que la formule des crédits annuels représente une caractéristique centrale des arrangements financiers assurant le fonctionnement du gouvernement.

"Il n'est pas raisonnable de supposer que les pères (framers) de la Constitution ont voulu restreindre le fonctionnement des crédits parlementaires par des contraintes constitutionnelles de telle sorte que les lois de crédits seraient exposées aux examens judiciaires minutieux et aux déclarations d'invalidité. Des conséquences plus préjudiciables au fonctionnement du Parlement seraient difficiles à concevoir (ma traduction)."⁵⁸⁶

⁵⁸³ Le paragraphe 51(xxiiiA) stipule expressément que le Parlement a compétence pour légiférer en matière de pension et d'allocation pharmaceutique, de bénéfices de maladies et d'hospitalisation, de services médicaux et dentaires, et enfin de pensions d'étudiants et d'allocation familiale.

⁵⁸⁴ *Id*

⁵⁸⁵ *Victoria c Commonwealth (The AAP case)*, (1975) 134 CLR 338

⁵⁸⁶ *AAP Case*, note 40, 394.

Les Juges Stephen et Jacob rejetèrent l'action en raison du caractère particulier d'une loi d'affectation des crédits. Pour le juge Stephen, une telle législation ne confère aucun privilège et n'impose aucune obligation mais en permet simplement le paiement par l'affectation de crédits tirés sur les fonds détenus par le Trésor. Pour ce motif, le juge maintient que ni les gouvernements des États ni leurs procureurs généraux n'ont intérêt à agir dans une contestation judiciaire de cette nature.⁵⁸⁷

Le Juge Jacob abonde dans le même sens, faisant remarquer que la législation d'affectation de crédits est une matière de gouvernement interne. Il poursuit en disant que même si une telle loi pouvait être judiciairement contestée, elle ne serait pas invalide pour le motif qu'elle se rapporte à un "objet de compétence du gouvernement fédéral".⁵⁸⁸ On doit comprendre par "objet de compétence du gouvernement fédéral" non seulement ce qui relève de la compétence législative du Parlement fédéral mais aussi tout ce qui émane du rôle du gouvernement fédéral en tant que gouvernement national.

Bien que l'argument se rapportant au caractère particulier des lois de crédits semble séduisant à première vue, on ne saurait lui attribuer le mérite de supporter à lui seul la théorie du pouvoir de dépenser; si tel était le cas, les États fédérés seraient aussi titulaires du pouvoir de dépenser, mais nous savons pertinemment que la particularité de ce pouvoir est justement d'être un attribut exclusif du gouvernement fédéral. Le juge Jacob soulève un aspect intéressant lorsqu'il avance la théorie du gouvernement national pour justifier le caractère interventionniste et l'ingérence du pouvoir de dépenser.

⁵⁸⁷ *Id.*, 387, 390.

⁵⁸⁸ *Id.*, 410.i.e. Beyond the purposes of the comonwealth.7

B) Les Jalons de l'évolution des transferts inter-gouvernementaux

1) Rétrospective: la domination du gouvernement fédéral en matière de finances publiques

a) Évolution des institutions de l'assistance financière fédérale

Nous avons évoqué que l'évolution de la jurisprudence en matière de finances publiques est intimement liée à celle qui a permis l'instauration d'une domination en matière d'impôt sur le revenu. Le pouvoir de dépenser étant naturellement compatible avec un contexte favorable à son exercice, il est raisonnable que le détenteur d'un tel pouvoir dispose aussi des instruments juridiques indispensables à la perception des recettes lui procurant les ressources appropriées. Parallèlement, les limites du pouvoir seront aussi étendues que le sont les moyens de l'exercer. En Australie, un pouvoir connexe à la compétence fiscale a été reconnu dans la capacité d'accumuler des surplus budgétaires. Bien que l'étude de la question puisse nous apparaître académique dans le contexte des gouvernements fortement endettés, elle demeure pertinente dans la mesure où elle démontre dans quelle mesure la marge de manoeuvre d'un gouvernement peut être libérée de toutes contraintes: cette situation se rencontre lorsqu'il peut réaliser des surplus dans ses opérations courantes pour une certaine année fiscale sans pour autant devoir justifier quel usage il fera de ces fonds dans une année ultérieure.

Le renversement de l'équilibre fiscal entre les États et le gouvernement fédéral a commencé dans les premières décennies de la fédération australienne. Dans *Surplus Revenue Case*,⁵⁸⁹ la Haute Cour formula le principe que les surplus budgétaires des exercices du gouvernement fédéral pouvaient être versés dans un fonds de fiducie qui pourrait éventuellement être distribué aux États.⁵⁹⁰

Dans les années 1920 et 1930, les tendances dominatrices du gouvernement fédéral ont été renforcées par des développements institutionnels. À cet égard, les finances publiques représentèrent un lieu privilégié de centralisation. En réponse aux pressions politiques et économiques exercées dans la période de la grande dépression, les ententes *ad hoc* permettant aux États d'équilibrer leur budget furent remplacées par la création de la *Commonwealth grant Commission* (1933). Cet organisme indépendant devait légalement émettre des recommandations au gouvernement fédéral portant sur les demandes financières des États.

⁵⁸⁹ *New south Wales c. Commonwealth (Surplus Revenue Case)*, (1908) 7 CLR 179

⁵⁹⁰ *Op.Cit.*, 66.

La *Commonwealth Grant Commission* est maintenant responsable de la révision de la formule selon laquelle le fonds de partage des ressources fiscales⁵⁹¹ permet l'allocation des fonds aux États.⁵⁹² La commission n'a qu'un pouvoir consultatif et non décisionnel. Les avis et recommandations qu'elle peut transmettre au ministre ne peuvent être mis en application que suite à une décision au niveau politique du gouvernement fédéral. On peut comprendre aussi que les États bénéficiaires peuvent aussi contribuer à l'élaboration des politiques. À la conférence des premiers ministres de 1982, ceux-ci résolurent de ne pas se porter requérant d'aide financière avant 1985. On doit toutefois noter qu'un mécanisme d'ajustement des portions de transferts généraux de revenus est préalable à toute demande de transferts d'assistance spéciale.⁵⁹³

Les principes selon lesquels la Commission émet des recommandations ont été développés en 1936:

"Des transferts d'assistance spéciaux sont justifiés lorsqu'un État, pour quelque raison que ce soit, soumis à des pressions financières, est incapable d'accomplir les fonctions qui lui incombent en vertu de son statut de membre de la fédération. Ces transferts devraient alors être déterminés selon le niveau de l'aide nécessaire pour permettre à cet État par un effort raisonnable, un fonctionnement à un niveau comparable aux autres États"⁵⁹⁴ (ma traduction)

On reconnaît dans cet énoncé les principes apparentés à la péréquation au Canada. Une notion apparentée est aussi reconnue par des auteurs américains dans le domaine des politiques économiques.⁵⁹⁵ Les États-Unis sont plus particulièrement reconnus pour l'application des programmes à frais partagés⁵⁹⁶.

La contribution de la Commission au domaine des finances publiques australiennes a été remarquée tant par son rôle que son influence. Ces conditions ont évolué considérablement à travers les soixante dernières années. Depuis 1933, quatre États ont demandé et reçu une aide financière de la Commission. Il s'agit de l'Australie de l'ouest, l'Australie du sud, le Queensland et la Tasmanie.

⁵⁹¹ Tax sharing Pool selon HANKS, *Op.Cit.*, note 563, 272

⁵⁹² WALSH, 224.

⁵⁹³ Australia, Treasury, 1982-82, *Budget Paper*, No 7, Parliamentary Paper No 235/1982, 17-18, 24-25; HANKS, *Op.Cit.*, note 563, 273.

⁵⁹⁴ Commonwealth Grant Commission, *Third Annual Report*, (1936)

⁵⁹⁵ DOWNES T.A. & POGUE T.F., "Intergovernmental Aid to Reduce Fiscal Disparities: Problems of Definition and Measurement", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 468.

⁵⁹⁶ SHRODER, M., "Approximately efficient Federal Matching Grants for Subnational Public Assistance", (1982) XLV 2 *N.T.J.* 155.

Parallèlement, des pressions de natures financières ont précédé la création d'une autre institution typiquement australienne en matière de financement, soit l'*Australian Loan Council*. Une entente financière de 1927 suivie d'une modification constitutionnelle en 1928 attribua à cet organisme l'autorité sur tous les programmes d'emprunts des États fédérés, tant à l'égard de l'approbation que de la coordination de ces programmes. Les opérations de cette administration sont largement soumises à la supervision et au contrôle du gouvernement fédéral puisque celui-ci dispose au conseil de deux votes dont l'un est prépondérant. Ainsi avec l'appui de seulement deux autres États, le gouvernement fédéral est en position pour opposer un veto.⁵⁹⁷ Une solution aussi centralisatrice se justifiait par des considérations en matière de compétitivité sur le marché international des capitaux et des préoccupations reliées à l'endettement.

Ces deux entités, la *Commonwealth Grant Commission* et l'*Australian Loan Council*, sont des organismes statutaires dont la prolifération est un phénomène typique des anciennes colonies britanniques.⁵⁹⁸ Se démarquant du modèle traditionnel d'administration gouvernementale basée sur le "ministère",⁵⁹⁹ ces "organismes statutaires" ont vu le jour en raison de la nécessité dans certains domaines de l'administration publique d'institutions à l'abri du contrôle et de l'influence politique. C'est durant la période pré-confédérative que les anciennes colonies australiennes ont décidé d'avoir recours à ce modèle. Par exemple, pour le développement du réseau ferroviaire, les risques de patronage et de corruption étaient trop évidentes pour ne pas en soustraire toute l'administration au contrôle politique direct.

Pourtant, ces organismes se sont confrontés au dilemme de la nécessaire indépendance politique et du principe du gouvernement responsable.⁶⁰⁰ Dans son article "Accountability of "Responsible Government", John Goldring suggère qu'en ce qui a trait aux orientations politiques fondamentales, l'indépendance des "organismes statutaires" ne soit qu'un mythe.⁶⁰¹ d'abord soutient-il ces organismes dépendent financièrement des ressources accordées par le Parlement. Deuxièmement, la nomination de leur personnel est un acte de l'exécutif contrôlant la majorité parlementaire. Troisièmement leur existence est assujétie aux lois abrogatives ou modificatrices émanant du Parlement, dont l'introduction en chambre est l'oeuvre de l'exécutif du gouvernement.

⁵⁹⁷ WHEARE, K.C. *Federal Government*, 4th ed., Oxford, Oxford Paperback, 1967.,266, 99.

⁵⁹⁸ *Administrative Law Study Guide*, Monash, Faculty of Law, Monash University, 1977, 28 ; Rae Committee, First Report, Par. 2.5.

⁵⁹⁹ appelé aussi, modèle anglais ou modèle Westminster.

⁶⁰⁰ BOYER, "the statutory Corporation as a democratic Device", (1957) 16 *Public administration* 29, 30.

⁶⁰¹ GOLDRING, *Loc.Cit.*, 354.

b) Classification et évolution des types d'assistance financière

L'article 96 constitue la base constitutionnelle des pouvoirs fédéraux en matière d'assistance financière aux États; on reconnaît trois catégories d'assistance financières: les transferts généraux de revenus, les transferts d'assistance spéciale et certaines subventions à caractère spécifique.⁶⁰² Les premiers sont de types inconditionnels alors que les seconds ont été développés à travers la Commonwealth Grant Commission (CGC) en 1933 et permettent une certaine forme de péréquation entre les États. Le troisième mécanisme de transfert se reconnaît dans les subventions à caractères spéciaux, qui ont permis la mise sur pied de la plupart des programmes fédéraux dépassant le cadre des compétences du gouvernement fédéral. En ce sens, les subventions à caractères spéciaux correspondent à l'équivalent australien du pouvoir de dépenser au Canada.⁶⁰³

i) Transferts financiers généraux

Nous avons vu que le régime d'assistance financière aux États a été mis en oeuvre dans le cadre du *State Grants Act*.⁶⁰⁴ Les contestations judiciaires qui s'en suivirent donnèrent lieu à un renforcement de l'influence et de la domination fédérale tant par le moyen d'une base d'imposition élargie que par la reconnaissance de validité constitutionnelle de cette législation. Cette même loi devait être remplacée en 1959 par une nouvelle loi⁶⁰⁵ dont les dispositions prévoyaient une formule d'ajustement annuel automatique. Ces dispositions prévoyaient également des transferts d'assistance libres de toute condition à l'égard des États leur interdisant de lever des impôts sous peine de se voir refuser une aide.

Toutefois l'absence d'interdiction législative ne constituait aucunement une garantie que le gouvernement fédéral ne réintroduirait pas cette condition restrictive. D'ailleurs ce pouvoir reconnu dans les premier et deuxième *Uniform Tax Case*⁶⁰⁶ est toujours en force. Suite à des tentatives infructueuses du Victoria et du Western Australia⁶⁰⁷ d'augmenter leur base d'imposition, les six premiers ministres des États réclamèrent une hausse des transferts financiers. Tout en menaçant d'opposer une ferme résistance à ces initiatives des États fédérés, le gouvernement fédéral proposa une

⁶⁰² HANKS, Peter P.J., *Constitutional Law in Australia*, *Op.Cit.*, note 563, 265-280.

⁶⁰³ HANKS, *Loc.Cit.*, Note 563, 269.

⁶⁰⁴ *State Grants Act*, 1946 (Cth)

⁶⁰⁵ *State Grant Act*, 1959 (Cth)

⁶⁰⁶ *South Australia c. Commonwealth (First Uniform Tax Case)*, (1942) 65 CLR 373, 429 (JC Latham) ; *Victoria c. Commonwealth (Second Uniform Tax Case)*, (1957) 99 CLR 575, 597 (JC Dixon)

⁶⁰⁷ AUSTRALIA, TREASURY, *1975-76 Budget Paper No 7*, Parliamentary Paper No 150 / 1975 annexe II.

nouvelle formule qui devait s'appliquer au cours des cinq années fiscales 1970-1971 à 1974-1975 et qui serait reconduite ou modifiée pour les cinq années suivantes.

Au cours des négociations quinquennales de 1975, une proposition de formule des transferts fédéraux basée sur la capacité fiscale des États fédérés fut rejetée au profit d'une formule basée sur les besoins des États. Le gouvernement nouvellement élu en 1976 revint sur sa position et accepta la formule de transferts basés sur la capacité fiscale. Toutefois cet arrangement de partage des recettes fiscales devait s'accompagner d'une réforme globale de la politique fédérale à l'égard des transferts fiscaux, comportant les aspects suivants :⁶⁰⁸

- évacuation de l'usage des transferts d'assistance spéciale;
- délégation de certains programmes fédéraux aux États; et
- encouragement aux États à utiliser leur propre capacité fiscale.⁶⁰⁹

La nouvelle loi⁶¹⁰ prévoyait que les États pourraient partager une proportion des recettes de l'impôt sur le revenu net excluant les abattements spéciaux et les surtaxes.⁶¹¹ Selon les termes de la loi,⁶¹² la proportion à être partagée entre les États devait augmenter de 33.6 pour cent pour l'année fiscale 1976-77 à 36.87 pour cent pour l'année fiscale 1978-79. En outre, la loi prévoyait que les États ne pourraient, pour les quatre premières années recevoir moins qu'ils auraient pu recevoir selon la formule de 1976, et que chaque État ne pourrait au cours d'une année recevoir moins que l'année précédente.

Toutefois, ces garanties n'étaient pas suffisantes à elles seules pour assurer un niveau de transferts financiers adéquats aux États fédérés. En effet, un auteur souligna que le gouvernement fédéral pouvait toujours réduire le niveau des transferts aux États en privilégiant des formes d'imposition autres que l'impôt sur le revenu.⁶¹³ Cette lacune fut corrigée lors du renouvellement des arrangements financiers de 1981. La formule adoptée était plutôt complexe en ce qu'elle devait tenir compte de trois facteurs.

Premièrement, cette formule devait tenir compte d'un taux réduit à 20.72 pour cent portant sur l'ensemble des recettes fiscales.⁶¹⁴ Aux fins de la base du partage, le total

⁶⁰⁸ HANKS, Peter P.J., *Constitutional Law in Australia, Op.Cit.*, note 563, 265-280, 270.

⁶⁰⁹ *Id*

⁶¹⁰ *State (Personal Income Tax Sharing) Act*, 1976 (Cth)

⁶¹¹ Equivalent de l'impôt fédéral de base servant au calcul de l'abattement au Canada

⁶¹² *Id.*, articles 6 & 7.

⁶¹³ HANKS P.J., *Loc.Cit.*, note 80, 271.

⁶¹⁴ *State (Tax Sharing and Health Grants) Act*, 1981 (Cth), article 9.

des recettes excluait les abattements spéciaux et les surtaxes.⁶¹⁵ Deuxièmement, la formule de partage des recettes devait comporter une composante identifiée aux services publics en matière de santé.⁶¹⁶ Troisièmement, la formule devait effectuer une répartition sur la base de la population ajustée par un facteur de majoration.⁶¹⁷

En 1988, le facteur de majoration fut modifié afin de favoriser une augmentation des transferts financiers au profit des États les plus peuplés. D'autre part, la composante des transferts identifiés aux services de santé fut retirée de la formule des transferts généraux pour être redistribuée sous la forme d'une subvention à caractère spécial.

Une seconde étape du nouveau régime de l'année 1976⁶¹⁸ constituait la rentrée par les États fédérés, dans le champ de l'impôt sur le revenu. Cependant, la base d'imposition de ceux-ci était strictement délimitée dans le cadre de la loi. Le Trésor fédéral circonscrit d'ailleurs la compétence fiscale des états à des rabais et majorations de l'impôt fédéral en tant que base de référence et le gouvernement fédéral se fait le mandataire pour la collecte de cette composante des recettes.

ii) Les transferts financiers d'assistance spéciale.

Les premières subventions d'assistance spéciale ont été faites vers 1910 à l'État de l'Australie de l'Ouest et vers 1912, à la Tasmanie. En 1933, fut établie la Commission des subventions du Commonwealth, dont le rôle en matière de supervision a été exposé plus haut. Dans le cadre de la *Commonwealth Grant Commission Act*,⁶¹⁹ cette commission est maintenant responsable de l'examen des requêtes des États⁶²⁰ ainsi que de la révision de la formule de péréquation entre les États.⁶²¹

Dans son rapport annuel de 1936 la Commission a défini les conditions, toujours en application, selon lesquelles un État est fondé à présenter une demande d'aide.⁶²²

- Un État est soumis à une pression financière provenant de toute cause;

⁶¹⁵ *Id.*, article 7.

⁶¹⁶ Partie III de la loi; soulignons qu'il s'agit toujours de transferts généraux.

⁶¹⁷ AUSTRALIA, TREASURY, *1983-84 Budget Paper No 7*, Parliamentary Paper No 99 / 1983, 14-18.

⁶¹⁸ *Tax (Arrangements with the states) Act*, 1978 (Cth)

⁶¹⁹ 1973 (Cth)

⁶²⁰ *Commonwealth Grant Commission Act*, 1973 (Cth), ss 16, 17(1); *State (personal income tax sharing) Act*, 1976 (Cth), s. 13

⁶²¹ HANKS, *Op.Cit.*, Note 563, 272.

⁶²² COMMONWEALTH GRANT COMMISSION, *Third Annual Report (1936)*; HANKS P., *Loc.Cit.*, Note 273.

- L'État est impuissant à remplir efficacement les fonctions que lui incombe son statut de membre de la fédération; et
- Le montant de l'aide est déterminé de sorte que l'État puisse atteindre par un effort raisonnable des normes de services publics dont le niveau n'est pas en deçà de celui des autres États.

Depuis 1933, quatre États ont présenté des requêtes à la Commission.

- L'Australie de l'Ouest a reçu des transferts chaque année durant les périodes comprenant les années fiscales 1934-35 à 1967-68 et durant l'année fiscale 1988-89.
- L'Australie du Sud a reçu des transferts entre les années fiscales 1934-35 et 1958-59 et entre 1970-71 et 1975-76 et durant l'année fiscale 1988-89.
- La Tasmanie a reçu des transferts entre les années fiscales 1934-35 et 1973-74 et durant l'année fiscale 1988-89.
- L'État de Queensland a présenté une première requête en 1971 et a reçu des transferts des années fiscales 1971-72 à 1980-81.⁶²³

Au fil des ans, les États bénéficiaires ont été assujettis aux formules d'ajustements qui déterminent leur part des subventions spéciales affectées à leurs fonds consolidés.⁶²⁴ En 1988, les premiers ministres des États ont consenti à suspendre toute demande concernant ce type d'aide spéciale jusqu'en 1988 dans le cadre d'une restructuration de la formule de transferts généraux.⁶²⁵

iii) Les transferts financiers à raison spécifique

Depuis le début des années 1950, les subventions à raison spécifique représentent en Australie un véhicule privilégié d'implantation des politiques fédérales. Une tranche importante des transferts fédéraux est maintenant liée à des dépenses de nature spécifique. Il s'agit de dépenses en matière d'éducation, de santé, de logement et de réseau routier.⁶²⁶

⁶²³ AUSTRALIA, TREASURY, *1982-83 Budget Paper No 7*, Parliamentary Paper No 235/1982, 17-18, 24-5; AUSTRALIA, TREASURY, *Commonwealth Financial Relations with other Levels of Government 1988-89*, Parliamentary Paper no 121/ 1988, 36, table 18; AUSTRALIA, TREASURY, *Commonwealth Financial Relations with other Levels of Government 1989-90*, Parliamentary Paper no 167/ 1989, 59.

⁶²⁴ Adjustment of the relativities

⁶²⁵ AUSTRALIA, TREASURY, *1982-83 Budget Paper No 7*, Parliamentary Paper No 235 / 1982, 17-18, 24-5.

⁶²⁶ Australia, Treasury, *Commonwealth Financial Relation wit other levels of Governmenbt 1988-90*, Parliamentary Paper No 167/1989, 59; HANKS, *Id.*

Le principe à l'effet que l'article 96 pouvait supporter ces types de dépenses, a été établi par la Haute Cour dans *Victoria c. Commonwealth*.⁶²⁷ Le procureur de l'État de Victoria soutenait alors que le gouvernement fédéral ne pouvait rattacher à ses subventions des conditions qui dépassait le cadre de ses compétences législatives. Dans l'un de ses jugements les plus courts, la Cour déclara simplement que ces pouvoirs étaient prévus à l'article 96 de la Constitution.⁶²⁸

Dès l'aube de la décennie 1950, apparaît la première forme de subvention à caractères spéciaux. Elle porte à ce moment sur le financement de l'éducation dans le secteur de troisième cycle. Dans la décennie 1960, le gouvernement fédéral étend la portée de cette aide au secteur primaire et secondaire. Dans l'année financière 1971-72, l'aide par le moyen des subventions à caractères spéciaux s'élève à 707 millions \$, soit 32% de tous les transferts fédéraux.

Un auteur a déjà observé que les États, depuis les deux dernières décennies, ont perdu une grande part de liberté, d'abord, dans le niveau d'aide fédéral et la fixation du fardeau fiscal et ensuite, dans la détermination de leur priorité.⁶²⁹ Cette perte de liberté ne respecte pas l'indépendance des niveaux de gouvernements prévue à la Constitution australienne.⁶³⁰

Le gouvernement travailliste Whitlam, élu en 1972, soutenait une position ferme en faveur de l'usage des subventions à raison spécifique afin d'intensifier son rôle et son influence dans la définition des priorités et des grandes orientations. Cependant, à la fin de 1975, l'élection du gouvernement libéral Fraser renversait cette politique, retournant aux États la responsabilité d'établir des normes au moyen d'un usage des transferts généraux. Dans l'année fiscale 1981-82 un ensemble de subventions conditionnelles, des transferts financiers à raison spécifique, furent transformées en subventions inconditionnelles; c'est ainsi que des transferts identifiés à la santé furent convertis en subventions inconditionnelles.

La proportion du budget des transferts financiers à raison spécifique a donc suivi l'évolution des courants. De 57 pour cent (4.1 millions \$) dans l'année fiscale 1975-76, celle-ci est passée à 33 pour cent (\$ 4.5 millions) dans l'année fiscale 1982-83 pour ensuite remonter à 36 pour cent en 1989-90.⁶³¹

La Haute Cour a reconfirmé l'usage plus ou moins accentué des transferts

⁶²⁷ *Victoria c. Commonwealth (Federal Road Case)*, (1926) 38 CLR 399

⁶²⁸ *Id.*, 406.

⁶²⁹ GATES R.C., "The search for a State Growth tax", dans MATHEWS (ed), *Intergovernmental Relations in Australia*, Sydney, Angus & Robertson, 1974, 159, 170.

⁶³⁰ WHEARE, *Loc.Cit.*, note 59, 469, 107.

⁶³¹ HANKS, P.J., *Loc.Cit.*, note 563, 273.

financiers à raison spécifique dans le cadre de l'article 96 de la Constitution. Dans l'affaire *Ex rel Black*,⁶³² il s'agissait de déterminer si le financement des programmes en matière d'éducation était valide au plan constitutionnel bien que des conditions restrictives y soient rattachées. Selon cette instance, la position fédérale était valide puisque les subventions conditionnelles ne donnaient au gouvernement fédéral aucun pouvoir en matière d'éducation même si celui-ci se servait des États fédérés en tant que mandataire sans aucun pouvoir discrétionnaire.⁶³³ La Cour soutient que les paramètres de la législation soulèvent des questions de politiques davantage que de droit.⁶³⁴

⁶³² *Attorney-General (Vic); Ex rel Black c. Commonwealth*, (1981) 146 CLR 559.

⁶³³ *Id.*, 659.

⁶³⁴ HANKS, *Loc.Cit.*, Note 563, 275.

2] Prospective: Les tendances extrêmes d'une théorie aux contours imprécis

a) L'établissement de limites à l'exercice du pouvoir de dépenser

On peut discerner deux limites à la portée du pouvoir de dépenser dans le cadre de l'article 96. L'une est de substance et se rattache au partage des compétences législatives, l'autre est relative à l'interprétation accordée aux dispositions sur les compétences fiscales. La limite d'ordre substantiel, est liée aux éléments fondamentaux du régime fédéral. Les seuls éléments dont on dispose sont les commentaires de K.C. Wheare sur la question. Dans son ouvrage *Federal Government*,⁶³⁵ celui-ci soutient que la constitution australienne a pour objet d'établir deux gouvernements, l'un général et l'autre régional, dont chacun aurait une sphère indépendante de l'autre. Ainsi, la prudence impose une réserve à l'égard de toute interprétation voulant que les États soient privés de leurs pouvoirs en matières fiscales au profit du gouvernement fédéral. Selon M. Wheare, il faut donner effet au principe d'autonomie budgétaire.⁶³⁶ Quant à la limite relative à l'interprétation, les tribunaux ont déjà eu l'occasion de se prononcer à l'effet que, si l'article 96 énonçait explicitement un pouvoir en matière financière, son exercice comportait parfois des contraintes se rapportant aux autres règles constitutionnelles.

La jurisprudence est nuancée quant à savoir si le pouvoir de dépenser est subordonné au partage des compétences. À la lumière de *Pye v. Penschaw*,⁶³⁷ nous savons maintenant que l'exercice coloré de l'article 96 peut aussi être déclaré invalide. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'exercice du pouvoir d'expropriation par le gouvernement fédéral au moyen de l'attribution d'un mandat à un État qui n'est pas sujet au même cadre constitutionnel quant à l'obligation d'indemnisation pour cause d'expropriation. Le mandat prenant la forme de l'exercice du pouvoir de dépenser, la question de droit était la suivante: est-il permis au gouvernement fédéral de procéder à une expropriation sans juste indemnisation par l'exercice de son pouvoir de dépenser. La question mettait en confrontation la portée étendue du pouvoir de dépenser et les compétences exclusives des États. La Cour édicta que l'État de New South Wales ne pouvait exercer son pouvoir d'expropriation en l'assortissant d'une indemnisation à un prix inférieur à la valeur marchande du bien exproprié, lorsque le financement est assuré par des fonds spécialement transférés à cet effet par le gouvernement fédéral. Le pouvoir d'expropriation du gouvernement fédéral étant assujéti au principe de juste indemnisation,⁶³⁸ ce dernier ne pouvait se soustraire à cette obligation constitutionnelle en réalisant indirectement ce qu'il ne pouvait faire

⁶³⁵ *Federal Government*, précité, note 7.

⁶³⁶ *Id.*, 107. dans cet extrait K.C. Wheare s'en réfère à l'opinion du Juge Starke, dissident dans *South Australia c. Commonwealth*, (1942) 65 CLR 373.

⁶³⁷ *Pye v. Penschaw*, (1951) 84 CLR 58

⁶³⁸ article 51(xxxi) *Commonwealth Act*

directement.

Dans une affaire plus récente, la Haute Cour a rappelé que l'exercice du transfert des compétences du gouvernement fédéral pouvait être soumis aux restrictions de son pouvoir législatif. Ainsi dans *Attorney General (Vic): Ex Rel Black v. Commonwealth*⁶³⁹

"C'est une chose de dire que le Parlement, par une condition imposée sous l'article 96, pourrait obtenir un résultat pour lequel il n'aurait aucun pouvoir en agissant par législation directe, c'en est une autre que de dire que le Parlement peut stipuler une condition dans laquelle le but est d'éviter les conditions expresses de la constitution (ma traduction) "

b) L'extension de la structure des pouvoirs en matières de finances publiques - le pouvoir en matière d'affaires extérieures

Nous avons mentionné l'étendu de l'influence du gouvernement fédéral par le biais de son pouvoir d'assistance financière. Une compétence de nature différente a servi tout autant le maintien de la domination du gouvernement fédéral, en favorisant l'empiétement du gouvernement fédéral dans les sphères d'activités des États.⁶⁴⁰ La compétence en matière d'affaires extérieures en est un exemple. Selon un jugement de la Haute Cour, le gouvernement fédéral peut se fonder sur sa compétence en matières d'affaires extérieures de conclure des ententes internationales dans les secteurs de compétence exclusive des États fédérés et ceux-ci seront tenu de s'y conformer.⁶⁴¹

Bien que l'affaire des compétences sur les affaires extérieures n'ait pas directement affecté le domaine des finances publiques, celle-ci par son ampleur fait l'objet de préoccupations majeures dans le cadre de l'agenda de la réforme constitutionnelle en matière de partage des compétences. Dans *l'affaire Lemonthyme*⁶⁴² la Cour devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi visant à faire reconnaître une région de la Tasmanie comme patrimoine mondial par les institutions internationales. A cet effet, une réglementation fédérale fut adoptée dans des matières qui relevaient normalement des compétences des États fédérés, notamment sur la

⁶³⁹ *Attorney General (Vic): Ex Rel Black v. Commonwealth*, (1981) 146 CLR 559

⁶⁴⁰ WALSH, Cliff, "Federalism Australian style: Towards some new perspective" dans BRENNAN, GREVAL & GROENEWEGEN (ed) *Taxation and Fiscal Federalism, Essays in honour of Russel Mathews*, Rushcutter Bay, Australian National University Press, 1988, 250

⁶⁴¹ *Commonwealth v. Tasmania*, (1983) 57 ALJR 450; (1983) 158 CLR 1; appelé *Franklin Dam* ou *Tasmania Dam Case*

⁶⁴² (1988) 62 ALJR 159.

coupe des arbres. Le juge Dawson, qui était minoritaire dans l'affaire *Tasmanian Dam*, devait se rallier en donnant à la compétence des affaires extérieures une étendue législative considérable. Non seulement, dira-t-il, le gouvernement fédéral peut légiférer dans des domaines de compétences exclusives des États en vue de la mise en oeuvre d'un traité international, mais l'objet de ses compétences n'est pas nécessairement exhaustif quant aux considérations internationales visées.

Déjà en 1974, la Convention constitutionnelle australienne avait tenté de limiter l'interprétation expansionniste de la compétence sur les affaires extérieures. Des propositions référendaires avaient alors été formulées. En 1984, la formulation d'une question référendaire réduisait l'enjeu au domaine d'un transfert de compétence. C'était là une façon de contourner le problème puisqu'en évitant de poser clairement la question du pouvoir de dépenser, on proposait de donner un effet irréversible aux répercussions qu'il engendre sans risques politiques majeurs. Une réponse positive aurait été interprétée comme un plébiscite de la population au pouvoir de dépenser alors qu'un résultat négatif ne comportait pas de recul concret.

Suivant l'échec des propositions référendaires, on aurait pu considérer forclosée cette question. Mais les *Affaires Lemonthymes* et *Tasmanian Dam* ont rappelé que la compétence relative aux affaires extérieures est toujours un problème actuel dont la solution pouvait mettre en péril l'équilibre du partage des pouvoirs. C'est pourquoi un nouveau groupe d'étude sur la Constitution fut créé. La Commission constitutionnelle australienne a succédé à la Convention en tant qu'organisme responsable de la recherche sur les questions constitutionnelles. Il est possible que cette solution se trouve dans l'esprit d'un projet de loi privé, présenté sans succès par le sénateur Durach en 1944. Celui-ci aurait limité les interventions législatives fédérales relatives aux traités dans les domaines impliquant des liens de biens ou de personnes situés à l'étranger.⁶⁴³

Les conséquences d'un tel pouvoir peuvent donc largement dépasser un horizon prévisible au point de rendre illusoire l'exercice de certains pouvoirs de compétences exclusives des États et même de rendre artificielles les règles du partage des pouvoirs en régime fédéral. On a qu'à citer la vaste étendue des sources de droit international, soient les traités bilatéraux et multilatéraux, les usages et les coutumes.

En particulier, l'article 55 de la *Charte des Nations-Unies*⁶⁴⁴ en matière de développement économique et social, aurait été cité pour justifier des pouvoirs interventionnistes en ces matières. Les opinions sont divergentes quant à la portée exacte de cette disposition: "Par son objectif large et l'absence de contenu précis permettant largement diverses politiques, la disposition ne rencontre pas les conditions

⁶⁴³ (1988) 62 ALJ 677, 688.

⁶⁴⁴ *Charte des Nations Unies*, (1946-47) 1 R.T.N.U. xvi; en vertu du paragraphe 55a), les Nations Unis favorisent "le relèvement du niveau de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social". La disposition qui le prévoit est une modalité reliée "au principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes".

d'une matière relevant des affaires extérieures."⁶⁴⁵

Le professeur Leslie Ziner soutient que l'obligation qui en est à l'origine serait trop incertaine pour qu'elle puisse sérieusement faire l'objet d'une argumentation sérieuse. Il reste que la tendance à structurer solidement un fédéralisme fiscal centralisé est déjà amorcée. A cet égard, l'extension des pouvoirs en matières d'affaire extérieure, constitue un instrument efficace aux mains de l'exécutif. Ainsi, à la lumière de la tendance amorcée dans les jugements la Haute Cour, il nous apparaît que celle-ci pourrait examiner favorablement une thèse appuyée sur une source de droit international pour soutenir des initiatives servant à répondre à des problèmes internationaux liés au phénomène de la compétitivité et de la globalisation des marchés.

C) L'application des concepts de droit australien par rapport au modèle canadien

Le Canada a été cité comme modèle de fédéralisme coopératif⁶⁴⁶ en matière de droit des finances publiques. Alors que la «loi de participation», notion équivalente, se reconnaît surtout relativement au domaine des modifications constitutionnelles, on remarque qu'au Canada, cette loi s'applique aux arrangements financiers. Cette situation est raisonnable considérant l'absence de disposition constitutionnelle dans ce domaine. Or c'est en raison de l'absence d'une disposition constitutionnelle relative au partage des ressources propres, que le pouvoir de dépenser au Canada s'est développé avec son caractère particulier.

En Australie, contrairement au Canada, le pouvoir de dépenser fait l'objet d'une disposition au niveau de l'article 96 à la *Constitution* qui prévoit spécifiquement un pouvoir de dépenser au Parlement à des conditions et selon des modalités qu'il établit. Seules des fédérations de l'Allemagne de l'Ouest et de la Suisse ont une constitution limitant explicitement le pouvoir fédéral de dépense⁶⁴⁷. Le cas de l'Allemagne doit toutefois être distingué en raison de sa particularité. En effet la condition même de son admission dans les rangs de l'U.E.O. est de rester un État fédéral⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ *The High Court and the constitution*, 2nd ed. (1987) p. 258; (1988) 62 ALJ 681.

⁶⁴⁶ Toutefois, les professeurs Anastopoulos et Hogg qui suggèrent cette notion n'ont cependant pas expliqué en quoi le fédéralisme coopératif est différent de la "loi de participation". Or la "loi de participation" est un concept identifiée par l'École autrichienne selon laquelle les collectivités composantes participent à la volonté collective globale de l'État fédéral. Selon le professeur Colliard, cette notion ne serait qu'un corollaire de la "loi d'autonomie" parce qu'il n'existe de volonté que d'êtres humains et les collectivités n'ont d'autres volontés que celle de leur gouvernement. Si les notions diffèrent, il faudrait déterminer comment; si elles ne diffèrent pas, comment alors concilier le fait qu'un modèle de fédéralisme soit fondé sur une notion qui ne serait pas une donnée de base du fédéralisme, COLLIARD, *Op.Cit.*, note 20, 115; LeFUR, *La confédération d'États et l'État fédéral* Vienne, 1896.

⁶⁴⁷ ANASTOPOULOS, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J. 1979, 440., 84.

⁶⁴⁸ Article 9, *Traité de Bruxelles*, 17 mars 1948; BENOIST, "L'Union de l'Europe Occidentale", *R.G.D.I.P.*, 1955, P. 624; VIGNES, "L'union de l'Europe Occidentale", *A.F.D.I.* 1955, 490-496.

Au Canada, l'aspect juridique du pouvoir de dépenser est resté purement ancillaire. À preuve, la question de son fondement constitutionnel est encore ouverte. Le pouvoir de dépenser est d'autant plus difficile à contester qu'il a permis de réaliser de grandes réformes sociales au prix de l'acceptation de l'interpénétration des tâches ou par l'abandon par les provinces de certains domaines de compétences⁶⁴⁹.

a) Les facteurs de divergences

Des différences culturelles, ethnologiques et sociales façonnent la culture politique et économiques d'un État. Ces particularités affectent également son régime de finances publiques. Au niveau du pouvoir de dépenser, on peut apprécier des points de divergences importants entre le système canadien d'une part et les systèmes australiens d'autres part.

Le fédéralisme australien aura le mérite de permettre au gouvernement central de promouvoir la croissance et la stabilité et de disposer d'une administration centralisée de collecte des recettes fiscales.⁶⁵⁰ Dans une thèse visant à confirmer l'idée d'un écart grandissant entre le droit constitutionnel canadien et australien, Richard Cullen parvient à démontrer le paradoxe de l'équilibre fiscal où les systèmes d'impositions ont tous deux évolués jusqu'à un niveau de centralisation considérable malgré des aménagements diamétralement opposés dans leur constitution respective.

En Australie, les États gardaient une relative autonomie en vertu de la constitution, par le maintien des pouvoirs résiduels, la jurisprudence devait favoriser l'érosion de leurs pouvoirs fiscaux.⁶⁵¹ À l'opposé, au Canada une constitution établissait un contrôle central fort⁶⁵² et les tribunaux se sont chargés de rééquilibrer les pouvoirs vers les provinces.⁶⁵³ Particulièrement en matière fiscale, où une distinction entre impôt direct et indirect visait justement à favoriser le maintien d'une domination fédérale, les tribunaux ont opté pour un partage des bases d'imposition en tempérant la portée de la distinction, à l'avantage des provinces.⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ Les auteurs Wade et Philips considèrent que si le nombre de contestations judiciaires est limité sur l'exercice du pouvoir de dépenser et les arrangements fiscaux en général, c'est en raison du fait que les droits des particuliers sont affectés directement par cette question; WADE R.J. & PHILIPS G.G., "Constitutional and Administrative Law", 9ed. ANBRADELY, 1977, p. 187, 276-277.

⁶⁵⁰ WALSH, Cliff, "Federalism Australian Style: Towards Some New Perspective".

⁶⁵¹ CULLEN Richard, "Canada and Australia; a federal parting of the ways", (1988) 18 *F.L. Rev.* 53, 84.

⁶⁵² CD GILBERT, *Australian and Canadian Federalism, 1867-1984*, (1986) 156; PW HOGG, "The Theory and Practice of Constitutional Reform", (1981) 19 *Alberta Law Review*, 335.

⁶⁵³ *Labour Convention Case*, AC 1937

⁶⁵⁴ *Banque Toronto Dominion c. Lambé*, précité.

De façon générale on souligne que l'interprétation judiciaire a renforcé la décentralisation de la confédération canadienne et la centralisation de la fédération australienne.⁶⁵⁵ Alors qu'au Canada, plusieurs provinces ont consenti à la location de leur espace fiscal de plein gré en vue de l'instauration des programmes sociaux, en Australie, c'est au prix d'une contestation judiciaire avec les États que le gouvernement fédéral s'est vu conféré une compétence dominante en matière fiscale.⁶⁵⁶ Par exemple au Canada, il n'a jamais été question d'un organisme équivalent à l'*Australian Loan Council* en matière de supervision et de contrôle des États fédérés relativement à l'émission de dette. Une vague rumeur à l'effet d'un certain projet de centralisation des opérations financières a rapidement fait l'objet d'un démenti formel de la part du ministère des Finances.⁶⁵⁷

Si l'Australie a utilisé la méthode de l'affrontement, son gouvernement fédéral n'est pas seul à disposer de la maîtrise d'oeuvre pour autant. Dans le domaine des finances publiques, le Canada a lui aussi étendu ses pouvoirs: en privilégiant la concertation, le gouvernement canadien s'est ménagé une définition plus flexible du caractère temporaire de ses mesures. Depuis 1944, à l'origine des ententes intergouvernementales, en passant par 1960, où les accords de location d'espace fiscal ont pris la forme d'accords de perception, à aujourd'hui, on remarque que la domination fédérale s'est prolongée de façon continue au Canada, sauf en ce qui concerne Québec qui s'est toujours tenu à l'écart de ces types d'ententes.

En ce sens, la constitution de chacun de ces pays s'est transformée à la faveur d'un équilibre naturel propre. L'Australie qui présente davantage le visage d'une population homogène où les régions s'apparentent facilement les unes aux autres présente maintenant un modèle de constitution fédérale plus centralisé.⁶⁵⁸ Le Canada, pays plus diversifié où l'écart des régions se manifeste davantage, se distingue par une constitution fédérale décentralisée reflétant la diversité des régions. Ces variations importantes entre le système juridique des deux États se refléteront dans la notion du pouvoir de dépenser. Alors que le gouvernement fédéral de l'Australie a su préserver une grande initiative avec une indépendance relative, le gouvernement canadien, sans se lier pour autant de façon inconditionnelle, a permis que soit restreint le périmètre de son pouvoir, notamment par le droit de retrait avec compensation qu'il accorde en principe à toutes les provinces.

b) Les facteurs de convergences

Le pouvoir de dépenser peut devenir l'instrument de centralisation ou de décentralisation. Au Canada les auteurs ont des vues différentes sur la façon dont

⁶⁵⁵ CULLEN, *Op.Cit.*, 59; GILBERT, *Op.Cit.*, 2.

⁶⁵⁶ CULLEN, *Op.Cit.*, 66

⁶⁵⁷ c.f. *Globe and Mail*, 12 mars 1993, page A1.

⁶⁵⁸ CULLEN, *Op.Cit.*, Note 1, 54.

celui-ci a été utilisé; dans un article virulent où il dénonçait l'*Accord de Charlottetown* l'ex-professeur, ex-premier ministre Trudeau déclarait que le Canada était déjà un État fédéral des plus décentralisés⁶⁵⁹. Le professeur Hogg est plutôt d'avis que les arrangements fiscaux sont largement favorables à la domination du gouvernement fédéral et que le fédéralisme canadien d'après-guerre était très centralisé.⁶⁶⁰ Bien que le Canada constitue maintenant un régime moins centralisé que les États-Unis et l'Australie⁶⁶¹ cette forme de fédéralisme moins centralisé, qui lui semble acceptable, est de toute façon justifiée par l'interprétation judiciaire du partage des pouvoirs⁶⁶². Aussi la forme centralisée de fédéralisme d'après-guerre a laissé place à un fédéralisme coopératif.⁶⁶³ D'autres auteurs soutiennent que le système canadien est l'un des plus centralisés du point de vue fiscal⁶⁶⁴.

L'étude du droit australien sur la question nous aura permis de démontrer l'existence d'un fédéralisme asymétrique. Cette notion est conforme à la vérité fondamentale qu'il n'y a pas de pire injustice que de traiter également des inégaux.⁶⁶⁵

La crise constitutionnelle au Canada n'aurait peut-être pas été exacerbée au niveau qu'on a connu si les dirigeants avaient su accepter l'établissement de distinctions raisonnables entre les provinces. A cet égard, la déclaration de la Haute Cour australienne dans une affaire se rapportant aux finances publiques, serait d'un plus grand secours pour justifier qu'il est raisonnable que le gouvernement fédéral dispose du pouvoir de traiter différemment les provinces et les personnes dans ces provinces.⁶⁶⁶ La notion de fédéralisme asymétrique ne pourrait cependant être acceptée qu'à la suite d'un dénouement sur la question de l'identité canadienne. Dans l'attente d'une telle reconnaissance, l'établissement de subventions conditionnelles a l'avantage de rétablir l'équilibre. Comme la décision d'accepter les critères repose sur une certaine discrétion des provinces, les contestations judiciaires sont limitées.

Le modèle australien aura servi également à faire progresser la notion qu'en

⁶⁵⁹ *L'actualité*, 1992, novembre numéro spécial.

⁶⁶⁰ HOGG, Peter W., *Constitutional law of Canada, v. 1 (3 ed)*, Toronto, Carswell, 1992, 6-21.

⁶⁶¹ HOGG, Précité, note 660, 5-14.

⁶⁶² Lord Watson qui était membre du conseil privé de 1880 à 1899 et Lord Haldane qui était Lord de 1911 à 1928, étaient tous deux favorables aux droit des provinces onr contribué à établir cette tendance: (1947) 9 *UBCL Rev.* 244 (1899) 11 *Judical Law Review* 278, "Lord Haldane and the BNA Act" 1970 *Toronto L.R.* 55; cette tendance ne plaisait pas aux auteurs dans le Canada anglais, notamment Forsey les qualifiaient de "wicked stepfather of confederation".

⁶⁶³ HOGG, Précité, note 660, 6-24.

⁶⁶⁴ "Le système américain représenterait le juste milieu entre les grandes divergences de la base d'imposition du système de la *Confédération helvétique* et l'adhésion obligatoire à la base d'imposition fédérale au Canada", voir AVI-YONAH, Reuven S., "The Implication of Federal Tax Systems for European Tax Harmonization", (1991) 3 *Tax Notes International* 11, 1265-1275, 1272.

⁶⁶⁵ ARISTOTE, *L'Étique de Nicomaque*, c. 11

⁶⁶⁶ *First Uniform Tax Case*, 65 CLR 373, 429

régime fédéral, le pouvoir de dépenser pourrait être inhérent considérant la nature même du régime. Considérons à cet égard, les deux affaires *Uniform Tax Case* où la Haute Cour s'est repliée sur le régime des lois d'affectation de crédit pour déclarer que le pouvoir de dépenser est illimité.⁶⁶⁷ Une telle notion, si elle était acceptée en droit canadien, rendrait inutile la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser et permettrait de concentrer des efforts plus efficaces sur l'encadrement de ce pouvoir dans le domaine des finances publiques.

A la lumière de la jurisprudence australienne, le pouvoir de dépenser dépend de l'étendue donnée au pouvoir en matière d'affectation de crédit; or, dans les principaux régimes fédéraux étudiés, le pouvoir d'affectation s'est largement développé tant dans son objet que dans sa portée, afin de constituer le levier privilégié des initiatives du gouvernement en matière d'interventionnisme économique.

Si le pouvoir de dépenser est à ce point utilisé en régime fédéral, c'est qu'il constitue une compétence essentielle à l'administration centrale des ensembles économiques intégrés. Par ailleurs, la portée d'un tel pouvoir est tellement considérable qu'il y aurait risque d'abus si ce pouvoir était simplement admis, sans restriction en tant que pouvoir inhérent en régime fédéral. C'est la raison pour laquelle le pouvoir de dépenser est si bien encadré dans le droit constitutionnel américain⁶⁶⁸.

Juridiquement, l'existence d'un pouvoir de dépenser inhérent en régime fédéral ne peut dépendre d'une étude de droit comparé car les différents régimes fédéraux comportent des particularités significatives quant aux principes fondamentaux et aux règles d'application. Par ailleurs, la notion d'un pouvoir de dépenser inhérent en régime fédéral, même si elle peut s'inférer des principes d'économie politique, ne saurait s'appliquer en droit constitutionnel canadien sans tenir compte de la particularité du Canada relativement à une concentration de francophones au Québec.

La justification juridique du pouvoir de dépenser au Canada, ne serait pas directement fondée sur les lois constitutionnelles. Celles-ci, nous avons vu, ne sont pas très explicites sur la question. En conséquence, aucune théorie n'est exempte de lacunes. Par ailleurs dans l'élaboration d'une théorie, la dualité du régime fédéral Canadien, doit être reflétée dans l'affrontement des deux principes fondamentaux en présence. Les provinces pour une part, devraient recevoir le bénéfice de la notion de «garantie d'exercice des compétences». Cette notion s'illustre par le principe qu'un «pouvoir comporte aussi les moyens de l'exercer efficacement». Les provinces, pour des raisons financières, ont besoin des transferts fédéraux pour exercer leurs compétences. En contrepartie, le gouvernement fédéral a un pouvoir explicite en matière de «paix ordre et bon gouvernement».⁶⁶⁹ Ce pouvoir est très important.

⁶⁶⁷ *Victoria v Commonwealth*, (1957) 99 CLR 575, 607, 611. où le juge Dixon déclare que le pouvoir de dépenser est illimité et que les constituants n'auraient pas raisonnablement pu vouloir que les dépenses fédérales soient soumis à un strict contrôle judiciaire sur la question de leur constitutionnalité.

⁶⁶⁸ 16^e amendement de la *Constitution américaine*.

⁶⁶⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 31 Victoria, c. 3, article 91.

Combiné à ses autres pouvoirs, en matière de politique fiscale⁶⁷⁰ et monétaire⁶⁷¹, de même qu'en matière de propriété publique⁶⁷², le gouvernement fédéral a tous les moyens nécessaires pour mettre en oeuvre une politique de stabilisation économique, telle que l'usage le reconnaît aux États selon les principes d'économie politique.

Selon l'usage en régime fédéral, la mise en oeuvre de ces politiques de stabilisation économique peut s'actualiser par un système de transferts financiers aux États fédérés.⁶⁷³ Le gouvernement fédéral peut effectuer ces transferts directement aux organismes ou indirectement par le biais des provinces. Il peut également assortir ces transferts de conditions comme il peut les verser de façon inconditionnelle.

Au Canada, lorsque le gouvernement fédéral effectue des transferts conditionnels aux provinces ou à des organismes, par exemple en fixant des normes, il applique un principe d'équité horizontale entre les citoyens. L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁷⁴, reconnaît le principe d'une protection égalitaire à l'égard du bénéfice des lois, y compris des lois à caractère financier. Une tendance certaine en jurisprudence nous indique que, les principes de la Charte s'appliquent maintenant aux droits semi-économiques.⁶⁷⁵ Aussi, ces principes s'appliquent à l'effet pratique de la loi⁶⁷⁶, notamment la subordination des provinces à l'établissement de normes nationales. Affirmer que les principes de la charte s'appliquent à tous, sans discrimination d'ordre personnel, serait déraisonnable si une iniquité était tolérée en raison seulement, de la province de résidence.⁶⁷⁷ Or les normes nationales, visent à garantir une protection égalitaire des résidents de toute province. L'établissement de normes nationales, présentes dans les lois concernant les transferts conditionnels, pourrait également se justifier par l'interpénétration des tâches, reconnue en doctrine.⁶⁷⁸

En revanche, lorsque le gouvernement fédéral effectue des transferts inconditionnels aux provinces, celui-ci applique le principe de l'égalité, au niveau des unités

⁶⁷⁰ *Id.* paragraphe 91(3).

⁶⁷¹ *Id.* paragraphes 91(14), (15) et (19) concernant respectivement le cours monétaire, les banques et l'intérêt de l'argent.

⁶⁷² *Id.* paragraphe 91(1A) concernant la dette et la propriété publique.

⁶⁷³ ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J. 1979, 440.

⁶⁷⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, 23-24 R.U. c. 53; (1985) L.R.C. Appendice no. 5; l'article 15 prévoit l'égalité devant la loi de toutes personnes, indépendamment de toute discrimination.

⁶⁷⁵ *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission Emploi et Immigration)*, [1991] 2 S.C.R. 22. (1991), 81 D.L.R. (4ed.) 358 (le limite d'âge prévue à la *Loi sur l'assurance chômage*, est déclarée invalide).

⁶⁷⁶ *Big M. Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30.

⁶⁷⁷ C'est la raison qui justifie l'application de la Charte aux législatures des provinces c.f. *Charte Canadienne des droits et libertés*, précitée, sous-paragraphe 32(1)(b).

⁶⁷⁸ ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J. 1979, 440.

politiques composantes du Canada. Ce principe est d'ailleurs reconnu explicitement dans la péréquation, au paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁷⁹. Il emporte le respect de l'autonomie des États fédérés dans l'exercice de leurs compétences exclusives. Deux motifs justifient l'application du principe d'autonomie à cet égard. D'abord, les provinces sont mieux habilitées à exercer une coordination appropriée dans les matières d'intérêts locaux. C'est d'ailleurs sur cette base, que le partage des compétences a été établi. Aussi, la *Loi d'interprétation* prévoit qu'un pouvoir emporte les pouvoirs accessoires nécessaires à son exercice.⁶⁸⁰

L'égalité des unités politiques et l'égalité horizontale sont les deux pièces maîtresses du paradoxe de Clark. La combinaison de ces principes dans le fédéralisme fiscal permet la plus sûre harmonie entre les deux tendances contradictoires qu'un régime fédéral vise à concilier, soit le besoin d'autonomie des États fédérés, et la volonté d'intégration⁶⁸¹. Certes, c'est un exercice délicat que de trouver un juste degré d'autonomie et d'intégration. Toutefois, il est de l'essence même du régime fédéral de rechercher cet équilibre.

La validité constitutionnelle des interventions de l'État fédéral en matière financière, est donc une question d'appréciation dont la détermination devrait être faite à la lumière des circonstances précises en causes. La justification politique et pratique du pouvoir de dépenser est plus simple.

Au Canada, le déséquilibre fiscal des provinces et de l'État fédéral, est une donnée permanente du droit des finances publiques. Malgré la malheureuse tendance des gouvernements aux déficits budgétaires, les ressources nécessaires à l'exercice du «pouvoir d'affectation» sont tirées de l'exercice du pouvoir d'imposition. De même qu'il ne saurait exister d'équilibre financier si les gouvernements persistaient à exercer un «pouvoir d'affectation» au-delà de ce que leur permet leur pouvoir d'imposition, il ne saurait exister d'équilibre constitutionnel si le «pouvoir d'affectation» n'était pas au moins aussi étendu que les ressources dont dispose son titulaire. Or l'importance de l'étendue du pouvoir d'affectation, peut se mesurer à la capacité de son titulaire à dépasser les limites de la connexité budgétaire, autrement dit, à exercer le «pouvoir de dépenser».

La question relative à la portée juridique du pouvoir de dépenser, doit être distinguée de celle concernant sa nature politique. Le gouvernement fédéral, en matière d'imposition, dispose en fait, d'un «pouvoir illimité». Ceci s'explique par le fait que, le pouvoir d'imposition du Parlement fédéral en vertu du Paragraphe 91(3), est lui-même illimité comparativement à celui des provinces (prévu au paragraphe 92(2), ce dernier est sujet à une double-limitation, soit les taxes directes pour les fins d'objets

⁶⁷⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, précité, note 674.

⁶⁸⁰ *Loi d'interprétation*, LRC (1985) c. I-21, paragraphe 26(2).

⁶⁸¹ WHEARE, *Op.Cit.*, note 59, 469, 102; COLLIARD Claude Albert, *Institutions internationales (5ed.)*, Paris, 1970, 800, 113.

provinciaux). Parallèlement, le pouvoir d'emploi du fonds consolidé, prévu à l'article 106, correspond au pouvoir d'affectation des revenus de l'État fédéral. Le pouvoir d'imposition et le pouvoir d'affectation, s'exercent par l'adoption des projets de lois à caractère financier (money Bills). Dans les deux cas, l'adoption des législations en cause, est soumise à la même procédure prévue à l'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit celle de l'avis de motion de voies et moyens. Ces deux pouvoirs jumeaux, aux mêmes modalités d'exercice, ne sauraient être exercés qu'en harmonie l'un avec l'autre. Un Parlement souverain, peut engager le crédit de l'État au-delà de son trésor, en l'absence du principe d'équilibre budgétaire. Il peut même l'engager au-delà de ses propres besoins, en l'absence du principe de responsabilité fiscale. Le pouvoir de dépenser, qu'emporte le pouvoir d'affectation, aura la même portée, en l'absence de connexité budgétaire. C'est une présomption de fait. Alors que, seule une disposition constitutionnelle explicite pourrait la repousser, nous savons qu'en droit canadien, il n'en est aucune qui porte spécifiquement sur le pouvoir de dépenser. Ainsi, le «pouvoir de dépenser» est constitutionnellement illimité quant à sa portée financière⁶⁸². Le contrôle politique et démocratique, les règles éthiques, législatives et réglementaires sont les seuls instruments actuellement disponibles à l'encontre d'abus possibles de pouvoirs aussi considérables.

Pourtant, d'autres pouvoirs relativement moins importants sont sujets à des conditions plus sévères. Juridiquement le pouvoir d'imposition, le pouvoir d'affectation, et le pouvoir de dépenser sont limités quant à leurs modalités d'exercice. Le pouvoir d'imposition ne saurait être utilisé pour légiférer indirectement et le pouvoir de dépenser ne saurait constituer une réglementation forcée des domaines de compétences exclusives des provinces. Ceci dit, rien n'empêche le législateur d'adopter des mesures fiscales incitatives comme aucune disposition n'interdit à l'exécutif d'assortir ses subventions aux administrations de conditions raisonnables.

Ce caractère étendu des pouvoirs financiers au Canada relativement aux contrôles qui l'encadrent, est très exceptionnel. Le renversement des principes de responsabilité financière en est à la fois la cause, et l'effet. En revanche, le fédéralisme constitue en tant que tel, l'une des expressions les mieux accomplies des contradictions de la vie politique.

⁶⁸² Nous prenons ici pour acquis que le plafond légal des dépenses publiques est respecté et qu'il s'agit d'une allocation des ressources à l'intérieur d'enveloppes budgétaires dûment approuvées. Aussi en vertu du principe de souveraineté du Parlement, le plafond des dépenses publiques peut toujours faire l'objet d'une modification c.f. *Loi instituant un plafond pour les dépenses publiques*, S.C. 1992, c. 19.

SECTION III - LE MODÈLE EUROPÉEN ET LE RÔLE CUMULATIF DE L'EXÉCUTIF ET DU LÉGISLATIF: LE RENFORCEMENT DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE PAR L'EFFET DE L'ÉTAT-PROVIDENCE

L'étude de la Communauté européenne, dans le cadre du pouvoir de dépenser, est intéressante pour deux raisons. D'une part, elle complète le volet des accords multilatéraux en matière de politique commerciale; par l'intégration politique, le marché commun a évolué vers une phase qui pourrait servir de modèle aux orientations futures du Canada dans le cadre de l'*Accord de libre-échange nord-américain*. D'autre part, elle complète un volet important du droit comparé en matière de finances publiques en ce que la Communauté européenne comporte une forme particulière d'intégration fiscale; par son assujettissement au GATT, elle montre que le droit international peut constituer une limite additionnelle à l'exercice d'une forme d'interventionnisme économique.

L'Europe communautaire est une notion qui a évolué grandement au cours des années. D'ensemble d'intégration économique avec la CECA⁶⁸³, CEE et Euratom au départ, la CE s'est graduellement transformée en un ensemble d'intégration politique; d'une forme de confédération d'États-nations à ses débuts, la Communauté Européenne a véritablement progressé vers un «régime pré-fédéral».⁶⁸⁴ Ces transformations sont intervenues avec la mise en oeuvre progressive d'une politique d'assistance financière entre les États-membres de la communauté. Aucun des pouvoirs de ses institutions ne peut correspondre à la notion canadienne du «pouvoir de dépenser». Pour l'instant, cela est exclu, la Haute-cour d'Allemagne l'ayant spécifiquement mentionné dans son jugement sur le *Traité de Maastricht*. Pourtant, il est permis de se demander si la CE pourra nourrir indéfiniment ses idéaux sans avoir les moyens de sa politique, à savoir, le pouvoir de créer des recettes à des fins ne relevant pas nécessairement de ses compétences. C'est dans ce contexte que la présentation et l'analyse du droit communautaire peuvent être pertinentes à notre étude.

Nous verrons très sommairement les règles du droit communautaire, la fiscalité européenne et ensuite, le droit communautaire concernant l'assistance financière. Aussi, nous verrons les raisons et les modalités des formes d'interventionnisme économique mis en oeuvre par la communauté.

A) LES INSTITUTIONS FONDAMENTALES DE L'EUROPE COMMUNAUTAIRE

Depuis le 1^{er} janvier 1993, la CE avec ses 326 millions d'habitants constitue le plus grand marché au monde; le produit intérieur brut de la CE excède celui du Japon ainsi que celui des États-Unis. Cependant, la réalisation concrète de ce marché est

⁶⁸³ *Traité de la Communauté du Charbon et de l'Acier*, (1951) 261 RTNU 140 aussi appelé *Traité de Paris*, signé le 18 avril 1951.

⁶⁸⁴ Selon le Pr. Pliakos les objectifs de la CE sont ceux d'une État fédéral. PLIAKOS, Asteris, "La nature juridique de l'Union européenne", (1993) 29 *Revue trimestrielle de droit européen* 187-224, 215.

un véritable défi car d'importantes différences subsistent entre les États membres sur les plans politique, économique, monétaire, technologique et juridique.

Le but premier des fondateurs de la CEE était la création d'un grand marché sans frontière. La coopération en ce sens a débuté en 1951 avec la signature du *Traité de Paris*⁶⁸⁵ instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Étaient parties à cet accord l'Italie, la France, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. A ce mouvement initial s'ajoutèrent, en 1958, trois étapes importantes:

- la signature du *Traité de Rome*⁶⁸⁶ visant l'intégration des économies au-delà du charbon et de l'acier;
- la signature de la *communauté de l'Énergie atomique (Euratom)*; et
- *l'institution des communautés européennes*⁶⁸⁷ portant sur la fusion des institutions des *Traités de Paris* et *Traité de Rome*

La communauté devait par la suite progresser sans relâche. Se sont joints à la communauté depuis: le Danemark, le Royaume-Uni et la république d'Irlande en 1973, la Grèce en 1981, et en 1986 l'Espagne et le Portugal.

Le fonctionnement de la communauté est assuré par des institutions organiques représentatives de l'idéal européen dont le rôle et l'objet sont exposés dans la description suivante :

- Le Conseil réunit les ministres des États membres et constitue le véritable législateur de la communauté; il domine toutes les autres institutions européennes.⁶⁸⁸
- Le conseil européen est un organisme essentiellement politique qui rassemble deux fois par année les chefs de gouvernement; ses décisions doivent être entérinées par le conseil de la C.E pour avoir force de loi.⁶⁸⁹
- La Commission est composée de 17 membres dont 10 sont accordés aux cinq grands États membres; les commissaires sont nommés par les gouvernements et son président est nommé pour un mandat renouvelable de deux

⁶⁸⁵ *Traité de Paris* ou *Traité CECA*, précité, note 683, signé le 18 avril 1951.

⁶⁸⁶ *Traité de Rome* ou *Traité CEE*, (1958) 298 R.T.N.U. 11, aussi reproduit dans, *Treaty Establishing the European Communities, abridged ed.*, Luxembourg, Official Publications of the European Communities, 1987 signé le 25 Mars 1957.

⁶⁸⁷ *Traité de Bruxelles*, ou *Traité des institutions économiques européennes*, (1957) 298 RTNU 267; signé le 25 mars 1957.

⁶⁸⁸ Article 145 *Traité C.E.E.*, précité, note 686, 706.

⁶⁸⁹ Article 2, *Traité de Bruxelles*, précité, note 687; Article 145 *Traité CEE*, précité, note 686, 706.

ans⁶⁹⁰; elle joue le double rôle d'exécutif et de législatif. À cet effet, la Commission propose les diverses pièces législatives à l'approbation du Conseil. Par ailleurs, elle veille à l'application du droit communautaire et gère le budget communautaire, les politiques communes et les instruments financiers communautaires.⁶⁹¹

- Le Parlement européen est responsable du contrôle de l'exécutif, du budget et d'une participation au processus législatif.⁶⁹²
- Le Comité économique et social est composé de 189 représentants du monde socio-professionnel nommés pour quatre ans par les gouvernements nationaux sur la recommandation des organismes professionnels; il joue un rôle consultatif.⁶⁹³
- la Cour de Justice européenne est composée de 13 juges nommés d'un commun accord des États membres pour un mandat renouvelable de 6 ans; essentiellement la cour contrôle la légalité des actes communautaires, le respect par les États membres de leurs obligations communautaires.⁶⁹⁴

Le droit communautaire est composé de législation primaire et secondaire. La législation primaire est formée par les Traités et les protocoles, lesquels définissent les institutions et les obligations générales des États membres. La législation secondaire est formée par les instruments législatifs qu'adoptent les institutions de la communauté:

- le règlement est la forme de législation des institutions européennes d'application directe aux populations; celle-ci ne nécessite aucunement l'adoption des États membres;
- la directive, instrument juridique liant tout État membre quant au résultat seulement, laisse aux gouvernements nationaux toute discrétion quant à la forme et aux moyens à être utilisés pour atteindre le résultat qu'elle énonce;
- la décision: acte individuel qui ne lie que l'État membre auquel il s'adresse;
- la recommandation, instrument juridique sans force contraignante.

⁶⁹⁰ *Traité de Bruxelles*, précité, note 687, article 10-11.

⁶⁹¹ *Traité de Bruxelles*, précité, note 687, article 9.

⁶⁹² Article 141 et suivantes, *Traité de Bruxelles*, précité note 687.

⁶⁹³ *Traité CEE*, précité, note 686, 706, article 193 à 196.

⁶⁹⁴ *Traité de Paris*, article 31 à 45; *Traité CEE*, précité note 686, 706, 64 à 188; *Traité CECA*, précité, note 683, article 136 à 160, *Les protocoles et Statuts de la Cour*.

Selon l'*Acte unique européen*⁶⁹⁵, les États-membres se sont engagés à réaliser dès le 1^{er} janvier 1993 la liberté de circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux; une telle réalisation supposait une harmonisation au niveau des conditions de travail, des normes d'hygiène, des politiques économiques et des règles en matière de concurrence et de fiscalité. Toutes ces obligations corollaires jugées nécessaires devaient être traduites dans les 286 directives du *Livre blanc de la Commission européenne*⁶⁹⁶.

Lorsque les règles de la CE sont inconciliables avec le droit des États membres, le droit communautaire l'emporte sur le droit des États membres, sauf que, lorsqu'une règle communautaire pourrait porter atteinte aux intérêts vitaux d'un État membre, le quorum requis à son adoption au Conseil est l'unanimité. Les mesures ont donc tendance à favoriser la négociation.

La domination exercée par le conseil de l'Europe sur la commission européenne traduit bien le principe de «subsidiarité». Ce principe prend ses racines lointaines dans la philosophie grecque⁶⁹⁷ et dans la philosophie sociale de l'Empire romain. Adapté ensuite par les auteurs des idées politiques, dont Montesquieu et Tocqueville, le principe est même proclamé par un illustre président américain, Abraham Lincoln⁶⁹⁸. Son développement moderne est l'oeuvre des penseurs catholiques⁶⁹⁹. Il signifie que l'État n'intervenait qu'en cas de nécessité pour aider les individus à réaliser leurs objectifs.

Son application dans la politique européenne s'est exprimée pour la première fois en matière fiscale⁷⁰⁰ pour ensuite s'étendre à d'autres domaines. Il signifie que les institutions de la CE n'interviennent d'abord que dans leurs compétences exclusives, et ensuite accessoirement, dans des domaines de compétence autres, que si et dans la mesure où les objectifs et l'action envisagés ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres. La codification du principe de «subsidiarité» en droit communautaire européen est proposée dans le *Traité de Maastricht*⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ *l'Acte unique européen*, 28 février 1986, OJ 1987 L 169, 29 juin 1987, article 23.

⁶⁹⁶ *Livre blanc de la Commission européenne*, Bruxelles, 1985.

⁶⁹⁷ *L'Étique à Nicomaque*, d'Aristote, I.4.

⁶⁹⁸ Abraham LINCOLN, *Complete works*, J.G. NICOLAY et J.HAY(dir.) vol. I, New York, The Century Co., 1920.

⁶⁹⁹ Documents du Concile Vatican II, *Gaudium et spes* (n° 86, § 5, 1965).

⁷⁰⁰ "The subsidiary Principle" (Summer 1990), 27 *Common Market Law Review* 181-184; le principe prend ses racines lointaines dans la philosophie grecque et dans la philosophie sociale de l'Empire romain; il a été adapté par la suite par les auteurs des idées politiques et un président américain. Il signifiait que l'État n'intervenait qu'en cas de nécessité, pour aider les individus à réaliser leurs objectifs.

⁷⁰¹ *Traité de Maastricht*, le 7 février 1992.

Étant donné les limites qu'il impose aux institutions centrales de la Communauté, ce principe est un obstacle parmi d'autres à l'émergence d'une notion européenne concernant le «pouvoir de dépenser». L'inter-relation entre ces notions peut être analysée selon une perspective qui rappelle nos débats controversés relativement au régime fédéral idéal. Au Canada, les considérations concernant le pouvoir de dépenser remettent en cause la nature même du régime: une école de pensée recommande le «fédéralisme coopératif», une autre le «fédéralisme classique». Parallèlement, en ce qui concerne certaines matières où l'intervention de la communauté européenne soulève la controverse, le point de vue de «l'Europe des nations» s'oppose à celui de «l'Europe fédérale».

B) LE DROIT COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE DE FINANCES PUBLIQUES

1) La fiscalité de l'Europe communautaire

On peut présenter le droit communautaire relatif à l'interventionnisme économique en deux étapes: dans une première section nous examinerons le cadre des directives de la CE en matière d'harmonisation au niveau de la fiscalité des États membres; dans une seconde nous verrons le cadre des principes relatifs aux pouvoirs de la CE à l'égard du droit international économique. Naturellement, la fiscalité devait faire l'objet de dispositions spécifiques au *Traité de Rome*.⁷⁰² Ainsi, la fiscalité communautaire existait déjà avant l'implantation de *l'Acte Unique*.⁷⁰³

Cette fiscalité communautaire peut être considérée selon deux niveaux: d'une part, les règles relatives au financement de la Communauté par des ressources propres et, d'autre part, les normes visant l'harmonisation du droit fiscal national entre les États membres.

Le financement de la Communauté était assuré dès sa fondation par une contribution des États membres; depuis 1978, le budget de la communauté est financé à même les ressources propres de la Communauté. Celles-ci sont constituées de droits sur les produits agricoles, de droits de douanes ainsi que d'un certain pourcentage de la TVA⁷⁰⁴ perçue par les États membres.

Si l'on considère les normes concernant l'harmonisation du droit fiscal national entre les États membres, celles-ci s'accompagnaient de la protection contre la

⁷⁰² Articles 91 à 100, 220. Également l'article 130F introduit par *l'Acte Unique* prévoit l'abolition des barrières fiscales empêchant la coopération entre les opérations des centres de recherches et les universités.

⁷⁰³ *Acte Unique*, 28 février 1986, OJ 1987 L 169.

⁷⁰⁴ Taxe à valeur ajoutée. La forme d'imposition indirecte à la consommation, applicable aux produits et services à chaque étape de la production. La TPS du Canada est l'équivalent de cette forme de taxe, aussi appelée taxe multi-stade.

discrimination à l'endroit d'entreprises sur la base de leur État de provenance.⁷⁰⁵ Ces mesures étaient déjà prévues aux traités. Plus spécifiquement, l'article 99 du *Traité de Rome*⁷⁰⁶ prévoit l'harmonisation des impôts indirects. Cet objectif a été relativement atteint avec l'adoption de la taxe à valeur ajoutée et le rapprochement ou l'alignement des taux de TVA entre les différents États membres⁷⁰⁷. L'harmonisation des impôts directs devait découler de l'article 100 du *Traité de Rome*⁷⁰⁸.

Afin d'assurer la réalisation de ces objectifs, la Communauté a constitué le Comité fiscal et financier. Le *Rapport Neumark*⁷⁰⁹, soumis par ce comité, envisageait l'harmonisation des politiques fiscales comme l'amorce d'un système fiscal fédéral. Plus précisément, le rapport démontre que la politique fiscale n'est qu'une partie d'un ensemble plus large incluant une politique monétaire, un marché commun des capitaux et une politique de commerce extérieur⁷¹⁰. En outre, celui-ci suppose que les mesures prises en matière de finances publiques doivent viser l'établissement d'un système fiscal et financier semblable à celui qui existerait dans un espace économique unifié, sans pour autant constituer une politique d'uniformisation et de centralisation; la politique proposée est plutôt orientée vers l'harmonisation. Les modalités d'application de ces politiques sont précisées dans le *Mémorandum de la Commission du 1^{er} décembre 1965*.

La politique monétaire de la communauté devait également prévoir des dispositions en matière fiscale. Le *Rapport Werner* renferme des recommandations tendant à consolider la politique fiscale énoncée dans le *Mémorandum de la Commission*: dans le cas des impôts directs, l'harmonisation permettrait de favoriser la libre circulation des capitaux; en matière d'impôts à la consommation, l'action communautaire devrait favoriser l'alignement des taux permettant d'éliminer les contrôles aux frontières.

En 1990, le domaine de l'imposition directe fut bouleversé par l'adoption d'un ensemble de mesures qui permettait la réalisation concrète des objectifs annoncés 21 ans plus tôt:

- la directive concernant les fusions transfrontalières et réorganisations corporatives en franchise d'impôt visant à favoriser la mobilité du capital⁷¹¹;
- les règles de traitement des dividendes entre les compagnies-mères et les

⁷⁰⁵ Articles 91 à 95 *Traité de Rome*, précité, note 686, 706.

⁷⁰⁶ *Traité de Rome*, précité, note 686, 706, signé le 25 Mars 1957.

⁷⁰⁷ Directive du Conseil 91/680/CEE du 16 décembre 1991.

⁷⁰⁸ *Traité de Rome*, précité, note 686, 706

⁷⁰⁹ *Rapport Neumark*, 7-8 juillet 1962

⁷¹⁰ CARTOU, Louis, *Droit Financier et fiscal européen*, Paris, Dalloz, 1972, 384, p. 139.

⁷¹¹ Directive du Conseil, 90/434/CEE du 23 juillet 1990, OJ 1990 L 225

- filiales⁷¹²;
- la convention concernant l'arbitrage de prix des transactions transfrontalières au sein d'un groupe lié;⁷¹³
- la proposition concernant le traitement des pertes fiscales; et
- la proposition concernant la retenue fiscale sur les intérêts et royautés payées entre une corporation-mère et sa filiale.

En 1992, le *Rapport Ruding*,⁷¹⁴ préparé par un panel d'experts, devait constituer le nouveau plan d'action en matière d'impôts directs. Le Rapport comporte une analyse des enjeux et des questions d'orientations fondamentales ainsi qu'une série de recommandations assorties d'un échéancier pour 1990, 1995 et à long terme. Selon le rapport, le domaine de l'impôt corporatif serait l'objet d'un système commun assorti de plafonds des taux d'imposition⁷¹⁵.

La CE répondit à ces propositions en alléguant qu'elles allaient au-delà de ce qui était nécessaire et que leur application aurait entraîné une dérogation au principe de subsidiarité.⁷¹⁶ En revanche, la CE se dit d'accord pour encourager la poursuite des discussions en matière d'imposition des particuliers et de certaines règles anti-évitement⁷¹⁷.

Le conseil de la CE devait soutenir cette position prudente de la commission en soulignant que seules les mesures limitées en matière d'impôts corporatifs devaient faire l'objet de mesures européennes.⁷¹⁸ D'autres domaines devaient faire l'objet d'un large consensus:

- Dans le domaine des impôts indirects, une directive du Conseil prévoit l'implantation, dès 1996, d'une TVA fixée à un taux maximal de 16%.⁷¹⁹
- Dans le domaine de la fiscalité de l'environnement, la Commission a décidé

⁷¹² Directive du Conseil, 90/435/C.E.E. OJ 1990 L225, 20 août 1990; commentée dans «the taxation of Companies in Europe», dans *Guide to European Taxation*, vol. 2, Amsterdam, International Bureau of Fiscal documentation, Livre 5, CEE II, p. 11-27.

⁷¹³ Convention, 90/436/CEE, OJ 225, 23 juillet 1990

⁷¹⁴ *Ruding Committee*, 18 mars 1992, Official Publications of the European Communities, 1987.

⁷¹⁵ MALCOLM GAMMIE, *The Ruding Committee, an initial Response*, London,; Institute for Fiscal Studies, 1992; H.O.C.R. RUDING, "Fiscal Sovereignty in the Internal Market", [1991], no. 5 *Intertax* 249-53.

⁷¹⁶ "Réponse de la Commissaire Christiane Scrivener", 4 *Tax Notes International* 1349 (29 juin 1992).

⁷¹⁷ Notamment des règles de "transfer pricing" et de capitalisation restreinte.

⁷¹⁸ 5 *Tax Notes International* 1320 (7 décembre 1992).

⁷¹⁹ Directive 91/680/EEC, voir 4 *Tax Notes International* 1047.

d'envisager ces mesures selon une approche de compétitivité internationale.⁷²⁰

Certes, la voie de l'intégration économique est parfois parsemée d'embûches, mais il semble que la commission et le Conseil de la CE savent établir des bases valables pour la construction de l'Europe. Dans la mesure où la CE évolue vers un "régime pré-fédéral", il est raisonnable de reconnaître que les notions de finances publiques d'une fédération pourraient être transposées à une confédération. Notamment, les dépenses fiscales constituent une forme d'affectation des recettes. Dès lors, le partage des compétences en régime fédéral pourrait correspondre en droit communautaire à la notion de subsidiarité. Si «le pouvoir de dépenser» correspond en droit canadien à l'affectation de crédits au-delà des limites prévues au partage des compétences, une notion parallèle en droit communautaire devrait permettre l'affectation des ressources propres au-delà des limites fixées par le principe de subsidiarité. Ainsi les préférences fiscales suggérées en matière d'impôts directs des corporations pourraient constituer «l'exercice d'un pouvoir de dépenser» si, dans une formulation éventuelle, elles allaient au-delà des nécessités de l'harmonisation fiscale et de la mobilité des capitaux.

En vertu du *Traité de Rome*⁷²¹, la protection du marché commun européen était assurée en matière fiscale par l'harmonisation, alors que, dans la réalité, la réalisation de cet objectif se fait toujours attendre. Pourtant déjà, des auteurs ont fait observer que les mesures fiscales de la CE comportent des implications importantes pour les investisseurs nords-américains, et que l'on peut dès lors envisager la négociation de nouveaux traités fiscaux à l'échelle de la communauté européenne⁷²². Du côté de nos voisins américains, une tendance à reconnaître les particularités des législations fiscales européennes commence à se développer⁷²³; c'est une initiative que le secteur privé soutient ardemment dans la mesure où son intérêt s'y trouve⁷²⁴.

⁷²⁰ Les États qui participaient au Sommet de Rio avaient évoqué l'intérêt des mesures fiscales incitatives reliées à un comportement favorable au maintien de la qualité de l'environnement (instruments économiques). La Commission décida de ne pas proposer de taxe sur les émissions de dioxydes sans que la Japon et les États-Unis ne soient déjà engagés à cet effet. c.f. *Proposition de directive relative aux taxes sur les émissions de dioxyde de carbone*, [92/C 196/01, COM(92) 226]; "ICC critical of proposal for EC energy tax" *International Tax report*, octobre 1993, 5 *Tax Notes International* 1029 (18 mai 1992); et 5 *Tax Notes International* 1374 (14 décembre 1992).

⁷²¹ *Traité de Rome*, précité, note 686, 706.

⁷²² LANGBEIN, S.I. & ROSENBLOOM D., "The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community: A View from the United States", [1990] no. 10 *Intertax* 452-63; voir aussi EASSON Alex, "Harmonization of Direct Taxation in the European Community: From Neumark to Ruding", (1992) 40 C.T.J. 3, 600-638.

⁷²³ Voir les nouvelles règles concernant les groupes économiques européens, dans l'article 701 du *US Code*.

⁷²⁴ Pour cette raison, M. Farren, v.p. affaires extérieures de Xerox, appuyait le projet de loi H.R. 1401 visant à traiter tous les membres des CE comme un seul pays aux fins des règles sur le revenu passif des corporations étrangères affiliées; voir 93 *Tax Notes International* 138-89.

Nous verrons dans un proche avenir si le *Rapport Ruding* a permis de résoudre les contradictions suscitées par l'idéal européen et le sentiment d'identité nationale des États membres. La mise en oeuvre de ce rapport permettra aussi de déterminer dans quelle mesure le principe de subsidiarité est respecté ou si le caractère confédéral de l'Europe communautaire subsiste. D'une façon ou d'une autre, le pouvoir d'affectation des ressources des institutions centrales de la communauté s'en trouverait élargi.

Par l'exemple européen, nous savons que le principe de la nécessité d'un lien entre la politique monétaire et la politique fiscale s'applique aussi bien dans un cadre confédéral que fédéral.⁷²⁵ Nous verrons comment cette politique d'intégration se reflète au niveau du pouvoir d'affectation.

2) Le pouvoir d'affectation de l'europe communautaire

Les auteurs ont largement étudié cette question dans le cadre du droit interne des États membres. Nous avons vu que l'émergence de l'interventionnisme économique ou du «pouvoir de dépenser» dans le droit national des États membres de la communauté a vu le jour avec la progression du concept d'interdépendance.⁷²⁶ Un phénomène similaire pourrait vraisemblablement se répéter au niveau de l'Europe communautaire s'il n'en tenait qu'à la Commission de l'Europe. La Communauté européenne représenterait donc un intérêt certain dans le cadre d'une étude sur le pouvoir de dépenser.

Il n'est pas question dans les traités d'un pouvoir de dépenser. Toutefois, aucune disposition n'est de nature à suggérer qu'il n'existe pas de tel pouvoir. Bien qu'en vertu du principe de subsidiarité, la CE ne puisse légiférer en dehors de ses compétences strictement définies, la CE applique à son budget le principe de non-affectation⁷²⁷. Aussi, deux forces de résistance s'opposent à une progression des domaines d'intervention de la communauté, soit des forces de nature politique et juridique.

Au point de vue politique, il faut tenir compte des conceptions nationales de l'économie et des règles de droit international économique.

Au point de vue juridique, la question relative au "pouvoir de dépenser" ne se pose pas, pour l'instant, en raison des règles strictes se rapportant aux ressources propres de la CE :

⁷²⁵ La Communauté européenne a appris qu'il n'est possible de maintenir une croissance soutenue à l'aide d'un marché commun qu'en appliquant une politique monétaire commune et uniforme dans chacun des États membres. *Traité sur l'Union européenne*, signé à Maastricht, le 7 février 1992 (non ratifié par tous les États membres), dispositions préliminaires et article 25, titre II.

⁷²⁶ c.f. Partie I, chapitre I.

⁷²⁷ Règlement financier du 30 juillet 1968, art. 3, 4 et 12.

- d'abord les ressources propres de la CE sont levées de façon à couvrir des dépenses spécifiques (par le mécanisme des recettes-destination);⁷²⁸
- le budget de la CE est soumis au principe de l'équilibre budgétaire⁷²⁹; et
- la règle de l'unanimité au CE s'applique aux décisions du CE lorsque des considérations influent sur les intérêts vitaux d'un État membre⁷³⁰

En matière de politique agricole commune, cette politique européenne est élaborée par le Fonds d'orientation et de garantie agricole européen⁷³¹ et, en matière de politique sociale, par le Fonds social européen⁷³².

La politique agricole comporte deux volets principaux. D'une part, la section garantie vise les restitutions à l'exportation vers des pays tiers et les interventions intérieures destinées à la régulation des marchés⁷³³. D'autre part, la section orientation tend à favoriser les objectifs généraux de la CEE en la matière⁷³⁴, à savoir l'adaptation des conditions de production agricole, l'amélioration de la commercialisation des produits agricoles, et le développement des débouchés agricoles⁷³⁵.

Le Fonds social européen a pour mission de promouvoir à l'intérieur de la Communauté européenne, les facilités d'emploi et la mobilité géographique professionnelle des travailleurs⁷³⁶.

Même si la CE a connu des succès dans ses interventions économiques, la centralisation des ressources envers un organisme central a soulevé des résistances qui en ébranlent l'édifice juridique et politique. Ces problèmes sont d'ordre à la fois intérieur et extérieur.

Premièrement, dans leur appréciation des politiques européennes administrées par le F.O.A.G.E. et le F.S.E., les États membres sont surtout préoccupés par le "juste retour" de leurs contributions. Une telle attitude n'est pas vraiment compatible avec la philosophie fondamentale de la CE. Par contre, cette méfiance s'explique par les

⁷²⁸ *Décision du 21 avril 1970*, J.O.C.E., 2 janvier 1971.

⁷²⁹ Article 199, CEE, précité, note 686, 706.

⁷³⁰ *Traité CEE*, article 148-2; *Traité CEE*, articles 51,54,56-2, 75-3, 84, 99, 100, 103, etc.

⁷³¹ Les objectifs et modalités d'application du Fonds d'orientation et de garantie agricole européen (F.O.A.G.E.) sont déterminés dans les directives et règlements de la Communauté., cf. Directive 72/159 72/160 72/161 concernant l'organisation du régime agricole sélectif et la modernisation des exploitations agricoles.

⁷³² le Fonds social européen (F.S.E.) est créé par l'article 123 du *Traité de Rome*, précité, note 686, 706.

⁷³³ Règlement du Conseil n° 25, art. 2; Règlement CEE du Conseil n° 729/70, article 1.

⁷³⁴ Article 39-1 du *Traité CEE*, précité, note 686, 706.

⁷³⁵ Règlement 729/70 Directives 72/159, 160 du Conseil du 17 avril 1972.

⁷³⁶ Article 123, *Traité CEE*, précité, note 686, 706.

risques d'abus exposés plus haut. Dans un tel contexte, il serait inadmissible de parler de fédéralisme fiscal et de son principe accessoire, le pouvoir de dépenser.

Deuxièmement, on doit considérer la conformité des pouvoirs de la CE au droit international économique. En effet, le pouvoir d'assistance financière prévue en droit communautaire européen s'exerce par le versement de la majeure partie des subventions accordées dans le cadre de la Politique agricole commune⁷³⁷. Or, à ce sujet, les contestations portées devant le GATT par les États-Unis ont donné lieu à un contentieux qui s'est largement amplifié⁷³⁸. Il semble que la CE soit victime de son succès.

Ce sont en partie ces difficultés qui rendent invraisemblable la notion de «pouvoir de dépenser» en tant que prérogative des institutions de la CE. Il s'agit naturellement du principe de subsidiarité. Le fait qu'il soit inconnu en droit canadien nous permet de tirer au moins une conclusion, à savoir: le «pouvoir de dépenser» n'existe pas sans institution fédérale ou sans une conception centralisatrice des institutions confédérales.

L'examen des aspects juridiques de la politique européenne nous permet d'expliquer facilement comment la notion de pouvoir de dépenser au Canada s'y oppose, sur le double plan théorique et pratique.

D'abord, au plan théorique, le mécanisme des recettes-destination est difficilement conciliable avec la notion de pouvoir de dépenser. Lorsque l'on considère que le régime canadien est très souple au niveau du principe de connexité des dépenses, on doit conclure qu'il se situe à l'opposé d'un régime de recettes-destination. Par ailleurs, la connexité explicite au niveau budgétaire, qui est rigoureusement appliquée dans le régime des recettes-destination, n'est pas suffisante pour que ce système soit protégé des abus contre les principes de saine gestion des finances publiques. Le système des recettes-destination, d'application répandue dans la France de l'Ancien Régime, avait justement été abandonné en raison de ces abus, car il permet trop facilement de masquer des recettes derrière des dépenses, ou de masquer des dépenses derrière des recettes. Ceci nous amène à souligner l'importance d'un contrôle vigilant du phénomène des dépenses fiscales au Canada, non seulement aux fins du principe de responsabilité fiscale, mais aussi de la saine gestion des finances publiques.

D'autre part, d'un point de vue pratique, la politique européenne, vu sa rigidité, est très peu susceptible de favoriser l'exercice «du pouvoir de dépenser». Les contrôles serrés sur l'utilisation des ressources propres influent sur le pouvoir d'affectation, alors que par définition le caractère discrétionnaire est un élément nécessaire à l'émergence du pouvoir de dépenser.

⁷³⁷ L'article 40 du *Traité de Rome*, précité, note 686, 706, prévoit une politique agricole commune.

⁷³⁸ Les principes généraux ont fait l'objet d'un examen dans le cadre des procédures de consultation (article XXII du G.A.T.T.) et de règlement de différends (article XXIII du G.A.T.T.).

Par ailleurs, même si le «pouvoir de dépenser» pouvait exister dans les prérogatives d'une administration centrale fédérale, encore faut-il noter que son exercice serait délimité par le droit international économique. Par exemple, dans le cas du traitement favorable accordé aux producteurs locaux, l'exercice d'une forme d'interventionnisme économique de la Communauté européenne a buté sur les décisions du GATT. Par contre, en Australie et au Canada, la politique extérieure a constitué un terrain fertile à l'exercice du «pouvoir de dépenser». Nous pensons que cela ne peut dépendre uniquement de la nature des régimes politiques. Ceci nous amène à conclure qu'en matière de droit international ou d'affaires extérieures, les limites du «pouvoir de dépenser» ne sauraient se justifier que par des raisons politiques.

Ainsi, les programmes sociaux du Canada auraient pu être exposés à une contestation de la part des États-Unis parce que les économies réalisées par la mise en place d'un programme national favorisent les entreprises canadiennes⁷³⁹. Essentiellement c'est une décision politique d'instaurer un régime semblable qui a permis d'éviter un litige commercial entre les États-Unis et le Canada, alors qu'une autre décision du même ordre a causé un litige entre les États-Unis et l'Europe en matière de politique agricole.

⁷³⁹ Selon les analyses du ministère des Finances, la différence entre le Canada et les États-Unis concernant leur taux d'imposition par rapport au revenu national est inférieure à 2 % si l'on effectue les ajustements nécessaires pour tenir compte du programme national canadien en matière de santé, c.f. MINISTRE DES FINANCES, Documents budgétaires, Comparaison fiscale entre le Canada et les États-Unis, 25 février 1992, pp. 170, p.114.

SECTION IV - LE MODÈLE AMÉRICAIN ET LE RÔLE PRÉDOMINANT DE L'EXÉCUTIF: LA RAISON D'ÉTAT ET LE LEADERSHIP DE L'EXÉCUTIF CONSACRÉS PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE SUPRÊME - *General Welfare Clause*

A) LES POUVOIRS FÉDÉRAUX EN MATIÈRE DE PRÉLÈVEMENT OBLIGATOIRE

La controverse au sujet des différentes interprétations du pouvoir fédéral de dépenser pourrait être résolue en s'inspirant de la solution américaine. Aux États-Unis les balises d'une solution ont été établies depuis longtemps et n'ont du reste jamais été sérieusement remises en question.

L'exercice d'un pouvoir de dépenser fédéral doit incontestablement reposer sur des ressources financières solides. Cette compétence n'a pas toujours été reconnue. Ainsi, dans sa Constitution initiale, l'État fédéral avait un pouvoir de taxation si réduit qu'il lui aurait été impossible de lever des impôts directs ou de capitation.⁷⁴⁰

De tels impôts devaient en effet être subordonnés à une double condition, soit un facteur proportionnel aux différents États, assorti d'une formule liée au recensement de la population. Cette double restriction avait longtemps constitué une entrave majeure à l'exercice des compétences fédérales en la matière, si bien qu'à l'occasion, les impôts étaient contestés sur la base de leur inconstitutionnalité. Cette tendance a atteint un seuil critique avec *l'affaire Hylton*.⁷⁴¹

En raison des motifs du jugement selon lequel que l'impôt sur le revenu constitue un impôt direct, le Congrès perdit, au début du siècle, pratiquement tout pouvoir de lever des impôts. Cette situation plaçait l'État fédéral dans une position si précaire qu'elle en était devenue intolérable. Aussi, c'est en 1913 qu'une modification constitutionnelle fut adoptée en réponse à ce grave problème. Dès lors, en vertu du 16^e Amendement, le Congrès était habilité à voter tout impôt sur le revenu de toute provenance, sans aucune référence aux restrictions antérieures.⁷⁴²

En conséquence de cette modification, le système fiscal américain est devenu très étendu: contrairement au Canada, les États-Unis imposent le revenu sur la base de la citoyenneté. Aucun abattement d'impôt fédéral n'est accordé pour le paiement d'impôts étatiques. Ces différences fondamentales sur des aspects d'ordre général reflètent l'orientation fondamentale des politiques fiscales. La structure du régime y est intimement liée, et toute analyse de droit comparé doit nécessairement tenir compte de ces variations.

⁷⁴⁰ *Constitution américaine*, art 1(9)

⁷⁴¹ *Hylton c. U.S.* (1796) 3 Dallas 171; voir aussi *Schalley c. Rew* (1874) 23 Wallace 331 ; *Spinger c. US*, (1880) 102 US 586 ; *Pollock c. Farmers' Loan and Trust Co.*, (1895) 157 US 429 (1895) 158 U.S. 601

⁷⁴² WHEARE, *Op.cit.*, note 9, p. 101.

B) LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE CONCERNANT LE POUVOIR DE DÉPENSER

Fort de ses nouveaux pouvoirs financiers, l'Etat fédéral n'en était pas pour autant au bout de ses peines. Disposant maintenant des capitaux, il lui restait à dégager les fondements juridiques pour les déboursier à sa discrétion. Une confrontation de deux écoles divergentes éclata alors entre les congressistes James Madison et Alexander Hamilton.⁷⁴³ Malgré la renommée du congressiste Madison, architecte de la Constitution (1787) et président des Etats-Unis d'Amérique (1809-1817), ce désaccord devait se résoudre en faveur de Hamilton: une interprétation large du pouvoir de dépenser, permettant d'assurer le bien-être général, servit de fondement juridique. Cette interprétation fut connue dans sa forme originale comme étant la *general welfare clause*.⁷⁴⁴

La jurisprudence a aussi reconnu la compétence du gouvernement fédéral d'utiliser ses ressources financières dans des secteurs relevant des compétences législatives des États fédérés. Dans l'arrêt *U.S. v. Butler*,⁷⁴⁵ le pouvoir de dépenser, que la Cour devait reconnaître, était confronté à la réglementation sur l'agriculture. Or, l'agriculture était de compétence presque exclusivement réservée aux États fédérés. La Cour a néanmoins déclaré *ultra vires* la loi fédérale, non pas sur la base qu'elle comportait l'exercice du «pouvoir de dépenser», mais parce que celle-ci contenait en substance une législation portant sur l'agriculture plutôt que sur l'impôt ou la propriété.

Les auteurs exposent un point de vue nuancé sur les politiques permettant l'exercice de cette compétence étendue du gouvernement fédéral.⁷⁴⁶ Étant donné que les variations de capacités fiscales entre les États ont souvent entraîné des programmes dont la performance pouvait varier, il devint nécessaire de concevoir des mesures permettant de reconnaître ces différences fiscales. Les programmes d'après-

⁷⁴³ La controverse portait sur l'interprétation à donner à l'article 1, VIII, 1 de *La constitution* en matière de compétence fiscale, laquelle comportait l'expression "to pay debt and provide the common defense and general welfare of the U.S.". Hamilton soutenait que cette disposition devait se lire littéralement et que le "taxing-spending" était un pouvoir supplémentaire aux autres. Madison soutenait que les pouvoirs du congrès étaient limités à ce qui était nécessaire pour mettre en oeuvre les autres pouvoirs consacrés par la constitution; cf E.S. Corwin "the spending power of Congress Harvard" L.R. C. Warrens, Congress 548-582 (1923) Charlottesville, VA 1932.

⁷⁴⁴ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 1, 64.

⁷⁴⁵ *U.S. v. Butler*, (1936) 297; U.S. 1 comparer: *Carter c. Carter Coal Co.* (1936) 298 US 238, *Child Labour Case* (1922) 259 US 20. Voir aussi *Massachusetts c. Mellon* (1923) où le pouvoir de dépenser est déclaré illimité et incontrôlable; *Helvering c. Davis*, 301, US, 619, 1937, p. 639. Seule une application manifestement erronée sera déclarée invalide; la seule qualité de contribuable ne justifie pas l'intérêt suffisant pour contester l'affectation des impôts fédéraux. Cf. *Fortington c. Mellon*.

⁷⁴⁶ BARBER, David H., *Legalines constitutional law*, 8e édition, Gardena (CA), HBJ, 1985, P. 42.

guerre ont notamment permis de redresser ces situations⁷⁴⁷.

En visant un double but, soit la redistribution de la richesse et la contribution à un niveau minimal de services publics, ces programmes ont permis aux collectivités locales de répondre aux besoins de leur population en tenant compte des variations locales⁷⁴⁸. Déclaré illimité et incontrôlable à l'origine, le pouvoir de dépenser fut ensuite restreint dans la mesure où l'objet auquel sont affectés les deniers fédéraux doit être "général" plutôt que "local".⁷⁴⁹

La tendance permettait de prévoir que l'objectif ultime serait l'instauration d'un système fiscal uniforme. L'uniformité excluait effectivement toute possibilité de compétitivité fiscale entre les juridictions, tout en favorisant la compétitivité des entreprises sur un marché global. Cet objectif devrait l'emporter sur l'autonomie des États et des autorités locales⁷⁵⁰. Un auteur a même suggéré que les tribunaux invalident les lois visant l'établissement de barrières inter-étatiques et de taxes à l'exportation, lorsque de lui-même, le Congrès néglige de les abroger. De là à prôner un contrôle global et absolu de l'État fédéral sur la fiscalité, il n'y avait qu'un pas.

Les États-Unis ont connu l'extension des compétences fédérales en affirmant la théorie d'un pouvoir implicite de l'État central dans un arrêt-clé rendu par le juge en chef *Marshall, MacCulloch c. Maryland*.⁷⁵¹ De même, la théorie de "Necessary and proper clause" a permis au Congrès de promulguer des législations englobant des sphères de compétence des États membres. Aussi, elle accorda une relative prééminence à la loi fédérale dans la mesure où les pouvoirs peuvent se déduire de ses compétences d'attribution en vertu du paragraphe 1(8) de sa *constitution*.

Que l'on évoque l'arrêt *U.S. c. Darby*⁷⁵² où l'on qualifia les dispositions relatives au partage des compétences comme étant simplement déclaratoires - que l'on

⁷⁴⁷ Cela explique probablement que l'assistance financière est essentiellement offerte sur la base de transferts conditionnels. Ainsi, les États et municipalités ne comptent que 15% de leur budget en provenance d'aide fédérale, (voir ADVISORY COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS, *Op.Cit.*). Cependant, il faut considérer que cette lacune est compensée par une concession fiscale importante; les municipalités et les États peuvent être autorisés à émettre des titres de créance exempts d'impôts. Voir paragraphe 103(a) de *Internal Revenue Code*.

⁷⁴⁸ "Federal Grants and Federal Expenditures", *National Tax Journal*, vol 10 (sept 1957) p. 194.

⁷⁴⁹ ANASTOPOULOS, *op.cit.*, note 1, 65.

⁷⁵⁰ SHAVIRO, D., "An Economic and Political Look at Federalism in Taxation", (1990) 90 *Michigan L.R.* 5, 895-991.

⁷⁵¹ *MacCulloch c. Maryland*, 4 *Weath* 316 (1819) (le pouvoir du Congrès de limiter l'action des États fédérés peut être exercé par implication ou par stipulation explicite).

⁷⁵² *US c. Darby Lumber Co.*, 312 *US* 100 (1941) (La législation fédérale sur les relations de travail est déclarée valide.)

considère l'affaire *NRLB c. Jones and Laughlin Steel Corp.* (1937)⁷⁵³ à l'occasion de la controverse sur le New Deal où l'on mit fin à la conception de double souveraineté⁷⁵⁴ le courant jurisprudentiel soutenant les pouvoirs accrus de l'État central a eu l'effet d'une véritable vague de fond. Le couronnement de cette conquête du pouvoir fédératif fut d'ailleurs consacré avec l'affirmation d'un pouvoir fédéral illimité fondé sur la *general welfare clause*.⁷⁵⁵ C'est ainsi que le "bien-être général" servit la cause de la fédération, désormais reconnue titulaire d'une nouvelle compétence: celle de prendre les mesures nécessaires par le biais du pouvoir de dépenser. Ce pouvoir devait être mis en oeuvre en dépit d'absence d'attribution constitutionnelle expresse et malgré le cas d'un intérêt local incontestable⁷⁵⁶.

Par exemple, une contestation judiciaire avait été introduite concernant le pouvoir d'instituer un régime d'assurance-chômage aux États-Unis. La Cour suprême déclara que l'État central et les États fédérés n'étaient pas des gouvernements étrangers, qu'ils coexistaient sur le même territoire et qu'en conséquence le chômage était leur préoccupation commune.⁷⁵⁷

Ce principe peut s'apparenter avec la notion européenne de pouvoir implicite. Selon ce dernier, la fédération peut prendre toutes les mesures nécessaires qui ne lui sont pas interdites et qui sont conformes à l'esprit et à la lettre de la constitution pour la mise en oeuvre de ses pouvoirs.⁷⁵⁸

L'évolution du partage des compétences semble indiquer que c'est le résultat d'une décision judiciaire. En fait, la détermination du pouvoir exécutif de l'État aura plutôt eu raison de la résistance des juges de la Cour suprême des États-Unis. Dans les années 40, ces juges avaient invalidé toutes les législations de relance économique dans la série des «jugements du lundi noir» et ce, en dépit de l'appui du Congrès, de la population et du président. Lorsque, après une victoire électorale éclatante, le président Roosevelt menaça de porter atteinte à leurs privilèges par le "packing Bill", les juges de la Cour suprême consacrèrent enfin la grande vague des réformes

⁷⁵³ *National Labour Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (la législation fédérale sur les relations de travail est déclarée valide); SUTHERLAND, A.E., *Constitutionalism in America, Origin and evolution of its fundamental ideas*, Harvard, Blaisdell Publishing Co., 1965, 618-501;

⁷⁵⁴ On peut expliquer la double souveraineté par la conception américaine de fédéralisme (dual federalism) à l'encontre des théories voulant que la souveraineté est par nature absolue et indivisible. Ces théories avaient été développées par Calhoun afin de justifier la notion controversée selon laquelle la Constitution n'était qu'une simple entente entre des États souverains qui pourraient en tout temps déclarer inopérantes les lois du Congrès. CORWINS, Edward S., *The constitution and what it means today*, 14 ed, Princetown University Press, 1978, 673, 43.

⁷⁵⁵ A.H. KELLY, W.A. HARBISON, *The American Constitution, its origin and development*, 4th, N.Y. W.W. Northon & Co., 1970, 1211, 306, 694.

⁷⁵⁶ *Contra: South Dakota*, où la Cour suprême renverse le principe d'un pouvoir de dépenser illimité.

⁷⁵⁷ *Carmichael c. Southern Coal and Coke*, 301 U.S. 425, 526 (1937)

⁷⁵⁸ ANASTOPOULOS, *Op.Cit*, note 1, 34.

sociales d'après-guerre. Depuis lors, il semble qu'aux États-Unis, le développement des pouvoirs fédéraux quasi illimités impose un modèle moderne de corrélation des tâches et des pouvoirs financiers.⁷⁵⁹

Cette évolution du pouvoir de dépenser aux États-Unis peut être confrontée à celle qui prévalait dans la Confédération suisse. En Suisse, l'article 42 de la *Loi fondamentale* justifiait l'exercice d'un pouvoir général de dépenser. Cependant, des restrictions l'ont rendu inutilisable. Ainsi, lorsqu'il s'est présenté des circonstances particulières, des lois fédérales ont été adoptées et des modifications constitutionnelles ont validé *a posteriori* ces exceptions ponctuelles à l'application continue de la Constitution.⁷⁶⁰ Dans les deux cas, l'évolution du pouvoir de dépenser est marquée par la résistance à l'établissement de normes nationales.

Dans l'affaire *South Dakota c. Doyle*,⁷⁶¹ la Cour suprême des États-Unis devait se prononcer sur la validité d'une loi fédérale en matière de transports, qui liait des transferts financiers aux conditions des législations des États relativement à l'âge minimum en matière d'alcool sur leur territoire. À l'origine de cette législation, le Congrès avait constaté que les différences d'âge minimum entre les États avaient incité les jeunes vivant sur les frontières à consommer et à conduire leur véhicule dans l'État le plus tolérant. Visant à remédier à cette situation, le gouvernement fédéral avait introduit cette mesure portant sur une norme nationale - 21 ans - en matière d'âge minimum pour l'achat et la possession de breuvages alcooliques sur le territoire des États, sans quoi une retenue de 5% serait effectuée sur les subventions autrement versées aux États. Or, le Dakota du Sud n'entendait pas laisser le gouvernement fédéral s'ingérer ainsi dans un domaine de compétence qui lui était reconnu par le 21^e amendement, et s'adressa aux tribunaux pour faire déclarer invalide cet exercice d'un pouvoir de dépenser du Congrès.⁷⁶² La Cour suprême rejeta cet argument sur la base de l'exercice du pouvoir de dépenser. Si le Congrès était dépourvu du pouvoir de fixer un âge minimum pour la consommation d'alcool, l'imposition indirecte d'une norme minimale était un exercice valide du pouvoir de dépenser du Congrès.⁷⁶³ La Cour examina les conditions suivantes:

(1) il s'agissait d'une disposition visant un objectif de bien-être général;⁷⁶⁴

⁷⁵⁹ SUTHERLAND, A.E., *Constitutionalism in America, Origin and evolution of its fundamental ideas*, Harvard, Blaisdel Publishing Co., 1965, 618-501; La "corrélation des tâches et des responsabilités" peut être apparentée avec "l'interpénétration des tâches et des dépenses" (voir note 38).

⁷⁶⁰ J.F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse, 2 vol*, Paris, Dalloz-Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, 63.

⁷⁶¹ *South Dakota c. Elizabeth Doyle, Secretary, U.S. Department of Transportation*, 483 US, 97 L Ed 2d 171, 107 S Ct.

⁷⁶² Art I, § 8, cl. 1, *Spending clause*.

⁷⁶³ *Id*

⁷⁶⁴ *General Welfare clause*

- (2) les moyens choisis pour y arriver étaient raisonnablement coordonnés;
- (3) les conditions selon lesquelles les États pourraient recevoir les fonds étaient claires;
- (4) l'action du Congrès était reliée à un intérêt national de transport inter-État, l'un des objectifs pour lequel les fonds des autoroutes sont utilisés; et
- (5) le 21^e amendement ne constituait pas une barrière constitutionnelle indépendante à la norme fédérale puisque la loi n'incitait aucunement les États à s'engager dans une activité anticonstitutionnelle; et le pourcentage de la population retenu ayant une limite d'âge inférieure à 21 ans dans les États visés était considéré minime.

Le Juge Brennan était en désaccord soulignant simplement que l'État possédait la compétence constitutionnelle concernant l'âge en matière d'alcool, et que le Congrès ne pouvait aucunement fixer de conditions à ses subventions de façon à restreindre l'exercice de ce droit.

Le Juge O'Connor, également dissident sur la question, considérait que l'âge minimum en matière d'alcool n'était pas suffisamment rattaché à la construction d'autoroutes inter-étatiques.

Les normes nationales ont été plus facilement acceptées relativement aux programmes d'assistance en matière de soins de santé ou d'allocations familiales. Toutefois, les initiatives des administrations présidentielles se sont succédé sans qu'on parvienne à appliquer une réglementation fédérale uniforme des taux d'allocations, qui varient considérablement d'un État à l'autre.⁷⁶⁵

Aux États-Unis, l'influence du gouvernement fédéral dans les domaines de compétences exclusives des États s'apparente sensiblement au pouvoir fédéral de dépenser tel que nous le connaissons au Canada. En effet, celui-ci s'effectue par des moyens essentiellement financiers. En comparant les systèmes canadien et américain, le professeur Hogg fait remarquer que la caractéristique du système américain est l'absence de coordination. Cet état de fait, selon lui, dépend de plusieurs causes⁷⁶⁶

- l'attachement des Américains au principe de la responsabilité fiscale selon lequel l'autorité qui taxe devrait être l'autorité qui dépense;
- l'absence de concentration d'une minorité culturelle importante dans un État,

⁷⁶⁵ INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston, Université Queen, 1991, 110 p, 40.

⁷⁶⁶ Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *In Search of Balance - Canada's Intergovernmental Experience*, Washington, D.C., 1971.

à l'instar du Canada, où le Québec est devenu, de ce fait, une province très revendicatrice des droits des provinces;

- l'absence d'un forum comparable à la conférence des premiers ministres au Canada où des ententes pourraient être conclues entre les divers niveaux de gouvernement;
- l'incapacité des gouverneurs des États américains de s'engager fermement à cause de la division importante entre le pouvoir législatif et l'exécutif au niveau des États, d'une part, et de l'absence de discipline de partis, d'autre part; et
- le nombre plus élevé d'États fédérés aux États-Unis.

Par ailleurs, le professeur Hogg soutient que les trois régimes canadiens, américains et australiens constituent maintenant des formes de «fédéralisme coopératif». Celui-ci repose sur le principe selon lequel chaque gouvernement reconnaît son interdépendance avec les autres niveaux de gouvernement. Cela nécessite non seulement le respect de l'autorité législative, mais encore un processus de consultation avant l'exercice de ses propres compétences législatives. Selon M.Hogg, le fédéralisme coopératif, en matière fiscale, serait institutionnalisé dans la tradition⁷⁶⁷. Le fait qu'il subsiste dans des régimes qui reconnaissent explicitement le «pouvoir de dépenser» nous amène à une autre conclusion à savoir: «pouvoir de dépenser» et «fédéralisme coopératif» peuvent coexister.

Les États-Unis connaissent un régime fortement centralisé.⁷⁶⁸ La Cour suprême a même habilité le gouvernement fédéral à faire des subventions conditionnelles en matière d'aide sociale.⁷⁶⁹ Un autre courant doctrinal et jurisprudentiel va même beaucoup plus loin et qualifie le pouvoir de dépenser du pouvoir central comme étant absolu et illimité.⁷⁷⁰ Tout dépend de la latitude laissée au Congrès dans l'évaluation de ce qui constitue l'intérêt national. Le congrès dispose d'une discrétion étendue, tout en étant soumis aux tests du caractère raisonnable et de l'équité procédurale.⁷⁷¹ Au contraire, le Parlement est restreint seulement par les modalités de l'avis de motion de voies et moyens, alors que les tribunaux ont souvent des réserves à intervenir dans le processus politique.

⁷⁶⁷ HOGG, *Op.Cit.*, note 660, 6.9.

⁷⁶⁸ HOGG, *Constitutional Law of Canada*, v.1. 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, 6.8.

⁷⁶⁹ *Stewart Machine Co. Davis*, (1937) 301 US 548.

⁷⁷⁰ *U.S. v. Buthler*, (193) 297 US 1

⁷⁷¹ BARBER, David H., *Legalines constitutional law*, 8e edition, Gardena (CA), HBJ, 1985., 42.

CONCLUSION

Une tendance commune s'est établie en matière de finances publiques dans le cas des démocraties occidentales à économie de marché⁷⁷². Il s'agit d'une transition de l'attention portée au pouvoir d'imposition vers le pouvoir d'affectation. La justification du pouvoir d'imposition étant assurée par le caractère démocratique de l'assemblée représentative, elle s'est consolidée par l'émergence du pouvoir d'affectation des ressources. Le problème n'est plus de lever des ressources fiscales mais d'en disposer. Le grand bénéficiaire de ces deux pouvoirs jumeaux devait être le pouvoir exécutif. L'usage que ses titulaires ont choisi de leur attribuer a été essentiellement politique. Dans le sillon de cette approche, les délimitations constitutionnelles ne devaient pas être un obstacle, d'où la création du pouvoir de dépenser dans les régimes fédéraux.

On considère que la façon d'exercer le pouvoir de dépenser a été une source de centralisation et de décentralisation, de symétrie et d'asymétrie, d'unité et de désunion dans le fédéralisme. Certains observateurs ont même dit que le procédé avait enlevé toute signification à la notion de catégories étanches (Water-tight compartments) se référant au partage des compétences, parce qu'elles n'étaient pas financièrement étanches (money-tight) en raison des systèmes de partage des recettes fiscales. Cet avis est d'ailleurs conforme à tout un courant de pensée.⁷⁷³

Dans un ouvrage sur les États fédéraux de 1815 à 1955, un professeur a conclu que ceux-ci ont évolué plus ou moins vite, dans le sens d'un accroissement progressif des compétences fédérales.⁷⁷⁴ De plus, il soutient que la cause la plus puissante favorable à cet accroissement est le facteur économique et son attribut financier.⁷⁷⁵ Selon lui, le pouvoir de créer et de maintenir des services publics et des administrations et le pouvoir d'entreprendre des travaux sont directement liés aux moyens financiers. Or, les États membres qui sont dépourvus en la matière peuvent être contraints de renoncer à exercer pleinement leurs compétences ou de les exercer sous la direction et aux frais de l'État fédéral, par le jeu des subventions conditionnelles. Il s'agit du *pouvoir de la bourse*.⁷⁷⁶

⁷⁷² On cite particulièrement la France, l'Angleterre, les États-Unis, l'Allemagne et le Canada; BAADE, Hans W. "Mandatory Appropriation of Public Funds: A Comparative Study", (1974) 60 *Virginia L.R.* 393.

⁷⁷³ CAMERON D.M. et DUPRE, S., "The Financial Framework of Income Distribution and Social Services" dans BECKS et BERNIER, éd., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, V. 1, Montréal, Institute for Research of Public Policy, 1983, 340.

⁷⁷⁴ *Id.*, 150; même si le pouvoir de la bourse semble s'apparenter au pouvoir de dépenser, M. Durand prend soin de préciser que son ouvrage n'est pas strictement dans le cadre du droit.

⁷⁷⁵ DURAND, Charles, *Confédération d'États et État fédéral: réalisations et perspectives nouvelles*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1955, pp 180, 143.

⁷⁷⁶ *Id.*, 150; même si le pouvoir de la bourse semble s'apparenter au pouvoir de dépenser, M. Durand prend soin de préciser que son ouvrage n'est pas strictement dans le cadre du droit.

Un tel usage du *pouvoir de la bourse* peut même provoquer des extensions définitives de la compétence fédérale quand le texte constitutionnel ou la pratique admet que, par accord, un État membre peut céder ses attributions à l'État central.⁷⁷⁷ Aussi, une telle évolution d'un État fédéral pourrait graduellement en modifier la substance, si bien qu'il ne resterait de la fédération que la forme juridique, où la vie politique ne se distingue plus de celle d'un État unitaire.⁷⁷⁸

Or, dans cette optique, même la distinction plus nette entre la confédération d'État et l'État fédéral aura une portée moins significative si les révisions du Pacte ont pour effet «d'étendre sans cesse la compétence des organes communs».⁷⁷⁹ Certes, la question abordée ici déborde le champ de la présente étude. Toutefois, les enjeux resteront les mêmes dans l'État fédéral comme dans toute autre forme d'alliance.⁷⁸⁰ Jusqu'à quel point faudra-t-il se compromettre pour protéger en droit chaque État fédéré, au moyen de la loi, contre les restrictions futures à son autonomie partielle ? Préfère-t-on un cadre juridique ouvert ou fermé à cet égard ?

Au Canada, le pouvoir de dépenser est fondé bien davantage sur des ententes administratives (ou *gentlemens' agreements*) que sur nos lois constitutionnelles. Ces ententes étaient jusqu'à tout récemment justifiées par un consensus général et quasi absolu considérant que l'État fédéral était le seul capable de soutenir financièrement les initiatives visant des objectifs nationaux que les provinces assumeraient.

Le fondement juridique de ces ententes, nous l'avons vu, est la législation fédérale. Or, le Parlement fédéral n'est pas lié par les ententes de l'Exécutif, en vertu du principe de souveraineté. Et selon ce même principe, un Parlement ne peut lier ses successeurs.

Pourtant, K.C. Wheare nous rappelle que la souveraineté du Parlement n'est pas un pouvoir absolu de la mère des Parlements. Toutes les lois constitutives des nouveaux États indépendants - y compris le Canada - apportent une restriction à ce principe. Lors de la Conférence Impériale de 1930, la solution adoptée permettait de concilier le pouvoir du Parlement britannique avec le principe d'égalité consenti par la métropole à ses anciennes colonies.⁷⁸¹ La *Charte Canadienne des droits et libertés* constitue un rappel plus récent à cet égard.

Si la souveraineté parlementaire est issue de la tradition britannique, et donc limitée par les règles établies par celle-ci, ne devrait-elle pas être exercée selon les

⁷⁷⁷ *Id.*, 110; exemple Constitution du Brésil (1955), article 6, VI.

⁷⁷⁸ *Id.*, 140.

⁷⁷⁹ *Id.*, 140.

⁷⁸⁰ *Id.*, 179.

⁷⁸¹ WHEARE, K.C., *Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 198, p. 25.

mêmes contraintes quant au pouvoir de dépenser ? Ainsi s'appliqueraient notamment les principes d'égalité, d'autonomie, et de coopération des Dominions du Commonwealth à l'intérieur même de l'État fédéral.⁷⁸² Une telle opération permettrait d'harmoniser les perspectives des deux ouvrages de K.C. Wheare sur le fédéralisme et le commonwealth. Détail important, elle réduirait aussi la portée du pouvoir de dépenser.

Ce pouvoir fondé sur un consensus politique est donc tributaire de la confiance, laquelle n'existe que dans la mesure où son détenteur s'en montre digne. À l'heure où les défis sont plus sérieux, il est impérieux de montrer à la population que le chemin de la prospérité est déjà tracé et que le gouvernement fédéral est apte à exercer le rôle qui lui est confié.

Tout système d'intégration économique nécessite une certaine forme de concentration des ressources financières, afin de faciliter les changements structurels que nécessite la transition des économies des États constituants vers l'ouverture de leurs marchés. Le pouvoir de dépenser emporte aussi le devoir de l'exercer de façon diligente. En ces années où les termes des accords de transfert sont négociés régulièrement,⁷⁸³ il importe que l'Administration fédérale considère la perspective des provinces, face aux difficultés croissantes auxquelles elles sont confrontées par suite des coupures. Inversement, une certaine forme de transparence permettra de faire comprendre que les mesures de restriction budgétaire dépendent de considérations économiques et financières, sur lesquelles l'Administration fédérale n'exerce pas nécessairement un contrôle absolu.

En droit constitutionnel canadien, le pouvoir de dépenser s'est développé par suite des modifications de l'économie à l'échelle des pays de l'OCDE. Or il faut éviter de transposer directement en droit canadien des notions juridiques de systèmes étrangers sous prétexte d'harmoniser les politiques économiques. Les différences importantes en ce qui concerne des principes fondamentaux de nos systèmes de droit ne permettent pas un tel exercice.

De la même façon, de nouveaux changements économiques pourraient entraîner des modifications dans le domaine du droit des finances publiques. On peut déjà entrevoir que la nouvelle question de l'heure sera l'étendue et les conditions d'exercice des pouvoirs de l'exécutif en matière d'affectation des crédits. Ceci devrait entraîner la remise en question de certaines restrictions à leurs prérogatives. Dans le contexte des économies ouvertes, par exemple, toute formalité stricte pourrait représenter une lourdeur administrative inutile et menaçante. Ainsi, des formalités strictes pourraient empêcher de rajuster rapidement les politiques économiques en fonction des grands

⁷⁸² WHEARE, K.C. *Op.Cit.*, note 59, 469, p. 27, 89, 113, 127.

⁷⁸³ MORISSETTE, France, *Op.Cit.*, 256-289.; où il mentionné que ces accords sont renégociés tous les 5 ans.

équilibres macro-économiques⁷⁸⁴. Par exemple, en ce qui a trait à l'adoption de mesures budgétaires, la procédure relative à l'avis de motion de voies et moyens pourrait être simplifiée⁷⁸⁵. Or, la valeur constitutionnelle de cette disposition, contrairement au cas d'autres pays, entraîne la complexité de toute modification en la matière.

Il est une règle de fait et de droit qui, elle, est ancrée solidement dans notre régime politique et dont la substance ne risque pas d'être touchée par des changements économiques ou juridiques, à savoir: le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral, peut s'expliquer par l'importance des normes nationales dans l'application des principes égalitaires, et par l'importance de la notion de garantie de l'exercice des compétences des provinces, dans le respect du partage des pouvoirs. Ce pouvoir peut être exercé, non seulement par le moyen des dépenses budgétaires, mais aussi par les déboursés réels qu'entraînent certaines concessions fiscales accordées, par le gouvernement à divers groupes d'intérêts, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ BAADE, Hans W., "Mandatory Appropriation of Public Funds: A Comparative Study, Part I", (1974) 60 *Virginia L.R.* 61, 611-662; D'autres questions font l'objet de discussions animées en droit allemand: il s'agit par exemple du rôle de l'autorité du gouvernement représentatif et des relations entre la planification financière de l'État et la planification générale de l'économie. Voir BÖCKENFÖRDE, *Planung zwischen Regierung und Parlament*, 11 *Der Staat* 429 (1972) et KAISER, "Integrierte Systeme der Planung und Budgetierung", 6 *Planung*, 9-121 (1972).

⁷⁸⁵ Article 54, *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note ?.

⁷⁸⁶ SC 1970-71-72, c. 63, telle que modifiée; LRC (1985) 5e supp.

LEXIQUE

Commonwealth

En droit international, le regroupement formé par les anciennes colonies anglaises depuis leur indépendance politique. En droit national australien, le Commonwealth évoque la notion de gouvernement fédéral lorsqu'employé dans l'expression *Commonwealth Government*, parfois celle de pays lorsqu'employé seul. Pour les fins de l'uniformité et de la cohérence du présent document, nous n'utilisons pas l'expression pour évoquer les notions de droit interne australien.

Connexité: La nécessité d'une liaison entre les compétences et les charges financières;⁷⁸⁷ si cette notion était un principe au Canada, le pouvoir de dépenser lui serait subordonné.

Connexité explicite: Principe de connexité reflété dans les textes constitutionnels.

Connexité implicite: Principe de connexité dégagé par interprétation.

Crédit d'impôt remboursable: un transfert financier accordé par le gouvernement à des particuliers ou des entreprises dans le cadre d'un programme administré par l'autorité compétente relativement à l'application de l'impôt sur le revenu et pour lequel ces particuliers ou ces entreprises sont admissibles malgré le fait que leur impôt payable soit déjà établi à zéro.

Dépense fiscale: les montants significatifs de pertes ou manques à gagner du gouvernement relativement aux recettes fiscales se rapportant aux concessions ou déductions accordées à certains groupes spéciaux d'intérêts dans des situations précises; elles peuvent être constituées de déductions par rapport au revenu imposables, crédits d'impôts remboursables ou crédits d'impôts non-remboursables.

Économie politique: Branche de l'économie qui se rapporte aux politiques économiques nationale et internationales

État global: État en tant qu'entité comprenant les administrations centrales et des États fédérés.

Fédéralisme Dualiste: Principe d'une véritable autonomie constitutionnelle des États-membres opposable au législateur - fédéral.⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ ANASTOPOULOS, *Op.Cit.*, note 1, 25.

⁷⁸⁸ DURAND, Charles, *Op.Cit.*, note 323, p. 145.

Fédéralisme fiscal: Principe permettant les arrangements financiers dans le respect de l'autonomie des provinces et du rôle du gouvernement central en tant que responsable des politiques de stabilisations économiques.

Gouvernement fédéral: Dans le cadre de la constitution australienne, la notion de gouvernement fédéral est connue sous le vocable Commonwealth Government.

Intégration fiscale fédérale: situation obtenue lorsque les principes économiques d'élasticité, de progressivité et de neutralité sont appliqués à l'échelle de l'État global.⁷⁸⁹ Ce principe existe dans la mesure où les diverses compétences fiscales seront harmonisées et compatibles.⁷⁹⁰ En pratique le système fiscal peut alors être utilisé comme instrument de politique économique.⁷⁹¹ Ainsi, le Québec faisant exception à l'accord de collection des impôts sur le revenu par le gouvernement fédéral, il sera isolé de la communauté des autres provinces canadiennes quant à l'application de l'intégration.

Interpénétration des tâches: Signifie que l'intérêt national se trouve progressivement imbriqué avec l'intérêt régional et local. Par cette situation, les dispositions relatives au partage des pouvoirs cessent de correspondre aux réalités politiques, économiques et sociales.⁷⁹² Ce principe européen est analogue à la notion de fédéralisme souple reconnue par la Commission McDonald.

Organismes centraux du gouvernement fédéral au Canada: Le Bureau du conseil Privé, le Secrétariat du Conseil du trésor, le Bureau des relations fédérales provinciales et le Ministère des finances.⁷⁹³

Paradoxe de Clark: On a ont justifié le système d'arrangements financiers du fédéralisme fiscal, par l'équilibre des droits et besoins à l'échelle des individus, et des provinces. A l'échelle des individus, cette considération des droits et besoins visait l'équité horizontale entre tous les citoyens canadiens, et justifiait les transferts conditionnels. A l'échelle des provinces, cette considération visait l'équité entre les unités politiques et justifiait les transferts inconditionnels.⁷⁹⁴ Nous pensons que cette analyse réflète, de façon concrète et réaliste, la dualité du régime fédéral.

⁷⁸⁹ *Rapport McDonald, Op.Cit*, note 1, 111-115.

⁷⁹⁰ DUE., *Op.Cit*, note 91, 321.

⁷⁹¹ *Id*

⁷⁹² ANASTOPOULOS, *Op.Cit*, note 1, 34; Commission MacDonalD, *Op.Cit*, note 1, 277.

⁷⁹³ SWIFT, F. *Gestion Stratégique et Fonction Publique: L'évolution du rôle du sous-ministre*, Ottawa, Centre Canadien de gestion, 1994.

⁷⁹⁴ CLARK Douglas, *Fiscal Needs and Revenue Equalization Grants*, Toronto, Association Canadienne d'Études fiscales, 1969, 56, 8.

Produit intérieur brut: Mesure la valeur sans double compte de la production réalisée à l'intérieur des limites géographiques du Canada, peu importe que les facteurs de production soient résidents ou non résidents.⁷⁹⁵

Ressources propres: Ressources qu'une administration gouvernementale peut tirer pour ses fins en vertu de ses attributions constitutionnelles.

Responsabilité financière (fiscale): concept par lequel le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés sont respectivement responsables de leur gestion budgétaire et la couverture de leurs dépenses budgétaires par des ressources propres. Ce concept ne peut s'appliquer, pratiquement, qu'en accord avec la notion d'autonomie budgétaire et d'autonomie de financement des dépenses au moyen de ressources propres.⁷⁹⁶

Renversement du principe de responsabilité: Combinaison de deux facteurs: d'une part les pouvoirs d'un gouvernement central se sont élargis si bien qu'ils dépassent le cadre du partage des compétences législatives sur lequel devait se calquer la répartition des charges financières,⁷⁹⁷ et que les besoins des États fédérés se sont également élargis et dépassent maintenant le cadre limité que leurs ressources propres permettaient d'assurer.

Système de contraction: système de comptabilité des finances publiques qui a pour effet d'appliquer telle recette spécialisée à telle dépense, par exemple de faire imputer directement les frais de perceptions sur le produit de l'impôt.⁷⁹⁸ Il s'apparente au système de l'ancien régime en France. Ses avantages sont douteux, ses inconvénients évidents.

Système de l'universalité: système de comptabilité des finances publiques où toutes les dépenses sont inscrites d'un côté du budget et toutes les recettes de l'autre. Ainsi il fait en sorte d'empêcher l'administration de masquer les recettes derrière des dépenses ou de masquer des dépenses derrière des recettes.⁷⁹⁹

Subsidiarité

Principe selon lequel une action sera entreprise au niveau de la Communauté plutôt

⁷⁹⁵ STATISTIQUE CANADA, Catalogue 81-229, p. 253.

⁷⁹⁶ ANASTOPOULOS, *Op.cit.*, note 1, 28.

⁷⁹⁷ WHEARE, *Op.cit.*, note 9, 94.

⁷⁹⁸ ALLIX Edgar, *Traité élémentaire de science des finances et des législations financières françaises*, Paris, Rousseau et cie éditeurs, 1931, 1172, p. 60.

⁷⁹⁹ ALLIX, *Op.Cit.*, note 798, 59.

qu'au niveau national seulement, si cela permet une réalisation plus efficace des objectifs de la communauté européenne⁸⁰⁰. Originellement la notion est tirée d'une déclaration de la Commission de la CE à l'effet qu'elle choisit de ne pas intervenir dans tous les domaines d'activités économiques, à moins que cela ne soit nécessaire dans un but spécifique ayant recueilli l'assentiment des États membres⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ "The Subsidiary Principle" (Summer 1990), 27 *Common Market Law Review* 181-184.

⁸⁰¹ SCRIVENER, Christiane, "Corporate Taxation in Europe", [1990] no. 5 *Intertax* 207-8, 207; cette déclaration d'une commissaire avait été faite après que les propositions en matière d'impôt corporatif ait fait l'objet de résistances importantes des États membres.

B I B L I O G R A P H I E S E L E C T I V E

PUBLICATIONS CANADIENNES

ARTICLES

BANTING, Keith, "Political Meaning and Social Reform", pp. 163-173. dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328.

BELL D.V.J., "Regionalism in the Canadian Community", dans FOX (ed) *Politics: Canada*, (5^e ed) 1982, 128

BRANT, G.J., "Structural adjustment in Canadian federalism", (1967) 2 *R.J.T.* p. 75.

BRODY A., "Quebec and Canadian Federalism" dans *Canadian Journal of Economics and Political Science*, (1959) August

CHEVRETTE, François, 1, "Contrôler le pouvoir fédéral de dépenser: un gain ou un piège ?", dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Editions Thémis, 1988, 61, 153, 156.

CARTER, Frank, "How to Tame the Spending Power" (Octobre 1986) *Policy Options*, pp. 3-7.

CLARK Douglas, *Fiscal Needs and Revenue Equalization Grants*, Toronto, Association Canadienne d'Études fiscales, 1969, 56, 8.

COYNE Deborah, "The Meech Lake Accord and the Spending Power Proposals: Fundamentally Flawed" dans BEHIELS, M.D., *The Meech Lake Primer: Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, 564.

CAMERON D.M. et DUPRE, S., "The Financial Framework of Income Distribution and Social Services" dans BECKS et BERNIER, éd., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, V 1, Montréal, Institute for Research of Public Policy, 1983, 340.

DALEY, Michael, "Harmonization of Corporate Taxes in European Market: Recent Developments and Prospects", (1992) 40 *Revue Fiscale Canadienne* 5, pp. 1051-1085.

DEAN, James & WATKINS Campbell, *Fiscal Federalism and the Yukon Northern Accord*, (1991) 39 *CTJ* 6, 1537.

DRIEDGER, Elmer, "The Spending Power", (1981) 7 *Queen's Law Journal*, 124.

DUPONT, "Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral: a dead issue", (1967), *UBCL Rev. de C. de D.*, 69.

DUPRE, Stefan J., "Section 106A and Federal-Provincial Fiscal Relations" dans BEHIELS, M.D., *The Meech Lake Primer: Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, 564.

DUPRE, Stefan J., "Section 106A and Federal-Provincial Fiscal Relations" dans SWINTON K.E. et ROGERSON C.J., éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328.

DUPRE, Stefan J., "Reflections of the Workability of Executive Federalism" dans SIMEON, éd., *Intergovernmental Relations. MacDonal Commission Studies*, Toronto, University of Toronto Press, 1985

FORTIN, Pierre, "The Meech Lake Accord and the Federal Spending Power" dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328.

HANSEN Eric, *Fiscal Needs of the Canadian Provinces*, Toronto, Canadian Tax foundation, 1961, 229.

HANSEN Eric, *Australian Commission Grants Commission*, no. 20, Toronto, Canadian Tax foundation, 1961, 229.

HANSEN K., The Constitutionality of Conditional Grant Legislation, (1966-67) 2 *Man. L.J.* 191.

HARVEY Perry, *Federal Provincial Tax Negotiation - an interim report*

HASKMI, M., "Federal grants in aid: their influence on state", (1964) XXX *Canadian Journal of Economics* Nov.

HOGG, Peter, " Analysis of the New Spending Provision (Section 106A). dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 328.

IP, Irène et MINTZ Jack, *Dividing the spoil, the federal provincial allocation of taxing powers*, Institut C.D. Howe, 1992.

JOHNSON A.W. " Giving Point and Purpose to the Federal Financing of Post-Secondary and Research in Canada" dans SWINTON K.E. et ROGERSON, éd., *Competing Constitutional Visions-The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988.

KERNAGHAN, "Political Control and Administrative Action Accountability or Window-

dressings ?" (1976) 17 *Les Cahiers de Droit* 927.

LAJOIE A., "The Federal Spending Power and Meech Lake, dans SWINTON K.E. et ROGERSON C.J. (ed) *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord* (1988) pp. 175-185.

LASKIN B., Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power (1959-60) 13 *UTLJ* 1.

MASLOVE, A et RUBASHEWSKY, " Cooperation and Confrontation: The Challenge of Fiscal Federalism" dans *How Ottawa Spends*, Ottawa, Carleton University, 1986.

MAGNET J.E., The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada (1978) 10 *Ottawa L. Rev.* 473

McMILLAN, Melville L. Ed. *Provincial Public Finances: Plaudits, problems and prospects, Canadian Tax Paper, no. 91* , Toronto, Canadian Tax Foundation, 1991, 441, 49

MOORE, Milton, HARVEY Perry, Le financement de la fédération Canadienne, Toronto, Canadian tax foundation.

MORISSETTE, France, "Le droit de retrait" avec compensation et l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (1984) 15 *R.G.D.* 221 à 292.

PETTER Andrew, "Federalism and the Myth of the Federal Spending Power", (1989) 68 *Canadian Bar Review* 448.

PETTER, Andrew; "Meech Ado about nothing ? Federalism Democracy and the Spending Power" dans SWINTON K.E. et ROGERSON C.J. (ed) *Competing Constitutional Visions. The Meech Lake Accord* (1988) 328.

PIGEON L.P., Problèmes ou Constitution (1943) *R. du B.* 437

RATCHFORD, B.U., "The Constitutional Basis of Public Expenditure In Canada", (1960) 8 *Can. Tax Journal*, Partie I, 330.

REMILLARD, Gil. "Ottawa ne peut imposer des normes nationales" dans *Le Devoir*, 1er Juin 1984.

RHÉAUME, Jean, "L'Accès aux Documents du Cabinet en vue du Contrôle Parlementaire des Finances Publiques: deuxième épisode de l'affaire *Vérificateur général du Canada*, (1988) 19 *R.G.D.* 445

SCOTT F.R., "The Constitutional Background of Taxation Agreements" , (1955-56) 2 *McGill Law Journal* 1.

SMILEY, D.V., *Conditional Grants and Canadian Federalism*, Toronto, Canadian Tax Foundation. 1963, 72.

SMILEY, D.V., BURNS, R.N., "Canadian Federalism and the Spending Power: Is Constitutional Restriction Necessary" ,(1969) 17, *Canadian Tax Journal* 467.

TRUDEAU P.E., "Les octrois fédéraux aux universités" dans *Le fédéralisme et la société canadienne française* (1967) p. 4.

SMILEY D.V., "Canada in Question : Federalism in the Eighties" (1980) ch 8 ;

"Constitutionalized Intergovernmental Agreement and Third Parties: Canada and Australia", (1992) 55 *Alta L.Rev.*, 763-847.

WILSON, Thomas, DUNGAN, Peter, *Fiscal Policy in Canada: an Appraisal*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1993, pp. 224, 11.

MONOGRAPHIES

BEAUDOIN, G.A., *Droit Constitutionnel Canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur.

BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada Nouveau 1967*.

BIRD, Richard M., *Fiscal dimensions of Canadian Federalism*, Ottawa, Canadian tax foundation, 1980, 151 pp.

BOREHAM, Gordon, *Money Banking and Finance: the canadian Context*, Holt, Rinchart and Winston of Canada, 1993.

BROSSARD, J., *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, P.U.M., 1967, pp. 438-441.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, président Murray Dorin, Fasc. 65; 1er Juin 1993 (témoin David Dodge).

CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès-verbaux et témoignages du comité permanent des Finances*, Fasc. 21, Lundi 19 juin 1989, président Don Blenkain, P. 21:7, Témoin: M. Little.

COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, *Rapport final*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1972, 128 (Co-présidents: Sénateur G.L. Malgat, Mark MacGuigan)

COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, *Rapport final*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1992, 128 (Co-présidents: Beaudoin-Dobbie)

COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA CONSTITUTION, *Rapport Final*, Québec, Ministère de la Justice, 1956.

COMMISSION ROYALE SUR LA FISCALITÉ (COMMISSION CARTER), (6 Vol), *Report*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966

COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport*, Vol. 3, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et services, 1985, 779. (Commission McDonald)

COMMISSION SUR LES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la commission Rowell-Sirois*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

COMMISSION ROYALE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT AU CANADA, *Rapport volume 3*, Ottawa, Centre d'éditions du gouvernement du Canada, 1985, 779 pages, p. 284.

DIRECTION GÉNÉRALE DE PLANIFICATION DES FINANCES, *La dynamique des finances publiques*, Québec, Ministère des finances, 1982.

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA POLITIQUE FISCALE, *La péréquation fiscale: complément essentiel au régime d'imposition des provinces*, Québec, Ministère des finances, 1982.

DUSSAULT, R. et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, Québec, *Les Presses de l'Université Laval*, (2e éditions), Vol II, 1986, P.U.L.

GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Chambre des communes, 1982, 174.

HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, (3e ed.) Toronto, Carswell, 1992.

INSTITUT DES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston, Université Queen, 1991, 110 p.

KESSELMAN, Jonathan R., *Direct expenditures versus tax expenditures for economic and social policy.*, Vancouver, University of B.C., 1989, 51 p.

P.W. HOGG, *Meech Lake Constitutionnal Accord Annotated*, Toronto, Carswell, 1988, 85 pp.

LaFOREST, G.V., *The Federal Power of Taxation under the Canadian Constitution*, *Canadian Tax Papers*, Canadian Tax Foundation, No. 46, April 1967, ch. II.

LASKIN, B., "The Provincial International Agreements", dans *Ontario Advisory Committee on Federation, Background papers 2* 1970, 101-111.

LESLIE, Peter M., NORRIE, Kenneth, IP, Irene K., *Partnership in Trouble, Renegotiating fiscal Federalism*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1993, 174.

LÉVESQUE, Gérard D., *lettre Gérard-D. Lévesques à Michael Wilson*, Dossiers SAIC.

MASLOVE PRINCE et DOERN, *La budgétisation au fédéral et au provincial*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 220.

MINISTRE DES FINANCES, *Taxe sur les produits et services, Documents techniques*, Publié par l'honorable Michael Wilson, Présenté à la Chambre des communes par l'honorable Michael F. Wilson, Ottawa, Ministère des finances, août 1989.

MINISTRE DES FINANCES, *Le discours du Budget*, Présenté à la Chambre des communes par l'honorable Michael F. Wilson, le 27 avril 1989, p.1. 5. Le plan financier, Maîtriser la dette publique, p. 85.

MINISTRE DES FINANCES, *Les préférences fiscales du régime d'imposition au Canada*, Direction générale des politiques fiscales, Québec, 1981.

MINISTÈRE DES FINANCES, *Discours du budget 1968-87, Les arrangements fiscaux: vers un désengagement du gouvernement fédéral*, Québec, 1982.

PÉPIN et OUEILLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Éditions Yvon-Blais, 1982, 666.

REMILLARD, G., *Le fédéralisme canadien, Tome 1, La Loi constitutionnelle de 1867*, Montréal, Québec-Amérique, 1983.

RUSSEL, Peter, H., *The Canadian constitutional odyssey: can Canadians become a sovereign people ?*, 2^{dn} édition, Toronto, Toronto University Press, 1991, 317 pp.

SMITH Roger S., *Tax expenditures: an examination of tax incentives and tax preferences in the Canadian federal income tax system*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1979, 173 p.

TRENT UNIVERSITY, *Federalism in Canada and Australia, Historical perspective 1920-88*, Ed. B.W. Hodgins, John J. Eddy, S. Grant, J.S. Ruthers, Peterborough, Trent University, 1989.

TRUDEAU P.E., *Le fédéralisme et la société canadienne française*, Éditions HMH, Montréal, 1967, 188.

TRUDEAU P.E., *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement Canadien, Document de travail sur la constitution*, Ottawa, 1969

WILTSHIRE, Kenneth, *Planning and Federalism, Australian & Canadian Experience*, St-Lucia, University of Queensland, 1986, 331.

WILSON, T., & DUNGAN P.D. *Fiscal Policy in Canada: An Appraisal*, ACTEF, Toronto, Canadian Tax Papers, 1993, 224.

PUBLICATIONS ANGLAISES

WHEARE, K.C., *Federal Government*, 4^e édition, Oxford, 1963, 93 p.

WHEARE, K.C., *Constitutional Structure of the commonwealth*, Oxford Clarendon Press, 1961, 198.

WHEARE, K.C. *Federal Government, 4th ed.*, Oxford, Oxford Paperback, 1967.,266, 99.

PUBLICATIONS AUSTRALIENNES**MONOGRAPHS**

ALBINSKI, Henry S., *Canadian and Australian Politics in Comparative Perspective*, New York, Oxford University Press, 1973, 440

BINNS K.U., *Federal financial Relations in Canada and Australia: Report Prepared For the Government of Tasmania*, Hobart, Government Printer, 1948.

BRENNAN, GREVAL & GROENEWEGEN (ed) *Taxation and Fiscal Federalism, Essays in honour of Russel Mathews*, Rushcutter Bay, Australian National University Press, 1988, 250

WALSH, Cliff, "Federalism Australian Style: Towards Some New Perspective".

HANKS, Peter P.J., *Constitutional Law in Australia*, Australia, Butterworth, 1991.

MATHEWS, R.L. *Intergovernmental Relations in Australia*, Sydney, Angus and Robertson, 1974

MATHEWS, R.L. *Responsability Sharing in a Federal System*, Research Monograph, n° 8, Centre for research on Federal Financial Relations, The Australian National University Press, Canberra, 1975.

MAXWELL, J.A., *Commonwealth-State and Financial Relations in Australia Since Federation*, Melbourne, Nelson, 1972

MAY, *Federalism and Fiscal Adjustment*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

MAY R.J., *Financing the small states in Australian Federalism*, Melbourne, Oxford University Press, 1971.

MAY, R.J., "The Commonwealth Grants Commission and Policy Formulation in the Claimant States", *Public Administration*, Australia, v. 21, v°3, 1962.

ARTICLES

CULLEN Richard, "Canada and Australia: a Federal Partying of the Ways", (1988) 18 *F.L. Rev.* 53, 84.

GOLDRING, John, "Accountability of Commonwealth Statutory and "Responsible Government", (1980) 11 *F.L. Rev.* 4.

HARTWELL, C.M., "The Pastoral Ascendency" dans GREENWOOD, G, *A Social and Political History of Australia*, (1955) 83

MAXWELL, J.A., "Federal Grants in Canada, Australia and United States", in Publius, *The Journal of federalism*, Summer 1974, p. 63 ss.

OPESTEIN. "Section 90 of the Constitution and the Problem of Precedent", (1986) 16 *F.L. Rev.* 170-211

SOWER, Geoffrey, "The External Affair Power", (1983) 14 *F.L.Rev.* 199-207.

SACKVILLE, R, "Social Welfare in Australia: the constitutional Framework" (1973) 5 *F.L. Rev.* 248.

SAUNDERS, C, "The Development of the Commonwealth Spending Power" (1978) 11 *Melbourne University Law Review* 369.

STARKE, Q.C., "Government Central Over State: Negative result of the December 1984 Referendum" (1985) 59 *ALJ* 196

PUBLICATIONS AMÉRICAINES

- ANWAR Syed Tariq, "The Impact of the Structural Impediments Initiatives (SII) on U.S.-Japan Trade" dans (1992) 16 *World Competition Law & Economics R. 2*, 53-65
- ADARKAR, B.P., *The Principles and Problems of Federal Finance*, P.S. King, 1933.
- BAHL R., MARTINEZ-VALQUEZ J., "Central City-Suburban Fiscal disparities", , (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 420.
- BAADE, Hans W. "Mandatory Appropriation of Public Funds: A Comparative Study", (1974) 60 *Virginia L.R.* 393.
- BARBER, David H., *Legalines constitutional law*, 8e edition, Gardena (CA), HBJ, 1985
- BREAK Georges, F., "Intergovernmental Fiscal Relation", Washington, D.C., Broking Institute, 1966.
- BROADWAY, R. "Federal Provincial Relations in the Wake of Deficit Reductions", (1989) *State of Federal*, 107-135.
- BROWN, R.D., "The Comparative Impact of Direct Federal and State/Provincial Taxes on People Transfers in the Canada-United States Context Tax Equalization", (1990) 66 *Canada-U.S. L.J.*, 227-258.
- BUREAU, Dominique, CHAMPSAUR, Paul, "Fiscal Federalism and European Economic Unification", (1992) 82 *American Economic Review*, no. 2, p. 88-92.
- CHERNICK H., "A Model if the Distributional Incidence of State and Local Taxes", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 572.
- CUTLER A Claire and ZACHER, Mark N., *Canadian foreign policy and international economic regimes*
- FISHER R.C., NAVIN J.C., "State Local Fiscal Behavior: Analysis of Interjurisdictional Differences, 1962-1987", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 433.
- DOWNES T.A. & POGUE T.F., "Intergovernmental Aid to Reduce Fiscal Disparities: Problems of Definition and Measurement", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 468.
- DOWLNING P., "The Revenue Potential of Users Charges in Municipal Finance", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 512.
- DYE R.F., "The Effect of Earmarked Revenues on the Level and Composition of Expenditures", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 4, 543.
- LADD H.F., " Mimicking of Local Tax Burdens Among neighboring Countries", (1992)

20 *Public Finance Quaterly*, 4, 450.

MILLER, J., "Opportunity for Cooperative Federalism", (1989) 9 *Virginia Tax Review* 2, p. 243-271.

MONYPENNY, Phillip, "Federal Grants in Aid to States Governments: a Political Analysis", 1960 (XIII) *National Tax Journal*, 1, 1.

NETZER D., "Differences in Reliance on User Charges by American State and Local Governments", (1992) 20 *Public Finance Quaterly*, 4, 499.

(1990) XLIII *N.T.J.* 2, 113.

"Utility question and Fiscal Federalism", (1990) xliii *N.T.J.* 2, 113.

OAKLAND, William H., "Financing local government in the 1990s", (1992) 20 *Public Finance Quaterly*, 4, 413.

RESCHOVSKY A, SCHWARTZ A.E., "Evaluating the Success of Need-Based State Aid in the Presence of Property Tax Limitations", (1992) 20 *Public Finance Quaterly*, 4, 483.

REISHAUER, "Taxes and Spending under Gramm-Rudmar-Holling", (1990) 43, 3 *N.T.J.* 223.

SAXTON, H.J., "The Economic Damage of Tax Increases and Fiscal Irresponsability", 16 *Salon Hal lege*, 465-79, '92.

SHAVIRO, Daniel, "An Economic and Political Look at Federalism in Taxation", (1992) 90 *Michigan Law Review* 5, p. 895-991

SHRODER, M., "Approximately Efficient Federal Matching Grants for Subnational Public Assistance", (1982) XLV 2 *N.T.J.* 155.

STRAUSS, "Fiscal Federalism and the Changing Global Economy", (1990) XLIII, 3 *N.T.J.* 315.

SURREY, Stanley, S., *Patways to tax reform, the concept*, Cambridge, Harvard University Press, 1973, 418 p.

SUTHERLAND, A.E., *Constitutionalism in America, Origin and evolution of its fundamental ideas*, Harvard, Blaisdel Publishing Co., 1965, 618-501

"The differing Federalism of Canada and United States", 55 *Law and Contemporary Problems*, 107-20, Win 92.

TRIDIMAS G., "Budgetary Deficits and Government Expenditure Growth: Toward a More Accurate Empirical Specification", (1992) 20 *Public Finance Quarterly*, 3., 275.

WAGNER, Richard E., *The tax expenditure budget: an exercise in fiscal impressionism*, Washington, Tax Foundation, 1979.

WARREN, Gregory C., *Silent spending, tax expenditure and the competition for public dollars*, Lansing (Mich.), House fiscal Agency, 1990, 29 p.

WILDASIN, D.E. "Budgetary Pressures in the EEC: A Fiscal Federalism Perspective", (1990) 80 *American Economic Review* pp. 69-74.

1992 *U.S. Master Tax Guide*, Chicago, CCH, 1991, 648, p. 539

AUTRES PUBLICATIONS ET ARTICLES ÉTRANGERS

ALLIX Edgar, *Traité élémentaire de science des finances et des législations financières françaises*, Paris, Rousseau et cie éditeurs, 1931, 1172.

ANASTOPOULOS, Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J. 1979, 440.

AUBERT, J.F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 vol, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967.

BARRERE Alain, *Politique financière*, Paris, Dalloz, 1958, 595 p.

BIRCH, A.H. *Federalism, Finance and Social Legislation, in Canada, Australia and United States*, Oxford (UK), Clarendon Press, 1955, pp. 314.

BUTLER, W. & KLETZER, K.M., "Fiscal Policy Coordination as Fiscal Federalism: Economic Integration, Public Goods and Efficiency in Growing Economics", (1992) 36 *European Economic Review*, p. 647-653.

DURAND Charles, *Confédération d'États et État fédéral: réalisations et perspectives nouvelles*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1955.

DUE, John, F. *Government Finance: Economics of the Public*, Irwin, 1968, p. 485,

INMAN, R. and RUBINFIELD D.L., "Fiscal Federalism in Europe: Lessons from the United States Experience", (1992) 36 *European Economic Review* no. 2, 654-660

LEROY-BEAULIEU, P., *Traité de la science des finances des revenus publics*, Paris, Librairie Guillaumin, 1879, 762 p.

OCDE, *Politiques, marché et échanges agricoles, suivi et perspectives*, 1993, 392 p

OCDE, Committee of Fiscal Affairs, *Tax Expenditures: a review of the issues and country practices*, 1984

PLIAKOS, Asteris, "La Nature Juridique de l'Union Européenne", (1993) 29 *Revue trimestrielle de droit européen* 187-224, 215.

RAIMONDO, H.J. "Leviathan and Federalism in the United States", (1989) 17 *Public Finance Quarterly* 2, pp. 204-215.

STRAUSS, R., "Fiscal Federalism and The Changing Global Economy", (1990) 43 *National Tax Journal* 315-320.

YOUNGMAN Joan, "Legal Aspects of the United-States Property Taxation: the Federal Role in Local Taxation", (1989) 8 *Property Tax Journal* 4, 263-275.

JURISPRUDENCE CANADIENNE

Anger c. Le Ministre du revenu national, [1957] R.C.E. 83.

Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario, [1937] A.C. 355.

Affaire de prohibition locale, [1896] AC 348.

Bank of Toronto Dominion c. Lambe, (1887) 12 AC 575.

Bonanza Creek Gold Mining c. The King, [1916] 1 A.C. 566.

Canada Temperance Federation, [1946] A.C. 193.

Johannesson c. Rural Municipality of West St-Paul, [1952] 1 R.C.S. 292.

Maritime Bank (Liquidator) c. Receiver General of New Brunswick, (1892) A.C. 437.

Munro c. National Capital Commission, [1960] RCS 663.

P.G. Alberta c. P.G. Canada, [1939] A.C. 117 confirmant [1938] R.C.S. 100.

Russell c. R., (1882) 7 A.C. 829.

Tomell Investment Ltd. c. East Marstock Lands Ltd, [1978] R.C.S. 974.

R. c. Crown Zellerbach, [1988] 1 R.C.S. 401.

Renvoi sur la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

Régime d'assistance publique du Canada (C-B), C.S. Can. 22017, 19914-8-15, J.E. 91-1267, [1991] 2 R.C.S. 525.

Re: Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297

Canada (Ministre des finances, Ministre de la santé nationale et du bien-être social, Procureur général du Canada) c. James Finlay, [1983] 1 RCS 1080, 1133.

Anger v. Minister of National Revenue, [1957] R.C. de l'E. 83.

Porter v. The Queen, (1956) 1 R.C. de l'E 200.

Rex v. Red Line Ltd (1930) 54 C.C.C. 271.

Reference: *The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427.

JURISPRUDENCE AUSTRALIENNE

Peterswald v. Bartley, (1904) 1 CLR 497.

Commonwealth Oil Refineries Ltd v. South Australia, (1926) 38 CLR 408.

John Fairfax & Sons Ltd v. New South Wales, (1927) 39 CLR 139.

Crothers v. Sheil, (1933) 49 CLR 399.

Vacuum Oil Co Pty Ltd v. Queensland, (1934) 51 CLR 108.

O Gilpin Ltd v. Comnr. for Road Transport and Tramsways (1935) 52 CLR 189.

A.G.(NSW) v. Homelbush Flour Mills Ltd (1937) 56 CLR 189.

Hartley v. Walsh (1937) 57 CLR 372.

Matthews v. Chicory Marketing Board (1938) 60 CLR 263.

Hopper v. Hegg & Egg Pulp Marketing Board, (1939) 60 CLR 263.

Parton v. Milk Board, (1949) 80 CLR 229.

Hughes and Vale PTY Ltd v. New South Wales, (1953) 87 CLR 49.

Browns Transport Pty v. Kropp, (1958) 100 CLR 117.

Dennis Hotel s Ptyv. Victoria, (1960) 104 CLR 529.

Withehouse v. Queensland, (1960) 104 CLR 609.

Swift Australian Co (Pty) Ltd v. Boyd Pakinson (1962) 108 CLR 189.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Affaire des importations françaises au Brésil, I.B.D.D., 4, p. 24.

LÉGISLATION CANADIENNE

Accords de location du domaine fiscal, Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage de l'impôt, 1956 SC c. 29, abrogé SC 1988, c. 2, article 68, annexe IV, no. 2.

Loi de 1964 sur la révision des arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, Loi sur les programmes établis (arrangements provisoires), 1964-65, ch. 54, art. 3.

Loi de sur les arrangements fiscaux, 1967-77, c. 10, art 4.1 tel que modifié par 1982 S.C. 94 au niveau de la garantie de recettes et par (1974) 32-33 S.C. c. 13.

Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, S.C. 1972, c. 45.

Loi modifiant la loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis et prévoyant des paiements à certaines provinces, 1980-81-82-83. c. 94.

Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé, S.C. 1976-77 c. 10; S.C. 1984 c. 13.

Loi sur les arrangements fiscaux, S.R.C. 1985, c. F-8.

Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé, S.C. 1992, c. 10.

Loi instituant un plafond pour les dépenses publiques, S.C. 1992, c. 19.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, tel que modifiée (1985) LRC 5e supp.

Loi sur les Accords de Bretton-Woods, LRC (1985) c. B-7.

Loi sur la gestion des finances publiques, SRC c. F-11.

Loi modifiant la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement post-secondaire et de santé, 1994, c. 2. (Bill C-3 (déposé à la chambre des communes le 25 janvier 1994, sanctionné le 24 mars 1994).

Loi d'interprétation, LRC (1985) c. I-21, par. 26(2).

LÉGISLATION QUÉBÉCOISE

Loi sur le Régime des rentes du Québec, LRQ, c. R-9.

LOIS CONSTITUTIONNELLES

Loi constitutionnelle de 1867, 30 31 Victoria, c. 3.

Loi constitutionnelle de 1982, 23-24 RU c. 53; (1985) LRC supp. 5 no. 42.

LÉGISLATION AMÉRICAINE

Glass-Steageall Act, 12 USCA § 347, 412.

Internal Revenue Code.

TRAITÉS INTERNATIONAUX

Accord de libre-échange entre le Royaume-Unis et l'Irlande de 1965, (1965) 565 RTNU 58.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, (1950) R.T.N.U. 188; [1947] R.T. Can n° 27.

Statuts du Fonds monétaire international, (1945) 2 RTNU 39; (1945) 2 RTNU 134. dans *Loi sur les Accords de Bretton-Woods*, LRC 1985, c. B-7, Annexe I, ci-après cité *Statuts du FMI*.

l'Accord de libre-échange Canada États-Unis, le 4 octobre 1987 (ALE)

Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht, le 7 février 1992 (non ratifié par tous les États-membres), dispositions préliminaires et article 25, titre II.

Traité C.E.E., (1957) 298 RTNU 3, signé le 25 mars 1957.

INDEX ANALYTIQUE

- A**
- Affectation des crédits 105, 112, 133, 157, 175, 221, 222, 242, 243, 286
- Anastopoulos 36, 40, 41, 50-53, 55, 56, 59, 62, 63, 66-68, 73-75, 77, 79, 80, 85,
230, 256, 262, 277-279, 288, 289, 290, 304
- Arrangements fiscaux 24, 35, 36, 71, 107, 112, 113, 180, 182-185, 187, 191,
194, 196, 199-202, 257, 259, 298, 306, 307
- Arrêt Anger 164
- Arrêt de L'assurance chômage 159
- Arrêt Finlay 175
- Aspects pratiques 4, 87, 88
- Aspects théoriques 36, 38
- B**
- Banque du Canada 4, 8-11, 14
- Beetz, l'Hon. Juge 152
- BIRD 14
- C**
- Carter, Rapport 107, 182
- Charlottetown 37, 219, 220, 222, 259
- Chevrette, Prof. 154
- Colonie 37, 90, 114, 115
- Communauté Européenne 5, 41, 56, 231, 264, 265, 268, 271, 272, 274, 275, 291
- Confédération 29, 39, 41, 42, 48, 68, 75, 76, 188, 256, 257, 259, 264, 271, 280,
284, 285, 304
- D**
- Développement régional 1, 3, 13, 25, 32, 72, 81, 112, 119, 183, 195, 203, 204,
206, 215, 220
- Driedger 144, 155, 169, 293
- Droit communautaire 56, 264-268, 271, 274
- Dupré S. 212
- E**
- Économie politique 6, 7, 28, 29, 33, 36, 87, 100, 222, 260, 261, 288
- Engagements internationaux 6, 13, 17-19, 21, 27, 28, 180, 182
- Ententes 35, 43, 48, 82, 98, 113, 135, 137, 159, 171, 182, 197, 201, 218,
220-231, 244, 254, 258, 282, 285
- États-Unis 5, 11, 17, 20, 20, 29, 43, 47, 50, 90, 96, 107, 113, 146, 162, 168, 197,
245, 258, 264, 271, 274, 274, 275, 278-282, 284, 307
- Europe 11, 20, 40-43, 50, 77, 255, 264, 265, 265, 268, 270-272, 275, 291, 304
- F**
- Fédéralisme coopératif 68, 71, 74, 75, 80, 81, 135, 141, 256, 258, 268, 282
- Fédéralisme fiscal 2-4, 7, 11, 32, 42, 47-49, 63, 65, 70, 72, 80, 82, 88, 113, 115,

	116, 118, 132, 139, 141, 154, 157, 158, 176, 182, 183, 188, 199, 202, 205, 223, 224, 231, 239, 256, 262, 274, 289, 297
Fédération	40, 42, 43, 51, 54, 63, 68, 71, 78, 113, 114, 140, 151, 178, 229, 244, 245, 250, 258, 272, 279, 285, 294
FMI	9, 14, 16-18, 178, 307
Formation professionnelle (Formation de la main d'oeuvre)	162

G

GATT

19-21, 182, 264, 274, 275

H

Hogg

69, 142, 154-158, 193, 195, 198, 211, 256, 258-259, 281, 282, 293, 297

L

Lac Meech

37, 74, 140, 161, 207, 210, 211, 292

Laforest

94, 106, 147-149, 154, 157, 297

N

New Deal

30, 279

O

OCDE

2, 12, 19, 21, 168, 180, 286, 304

P

Paix ordre et bon gouvernement

59, 165, 233, 260

Péréquation

2, 3, 8, 11, 13, 24, 25, 29, 30, 44, 69-74, 76, 80-82, 118, 141, 182,
183, 195-204, 208, 215, 234, 239, 244, 247, 249, 261, 297

Petter

36, 53, 54, 64, 135, 138, 139, 154, 167, 212, 294

Politique budgétaire

22, 30

Politique commerciale

6, 19, 42, 264

Politique fiscale

1, 2, 4, 11, 20, 26, 30, 37, 48, 49, 73, 80, 92, 113, 116, 156,
190, 196, 198, 200, 202, 216, 240, 260, 269, 271, 297

Politique monétaire

4, 6-11, 13, 15, 17, 19, 26, 30, 34, 66, 137, 216, 271, 274

PRINCIPE D'AUTONOMIE

40, 52, 57, 65, 77, 135, 216, 261

PRINCIPE DE CONNEXITÉ

51, 52, 65, 79, 147, 273, 288

Programmes établis

2, 3, 23, 24, 29, 30, 35, 44, 63, 141, 173, 180, 182-188, 190,
192-194, 199, 206, 238, 306**Q**

Québec

2-4, 3, 11, 13, 24, 25, 30, 35, 38, 52, 63, 68, 70-72, 74, 91, 93, 96, 99,
100, 113-115, 140, 143, 152, 161, 184-190, 192-203, 208, 209, 211,
224-230, 238, 260, 281, 289, 292, 296, 297, 398, 307

R

Rémillard 37, 38, 83
 Renvoi sur la loi anti-inflation 59, 86, 165, 307
 RESPONSABILITÉ FISCALE 13, 44-46, 48, 50, 51, 55, 64, 65, 70, 72, 83, 87, 88,
 147, 154, 157, 168, 174, 180, 181, 199, 262, 273, 281

S

Scott 137, 138, 144, 227, 294
 Subsidiarité 56, 57, 60, 267, 268, 270-272, 274, 290
 Suprématie fédérale 55, 56, 60, 67, 68, 99

T

Taxation directe 89, 97, 99, 102, 103
 TPS 25, 26, 94, 102-107, 119, 269
 Transferts financiers 3, 11, 23, 24, 46, 57, 63, 73, 77, 80, 81, 117, 127-129, 141,
 147, 153, 159, 167, 169, 177, 178, 180, 182-184, 188, 192, 193, 206,
 235, 236-238, 240, 247-252, 259, 280
 Transferts par points d'impôts 239
 Trudeau 62, 134, 137-140
 142-144, 154, 157, 161, 162, 205, 207, 208, 259, 295, 398

U

Uniform tax case 116, 121, 126, 127, 132, 155, 235, 236, 239, 247, 259
 Usage 4, 6, 7, 29, 33, 35, 52, 72, 73, 80, 82, 89, 97, 109, 117, 127, 135, 158,
 159, 162, 173, 210, 241, 244, 248, 251, 252, 261, 284, 286

W

Welfare clause 144, 276, 277, 279, 281
 Wheare 46, 51-54, 65, 73, 74, 115, 120, 132, 146, 147, 158, 181, 216, 233, 236
 246, 251, 252, 262, 276, 285, 286, 290, 298, 299
