

LE DÉFI DU FÉDÉRALISME FISCAL DANS  
L'EXERCICE DU POUVOIR DE DÉPENSER

Michel Maher\*  
Ottawa

---

*Le pouvoir fédéral de dépenser est reconnu comme le pouvoir du gouvernement fédéral d'effectuer des dépenses dans des matières concernant lesquelles il n'a pas nécessairement de compétences constitutionnelles. Dans un État fédéral caractérisé par le partage des pouvoirs entre les ordres de gouvernement, cela peut sembler contradictoire eu égard aux principes fondamentaux. Cependant, le pouvoir fédéral de dépenser est reconnu dans plusieurs États fédéraux, incluant le Canada, car il constitue un outil essentiel de politique fiscale. Il procure des avantages importants aux opérations gouvernementales en permettant une flexibilité des moyens financiers et une intégration du système fiscal. Son fondement juridique, qui est déterminant en ce qui concerne son objet et son étendue, devrait être analysé à la lumière des principes modernes de l'économie politique. L'auteur examine sommairement les théories existantes et il propose que le fondement juridique du pouvoir fédéral de dépenser serait si solide qu'il puisse être nécessaire de le constitutionnaliser afin d'en faciliter le contrôle. Il ne fait pas de doute que le pouvoir de dépenser devrait être enchâssé dans la Constitution de façon à servir les objectifs du fédéralisme coopératif.*

---

*The spending power has been known as the power of the federal government to spend money for subject matters that are not necessarily related to its constitutional jurisdiction. In a federal state which is characterized by the division of power, this may appear as a contradiction of the fundamental principle. However, the spending power is in fact well known in most federal states, including Canada as it developed as an essential tool in fiscal policy. It gives important benefits to the operations of the government by allowing enhanced flexibility of financial means and integration of our tax system. Its legal base, which is critical in determining its purposes and object, should be analysed in the light of modern principles of political economy. The author reviews and analyses existing theories and proposes that, contrary to certain theories, the legal basis of the federal spending power is*

---

\* Michel Maher, avocat, LL.M., Ottawa, Ontario. Ce texte est inspiré d'un mémoire de maîtrise présenté à l'école des Études supérieures en droit de l'Université d'Ottawa. L'auteur remercie le professeur Daniel Proulx de la faculté de droit de la même université. Les opinions et les idées qui y sont exprimées n'engagent que l'auteur.

*so strong that it should be defined in order to facilitate and to control its use. There is no doubt that the spending power should be preserved and recognized in the Constitution in order to insure that it serves the purposes of cooperative federalism.*

---

Introduction .....	404
Partie I — Les principes généraux en cause .....	405
a) <i>Principes d'économie politique: la responsabilité fiscale, l'autonomie budgétaire et l'autonomie du financement des dépenses</i> .....	405
b) <i>Principes de droit constitutionnel: les pouvoirs d'imposition, les pouvoirs d'affectation de crédits et le pouvoir de dépenser au Canada</i> .....	407
Partie II — Le pouvoir de dépenser .....	413
a) <i>Le modèle canadien en regard des autres systèmes fédéraux en matière de finances publiques</i> .....	413
1) <i>Le pouvoir de dépenser, instrument de mise en oeuvre du fédéralisme coopératif</i> .....	413
2) <i>Le pouvoir de dépenser, outil flexible du fédéralisme fiscal</i> .....	417
b) <i>Le fondement juridique du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral</i> .....	422
1) <i>Du fondement juridique basé sur la garantie de l'équité horizontale</i> .....	424
2) <i>Du fondement juridique basé sur l'absence de limites quant à la connexité budgétaire</i> .....	427
Conclusion .....	429

---

### *Introduction*

Compte tenu de son niveau de taxation globalement élevé, la population attend de la classe politique des actions concrètes pour régler les problèmes sociaux-économiques et fournir les services. Par ailleurs, les arrangements fiscaux et le partage de l'assiette fiscale de notre système fédéral retiennent de plus en plus l'attention dans le débat sur l'unité du pays. Faut-il changer notre système de gouvernement afin de résoudre nos problèmes économiques ? Si oui, comment en améliorer les aspects financiers ? Sinon, comment nos dirigeants politiques peuvent-ils exercer leur pouvoir actuel de façon à favoriser une politique progressive en ce qui concerne la croissance, le plein emploi et les programmes sociaux ? Avant même de répondre à ces questions, qui relèvent de choix de société, nous devons nous fonder sur une analyse approfondie des aspects constitutionnels en matière de finances publiques. C'est l'approche que nous proposons.

Dans une première partie, cet article présente un exposé sommaire des principes économiques et constitutionnels fondamentaux des systèmes financiers de notre administration publique. Dans une deuxième partie, nous exposerons les grandes questions relatives au pouvoir de dépenser. Plus spécifiquement nous verrons les aspects particuliers du système de finances publiques canadien en regard d'autres systèmes fédéraux. Enfin, nous présenterons notre approche en ce qui concerne les fondements juridiques du pouvoir de dépenser.

### Partie I — *Les principes généraux en cause*

#### a) *Principes d'économie politique: la responsabilité fiscale, l'autonomie budgétaire et l'autonomie du financement des dépenses*

Le partage des sources de revenus et des bases d'imposition est une donnée fondamentale de tout système de finances publiques. Dans un État fédéral, il est fort possible qu'un niveau de gouvernement dispose d'un surplus de revenus et qu'un autre accuse une carence puisqu'il est impossible, au moment de la rédaction d'une constitution, de prévoir exactement l'étendue des besoins futurs de l'administration publique. Le gouvernement fédéral peut alors offrir une assistance financière aux provinces, à leurs organismes ou directement à des entreprises ou particuliers sur son territoire.

Cette assistance financière peut exister sous diverses formes de transferts. Ceux-ci peuvent être financiers ou par points d'impôts. Dans le premier cas, ces transferts sont des sommes d'argent payées aux destinataires. Dans le deuxième cas, les transferts par points d'impôts sont des réductions fiscales accordées directement aux résidents des provinces et visent à permettre à celles-ci d'occuper l'espace fiscal correspondant<sup>1</sup>. Sous l'une ou l'autre forme, les transferts peuvent être conditionnels ou non, basés sur les recettes ou les besoins. Les programmes qui les prévoient peuvent être assortis ou non de droit de retrait, et le cas échéant, avec ou sans compensation. En général, l'équilibre des pouvoirs mais aussi la saine gestion financière engagent l'État quant au principe de responsabilité financière.

Ce principe veut que le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux ou locaux soient respectivement autonomes en ce qui concerne l'administration financière de leurs opérations. Il est en accord avec deux principes complémentaires, soient l'autonomie budgétaire et l'autonomie de financement des dépenses.

Le principe d'autonomie budgétaire veut que les collectivités fédérales, fédérées et locales planifient, promulguent et contrôlent leurs budgets respectifs. Ce principe appliqué aux dépenses doit forcément être reflété dans la gestion des recettes puisque la couverture des dépenses est généralement assurée par des ressources propres. Lorsque l'État dispose d'une compétence fiscale complète

<sup>1</sup> Il s'agit du fameux abattement remboursable à la ligne 440 de la déclaration fiscale fédérale pour résidents du Québec, laquelle est prévue au paragraphe 120(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985 (Supp.) 5; c. 1, et à l'article 30 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, LRC 1985, c. F-8.

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.

En fédéralisme classique, la division des pouvoirs était telle que le gouvernement central et les gouvernements régionaux étaient chacun coordonnés et indépendants dans leur sphère respective<sup>2</sup>. Le niveau des services publics était donc directement lié à la capacité de générer un financement par des ressources propres. Dans une formulation initiale, la doctrine américaine avait développé le principe du lien entre la responsabilité des dépenses et la responsabilité de leur couverture. Ce principe voulait "qu'à celui qui dépense revienne le pouvoir d'encaisser"<sup>3</sup>. En droit canadien, il s'ensuivait que le pouvoir des provinces de percevoir des recettes fiscales était strictement et limitativement déterminé par les compétences législatives attribuées sous l'empire de la Constitution<sup>4</sup>. En ne comptant que sur leurs ressources pour assurer le financement de leurs programmes, les provinces avaient pour seules options d'assumer de lourds déficits ou de laisser une large part de leur mission aux organismes de bienfaisance<sup>5</sup>.

Depuis la période d'après-guerre, ces aspects du fédéralisme classique sont introuvables dans les finances publiques des États fédéraux, puisqu'en offrant des paiements de transferts financiers aux provinces, les gouvernements centraux ont, inversé la logique même du principe de responsabilité financière. Dès lors, la règle voulait dire qu'à celui qui encaisse revienne le pouvoir discrétionnaire dans l'affectation des ressources. Par exemple au Canada, le *Rapport de la Commission Rowell-Sirois* nous apprend que le gouvernement fédéral fut justifié d'intervenir en raison de l'ampleur des problèmes économiques suivant les années 20. S'il fallait pour cela étendre ses compétences, soit, c'était davantage par nécessité que par choix<sup>6</sup>.

La raison de ce changement est que l'on voulait à tout prix éviter les problèmes similaires à la crise économique qui suivit la fin de la première guerre mondiale, par l'application moderne des principes d'économie politique. L'objectif du développement économique a donc favorisé l'utilisation des activités du gouvernement en tant qu'instrument économique visant l'atteinte

<sup>2</sup> K.C. Wheare, *Federal Government*, 4th ed., Londres, Oxford University Press 1963 à la p. 10; Les membres du Conseil privé de Londres ne croyaient pas si bien dire en justifiant la théorie des compartiments étanches par l'analogie d'un navire quittant les côtes de sa métropole.

<sup>3</sup> J.A. Maxwell, *Financing State and local governments*, Ed. Revue, Washington D.C., The Brookings Institution, 1969 à la p. 11; E. Wagner, "The Fiscal organization of the American Federalism". *Markham Series in Public Policy Analysis*, Chicago, Markham Publishing Co., 1971 à la p. 11; M.A. Pfifer et Presthos, *Public Administration*, The Ronald Press, New York, 1967 à la p. 231.

<sup>4</sup> Paragraphes 91(3) et 92(2), *Loi Constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c.3.

<sup>5</sup> "Les services sociaux" dans *Rapport de la commission Rowell Sirois*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965 aux pp. 127-129. Évoquant la disparité entre la juridiction et les ressources financières.

<sup>6</sup> Commission sur les relations entre le Dominion et les provinces, *Rapport de la commission Rowell-Sirois*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965 à la p. 18.

des objectifs de croissance et de plein emploi. Ceci signifiait, jusqu'à tout récemment, qu'au lieu d'ajuster les services selon les ressources en main, il fallait que soient mises à la disposition des administrations publiques, les ressources suffisantes pour l'accomplissement de leur mission<sup>7</sup>.

Les principes de responsabilité fiscale et d'autonomie budgétaire sont difficiles à réconcilier en raison du manque de revenus autonomes des unités politiques composantes. Malgré les apparences, le partage des sources de recettes n'offre pas de solution intéressante à ce problème. Bien que dans certains cas, une telle mesure facilite l'accès des gouvernements locaux à des sources de revenus autonomes, le partage des recettes entraîne le morcellement de l'assiette fiscale. Les ministres des Finances d'États fédéraux préféreront éviter ce morcellement car la compétitivité qu'il entraîne conduirait à un régime où les économies d'échelle et les effets de levier des mesures fiscales sont amoindris. Au surplus, la compétitivité entre les politiques fiscales des différentes régions pourrait invalider les effets positifs du marché commun, forçant l'entreprise à fonctionner de manière improductive<sup>8</sup>.

La véritable solution au problème des collectivités locales existe dans le principe de connexité budgétaire voulant que les pouvoirs exécutifs, incluant les pouvoirs d'affectation des crédits budgétaires, suivent le partage des compétences. Parce qu'il permet le respect de l'autonomie des États fédérés malgré l'insuffisance de recettes propres, ce principe réconcilie les principes de responsabilité fiscale et d'autonomie budgétaire. En favorisant les paiements de transferts inconditionnels, le principe de connexité budgétaire permet l'intégration du système fiscal à l'échelle de l'État fédéral plutôt que le morcellement des assiettes d'imposition. Pourtant, même à l'heure de la lutte aux déficits, ce système centralisé doit pouvoir continuer de résoudre le problème du manque de ressources des administrations provinciales et municipales par rapport à leurs responsabilités. Aussi, le principe de connexité budgétaire n'est pas absolu, il reste assujéti aux interprétations données aux lois constitutionnelles.

Dans le contexte d'une baisse relative des transferts financiers dans les revenus des provinces, il est évident que les provinces seront tentées de demander un nouveau partage de l'assiette fiscale pour garantir leur autonomie budgétaire.

b) *Principes de droit constitutionnel: les pouvoirs d'imposition, les pouvoirs d'affectation de crédits et le pouvoir de dépenser au Canada*

Le gouvernement fédéral dispose de pouvoirs fiscaux et financiers étendus lui permettant de constituer un fonds consolidé duquel il tire ses ressources financières en exerçant ses pouvoirs d'affectation des crédits. Ces pouvoirs sont

---

<sup>7</sup> G. Boreham, *Money Banking and Finance: the Canadian Context*, Holt, Rinchart and Winston of Canada, Toronto, 1988 aux pp. 144, 442.

<sup>8</sup> Par exemple, en forçant de s'éloigner de leur marché ou de leur source d'approvisionnement simplement pour éviter une imposition contraignante. Un système de péréquation, rendu plus efficace par un système fiscal intégré, permet de résoudre facilement ce problème.

effectivement exercés par l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>9</sup> et de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>10</sup>. Nous les examinerons donc sommairement sur le plan de la source et des modalités d'exercice, avant d'aborder le pouvoir de dépenser en tant que tel.

Les compétences constitutionnelles de l'État fédéral en matière d'imposition sont pertinentes au «pouvoir de dépenser» pour deux raisons<sup>11</sup>. D'une part, elles pourvoient aux ressources qui permettent l'exercice du pouvoir de dépenser. 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*<sup>12</sup>.

Dans la Loi constitutionnelle de 1867<sup>13</sup>, 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 pouvoir de prélèvement de deniers par tout mode ou système de taxation. Il s'agit de la part du lion encore que la gestion de savoir s'il s'agit d'un pouvoir d'imposition illimité est toujours ouverte<sup>14</sup>. Pourtant, il ne fait aucun doute que le pouvoir d'imposition du gouvernement fédéral est plus complet que celui des provinces essentiellement en raison de la distinction fondamentale entre taxe directe et indirecte qui servait originalement 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 indirectes alors en application — le Constituant faisait la promotion de la libre circulation des produits dans le Canada et d'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 suivant le règlement de la guerre de sécession<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> *Supra* note 1 [ci-après citée LIC].

<sup>10</sup> L.R.C. 1985, c. F-11.

<sup>11</sup> J.M. Mintz, *Dividing the spoils: The Federal-Provincial Allocation of Taxing Powers*, The Canada Round. no. 11, Toronto, C.D. Howe Institute, 1992.

<sup>12</sup> LIC, *supra* note 1, 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. Ces concessions fiscales envers les entreprises démontrent que le législateur poursuit une politique de mesures fiscales incitatives. Il s'écarte alors résolument du concept proposé dans le *Rapport Carter* où la Commission Royale recommandait la limitation des concessions fiscales pour la raison qu'elles étaient coûteuses et inefficaces et recommandait l'adoption du concept «dollar pour dollar». Commission Royale sur la fiscalité, *Rapport Carter*, vol. 2, Québec, La Commission, 1966 à la p. 11.

<sup>13</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

<sup>14</sup> G.-A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 3<sup>e</sup> éd., Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1982 à la p. 327.

<sup>15</sup> Ministre des Affaires Extérieures, *Symposium, Accord de libre-Échange*, Ottawa, Le Ministre, 1987 aux pp. 63, 2.

D'autre part, contrairement aux taxes indirectes, les taxes directes ne pouvaient se transmettre imperceptiblement dans le prix des produits. C'est ce qui leur valait d'être impopulaires et peu rentables. Le gouvernement britannique avait pu constater ces difficultés dans le cadre de l'*Acte constitutionnel de 1791*. 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. Cette situation posait un problème financier à deux volets. D'abord, les taxes directes alors en application étaient essentiellement constituées de taxes foncières basées sur des actifs non liquides. Ensuite, les dépenses de la colonie étant supérieures aux recettes, l'exécutif ne se privait pas de puiser dans le fonds des législatures. Ces dernières refusaient, à bon droit, d'approuver ces crédits budgétaires par complaisance, contrairement aux souhaits des gouverneurs. Une difficulté similaire avait cours dans le Haut-Canada<sup>16</sup>.

Dans ce contexte, le fait d'accorder une fraction d'une assiette fiscale de la teneur d'une taxe directe revenait donc à offrir un plat de lentilles. Pourtant, cela apparaissait justifié à une époque où l'on croyait que les besoins financiers des provinces étaient moindres que ceux de l'État central. En conséquence, l'évolution jurisprudentielle élargirait éventuellement cette base d'imposition des provinces.

En ce qui concerne les modalités d'exercice, une règle typique du droit anglais s'applique à l'exercice des pouvoirs fiscaux étant donné le caractère financier des législations qui s'ensuivent. La *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>17</sup> et la *Loi sur la taxe d'accise*<sup>18</sup> devaient et doivent encore aujourd'hui être adoptées, modifiées ou abrogées de façon particulière, soit par la présentation par l'exécutif fédéral 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 avis de motion des voies et moyens, est prévue à la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>19</sup>.

Cette disposition correspond à la codification d'une tradition parlementaire britannique<sup>20</sup>, elle-même issue d'un principe fondamental prévue à la *Magna*

<sup>16</sup> Lacourt-Gayet, *Histoire du Canada*, Paris, Flammarion, 1965 à la p. 251. C'est ce qui avait fait dire à L.J. Papineau que cette "clique du château" était composée d'oiseaux de proie de passage qui appellent s'enrichir nous gouverner", à la p. 253.

<sup>17</sup> *Supra* note 1.

<sup>18</sup> L.R.C. 1985, c. E-15.

<sup>19</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

<sup>20</sup> 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 R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, vol. 2, 2<sup>e</sup> éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1986 à la p. 470; H.W. Baade, "Mandatory appropriation of Public Funds: A Comparative Study", (1974) 60 Virginia L.R. 393 à la p. 409

*Carta*<sup>21</sup>. Dans notre droit, la motion peut être sommaire ou détaillée. S'il s'agit d'une motion sommaire, les modalités restent à définir et le législateur dispose d'une certaine discrétion<sup>22</sup>. Si elle est détaillée, le projet de loi correspondant devra s'y conformer en toutes lettres, sauf pour des corrections mineures. Dans aucun cas, le projet de loi déposé ne peut modifier, ajouter ou soustraire aucun élément substantiel aux mesures annoncées dans l'avis de motion.

Le pouvoir de dépenser peut s'exercer directement par le système fiscal<sup>23</sup>. En effet, en l'absence de toute restriction dans l'affectation des recettes, ce pouvoir peut être exercé, non seulement par le moyen des dépenses budgétaires, mais aussi par les déboursés réels qu'entraînent certaines préférences fiscales accordées par le gouvernement à divers groupes de personnes dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>24</sup>. Ces dernières sont alors prévues dans les mesures législatives permettant un report, une diminution ou une exonération relative des charges fiscales ordinairement supportées par les contribuables visés<sup>25</sup>. Il ne s'agit pas de transferts financiers, mais bien de dépenses fiscales, et dans certains cas de transferts par points d'impôts. Comme le disait si bien la Commission Carter, la matière "un dollar est un dollar d'où qu'il provienne". Est-ce que cette pratique menace la base d'imposition du gouvernement? Quelles seraient les conséquences d'un resserrement de ces règles?

Le Canada est fortement affecté par l'activité économique et fiscale qui a cours aux États-unis. Il est un vieux discours qui veut que, compétitivité oblige, il soit nécessaire d'ajuster notre fiscalité afin d'éviter que des entreprises cessent d'investir au Canada pour s'installer ailleurs. En raison du niveau de

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> *A.G. of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; où la Cour suprême a donné raison à la Cour supérieure dans son refus d'admettre l'admissibilité en preuve des travaux préparatoires du Parlement en matière de législation fiscale, à savoir les discours du ministre des finances, et ce même lorsque la constitutionnalité d'une loi était en cause.

<sup>23</sup> J.R. Kesselman, *Direct expenditures versus tax expenditures for economic and social policy*, Vancouver, University of B.C., 1989; R.E. Wagner, *The tax expenditure budget: an exercise in fiscal impressionism*, Washington, Tax Foundation, 1979; G.C. Warren, *Silent spending, tax expenditure and the competition for public dollars*, Lansing, Mich., House fiscal Agency, 1990; S.S. Surrey, *Pathways to tax reform, the concept of tax expenditures*, Cambridge, Harvard University Press, 1973 à la p. 418.

<sup>24</sup> S.C. 1970-71-72, c. 63, telle que modifiée; *LIC*, *supra* note 1.

<sup>25</sup> Mentionnons les déductions de certains coûts supportés par un contribuable en matière de frais de scolarité (*LIC*, *supra* note 1 article 118.5), de santé et de frais médicaux, (*LIC*, *supra* note 1 article 118.2), en matière d'éducation (*LIC*, *supra* note 1 article 118.6) ou encore de certaines dépenses pouvant 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 (*LIC*, *supra* note 1 sous-alinéa 6(1)(b)(ix)). Ces préférences constituent en quelque sorte une entorse au principe voulant que les dépenses personnelles ne donnent pas lieu à des déductions fiscales. Toutefois, elles sont généralement admises lorsqu'elles sont raisonnables et reconnaissent le coût supporté par un contribuable pour des besoins fondamentaux.

sophistication de notre système fiscal, celui-ci peut aussi être source d'une puissance d'action visant l'attrait des investisseurs étrangers, dont notre pays a grandement besoin pour la création d'emplois et le financement de secteurs industriels à très forte croissance. En ce sens notre système, à l'égard des entreprises, vise non seulement la collecte des impôts, mais un contrôle et une certaine canalisation de l'activité économique. Dans ce contexte, les préférences fiscales permettent d'accomplir, mieux que toute autre manière, ce que le gouvernement ne pourrait faire lui-même par des dépenses budgétaires, à savoir la création de conditions favorables à l'investissement, l'emploi et la redistribution de la richesse.

Le pouvoir d'affectation des crédits prend sa source dans les articles 102 et 106 de Loi constitutionnelle de 1867<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>. L'exercice du pouvoir d'affectation des crédits peut aussi porter sur des matières relevant des compétences des provinces en raison de l'économie du critère de "service public" qui en détermine l'objet<sup>28</sup>. Vu le caractère particulier de certaines subventions conditionnelles qui peuvent s'ensuivre, on a évoqué la notion de pouvoir de dépenser dont la source est encore l'objet de controverse.

De façon générale, la doctrine admet la définition du pouvoir de dépenser proposée dans le Document de travail du gouvernement fédéral, qui fut présente 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".<sup>29</sup>

Nous avons exposé plus haut que le pouvoir de dépenser peut être exercé tant par le moyen de préférences fiscales que par des dépenses d'opérations budgétaires. Qu'il soit exercé d'une manière ou d'une autre, le pouvoir fédéral de dépenser doit être étroitement géré par l'exécutif, en raison du caractère délicat que suppose la recherche d'un équilibre des pouvoirs dans les relations fédérales-provinciales. Cette fonction de coordination a été mise en évidence par l'émergence du phénomène d'interdépendance. En fédéralisme coopératif, l'interdépendance justifie que des questions en apparence locales puissent parfois prendre une importance à l'échelle nationale<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> *Supra* note 4, Appendices.

<sup>27</sup> *Loi sur la gestion des finances publiques, supra* note 10, article 7 (pouvoirs généraux), article 26 (dépenses publiques); art. 30 (situation d'urgence).

<sup>28</sup> *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 4 art. 106, Appendices no 5.

<sup>29</sup> P.E. Trudeau, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Document de travail sur la constitution, Ottawa, Approvisionnement et services, 1969 à la p. 4. [ci-après Trudeau].

<sup>30</sup> J. Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979 à la p. 440.

De l'interdépendance découle l'interpénétration des tâches. Cette notion veut que les contributions mutuelles des gouvernements soient nécessaires pour adapter leurs actions respectives aux nouvelles réalités économiques et sociales. Par exemple, deux paliers de gouvernement ont besoin l'un de l'autre pour exercer leurs compétences respectives en matière d'environnement. L'interpénétration des tâches et l'interdépendance démontrent généralement la raison politique de l'interfinancement, modalité essentielle de l'exercice du pouvoir de dépenser. Toutefois, lorsque l'interfinancement se fonde exclusivement sur l'assistance financière, il constitue aussi un effet du pouvoir de dépenser. Vu l'incertitude qui régnait quant à la source du pouvoir de dépenser, on peut se demander 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 l'existence de ces moyens, nous en aurions simplement reconnu la nécessité.

La reconnaissance d'un pouvoir financier spécifique n'entraîne d'effets juridiques (dont l'exercice d'un recours devant les tribunaux) que lorsque celle-ci est explicitement constatée dans une modification constitutionnelle. Cela s'est produit de façon formelle à deux reprises, lorsque les provinces ont donné leur assentiment aux modifications constitutionnelles concernant l'attribution de nouvelles compétences au Parlement fédéral. Il s'agit, dans un premier temps, de la *Loi constitutionnelle de 1940*<sup>31</sup> concernant l'assurance-chômage, et plus tard, de la *Loi constitutionnelle de 1964*<sup>32</sup> concernant les pensions de vieillesse et les prestations additionnelles.

À l'opposé, la reconnaissance informelle d'un pouvoir par le biais d'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 existence<sup>33</sup>. D'autre part, la Cour suprême a émis des réserves importantes, mais non absolues, en ce qui concerne l'annulation des actes conformes au droit mais en contravention directe avec des conventions<sup>34</sup>. Pour ces raisons, nous l'écartérons de notre champ d'étude.

En revanche, s'il était concevable de parler d'un pouvoir de dépenser implicite dans la Constitution, la démarche d'une nouvelle modification constitutionnelle ne viserait qu'à en établir les balises. 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

<sup>31</sup> 34 Georges IV, c. 36 (R.-U.).

<sup>32</sup> 12-13 Elizabeth II, c. 73 (R.-U.).

<sup>33</sup> Cette acception 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 Commission Royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, *Rapport MacDonald*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et services, 1985 à la p. 779. [ci-après *Commission MacDonald*].

<sup>34</sup> Renvoi: *Résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 854 (Juge en Chef, Juges Estey et McIntyre, dissidents).

politique de chaque négociation constitutionnelle. C'est ce que nous cherchons à élucider dans ce qui suit.

## Partie II — *Le pouvoir de dépenser*

- a) *Le modèle canadien en regard des autres systèmes fédéraux en matière de finances publiques*
  - 1) *Le pouvoir de dépenser, instrument de mise en oeuvre du fédéralisme coopératif*

Le fédéralisme classique a graduellement laissé place à l'ère du fédéralisme coopératif. Afin de faciliter l'efficacité des actions gouvernementales dans le domaine économique et financier, un minimum d'harmonisation est nécessaire en matière de droit des finances publiques. À cet égard, le Canada a été cité comme un modèle de fédéralisme coopératif<sup>35</sup>. On peut se demander si la Constitution prévoyait cette forme de gouvernement ou si cela résulte de nos traditions politiques. Enfin, est-ce compatible avec le pouvoir de dépenser? Toute discussion à cet égard nécessite de définir l'approche du fédéralisme coopératif.

Le Fédéralisme coopératif suppose l'établissement d'un consensus entre les divers paliers de gouvernement. Une notion identifiée par l'école autrichienne, la «loi de participation», rejoint cette idée en ce qu'elle signifie aussi que les collectivités composantes participent à la volonté globale de l'État fédéral. Alors qu'en principe, la «loi de participation» se reconnaît surtout en matière de modifications constitutionnelles au Canada, cette notion justifie une consultation des provinces dans l'élaboration des arrangements financiers. Cette situation est raisonnable considérant la légitimité démocratique des chambres des deux niveaux de gouvernement et l'absence de dispositions constitutionnelles relatives au partage des ressources propres. Paradoxalement, cela n'est pas étranger au fait que le pouvoir fédéral de dépenser se soit développé d'une façon particulière, comportant une étendue indéfinie dans la mesure où son existence est admise.

Pour certains, le fédéralisme coopératif peut se résumer simplement à une forme d'assistance financière sans réelle consultation avec les parties prenantes. Par exemple en Australie, l'interprétation concernant les dispositions fiscales, par l'évolution de la jurisprudence en matière de finances publiques, est

<sup>35</sup> 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." 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 (J. Anastopoulos, *supra* note 30, et P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992.) Si les notions diffèrent, il faut 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. C.A. Colliard, *Institutions internationales*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1970 aux pp. 800, 115; C. Durand, *La confédération d'états et l'état fédéral*, Paris, Librairie M. Rivière, 1955 à la p. 164.

intimement liée à celle qui a permis l'instauration d'une domination du gouvernement central en matière d'impôts sur le revenu.

En Australie, contrairement au Canada, le pouvoir de dépenser fait l'objet d'une disposition spécifique à l'article 96 de la *Constitution*<sup>36</sup>, qui le prévoit à des conditions et selon des modalités spécifiques. En raison de la portée de cette disposition sur les principes généraux du système australien de finances publiques, le droit fiscal australien constitue un intérêt particulier pour fins de notre étude.

L'importance du système d'impôt dans l'exercice du pouvoir de dépenser ne dépend pas seulement de la disponibilité de ressources, mais aussi de l'aspect beaucoup plus fondamental des objectifs du système. En Australie, leur mise en oeuvre par le gouvernement central visant à favoriser une certaine forme de fédéralisme coopératif. Pourtant, de sérieux problèmes de coopération peuvent surgir lorsque la méthode employée laisse sous-entendre que le rejet d'une subvention conditionnelle est l'option de toutes les provinces et non d'une seule. C'était d'ailleurs l'argument soutenu par les États fédérés dans l'affaire *Uniform Tax Case*<sup>37</sup>. Dans cette affaire, les États fédérés contestaient la validité constitutionnelle d'un ensemble de lois qui prévoyaient le transfert des fonctionnaires des États au gouvernement central ainsi que l'élargissement de la base d'imposition fédérale aux dépens des pouvoirs fiscaux locaux.

Alors que la Constitution de l'Australie ne permettait pas que le système d'impôt soit utilisé à d'autres fins que celles de procurer des revenus à l'État, la Haute cour a néanmoins confirmé les lois en cause sur la base d'une conception moderne du rôle de l'État. L'objectif du système d'impôt, adapté aux besoins de mises en commun des ressources, favorise maintenant l'interfinancement. D'autres régimes fédéraux connaissent des règles de droit constitutionnel explicites quant à la reconnaissance et aux modalités d'exercice du pouvoir fédéral de dépenser.

Aux États-Unis, on a identifié une extension des compétences fédérales suivant la théorie d'un pouvoir implicite de l'État central dans un arrêt-clé rendu par le juge en chef Marshall, *MacCulloch c. Maryland*<sup>38</sup>. De même, la théorie de "Necessary and proper clause" a permis au Congrès de promulguer des lois englobant des sphères de compétence des États membres. Dans l'arrêt *U.S. v. Butler*<sup>39</sup>, le pouvoir de dépenser, que la Cour devait reconnaître, était confronté

<sup>36</sup> *Constitution de l'Australie*. 63 & 64 Victoria, c. 12.1.

<sup>37</sup> *South Australia c. Commonwealth*, (First Uniform Tax Case) (1942), 65 C.L.R. 373 [ci-après *South Australia*].

<sup>38</sup> *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).

<sup>39</sup> *U.S. c. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); comparer: *Carter c. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), *Child Labour Case*, 259 U.S. 20 (1922). Voir aussi *Helvering c. Davis*, 301 U.S. 619 à la p. 639 (1937). Seule une application manifestement erronée sera déclarée invalide et *Massachusetts c. Mellon* et *Frothingham c. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) où le pouvoir de dépenser est déclaré illimité et incontrôlable et où la seule qualité de contribuable ne justifie pas l'intérêt suffisant pour contester l'affectation des impôts fédéraux; W.B. Lockhart, Y. Kamisar et J.H. Choper, *The American Constitution*, 5<sup>e</sup> éd, St-Paul, West Publishing company, 1980 aux pp. 1181, 1136.

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. C'était là reconnaître un pouvoir fédéral de dépenser relativement étendu.

Aussi, des auteurs américains ont jugé nécessaire d'exposer un point de vue nuancé quant à l'exercice de cette compétence du gouvernement fédéral<sup>40</sup>. Particulièrement critiques en matière de politiques budgétaires, ils ont dénoncé le fait que les variations de capacités fiscales entre les États ont souvent entraîné la mise sur pied de programmes d'affectation de crédits. Étant donné que ces programmes fédéraux ont démontré une efficacité variable, il devint nécessaire de concevoir des mesures de redistribution du revenu permettant de reconnaître efficacement ces différences. Les programmes d'après-guerre ont notamment permis de redresser certaines de ces situations<sup>41</sup> et dans une récente décision, *South Dakota c. Doyle*, la Cour suprême des États-Unis a balisé les limites du pouvoir fédéral de dépenser<sup>42</sup>.

Parmi les autres systèmes, seules les constitutions de la République fédérale d'Allemagne et de la Suisse ont des dispositions limitant explicitement le pouvoir fédéral de dépenser<sup>43</sup>. 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 fédéral<sup>44</sup>. Ceci nous amène à considérer une forme d'association dont l'impact est plus déterminant à l'ère des ensembles économiques continentaux.

À titre de système pré-fédéral, l'Union européenne (U.E.) est un modèle intéressant en ce qui concerne, en général, l'évolution des finances publiques et, en particulier, la fiscalité et les pouvoirs d'affectation des autorités centrales sur les revenus en provenance de leurs ressources propres. En raison de fortes

<sup>40</sup> D.H. Barber, *Legislative Constitutional Law*, 8<sup>e</sup> éd, Gardena (CA), HBJ, 1985 à la p. 42.

<sup>41</sup> 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, *In Search of Balance — Canada's Intergovernmental Experience*, Study M-68, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1971.) 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 al. 103(a) de *Internal Revenue Code*.

<sup>42</sup> *South Dakota c. Dole*, 483 U.S. 203 (1987).

<sup>43</sup> Anastopoulos, *supra* note 30 aux pp. 440, 84; Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, articles 107 et 115 dans H. Oberdoff, dir., *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Collection retour aux textes, Paris, La documentation française, 1982 à la p. 17.

<sup>44</sup> Article 9, *Traité de Bruxelles*, 17 mars 1948; Benoist, "L'Union de l'Europe Occidentale" (1955) R.G.D.I.P. 624; Vignes, "L'Union de l'Europe Occidentale" (1955) A.F.D.I. 490.

résistances de certains États membres à l'encontre de toute forme de réduction de souveraineté, les règles européennes sont parfois très détaillées. Il est donc fort probable que les communautés européennes voudront régler de manière explicite les modalités d'exercice des pouvoirs d'affectation et du pouvoir de dépenser, le cas échéant.

Selon l'état du droit communautaire en 1995, il n'est pas encore question d'un pouvoir de dépenser. Toutefois, dans les traités de l'Union européenne, aucune disposition ne contredit qu'un tel pouvoir puisse exister implicitement. Au demeurant, 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 juridique, la question relative au "pouvoir de dépenser" ne se pose pas, pour l'instant, en raison des règles strictes se rapportant aux ressources prévues de l'U.E.:

- d'abord les ressources propres de l'U.E. sont levées de façon à couvrir des dépenses spécifiques (par le mécanisme des recettes-destination)<sup>45</sup>;
- le budget de l'U.E. est soumis au principe de l'équilibre budgétaire<sup>46</sup>; et
- la règle de l'unanimité à l'U.E. s'applique aux décisions de l'U.E. lorsque des considérations influent sur les intérêts vitaux d'un État membre<sup>47</sup>.

Nous pensons que ces barrières "techniques" devraient bientôt être levées. Bien que l'U.E. applique à son budget le principe de non-affectation<sup>48</sup>, force est de constater que l'Europe devra tendre à un système fiscal intégré si elle désire maintenir son objectif d'une monnaie unique pour 1999<sup>49</sup>. Par ailleurs, en vertu du principe de subsidiarité, l'U.E. ne pourrait légiférer en dehors de ses compétences strictement définies, mais ce principe fait maintenant l'objet d'interprétations plus conciliantes.

Au Canada, l'aspect juridique du pouvoir de dépenser est resté purement accessoire. 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

<sup>45</sup> *Décision du 21 avril 1970*, J.O.C.E., 2 janvier 1971.

<sup>46</sup> Art. 199, *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.

<sup>47</sup> *Traité CEE*, *ibid.*, art. 148-2. *Traité CEE*, *ibid.*, arts. 51, 54, 56-2, 75-3, 84, 99, 100, 103, etc.

<sup>48</sup> Règlement financier du 30 juillet 1968, arts. 3, 4 et 12; il s'agit d'un système où l'ensemble des recettes forment un fonds consolidé dont aucune partie ne peut être qualitativement ou quantitativement pré-déterminée pour un objet spécifique en vertu de ses lois organiques.

<sup>49</sup> Ruding Committee, 18 mars 1992, Official Publications of the European Communities, 1987; A. Easson, "Harmonization of direct taxation in the European Community: From Newmark to Ruding" (1992) 40 C.T.J. 638 à la p. 632.

permis de réaliser de grandes réformes sociales au prix de l'acceptation, par les provinces, de l'interfinancement, de l'interpénétration des tâches, ou par l'abandon de certains de leurs domaines de compétences<sup>50</sup>. La recherche d'une raison politique aux contraintes qu'il suppose n'a pas toujours été facilement comprise de part et d'autre. Aussi, c'est dans cet esprit que les finances publiques au Canada peuvent faire l'objet d'une analyse comparative avec un régime fédéral qui lui est proche.

## 2) *Le pouvoir de dépenser, outil flexible du fédéralisme fiscal*

Le droit comparé est parfois d'un grand secours lorsqu'il s'agit de dégager des perspectives propres au droit interne, lesquelles permettent de le comprendre et de l'améliorer. 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.

Des différences culturelles, ethnologiques et sociales façonnent la culture politique et économique d'un État. Ces particularités affectent également son régime de finances publiques. Par exemple, au niveau du pouvoir de dépenser, on peut apprécier des points de divergence importants entre le système canadien d'une part et le système australien d'autre part. On peut se demander si le fédéralisme australien permet au gouvernement central de promouvoir la croissance et la stabilité au moyen d'une administration plus centralisée de collecte des recettes fiscales ou s'il s'agit simplement de la conséquence d'une plus grande uniformité de la structure sociale<sup>51</sup>.

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'imposition ont tous deux évolué jusqu'à un certain niveau de centralisation malgré des aménagements diamétralement opposés dans leur Constitution respective. De façon générale, il souligne avec justesse que l'interprétation judiciaire a renforcé la décentralisation de la fédération canadienne et la centralisation de la fédération australienne<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> 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; E.C.S. Wade et G.G. Philips, *Constitutional and Administrative Law*, 9<sup>e</sup> éd, Londres, Longman, 1977 aux pp. 187, 276-277.

<sup>51</sup> C. Walsh, "Federalism Australian style: Towards some new perspective" dans Brennan, Greval et Groenewegen, dirs., *Taxation and Fiscal Federalism*, Essays in honour of Russel Mathews, Rushcutter Bay, Australian National University Press, 1988, 250.

<sup>52</sup> R. Cullen, "Canada and Australia: a Federal Partying of the Ways" (1988) 18 F.L.Rev. 53 à la p. 84., notes 53, 59; C.D. Gilbert, *Australian and Canadian Federalism, 1867-1984*, Carlton, Melbourne University Press, 1986 aux pp. 156, 2.

En Australie, les États ont gardé une relative autonomie en vertu de la Constitution par le maintien de pouvoirs résiduels, mais l'érosion de leurs pouvoirs fiscaux devait être favorisée par les tribunaux<sup>53</sup>. À l'opposé, au Canada, notre Constitution établissait un contrôle central fort<sup>54</sup> et les tribunaux se sont chargés, lorsqu'ils ne se limitaient pas à protéger des pouvoirs déjà existants, de rééquilibrer les pouvoirs vers les provinces<sup>55</sup>. Plus spécifiquement en matière fiscale, les pères de la Constitution s'inspirèrent des théories de l'économiste et parlementaire John Stuart Mills sur le partage des bases d'imposition, dans l'intention de favoriser l'établissement d'une domination fédérale. Les tribunaux ont tranché en faveur d'une interprétation à l'avantage des provinces en tempérant la portée de la distinction entre une taxe directe et indirecte<sup>56</sup>. On observe également des démarches opposées dans la manière dont les deux pays ont évolué sur le plan du fédéralisme fiscal.

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 central s'est vu conférer une compétence dominante en matière fiscale<sup>57</sup>. Cette confrontation judiciaire aura laissé des effets durables dans les rapports intergouvernementaux dont l'*Australian Loan Council* en matière de supervision et de contrôle des États fédérés relativement à l'émission de dette. En revanche au Canada, il n'a jamais été question d'un tel organisme. Une vague rumeur 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<sup>58</sup>.

Au demeurant, la Constitution de chacun de ces pays s'est transformée à la faveur d'un équilibre naturel propre. L'Australie, qui présente davantage le

<sup>53</sup> R. Cullen, *ibid.* à la p. 84.

<sup>54</sup> C.D. Gilbert, *supra* note 52 à la p. 156; P.W. Hogg, "The Theory and Practice of Constitutional Reform" (1981) 19 *Alberta Law Review* 335; A.V. Dicey, *Introduction to the Law of Constitution*, Indianapolis, Liberty Press, 1982, aux pp. 435, 327, où il fait remarquer que la Constitution du Canada se distingue par une domination de l'État fédéral, notamment en ce qui concerne le pouvoir de désaveu et le pouvoir résiduel.

<sup>55</sup> *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario (Labour Convention Case)*, [1937] A.C. 326, en appel de [1936] S.C.R. 461; voir aussi *Citizens Insurance Co. c. Parsons*; *Queen Insurance Co. c. Parsons* (1881), 7 A.C. 96 (P.C.). Bien qu'ils soient partagés sur les motivations du Conseil privés, les auteurs s'entendent pour constater le résultat, un gain d'autonomie pour les provinces; A. Cairns, "Comments on Critics of the Judicial committee: The New Orthodoxy and an Alternative Explanation" (1986) 19 *Can. J. Pol. Sci.* (1986) 521 à la p. 523; F. Vaughan, "Critics of the Judicial Committee" (1986) *Can. J. Pol. Sci.* 500.

<sup>56</sup> *Banque Toronto Dominion c. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *R. c. Caledonian Collieries Limited* (1928) A.C. 358 (Lord Warrington); *Atlantic Smoke Shops Limited c. Conlon* (1943), A.C. 550; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Brewers and Malsters Associations c. A.G. for Ontario*, [1897] A.C. 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; *A.G. of B.C. c. Kindome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Renvoi relatif à la TVQ*, [1994] 2 R.C.S. 715 (Juge Gonthier).

<sup>57</sup> Cullen, *supra* note 52 à la p. 66.

<sup>58</sup> *Globe and Mail* (12 mars 1993) A1.

visage d'une population homogène où les régions s'apparentent facilement les unes aux autres, constitue maintenant un modèle de fédéralisme plus centralisé<sup>59</sup>. Le Canada, pays plus diversifié où l'écart entre les régions est plus accentué, se distingue par une Constitution fédérale centralisée dont l'interprétation permet l'expression de cette diversité. Ces variations importantes entre le système juridique des deux États se refléteront dans l'exercice du pouvoir de dépenser. Alors que le gouvernement central de l'Australie a su garder l'initiative avec une indépendance relative malgré une constitution décentralisée, le gouvernement du Canada, 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 pratique, à certaines provinces<sup>60</sup>.

Si l'Australie a originalement utilisé la méthode de l'affrontement pour assurer sa domination, son gouvernement central n'est pas seul à disposer de la maîtrise d'oeuvre en ce qui concerne le fédéralisme fiscal. Dans le domaine des finances publiques, le Canada a lui aussi étendu ses pouvoirs. Toutefois, en privilégiant la concertation, le gouvernement fédéral s'est ménagé une plus grande flexibilité dans l'application des pouvoirs fiscaux.

Depuis l'origine, en passant par 1944, avec les ententes intergouvernementales, et 1960, où les accords de location d'espace fiscal ont pris la forme d'accords de perception, on remarque que la domination fédérale s'est prolongée de façon continue au Canada<sup>61</sup>. La période allant de 1960 jusqu'à aujourd'hui est plus nébuleuse. Sauf en ce qui concerne le Québec, qui s'est exclu des programmes établis, et l'Alberta, qui refusait que les revenus fiscaux du pétrole et du gaz soient reflétés dans la formule de péréquation, peu de provinces ont manifesté jusqu'à tout récemment des réserves en ce qui concerne la main mise d'Ottawa sur le fédéralisme fiscal. Depuis les premières initiatives fédérales en matière de réduction du déficit, les relations intergouvernementales semblent prendre une nouvelle tournure alors que les coupures et l'application de normes nationales ont pour effet de réduire les transferts aux provinces<sup>62</sup>.

Pourtant, le pouvoir de dépenser pourrait tout autant devenir un instrument de décentralisation que de centralisation. Dès lors, on peut se demander si la source du pouvoir de dépenser peut résider dans le degré de centralisation, ou

<sup>59</sup> Cullen, *supra* note 53 à la p. 54.

<sup>60</sup> Al. 120(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra* note 1; *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, L.C. 1980-81-82-83., c. 94, art. 30.

<sup>61</sup> Le professeur Mallory reconnaît depuis le début de la Confédération diverses formes soit, le "quasi-fédéralisme" (1867-1899), le "fédéralisme classique" (1900-1930), le fédéralisme d'urgence (1930-1945), le "fédéralisme exécutif (1945-1960) et le "fédéralisme coopératif" (1960-). J.R. Mallory, "The five faces of Federalism" dans *The future of Canadian federalism*, P.A. Crépeau et B. MacPherson, dirs., Toronto, University of Toronto Press, 1965 aux pp. 3-15; K. Kellergan et Siegel, *Public Administration in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough, Nelson Canada, 1995 à la p. 453.

<sup>62</sup> Renvoi: *Régime D'Assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 (décision rendue le 15 août 1991).

à l'inverse, si l'existence du pouvoir de dépenser peut favoriser la centralisation des pouvoirs fiscaux. Les auteurs ont des vues différentes sur la façon dont celui-ci a été utilisé au Canada.

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 décentralisés<sup>63</sup>. 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<sup>64</sup>. Bien que le Canada constitue maintenant un régime moins centralisé que les États-Unis et l'Australie<sup>65</sup>, cette forme de fédéralisme qui lui semble acceptable est de toute façon justifiée par l'interprétation judiciaire du partage des pouvoirs<sup>66</sup>. Aussi, la forme centralisée du fédéralisme d'après-guerre a laissé place à un fédéralisme coopératif<sup>67</sup>. D'autres auteurs soutiennent que le système canadien est l'un des plus centralisés du point de vue fiscal<sup>68</sup>. Devant des positions aussi diverses, on ne peut que difficilement tirer de conclusions aussi péremptoires.

Certes si la simplicité était recherchée, le gouvernement central pourrait se contenter d'offrir aux provinces un traitement financier sur des bases identiques. Ce ne serait pas nécessairement souhaitable puisque les différences de culture transforment aussi les données socio-économiques, de sorte qu'entre différentes provinces, un traitement identique n'est pas un traitement équivalent. Pour apprécier globalement le degré de centralisation, on doit aussi évaluer l'utilité d'une proportion égale des transferts conditionnels et inconditionnels entre différentes provinces.

Le modèle australien nous permet de démontrer l'existence et l'efficacité d'un modèle de fédéralisme asymétrique, ou le gouvernement central, fort des expériences passées, a décidé de proposer des solutions de rechange pour l'application absolue de normes nationales uniformes. Cette notion est conforme à la vérité fondamentale qu'il n'y a pas de pire injustice que de traiter également des inégaux<sup>69</sup>. La déclaration de la Haute cour australienne, dans une affaire se

<sup>63</sup> *L'actualité* (novembre numéro spécial, 1992).

<sup>64</sup> Hogg, *supra* note 35 à la p. 6-21.

<sup>65</sup> *Ibid.* à la p. 5-14.

<sup>66</sup> 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 droits des provinces et ils ont contribué à établir cette tendance: (1947) 9 *UBCL Rev.* 244; (1899) 11 *Judicial 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 qualifiait de "wicked stepfather of confederation."

<sup>67</sup> Hogg, *supra* note 35 à la p. 6-24.

<sup>68</sup> "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." S. Reuven, "The Implication of Federal Tax Systems for European Tax Harmonization" (1991) 3 *Tax Notes International* 1265 à la p. 1272.

<sup>69</sup> Aristote, *L'Étique de Nicomaque*, c. 11.

rapportant aux finances publiques, serait d'un plus grand secours pour justifier le fait qu'il est raisonnable que le gouvernement central accorde des différences de traitement d'une province à l'autre, si ces différences permettent d'appliquer des politiques appuyées largement par les citoyens d'une province sans diminuer en aucune manière l'idéal démocratique<sup>70</sup>.

Par exemple, au Canada, la crise constitutionnelle n'aurait peut-être pas été exacerbée comme on l'a connues si certains leaders politiques avaient su accepter l'établissement de distinctions raisonnables entre les provinces. Certes, la notion de fédéralisme asymétrique ne pourrait être acceptée qu'à la suite d'un dénouement de la question de l'identité canadienne. Au demeurant, l'établissement de subventions conditionnelles a l'avantage de rétablir les équilibres financiers tout en respectant le partage des pouvoirs. Comme la décision d'accepter des normes nationales repose sur une certaine discrétion des provinces, les contestations judiciaires sont limitées.

Le modèle australien nous permet également d'appuyer la notion qu'en régime fédéral, le pouvoir de dépenser pourrait être inhérent, considérant la nature même du régime. À cet égard, dans les deux affaires *Uniform Tax Case*, la Haute cour s'est repliée sur le régime des lois d'affectation de crédit pour déclarer que le pouvoir de dépenser est illimité<sup>71</sup>. Une telle notion, si elle était acceptée en droit canadien, rendrait inutile la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser (quant à son existence) et permettrait de concentrer l'objet d'une réforme sur l'encadrement de ce pouvoir dans le domaine des finances publiques.

À la lumière de la jurisprudence, le pouvoir de dépenser dépend de l'étendue donnée au pouvoir en matière d'affectation de crédits. Dans les régimes fédéraux des États-Unis, de l'Allemagne et de la Suisse, ce 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 fédéral 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. Il procure des avantages importants aux opérations gouvernementales en permettant une flexibilité des moyens financiers et une intégration du système fiscal. Par ailleurs, la portée d'un tel pouvoir est tellement considérable qu'il y aurait risque d'abus si ce dernier 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 américain<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> *South Australia*, *supra* note 37 à la p. 429.

<sup>71</sup> *Victoria c. Commonwealth* (1957), 99 C.L.R. 575 aux pp. 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 soumises à un strict contrôle judiciaire sur la question de leur constitutionnalité.

<sup>72</sup> 16<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine; *South Dakota c. Dole*, *supra* note 42 où les conditions d'application des programmes fédéraux sont strictement analysées lorsqu'ils s'appliquent à des domaines de compétence réservés aux États.

La centralisation des pouvoirs fiscaux pourrait s'harmoniser avec un pouvoir de dépenser inhérent de portée relativement étendue. Toutefois, si elle était reconnue, l'existence d'un tel pouvoir ne pourrait dépendre d'une étude de droit comparé car les différents régimes fédéraux comportent des particularités significatives quant aux principes fondamentaux et aux règles en application. Par ailleurs, la notion d'un pouvoir de dépenser inhérent en régime fédéral pourrait s'inférer de l'usage dans l'application des principes d'économie politique. Toutefois de telles conclusions ne sauraient s'appliquer en droit constitutionnel canadien sans tenir compte de la spécificité politique du Canada, à savoir une concentration de francophones au Québec<sup>73</sup>.

b) *Le fondement juridique du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral*

Le pouvoir de dépenser fait l'objet d'une reconnaissance du Conseil prive 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.

Dans l'arrêt *A.G. for Canada c. A.G. for Ontario*<sup>74</sup>, le Conseil privé déclare 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 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.

Dans deux arrêts plus récents, la Cour suprême assure une continuité à la reconnaissance du pouvoir de dépenser, mais son attention se porte davantage sur la détermination de ses limites que sur son fondement constitutionnel<sup>75</sup>. Ceci étant dit, 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 ou aux exécutifs. Étant élus par la population, il est de leur ressort de faire ces choix de société.

Dans son ouvrage politique, *Subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, P.E. Trudeau soutient que le

<sup>73</sup> J.M. Cousineau, J.M. Forget et C.E. Richards, *Delivering the Goods: the Federal-Provincial Division of Spending Powers*, The Canada Round, Toronto, C.D. Howe Institute, 1992 à la p. 41.

<sup>74</sup> *A.G. for Canada c. A.G. for Ontario (Employment and Social Insurance Act Case)*, [1937] A.C. 355, en appel de [1936] S.C.R. 427; *Brown c. YMCA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Renvoi: Régime D'Assistance publique du Canada (C.-B.)*, *supra* note 62.

<sup>75</sup> *Brown c. YMCA Jewish Community Center of Winnipeg inc.*, [1989] 4 W.W.R. 673 (C.S.C.); *L'Affaire du régime d'Assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525 (décision rendue le 15 août 1991).

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<sup>76</sup>. 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<sup>77</sup>. 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*<sup>78</sup>. Par ailleurs, 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*<sup>79</sup>, qu'il compare à l'article 81 de la Constitution de l'Australie<sup>80</sup>.

Le Professeur Andrew Petter affirme que l'existence du pouvoir fédéral de dépenser est incompatible avec la doctrine et les valeurs constitutionnelles et que les justifications avancées en ce qui le concerne n'ont aucun fondement<sup>81</sup>. À cet égard, il souligne le passage du fédéralisme de coopération à celui des arrangements administratifs dont le seul mérite serait d'avoir centralisé le pouvoir aux mains du gouvernement central. Aussi, à l'encontre de la théorie du don du professeur Scott, il réplique que l'acceptation par les provinces des transferts fédéraux ne provient pas d'un pouvoir discrétionnaire, ni même d'un consentement libre, mais plutôt de leur incapacité de trouver une formule clé leur permettant de disposer des ressources fiscales afin d'exercer leurs compétences. Nous avons considéré cette approche, mais il nous semble qu'il faille examiner le pouvoir fédéral de dépenser à la lumière de nouvelles perspectives devant la persistance de la Cour suprême à soutenir une interprétation de la Constitution qui est favorable à ce pouvoir.

La source du pouvoir de dépenser, qui reste à déterminer, est très significative car elle permettra d'en apprécier la portée et d'en limiter les abus. Par exemple, certains suggèrent qu'il s'agit d'un pouvoir quasi illimité, sauf si l'affectation de ces sommes a pour effet de réglementer un domaine de compétence provinciale<sup>82</sup>. Cela n'empêcherait pas la dépense elle-même mais aurait un effet sur les conditions rattachées à leur octroi, d'où la possibilité de situations excessives liées à la perte de contrôle du gouvernement fédéral sur ses

<sup>76</sup> Trudeau, *supra* note 29.

<sup>77</sup> F.R. Scott, "The Constitutional Background of Taxation Agreements" (1955) 2 R.D. McGill 1.

<sup>78</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> E.A. Driedger, "The Spending Power" (1981-82) 4 Queen's L.J. 135 à la p. 143; La Haute cour d'Australie semble plutôt opter pour une interprétation où le pouvoir fédéral de dépenser repose sur l'article 96, qui est de portée plus large. L'article 81 porte sur une simple modalité d'exercice de ce pouvoir, à savoir les transferts directs aux particuliers et autres bénéficiaires. *South Australia*, *supra* note 37 à la p. 429 (JC Latham) et *Victoria c. Commonwealth (Second Uniform Tax Case)*, *supra* note 71.

<sup>81</sup> A. Petter, "Federalism and the Myth of the Federal Spending Power" (1989) 68 R. du B. Can. 448. Voir également E. Driedger, "The Spending Power" (1981) 7 Queen's Law Journal 124.

<sup>82</sup> Barreau Canadien, *Vers un Canada Nouveau*, Ottawa, Barreau Canadien, 1967.

dépenses<sup>83</sup>. En revanche, si l'on favorisait un contrôle absolu du gouvernement fédéral de l'utilisation des transferts financiers aux provinces dans les moindres détails, un tel contrôle pourrait s'apparenter à une réglementation déguisée et dès lors inconstitutionnelle. Pourtant, 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 le *Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation*<sup>84</sup> illustre bien le caractère particulier des lois d'affectation de crédits en déclarant constitutionnel l'exercice d'un pouvoir d'urgence en matière économique.

Nous avons exposé très sommairement les théories en cause car nos textes constitutionnels sont silencieux en matière de pouvoir de dépenser. Qui plus est, ces théories ne permettent malheureusement pas de résoudre le problème posé par la responsabilité fiscale de nos gouvernements. Les élus voudront toujours faire porter par d'autres la responsabilité politique de leurs choix fiscaux tout en continuant d'en récolter les fruits électoraux. En l'absence d'autonomie budgétaire et financière entre les deux paliers de gouvernement, il est encore possible de mystifier le contribuable par une comptabilité créative. À cet égard, les théories connues du pouvoir de dépenser ne font qu'entretenir le mythe qui veut que le gouvernement fédéral soit libre d'exercer capricieusement un pouvoir dont on ne connaît ni la source, ni l'objet. Pour combler cette lacune, nous proposons une analyse originale quant à la justification juridique et politique du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral.

### 1) *Du fondement juridique basé sur la garantie de l'équité horizontale*

Avant de procéder à l'élaboration d'une théorie sur les fondements juridiques du pouvoir fédéral de dépenser, il nous semble essentiel de définir son champ d'action. Le pouvoir fédéral de dépenser s'exerce autant par le biais de subventions inconditionnelles (péréquation) que de subventions conditionnelles (paiements de provinces et aux particuliers). Des experts ont même estimé que l'impact des subventions inconditionnelles sur les opérations des provinces dans leur domaine de compétence est tel qu'il accentue la dérogation au principe d'autonomie budgétaire<sup>85</sup>.

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. Par ailleurs, la dualité du régime fédéral canadien est aussi reflétée dans l'affrontement des deux principes fondamentaux en présence.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

<sup>85</sup> M.R. Bird et E. Slack, "Equaliation: The Representative Tax System Revisited" (1990) 4 C.T.J. 913 à la p. 925; en particulier, la formule de péréquation, basée sur le "Régime Fiscal Représentatif" (RFR), inciterait les provinces à adopter des taux d'imposition plus élevés lorsque, pour une source de revenu donnée, leur assiette fiscale est moins rentable que l'assiette fiscale représentative.

D'une part, les provinces devraient avoir 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.

D'autre part, le gouvernement fédéral a un pouvoir explicite en matière de «paix, ordre et bon gouvernement»<sup>86</sup>. Ce pouvoir peut être combiné avec d'autres pouvoirs du gouvernement fédéral — en matière de politique fiscale<sup>87</sup>, monétaire<sup>88</sup>, de propriété publique<sup>89</sup> et commerce interprovincial<sup>90</sup> — pour conférer à son détenteur tous les moyens nécessaires pour mettre en oeuvre une politique de stabilisation économique, tel que l'usage le reconnaît aux États selon l'application moderne des principes d'économie politique.

Selon l'usage en régime fédéral, la mise en oeuvre de ces politiques de stabilisation économique peut se réaliser par un système de transferts financiers aux États fédérés<sup>91</sup>. 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 nationales, il applique un principe d'équité horizontale entre les citoyens<sup>92</sup>. En doctrine, l'établissement de normes nationales, présentes dans les lois concernant les transferts conditionnels, pourrait se justifier par l'interpénétration des tâches<sup>93</sup>. La subordination des provinces à l'établissement de ces normes, déjà justifiée par le principe de la mobilité interprovinciale, s'appuierait aussi sur le principe d'égalité. L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>94</sup> reconnaît le principe d'une protection égalitaire à l'égard

<sup>86</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 4, art. 91.

<sup>87</sup> *Ibid.* al. 91(3).

<sup>88</sup> *Ibid.* als. 91(14), (15), (18) et (19), concernant respectivement le cours monétaire, les banques et l'intérêt de l'argent.

<sup>89</sup> *Ibid.* al. 91(1A), concernant la dette et la propriété publique.

<sup>90</sup> *Ibid.* al. 91(2); J. Beetz., "Les attitudes changeantes du Québec a l'endroit de la Constitution de 1867," dans *L'avenir du fédéralisme canadien*, Crépeau et MacPherson, dirs., Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 1965 aux. pp. 113-138; F.R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1959 à la p. 8.

<sup>91</sup> Anastopoulos, supra note 30 à la p. 440.

<sup>92</sup> *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 (J. LeDain), cité l'arrêt *Finlay (CAP) 2*; une décision antérieure de la Cour suprême lui avait reconnu l'intérêt pour agir dans *Finlay c. Canada* (1983), 143 D.L.R. (3d) 704.

<sup>93</sup> Anastopoulos, supra note 30 à la p. 440.

<sup>94</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, 23-24 R.U., c. 53; L.R.C. 1985, Appendice n°. 5; l'article 15 prévoit l'égalité devant la loi de toute personne, indépendamment de toute discrimination.

du bénéfice des lois. Ce principe s'étend aussi à l'effet pratique de la loi<sup>95</sup> et, selon une tendance en jurisprudence, aux droits socio-économiques<sup>96</sup>. Dans un premier temps, il faut déterminer si une distinction législative engendre une violation d'un droit fondamental et, dans un deuxième temps, si la distinction est discriminatoire<sup>97</sup>. Par ailleurs, les normes nationales en matière de santé, d'éducation et de protection sociale visent à garantir un minimum de protection égalitaire que le législateur veut accorder aux résidents de toutes les provinces. Il serait déraisonnable que les principes de la Charte s'appliquent à tous, sans discrimination d'ordre personnel, mais qu'une iniquité importante soit tolérée au seul motif de la province de résidence<sup>98</sup>.

En revanche, lorsque le gouvernement fédéral effectue des transferts inconditionnels aux provinces, celui-ci applique le principe de l'égalité, au niveau des unités politiques composantes du Canada. Ce principe est d'ailleurs reconnu explicitement dans la péréquation, au paragraphe 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>99</sup>. 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<sup>100</sup>.

L'égalité des unités politiques et l'égalité horizontale sont les deux pièces maîtresses du défi du fédéralisme fiscal que nous identifions comme étant le paradoxe de Clark<sup>101</sup>. La combinaison de ces principes dans le fédéralisme

<sup>95</sup> *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

<sup>96</sup> *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission Emploi et Immigration)*, [1991] 2 R.C.R. 22 (le limite d'âge prévue à la *Loi sur l'assurance chômage* est déclarée invalide; voir aussi *R. c. Thibodeau*, C.S.C. 25 mai 1995).

<sup>97</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>98</sup> Certes la province de résidence n'est pas considérée comme critère quant au caractère discriminatoire, mais la Cour suprême a plutôt jugé que tous les résidents d'une province autre que l'Alberta ne pouvaient être considérés comme une minorité discrète et isolée, *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 à la p. 1325; une décision intéressante à cet égard serait celle qui pourrait être rendue en ce qui concerne la réforme de l'aide sociale en Ontario. C'est la raison qui justifie l'application de la *Charte* aux législatures des provinces, *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, sous-al. 32(1).

<sup>99</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, 23-24 R.U., c. 53; L.R.C. 1985, supp. 5 no. 42.

<sup>100</sup> *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, al. 26(2).

<sup>101</sup> *Paradoxe de Clark*: 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. À l'échelle des individus, cette considération des droits et besoins visait l'équité horizontale entre tous les citoyens canadiens et justifiait les transferts conditionnels. À l'échelle des provinces, cette considération visait l'équité entre les unités politiques et justifiait les transferts inconditionnels. Nous pensons que cette analyse reflète, de façon concrète et réaliste, la dualité du régime fédéral. D. Clark, *Fiscal Needs and Revenue Equalization Grants*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1969 aux pp. 56, 58.

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<sup>102</sup>. 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.

## 2) *Du fondement juridique basé sur l'absence de limites quant à la connexité budgétaire*

En matière budgétaire, la justification politique et pratique du pouvoir de dépenser est une question d'appréciation. La détermination devrait en être faite à la lumière des circonstances précises en cause. Par contre, la validité constitutionnelle des interventions de l'État fédéral se doit d'être solide et précise.

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 à perpétrer des 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'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». De cette considération découle la question de savoir quelle est la limite du pouvoir de dépenser dans sa cause, sa forme et sa substance.

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 assujéti à une double limitation, soit les taxes directes pour les fins d'objets 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. Étant donné qu'en ce qui concerne toute matière financière, l'un est le miroir de l'autre, les pouvoirs d'imposition et d'affectation sont de portée correspondante.

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 lois 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, aux mêmes modalités d'exercice, ne sauraient être exercés qu'en harmonie l'un avec l'autre.

<sup>102</sup> Wheare, *supra* note 2 aux pp. 266, 99, 102; Colliard, *supra* note 35 aux pp. 800, 113.

La question de la substance du pouvoir de dépenser nous amène à considérer les notions fondamentales de notre régime parlementaire et de notre droit constitutionnel. 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 indéfinie en l'absence de limites fondées sur la connexité budgétaire. C'est une présomption de fait que seule une disposition constitutionnelle explicite pourrait repousser. Qui plus est, les lois constitutionnelles permettent au parlement fédéral de fonder, sur son pouvoir résiduel, l'exercice d'une discrétion absolue dans la détermination des limites de la connexité budgétaire. Ainsi, par une interprétation raisonnable, le «pouvoir de dépenser» est constitutionnellement illimité quant à sa portée financière<sup>103</sup>. Le contrôle politique et démocratique, les règles éthiques, législatives et réglementaires sont les seuls instruments actuellement disponibles contre des abus possibles de pouvoirs aussi considérables.

Aussi, en l'absence d'équilibre des pouvoirs fiscaux, la garantie de l'exercice des compétences des provinces permet le fonctionnement de la fédération canadienne en donnant au Parlement fédéral l'obligation politique d'en assurer le financement. Mais, comme il ne s'agit que d'une obligation de nature politique, il serait raisonnable que la responsabilité financière qui en découle soit compensée par le pouvoir d'en fixer les modalités.

Pourtant, d'autres pouvoirs relativement moins importants sont assujettis 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 compétence exclusive 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.

L'absence de restrictions rigides existe aussi au niveau de l'objet de l'exercice du pouvoir de dépenser. Nous nous limitons à réitérer à cet égard le principe fondamental que l'exercice du pouvoir de dépenser ne doit pas constituer une réglementation déguisée<sup>104</sup>. Un ensemble de conditions permet de réaliser cet objectif. L'offre de versement est-elle conditionnelle ou non? Sous l'une ou l'autre forme, les transferts peuvent-ils être conditionnels ou non, basés

---

<sup>103</sup> 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. *Loi instituant un plafond pour les dépenses publiques*, S.C. 1992, c. 19.

<sup>104</sup> *Brown c. YMCA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.*, supra note 75; J. G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, 2<sup>e</sup> éd., Canadian Tax Papers, N<sup>o</sup> 41, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1967 à la p. 45.

sur les recette ou les besoins des provinces? Les bénéficiaires des transferts sont-ils les provinces ou les particuliers qui y résident? Dans le cas où les provinces sont bénéficiaires, les programmes de transferts sont-ils assortis d'un droit de retrait et, le cas échéant, avec ou sans compensation? Dans le cas où des particuliers sont visés, sont-ils bénéficiaires de programmes de dépenses ou de dépenses fiscales? Le cas échéant s'agit-il de déductions, d'exonérations ou de crédits (remboursables ou non-remboursables)? Une saine application de ces notions permet d'apprécier l'équilibre des pouvoirs en matière financière et, par surcroît, jusqu'à quel point le gouvernement fédéral exerce un rôle déterminant en ce qui concerne le pouvoir de dépenser.

Le fédéralisme constitue, en tant que tel, l'une des expressions les mieux accomplies des contradictions de la vie politique, soit celle de l'union sans l'unité<sup>105</sup>. En revanche, l'étendue des pouvoirs financiers par rapport au contrôle qui les encadrent, est parfois étonnante. Au Canada, les élus ont peu résisté aux demandes de leurs commettants. Ils ont trop longtemps succombé à l'illusion fiscale de l'endettement perpétuel. Le renversement des principes de responsabilité financière en est à la fois la cause et l'effet. L'exercice du pouvoir de dépenser, dans une certaine mesure seulement, n'a pas fait exception à ce phénomène. Pourtant, exercé diligemment, ce pouvoir permettrait la réconciliation de l'autonomie budgétaire et de la responsabilité fiscale.

### Conclusion

Tout système d'intégration économique nécessite une certaine forme de concentration des ressources financières. En régime fédéral, celles-ci permettent de faciliter l'établissement de normes nationales, de mesures d'ouverture aux marchés extérieurs et de réformes socio-économiques. Par sa flexibilité, le pouvoir de dépenser est devenu l'instrument d'intervention privilégié de ces changements structurels. Aussi, il emporte le devoir d'être exercé de façon diligente. En ces années où les termes des accords de transfert sont négociés régulièrement<sup>106</sup>, 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.

Au Canada, le pouvoir de dépenser s'exerce au moyen d'ententes administratives (ou *gentlemens' agreements*) que permettent implicitement nos lois constitutionnelles. Ces ententes étaient jusqu'à tout récemment justifiées

<sup>105</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8<sup>e</sup> éd., Indianapolis, Liberty Fund Inc., 1982 aux pp. 75-76.

<sup>106</sup> F. Morissette, "Le droit de retrait avec compensation et l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*." (1984) 15 R.G.D. 221 aux pp. 256-289, où il mentionné que ces accords sont renégociés tous les cinq ans.

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 contenu juridique de ces ententes, nous l'avons vu, se précise dans 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 constituantes des nouveaux États indépendants du Commonwealth — 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<sup>107</sup>. 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 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<sup>108</sup>. 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.

Que ce soit en matière de transferts financiers aux provinces pour les programmes de développement social<sup>109</sup> ou de préférences fiscales accordées à des fins diverses<sup>110</sup>, l'étendue de l'exercice du pouvoir de dépenser est telle que la reconnaissance formelle de ce pouvoir n'est pas d'un intérêt pratique immédiat, s'il n'en tient qu'à son existence.

En fait, s'il devient nécessaire d'enchâsser le pouvoir fédéral de dépenser dans la constitution du Canada, c'est d'avantage afin de l'encadrer que d'en

<sup>107</sup> K.C. Wheare, *Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 25.

<sup>108</sup> Wheare, *supra* note 2 aux pp. 27, 89, 113, 127.

<sup>109</sup> *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, art. 7 (pouvoirs généraux), art. 26 (dépenses publiques), art. 30 (situation d'urgence); *Loi modifiant le 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*, L.C. 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; L.C. 1984, c. 13. *Loi sur les arrangements fiscaux*, L.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*, L.C. 1982, c. 10; *Loi sur le Régime d'assistance publique en Canada*, L.R.C. 1985, c. C-1.

<sup>110</sup> *Supra* notes 12 et 25; Le coût des préférences fiscales aux particuliers est analysé dans *Statistiques fiscales*, Ottawa, Revenu Canada, 1994, Approvisionnement et services.

reconnaître l'existence. Lorsque le gouvernement fédéral exerce son pouvoir de dépenser de manière à faciliter l'exercice des compétences des provinces, il use en fait d'un instrument de politique fiscale. Or selon le droit actuel, peu d'instruments permettent de contrôler dans quelle mesure ces interventions s'inscrivent dans le cadre du fédéralisme coopératif.

Des balises pourraient donc être établies en matière de dépenses fiscales et d'opérations budgétaires. D'autres pourraient l'être en ce qui a trait à toute la question des critères de déterminations des transferts fédéraux inconditionnels. En ce qui concerne les subventions conditionnelles, ces dernières devraient être restreintes aux domaines précis où elles sont essentielles au maintien du marché commun canadien.

Par ailleurs, il serait souhaitable d'identifier le montant des dépenses fiscales et budgétaires se rapportant à l'exercice du pouvoir de dépenser. L'accès à ce type d'information permettrait d'évaluer non seulement si les mesures atteignent leurs objectifs, mais aussi si elles se justifient toujours en regard à une analyse coût-bénéfice. Certes, de telles balises s'inscrivent dans une logique de décentralisation.

Les finances publiques sont dans un tel état que cette logique de décentralisation s'imposera d'elle-même, et certains parlent déjà d'un système où les normes nationales seraient remplacées par des normes minimales co-décidées par les provinces. Nous préférons un système où les normes minimales s'étendent à des domaines d'activités plus restreints, mais où elles restent centralisées aux mains d'autorités compétentes en consultation avec les provinces.

Le phénomène de centralisation pourrait aussi être atténué par une forme d'accord de délégation entre les provinces en ce qui concerne la détermination de ces normes nationales lorsqu'elles ont pour objet une compétence partagée. Si l'objet de ces normes restait aussi étendu que le domaine d'exercice actuel du pouvoir de dépenser, plusieurs provinces voudraient s'en retirer. De toute façon, les provinces qui le souhaitent devraient pouvoir se retirer de ces accords en compensation de points d'impôts, car cela favoriserait la considération de leur spécificité et un climat plus favorable à la mise en application des normes nationales.

Une base d'imposition élargie est souhaitable car elle facilite la mise en place d'un système simple, efficace, équitable et... des taux réduits. À l'instar de toute autre forme de préférence fiscale ou de mesure budgétaire, le pouvoir de dépenser sera d'autant plus efficace et perçu comme tel, qu'il sera étroitement lié au respect du partage des compétences dans le cadre du fédéralisme coopératif.

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 la conjoncture actuelle. 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 de dépenser dépend du pouvoir résiduaire du Parlement et de l'exécutif fédéral d'établir de manière discrétionnaire les limites de la connexité budgétaire. Au demeurant, il constitue la pierre angulaire du fédéralisme fiscal, dont l'enjeu est le principe de responsabilité financière.