

Contrôler le pouvoir fédéral de dépenser: un gain ou un piège?

FRANÇOIS CHEVRETTE*

Il est incontestable que le pouvoir fédéral de dépenser a entraîné à certaines époques un important déséquilibre au sein du fédéralisme canadien. Cela se déduit du fait que, si l'autorité centrale effectue des dépenses importantes dans divers secteurs d'activités ne relevant pas de ses compétences législatives, le partage des compétences, inhérent et essentiel à un régime de type fédéral, se trouve à perdre en pratique beaucoup de son utilité. À ce titre, on ne peut en première analyse que se réjouir d'un projet de réforme constitutionnelle qui vise à contrôler ce pouvoir.

À quoi plusieurs répondent que, le pouvoir fédéral de dépenser étant très probablement inconstitutionnel, une réforme visant à limiter son exercice a d'abord et avant tout pour effet de reconnaître son existence et de le rendre valide en droit. L'inconvénient de la réforme l'emporterait de beaucoup sur son avantage, si bien qu'il faudrait s'y opposer farouchement.

Tel est l'essence du débat, encore qu'il ne faudrait pas ignorer la voix de ceux pour qui c'est là un pouvoir essentiel, qu'il n'est pas souhaitable de limiter de quelque façon.

Je voudrais tenter de démontrer ici, d'abord que le pouvoir fédéral de dépenser a un caractère inévitable (I), en-

* Professeur titulaire et doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

suite qu'il a un caractère contrôlable (II). Mais avant de ce faire, sans doute est-il utile de suggérer très brièvement une définition de ce fameux pouvoir et de rappeler ce que l'Accord constitutionnel du 3 juin 1987 prévoit à son sujet.

Le pouvoir fédéral de dépenser, c'est ce prétendu pouvoir qu'aurait l'autorité fédérale d'effectuer des dépenses dans des domaines ne relevant pas de ses compétences législatives, au bénéfice des individus ou des gouvernements, provinciaux ou municipaux, et selon un mode qui peut être inconditionnel ou conditionnel, le bénéficiaire pouvant dans le premier cas user des sommes à sa guise (ce que font les provinces avec les paiements de péréquation) et n'en pouvant user qu'à certaines fins et à certaines conditions dans le deuxième.

L'article 7 de l'Accord constitutionnel du 3 juin 1987 propose de modifier la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui ne contient rien sur la question, en y ajoutant l'article 106A qui se lirait ainsi:

106A:(1) Le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé qu'il établit après l'entrée en vigueur du présent article dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux.

(2) Le présent article n'élargit pas les compétences législatives du Parlement du Canada ou des législatures des provinces.

I- LE POUVOIR DE DÉPENSER, UN POUVOIR INÉVITABLE

Sur ce pouvoir, on a passablement écrit en droit constitutionnel canadien, soit pour en nier l'existence, à l'aide des textes constitutionnels et de la jurisprudence, soit encore, à l'aide des mêmes matériaux, pour la confirmer. Tout cela a parfois donné naissance à de curieuses théories, par exemple une prétendue prérogative royale de faire des cadeaux ou à l'inverse un inflexible principe suivant lequel un gouvernement

ne peut dépenser que dans les domaines relevant de sa compétence législative¹. Je suis tenté de voir dans toutes ces rationalisations quelque chose de trop savant. On a négligé les vérités premières.

Convenons — car cela est en partie inexact en régime monarchique — de définir le gouvernement comme une personne morale de droit public titulaire de la souveraineté. À titre de souverain ou de puissance législative, le gouvernement², et lui seul, peut unilatéralement modifier le droit et l'état des personnes. Et il va de soi qu'agissant à ce titre, un gouvernement ne peut, en régime fédéral, intervenir que dans ses domaines de compétence législative. Il est bien clair aussi que les prérogatives et les pouvoirs exécutifs, partie intégrante de la souveraineté, se distribuent conformément à la division des compétences législatives.

Mais le gouvernement est aussi une personne morale — ne compliquons pas les choses au sujet de la personne physique du souverain — qui a des biens, est capable de contracter et de commercer, et qui, à titre de propriétaire si l'on peut dire, peut parfaitement mener des activités ne relevant pas législativement de lui. Il est comme un individu ou une corporation.

D'aucuns verront dans ce qui précède une forme d'hérésie. Mais s'il n'en allait pas comme je le suggère, d'où le Québec tirerait-il son autorité, lui qui n'a pas compétence en matière de radio-télévision, pour opérer Radio-Québec? Comment pourrait-il, sans compétence sur le commerce d'exportation, investir dans la commercialisation de l'amiante et de bien d'autres produits? En vertu de quoi maintiendrait-il des délégations à l'étranger, alors même qu'il est généralement reconnu que les affaires étrangères relèvent d'Ottawa? Et faudrait-il modifier la Constitution pour permettre à Ottawa de mettre sur pied des musées nationaux?

D'où l'on voit que la distinction entre les actes de puissance publique ou législative et les actes de propriété est, non seulement bien fondée juridiquement, mais aussi fort com-

¹ Pour une analyse de l'ensemble de la question et pour les indications bibliographiques pertinentes, voir notamment François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, pp. 1039-1048.

² J'use du mot dans son acception large et non pas par opposition au parlement.

mode et combien conforme au bon sens. Prétendre qu'un gouvernement ne peut jamais dépenser ou mener des activités qui vont au-delà de ses compétences est absurde. Et vouloir justifier cette impossibilité par le principe, exact par ailleurs, selon lequel la puissance exécutive se partage selon les mêmes lignes que la puissance législative me paraît passer tout à fait à côté de la question.

D'ailleurs la distinction suggérée plus haut, qui n'a rien que de classique, fut souvent retenue en jurisprudence. Sur ses propres terres et comme propriétaire, une province a pu rendre applicables des mesures qui auraient été autrement *ultra vires* parce que relatives aux compétences fédérales sur le commerce d'exportation et sur les étrangers³. Et quand, au lieu de taxer (acte de puissance législative) ceux qui exploitent ses ressources naturelles, une province leur impose des redevances, contractuellement établies (acte de propriété), ces dernières n'ont pas à satisfaire aux exigences de l'impôt direct, le seul type d'impôt qu'une province peut instituer⁴.

Cette double capacité d'agir d'un gouvernement doit être à la base de toute bonne analyse juridique du pouvoir de dépenser. Contracter, prêter ou donner, même conditionnellement, participe davantage de l'acte de propriété que de l'acte de puissance législative ou de la réglementation. Mais c'est affaire de degré et rien n'exclut qu'on passe, par excès de précision ou de contrainte, de la première catégorie, permise, à la seconde, interdite. La loi de dépense, devenue loi de réglementation, sera invalide.

Il faut bien convenir que la distinction entre ces deux types de loi ne va pas sans difficultés et présente une grande part d'incertitude. Incertitude dans une large mesure bénéfique puisque, comme une menace, elle plane au-dessus de la tête de ceux qui seraient portés à abuser de ce pouvoir de dépenser

³ Art. 91(2) et (25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette jurisprudence est analysée dans F. CHEVRETTE et H. MARX, op. cit., note 1, p. 1106.

⁴ Art. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir à ce sujet *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545. On notera que dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, 1292-1293, une majorité de juges ont refusé de considérer un office fédéral de commercialisation comme un commerçant ordinaire, capable d'acheter et de vendre aussi bien sur le marché local qu'extraprovincial. Mais on était dans un contexte de réglementation (acte de puissance législative) bien davantage que de simple propriété commerciale.

dont ils ne sont par ailleurs pas certains de l'exacte étendue et des limites précises.

Tel est, selon moi, l'état actuel du droit⁵.

Or cet état, le projet de modification constitutionnelle reproduit plus haut l'entérine, purement et simplement. Au premier regard, il peut être difficile de comprendre comment le premier alinéa de l'article 106A peut permettre au gouvernement central de dépenser pour des fins exclusivement provinciales, alors que le deuxième alinéa du même article prévoit que les compétences législatives fédérales ne sont pas pour autant élargies. Mais la distinction, imprécise mais inéluctable, entre une loi de dépense et une loi de réglementation résout cette apparente contradiction. Si, de l'une, on passe à l'autre, l'alinéa deuxième, garant d'une forme de *statu quo* au bénéfice des provinces, entraîne l'invalidité de celle-ci.

Aux quelques observations qui précèdent sur la nature du pouvoir de dépenser, il faut en ajouter une dernière, d'une importance majeure.

On a beau assimiler un gouvernement à une personne, capable de posséder et de contracter, il demeure que ce ne sera jamais une personne comme une autre puisque la plupart des avoirs qu'il détient et peut gérer par des actes de propriété lui sont acquis par l'acte de puissance législative par excellence, la levée d'impôts. Et c'est au point que le pouvoir de dépenser a paru particulièrement inacceptable à certains auteurs en rapport avec les revenus fiscaux du gouvernement fédéral⁶.

D'ailleurs cette difficulté juridique se double d'une difficulté de politique fiscale et même de politique tout court. Si le gouvernement fédéral dépense beaucoup pour des fins qui ne sont pas les siennes, c'est qu'il taxe trop, privant de ce fait les provinces de revenus fiscaux importants et bouleversant

⁵ Aux analyses auxquelles il est fait référence à la note 1, on pourrait ajouter notamment les décisions *Dunbar c. Attorney-General of Saskatchewan*, (1984) 11 D.L.R. (4d) 374 (B.R. Sask.) et *Winterhaven Stables Ltd. c. Attorney-General of Canada*, (1986) 29 D.L.R. (4d) 394 (B.R. Alta.)

⁶ Voir Pierre Elliott TRUDEAU, «Les octrois fédéraux aux universités», article paru en février 1957 et reproduit dans *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, Éd. HMH, 1967, p. 79, à la p. 98. L'auteur niait catégoriquement au gouvernement fédéral la possibilité d'affecter ses revenus fiscaux à des fins autres que des fins fédérales, sauf par le moyen de la péréquation, de type inconditionnel.

leurs priorités propres — du fait qu'elles seront enclines, pour ne pas perdre d'argent et faute d'en avoir assez, à s'associer aux programmes fédéraux au lieu de mener à bien les leurs. Tout cela est bien connu.

Mais le pouvoir de dépenser, on l'a vu, est inévitable. Au moment de la dépense, il n'est pas possible de distinguer entre les revenus fiscaux et les revenus d'un autre type⁷. Enfin il comporte, exercé dans des limites raisonnables, des justifications et des avantages⁸.

Mettant dans la balance les pour et les contre, on doit conclure, selon moi, qu'il y a lieu, non pas de l'abolir, mais de le contrôler au sein même de la Constitution. C'est ce que tente l'Accord constitutionnel du 3 juin 1987, et sans risque puisque, comme on l'a vu, il maintient par ailleurs à son égard le *statu quo*.

II- LE POUVOIR DE DÉPENSER, UN POUVOIR CONTRÔLABLE

La plupart des projets de modification constitutionnelle suggérés ces vingt dernières années en rapport avec le pouvoir fédéral de dépenser mettaient l'accent sur deux aspects: la nécessité d'un certain consensus national à la mise en oeuvre du programme et la possibilité pour les provinces d'exercer une option de retrait du programme en question, moyennant compensation⁹. Le projet du 3 juin 1987 ne reprend pas la

⁷ Voir sur ce point *Winterhaven Stables Ltd. c. Attorney-General of Canada*, précité, note 5.

⁸ Ne serait-ce que parce que, dans de nombreux domaines (par exemple le réseau routier, domaine provincial, menant aux aéroports, domaine fédéral), les compétences fédérales et provinciales sont intimement liées et qu'il n'est pas déraisonnable de permettre au pouvoir central d'inciter les provinces à adopter certaines mesures.

⁹ Voir en particulier le document de travail fédéral signé par le Premier ministre Pierre Elliott TRUDEAU, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du parlement canadien*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. On y proposait de reconnaître le pouvoir constitutionnel fédéral de donner des subventions inconditionnelles et conditionnelles aux provinces. La mise sur pied d'un programme à frais partagés d'application nationale devait toutefois être précédée d'un accord des corps législatifs d'un certain nombre de provinces, un peu à la façon d'un amendement constitutionnel. Au cas d'exercice du droit de retrait par une province, les citoyens de celle-ci auraient reçu d'Ottawa un montant égal à la moyenne per capita des versements dans les provinces participantes. Puisqu'il s'agissait d'éviter aux individus une peine fiscale, c'est à eux, selon la logique du document, que la compensation devait être donnée.

première exigence. Il ne fait que permettre l'option de retrait, en l'assortissant de la condition selon laquelle la province qui se retire du programme «applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux» — entendons par là les objectifs établis par la loi fédérale. Voyons successivement ce qui est d'abord de l'option de retrait, ensuite de la condition dont on l'assortit.

L'option de retrait peut s'exercer dans le cas d'un programme «national», c'est-à-dire d'un programme applicable à l'ensemble du pays. Le programme doit être «cofinancé», exigence qui peut sembler imprécise compte tenu des nombreuses modalités de cofinancement, qui vont du montant forfaitaire à la moitié du coût national moyen *per capita*. Mais il est clair que cela écarte toute subvention fédérale ne s'inscrivant pas dans le cadre d'un programme à frais partagés. Le programme doit viser «un secteur de compétence exclusive provinciale»; condition logique, car c'est de dépenses dans des domaines sur lesquels Ottawa n'a point compétence qu'il s'agit; mais condition génératrice d'ambiguïtés, vu le fait que certaines matières en tant que telles de compétence provinciale — la santé par exemple — peuvent présenter des aspects fédéraux lorsqu'elles sont vues sous l'angle de certaines compétences fédérales, le droit criminel en particulier. Enfin il doit s'agir d'un programme établi «après l'entrée en vigueur du présent article», stipulation qui obligera à se demander quelle part de modification à un programme établi en fait un programme nouveau, assujetti à l'article 106A.

Ces quatre conditions nous mettent en présence d'une tentative limitée de contrôle du pouvoir fédéral de dépenser.

Ces conditions réunies, «le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer» au programme en question. C'est l'option de retrait. Cette notion de «juste compensation», qui sans doute peut être fiscale ou financière, ne pêche évidemment pas par un excès de précision. Mais vu les expériences passées au chapitre de l'option de retrait, on peut prévoir qu'elle ne poserait pas de difficultés insurmontables. Il est cependant important de souligner que la possibilité d'option de retrait pourrait avoir un effet non seulement *a posteriori* mais aussi *a priori*, de l'ordre de l'enjeu et de la dissuasion.

Il serait en effet loisible aux provinces de s'en servir avant l'établissement du programme pour faire monter les mises, et l'autorité fédérale, constatant le sérieux de la menace, pourrait devoir retirer son projet avant sa réalisation. La nécessité d'un consensus national formel, prévu dans d'autres projets de contrôle du pouvoir fédéral de dépenser et non retenu dans celui-ci, se trouverait remplacé par une négociation intergouvernementale dans laquelle l'option de retrait jouerait certainement un rôle.

À n'en pas douter, la partie la plus obscure de l'article 106A est la condition mise à l'option de retrait, à savoir la nécessité que la province «applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux»¹⁰.

Tenons pour acquis, même si le texte ne le dit pas clairement, que les objectifs nationaux visés sont ceux du programme fédéral et que le programme ou la mesure provinciale doit avoir quelque rapport avec celui-ci. Autrement, la condition n'en serait guère une, l'autorité provinciale pouvant se contenter de démontrer par exemple que son programme de développement du réseau routier n'est pas incompatible avec un programme fédéral d'établissement de garderies! Il reste à savoir ce qu'est un objectif national et quelle est la portée du critère de compatibilité de l'article 106A.

La *Loi constitutionnelle de 1867* nous a peu habitués aux concepts juridiques vagues, puisqu'elle fait généralement usage de normes précises, un peu comme n'importe quel autre statut anglais. Mais qu'on pense par exemple à l'article 34 de la Constitution française, qui prévoit que pour certaines matières la loi «fixe les règles» et que pour d'autres elle «détermine les principes fondamentaux»! La notion d'objectif est évidemment vague, d'autant qu'un objectif ne se distingue bien d'un moyen que si l'angle d'où l'on se place pour opérer la distinction est clairement établi. En matière d'assurance-santé, si l'objectif national avait été l'assurance-santé elle-même, les quatre conditions du programme fédéral — à savoir l'universalité, la prestation médicale complète, la «transférabilité» et la gestion sans profit par un organisme public — seraient devenues de simples moyens de le réaliser. En revanche, si

¹⁰ La version anglaise «if the province carries on a program or initiative that is compatible with the national objectives» n'est pas plus éclairante.

l'on avait associé les moyens aux détails de la réglementation, les quatre conditions générales évoquées plus haut auraient pu se hisser au rang d'objectifs nationaux. Ces difficultés de «ciblage» sont réelles et importantes.

Cela dit, on ne saurait perdre de vue que la combinaison du concept d'objectif national — assurément plus souple que les concepts de norme ou de critère, qu'on a écartés — et du critère de compatibilité, plus flexible que celui de conformité, conduirait possiblement à une interprétation de l'option de retrait la plus favorable possible à la liberté de choix des provinces.

* * *

Concluons sur l'esprit d'abord, puis sur le texte du projet de réforme constitutionnelle concernant le pouvoir fédéral de dépenser.

Ce pouvoir a une telle importance pratique et a suscité tant de discordes au sein du fédéralisme canadien qu'une réforme constitutionnelle tant soit peu significative se devait d'en traiter. Celle de 1982 l'a fait, dans une mesure limitée, en reconnaissant la nécessité de la péréquation¹¹. L'Accord du 3 juin 1987 le fait, aussi dans une mesure limitée, à propos des programmes conjoints. Le contrôle suggéré me paraît préférable au vacuum présent, d'autant qu'il préserve en faveur des provinces les protections constitutionnelles existantes.

Le texte suggéré n'est pas, il s'en faut, exempt d'incertitudes juridiques. Les difficultés qu'il présente me semblent toutefois loin d'être insurmontables et on n'oubliera pas que, s'il entre en vigueur, ce ne seront pas que les juges qui l'interpréteront. Dans le forum politique fédéral-provincial, il devrait aussi en être fait un large usage.

¹¹ L'article 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit: «Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables».