

Le droit de retrait (« opting out ») avec compensation au Canada et l'article 40 de la Loi constitutionnelle de 1982

France Morrisette

Volume 15, Number 2, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059552ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059552ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morrisette, F. (1984). Le droit de retrait (« opting out ») avec compensation au Canada et l'article 40 de la Loi constitutionnelle de 1982. *Revue générale de droit*, 15(2), 221–292. <https://doi.org/10.7202/1059552ar>

Article abstract

This article considers the different aspects of “opting out” with compensation in Canada. Part I is a study of its principal developments since the 1960's in relation to certain shared cost programs which are otherwise within provincial legislative competence. The historical analysis is divided into two periods, before and after 1977.

Part II considers “opting out” with compensation as provided for in section 40 of the *Constitution Act, 1982*, which becomes applicable in the event of a transfer to the federal government of provincial legislative powers relating to education or other cultural matters. This constitutional provision, it is demonstrated, creates a legal obligation which would justify intervention by a Canadian court to fix the quantum of reasonable compensation provided for in section 40. This conclusion is supported by a consideration of the supra-legislative character of section 40, a comparison with the wording used in section 36 of the *Constitution Act, 1982*, the legislative history of the law applicable to “opting out” with compensation since the 1960's and the use of appropriate analogies in U.S. constitutional law.

**Le droit de retrait (“opting out”)
avec compensation au Canada et l’article 40 de la
Loi constitutionnelle de 1982**

**par
FRANCE
MORRISSETTE***

RÉSUMÉ

La présente étude analysera les différents aspects du droit de retrait avec compensation au Canada. Dans un premier temps, nous étudierons le droit de retrait avec compensation tel qu’il a existé depuis les années 1960 à l’égard de certains programmes à frais partagés de compétence provinciale. Nous expliquerons alors ce droit en faisant un historique de la législation pertinente que nous présenterons en deux périodes, l’une antérieure et l’autre postérieure à 1977.

Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur le droit de retrait avec compensation prévue à l’article 40 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui entre en jeu seulement lors du transfert d’un pouvoir législatif provincial en matière culturelle ou éducative au parlement fédéral. Nous démontrerons que cette disposition constitutionnelle crée une obligation juridique justifiant les tribunaux canadiens à intervenir pour fixer le quantum de la juste

ABSTRACT

This article considers the different aspects of “opting out” with compensation in Canada. Part I is a study of its principal developments since the 1960’s in relation to certain shared cost programs which are otherwise within provincial legislative competence. The historical analysis is divided into two periods, before and after 1977.

Part II considers “opting out” with compensation as provided for in section 40 of the Constitution Act, 1982, which becomes applicable in the event of a transfer to the federal government of provincial legislative powers relating to education or other cultural matters. This constitutional provision, it is demonstrated, creates a legal obligation which would justify intervention by a Canadian court to fix the quantum of reasonable compensation provided for in section 40. This conclusion is supported by a consideration of the supra-legislative character of

* Professeure, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d’Ottawa.

compensation qui y est prévue. Le caractère supra-législatif de l'article 40, une comparaison avec les termes utilisés à l'article 36 de la Loi constitutionnelle de 1982, l'historique législatif du droit de retrait avec compensation depuis 1960 et une analogie avec le droit constitutionnel américain nous conduiront à une telle conclusion.

section 40, a comparison with the wording used in section 36 of the Constitution Act, 1982, the legislative history of the law applicable to "opting out" with compensation since the 1960's and the use of appropriate analogies in U.S. constitutional law.

SOMMAIRE

	Paragraphes
Titre 1 - Le droit de retrait avec compensation de certains programmes à frais partagés de compétence provinciale	3
Préliminaires.....	4
A) Les arrangements fiscaux.....	4
B) Les subventions conditionnelles.....	14
a) Définition et fondements juridiques	14
b) Motifs de l'utilisation des subventions conditionnelles	16
Chapitre 1 - Période antérieure à 1977	19
Section 1 - Méthodes de calcul et caractère conditionnel des subventions fédérales	20
Paragraphe 1 - Méthodes de calcul des subventions conditionnelles fédérales.....	22
A) Le programme d'assurance-hospitalisation	24
B) Le programme sur les soins médicaux	25
C) Le régime d'assistance publique du Canada	26
D) Les programmes de subventions à l'hygiène.....	27
E) Les subventions à l'éducation postsecondaire	29
Paragraphe 2 - Caractère conditionnel des subventions fédérales.....	35
A) Le respect de certaines normes nationales	38
B) La vérification fédérale des dépenses provinciales.....	39
Section 2 - Mécanismes du droit de retrait avec compensation.....	43
Paragraphe 1 - La Loi concernant la mise en œuvre de certains programmes établis relevant des gouvernements fédéral et provinciaux ..	44
A) Contexte de son adoption	44
B) Contenu.....	47

Paragraphe

Paragraphe 2 - Autres retraits	54
A) Le régime de pensions du Canada	55
B) Les prêts aux étudiants.....	58
C) Les allocations scolaires aux jeunes de 16 et 17 ans	60
D) Le programme de subventions aux universités	61
Paragraphe 3 - La proposition de 1969 du gouvernement fédéral relative à son pouvoir de dépenser.....	63
Chapitre 2 - De 1977 à nos jours	67
Section 1 - Contexte d'adoption de la <i>Loi sur les programmes établis de 1977</i>	68
Section 2 - Méthodes de calcul et caractère conditionnel du financement des programmes établis en vertu de la <i>Loi sur les programmes établis de 1977</i>	76
Paragraphe 1 - Méthodes de calcul du financement des programmes établis.....	76
Paragraphe 2 - Caractère conditionnel du financement des programmes établis.....	80
Section 3 - Mécanismes du droit de retrait avec compensation selon la <i>Loi sur les programmes établis de 1977</i>	85
Titre 2 - L'article 40 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	90
Chapitre 1 - Historique de l'article 40	92
Chapitre 2 - Champ d'application de l'article 40	97
Chapitre 3 - Portée juridique de l'article 40.....	103
Section 1 - Comparaison avec l'article 36 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	104
Section 2 - Caractère supra-législatif de l'article 40	108
Section 3 - Analogie avec certains aspects du droit constitutionnel américain	110
Paragraphe 1 - Caractère obligatoire de l'article 40 et estimation de la valeur de la juste compensation qui y est prévue.....	111
A) La doctrine américaine des questions politiques : sa définition	111
B) Application de la doctrine des questions politiques à l'article 40....	115
a) Application générale	115
b) Application lors d'un recours direct aux tribunaux par un citoyen	128
Paragraphe 2 - Réflexion sur le choix des modalités de paiement de la juste compensation prévue à l'article 40	131

	Paragraphes	
A) Problème relié au choix des modalités de paiement de la juste compensation.....	131	
B) Solution au problème du choix des modalités de paiement de la juste compensation.....	136	
Chapitre 4 - Mise en œuvre de l'article 40	142	
Section 1 - Les recours vraisemblables.....	142	
Section 2 - Conséquences de leur exercice	145	
Conclusion.....	147	

1. La présente étude veut expliquer les différentes facettes du droit de retrait avec compensation au Canada¹. À travers l'analyse de la législation pertinente, nous définirons, dans un premier temps, le droit de retrait avec compensation tel qu'il a existé formellement au Canada depuis les années 1960 à l'égard de certains programmes à frais partagés de compétence provinciale.

2. En deuxième lieu, notre étude traitera de l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*². Cet article prévoit un droit de retrait avec compensation n'entrant en jeu que lors du transfert au parlement fédéral d'une compétence législative provinciale en matière culturelle ou éducative. Nous tenterons alors de démontrer que cette disposition constitutionnelle crée une obligation juridique susceptible de justifier l'intervention éventuelle des tribunaux canadiens compétents. Pour ce faire, nous aurons grandement recours à l'évolution accomplie depuis 1960 en matière de droit de retrait avec compensation. Il nous semble, en effet, que l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³ ne saurait être interprété sans référer à de tels précédents canadiens⁴.

1. L'auteur tient spécialement à remercier Monsieur Bernard Quinn pour son assistance dans les recherches qui ont conduit à cette étude.
2. 1982, c. 11, Annexe B (R.-U.).
3. *Ibid.*
4. Nous traiterons largement de l'historique du droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale, ceci afin de faciliter notre exposé sur la portée juridique de l'article 40, mais aussi pour pallier à une carence de textes de synthèse sur le sujet.

Titre 1 - LE DROIT DE RETRAIT AVEC COMPENSATION DE CERTAINS PROGRAMMES À FRAIS PARTAGÉS DE COMPÉTENCE PROVINCIALE⁵

3. Le droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale s'inscrit dans un ensemble plus vaste qui englobe les accords visant à partager les ressources et les pouvoirs fiscaux entre les gouvernements fédéral et provinciaux afin de permettre à chacun d'assumer raisonnablement ses responsabilités constitutionnelles. Avant de définir un tel droit de retrait, il nous apparaît donc nécessaire de décrire, à titre préliminaire, cet ensemble dans lequel il s'inscrit, c'est-à-dire d'expliquer ce qu'il faut entendre par « arrangements fiscaux » et par « subventions conditionnelles ».

Préliminaires

A) LES ARRANGEMENTS FISCAUX

4. Les arrangements fiscaux représentent un premier mode de partage des pouvoirs fiscaux entre le fédéral et les provinces. Ces arrangements sont renégociés tous les cinq ans sur une base volontaire. Ce sont en fait des *gentlemen's agreements* soumis au principe de la souveraineté des parlements fédéral et provinciaux⁶. Ils couvrent les différents domaines des relations fiscales entre les deux ordres de gouvernement. Ils traitent expressément des paiements de péréquation, depuis 1957⁷, du droit de se retirer des programmes établis, depuis 1965⁸, du financement des programmes

5. Ci-après désigné « programmes de compétence provinciale ».

6. F.R. SCOTT, « The Constitutional Background of Taxation Agreements » in *Essays on the Constitution*, Toronto, U. of Toronto Press, 1977, à la p. 295.

7. Voir R.W. BOADWAY, *Intergovernmental Transfers in Canada*, Toronto, Association canadienne des études fiscales, 1980, à la p. 10. Les paiements de péréquation sont des subventions non conditionnelles du fédéral qui ont « pour objet de donner à toutes les provinces les moyens financiers nécessaires pour offrir aux citoyens un niveau raisonnable comparable de services publics, à des taux d'imposition à peu près équivalents ». Voir Conseil économique du Canada, *Le financement de la confédération, d'aujourd'hui à demain*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1982, à la p. 11 et s. La formule pour calculer les paiements de péréquation devant être faits par le gouvernement fédéral aux provinces a beaucoup évolué depuis 1957. Pour une explication de cette évolution voir Conseil économique du Canada, *supra*, à la p. 11 et s.; Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces (ci-après désigné Groupe de travail parlementaire), *Le fédéralisme fiscal au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981, aux pp. 37 et s. et 173 et s.; R.W. BOADWAY, *supra*, à la p. 10 et s.; G.V. LA FOREST, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2^e éd., Toronto, Association canadienne des études fiscales, 1981, à la p. 30.

8. Voir *infra*, n^{os} 43 et s.

établis, depuis 1977⁹ et du partage de l'espace fiscal entre les deux ordres de gouvernement, depuis la deuxième guerre mondiale¹⁰. Nous nous limiterons pour l'instant à traiter du dernier point, le financement des programmes établis et le droit de retrait étant abordés en détail plus loin.

5. Les articles 91 et 92 de *La Loi constitutionnelle de 1867*¹¹, tels qu'ils furent interprétés au fil des années par les tribunaux, confèrent aux gouvernements fédéral et provinciaux des pouvoirs concurrents en matière d'impôts directs sur le territoire provincial et empêchent les provinces de percevoir des impôts indirects, de poser des obstacles au commerce interprovincial et international, de même que d'imposer les résidents d'une autre province, ces derniers domaines étant réservés au gouvernement fédéral. En d'autres termes, les gouvernements fédéral et provinciaux sont tous deux habilités à imposer directement et concurremment la propriété se trouvant sur le territoire provincial ainsi que le revenu gagné sur ce territoire¹².

Cette compétence concurrente en matière de taxation explique l'effort des gouvernements fédéral et provinciaux à s'entendre sur le partage de l'espace fiscal. On voulait notamment éviter de taxer doublement certains citoyens par rapport à d'autres, comme ce fut souvent le cas avant la deuxième guerre mondiale¹³.

6. Depuis la seconde guerre mondiale, il y a eu trois types d'entente sur le partage des recettes fiscales, soit les ententes de location d'impôts, les accords de partage d'impôts au moyen d'un régime d'abattement, les accords de partage d'impôts procédant par régime de transfert de points d'impôt sur le revenu des particuliers¹⁴.

9. Voir *infra*, n^{os} 67 et s.

10. G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 27 et s.

11. 1867, 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.).

12. E.J. BENSON, *Les pouvoirs d'imposer et la constitution canadienne*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, à la p. 7. Notons toutefois ici qu'Ottawa ne pourrait prélever un impôt fédéral direct sur le territoire d'une province spécifiquement pour y permettre certaines réalisations, car le pouvoir d'imposition direct à des fins provinciales appartient exclusivement aux provinces. Voir Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (ci-après désigné « Comité sénatorial permanent »), *Rapport sur certains aspects de la constitution canadienne*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1980, à la p. 6.

13. Pour un historique de l'évolution des relations fédérales-provinciales en matière fiscale avant la deuxième guerre mondiale, voir G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 1 et s.; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 100; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 46, 47, 11 et s.; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, à la p. 1077.

14. Pour un historique des relations fédérales-provinciales en matière fiscale, voir G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 27 et s.; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 97 et s.; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 47, 48, 195 et s.; F. CHEVRETTE et H. MARX, *supra*, note 13, à la p. 1076 et s.; R. BASTIEN, « La structure fiscale du fédéralisme canadien : 1945-1973 », (1974) 17 *Can. Public Administration* 96, aux pp. 99 à 103.

7. Les ententes de location d'impôts ont existé au Canada de 1942 à 1962. Elles peuvent se définir comme des « accords quinquennaux en vertu desquels les provinces cédaient au gouvernement fédéral un droit de prélever des impôts sur le revenu et des droits de succession en échange d'un certain loyer »¹⁵ que leur versait ce dernier. Notons ici que les loyers devinrent plus généreux d'une période à l'autre. À partir de 1947, le Québec a toujours refusé de participer à de telles ententes¹⁶. Il les estimait incompatibles avec ses droits constitutionnels. Ce faisant, le Québec ne recevait pas du gouvernement fédéral les loyers remis aux autres provinces et se devait d'organiser un système de taxation en vertu duquel il imposait concurremment avec le fédéral certains champs fiscaux, contrairement à la pratique des provinces qui avaient accepté les ententes de location d'impôts. Pour corriger cette dernière situation, le gouvernement fédéral a accepté au fil des ans de réduire graduellement les impôts perçus au Québec¹⁷.

8. Quant aux accords de partage d'impôts au moyen d'un régime d'abattement, il s'agit aussi d'accords quinquennaux qui ont régi entièrement les relations fédérales-provinciales de 1962 à 1972. Le remplacement des ententes de location d'impôts par de tels accords de partage d'impôts découle en grande partie du désir de l'ensemble des provinces de prélever elles-mêmes les impôts requis pour financer leurs dépenses¹⁸. En vertu du système de location d'impôts, la province qui louait au fédéral son droit de prélever des impôts sur le revenu renonçait par le fait même à percevoir de tels impôts pour la durée des accords et limitait ainsi sa capacité d'accroître ses dépenses¹⁹. Avec la *Loi sur les arrangements fiscaux de 1961*²⁰, on instaurait donc un régime d'abattement des impôts en vertu

15. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 100.

16. Durant la guerre, le Québec s'était joint aux autres provinces pour participer à l'entente de location d'impôts de 1941. Avec l'entrée du Canada dans la deuxième guerre, les provinces avaient admis la nécessité d'un pouvoir central fort tant que durerait la guerre. L'Ontario n'a pas toujours participé aux ententes de location d'impôts. Voir G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 28 et s.; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 47.

17. Durant les accords de 1947, le gouvernement fédéral a réduit de 7% l'impôt fédéral sur le revenu des corporations au Québec. Durant les accords de 1952, Ottawa diminua de 10% l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers perçu dans la province de Québec. Pendant les accords de 1957, il a augmenté à 10% la réduction de l'impôt fédéral sur le revenu des corporations et à 13% la réduction de l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers; il a aussi accordé une réduction de 50% des droits fédéraux sur les successions perçus au Québec. Voir G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 28 et s. Bien entendu, ce qui précède s'applique aussi à l'Ontario dans les cas où cette dernière a refusé de participer aux ententes de location d'impôts.

18. On se rappellera ici que le Québec s'est toujours opposé aux accords de location d'impôts sauf en 1941.

19. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 100.

20. *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1960-1961, c. 58.

duquel « le gouvernement fédéral imposait un impôt dit impôt de base, lequel était réduit d'un certain pourcentage pour laisser de la place aux impôts provinciaux, c'est-à-dire pour accorder aux provinces un certain espace fiscal²¹ ».

9. Parallèlement à l'établissement de ce nouveau régime, le gouvernement fédéral offrait de percevoir les impôts provinciaux sur le revenu des particuliers et des sociétés sans restreindre la liberté des provinces d'imposer les taux qu'elles désiraient mais à la condition toutefois qu'elles adoptent la définition du revenu imposable contenue dans la loi fédérale de l'impôt sur le revenu. Cette deuxième condition visait à harmoniser la fiscalité de façon à éviter la double taxation de certains citoyens²².

10. La principale caractéristique de la période couverte par les accords de partage d'impôts au moyen d'un régime d'abattement est la demande persistante et croissante des provinces, le Québec en tête, pour obtenir un plus grand espace fiscal du fédéral. Plusieurs auteurs s'entendent d'ailleurs pour caractériser de la sorte les relations fiscales fédérales-provinciales pendant toute la période depuis la seconde guerre mondiale²³. Les provinces réclamaient alors le droit de financer leurs dépenses avec leurs propres ressources et ce sans avoir à alourdir le fardeau fiscal de leurs contribuables²⁴. Elles invoquaient à l'appui une augmentation plus rapide des dépenses publiques dans leurs domaines de compétence comme l'éducation, la santé et le bien-être social et une croissance moindre de leurs recettes par rapport à celles du fédéral²⁵. La conférence fédérale-provinciale de mars-avril 1964 fut un des forums où les réclamations des provinces en matière de transferts fiscaux se sont le plus clairement fait entendre durant cette période. Le Québec notamment y a réclamé 25% de l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers, 25% de l'impôt fédéral sur les sociétés et 100% de l'impôt sur les successions²⁶.

21. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 100.

22. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 101. Le Québec et l'Ontario n'ont pas autorisé le fédéral à percevoir leurs impôts sur le revenu des sociétés. En outre, le Québec perçoit lui-même ses impôts sur le revenu des particuliers. Pour un historique des accords de perception fiscale et une description de leurs objectifs, voir Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 97 et s. Notons ici que ces accords sont inscrits dans les différentes lois concernant les arrangements fiscaux entre les provinces et le gouvernement fédéral.

23. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 43; G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 31; F.R. SCOTT, *supra*, note 6, à la p. 300; E.S. BINAVINCE, "Federalism and the Accommodation of regionalism in Canada : Taxation" in *12^e Colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éd. de l'Université d'Ottawa, 1974, à la p. 202.

24. Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 7; F.R. SCOTT, *supra*, note 6, à la p. 300; C. MORIN, *Le pouvoir québécois en négociation*, Montréal, Boréal Express, 1972, à la p. 54; R. SIMÉON, *Federal-Provincial Diplomacy; The making of recent policy in Canada*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1972, à la p. 51.

25. Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 7.

26. R. SIMÉON, *supra*, note 24, à la p. 54; C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 54; Bureau du conseil privé, *Conférence fédérale-provinciale, Québec, 31 mars — 1^{er} avril 1964*,

11. Face à de telles demandes provinciales, le gouvernement fédéral se montra assez réceptif. Ainsi, dans les accords de partage d'impôts de 1961²⁷, les abattements furent fixés à 16% de l'impôt fédéral de base sur le revenu des particuliers, à 9% du revenu des sociétés et à 50% des droits fédéraux sur les successions alors qu'en vertu des accords de location d'impôts de 1957, le loyer versé aux provinces était égal à 10% de l'impôt fédéral de base sur le revenu des particuliers, plus 9% du revenu imposable des sociétés et 50% des droits fédéraux sur les successions²⁸. Après la conférence fédérale-provinciale de 1964, le gouvernement fédéral a accepté de fixer les abattements sur le revenu des particuliers à 21% pour 1965 et à 24% pour 1966²⁹ et suite aux accords de partage d'impôts de 1967³⁰, les abattements de l'impôt sur les successions et sur les revenus des particuliers et des sociétés furent portés respectivement à 75%, à 28% et à 10%. Comme nous le verrons plus loin, bien que cette dernière augmentation de l'abattement fut accordée en partie pour remplacer les subventions au titre de l'enseignement postsecondaire, elle n'en constituait pas moins un transfert inconditionnel de ressources fiscales par le gouvernement fédéral en faveur des provinces³¹.

12. Mais, en même temps qu'il leur consentait ces abattements, le gouvernement fédéral tentait de convaincre les provinces d'accroître leurs taux d'imposition au-delà de ceux des dits abattements; ces derniers ne restreignaient en effet aucunement la compétence concurrente en matière fiscale des gouvernements fédéral et provinciaux. Bien entendu, les provinces voulaient éviter de surtaxer leurs citoyens, mais le gouvernement fédéral estimait qu'elles devaient assumer les conséquences politiques de leur volonté d'accroître leurs ressources financières³². C'est notamment dans cette optique qu'on décida d'opérer une réforme fiscale en janvier 1972. En vertu des accords de 1972³³, le régime des abattements relatifs à l'impôt sur le revenu des particuliers fut aboli pour être remplacé

Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, à la p. 12. Ci-après désignée « *Conférence fédérale-provinciale de 1964* ».

27. *Supra*, note 20, aux art. 2 (1) e), f), g), 3 (4), 4 (2) a), 4 (3) a) et 4 (4) a).

28. *Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage d'impôts*, S.C. 1956, c. 29, aux art. 2 (1) c), e), f) et 7.

29. C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 56; *Loi de 1964 sur la révision des arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1964, c. 26, aux art. 4, 7.

30. *Loi de 1967 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1966-67, c. 89. Ci-après désignée « *Loi de 1967 sur les arrangements fiscaux* ». Voir aux art. 15, 5.

31. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 101.

32. E.S. BINA VINCE, *supra*, note 23, à la p. 202.

33. *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1972, c. 8. Ci-après désignée « *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux* ».

par un système de transfert de points d'impôt. Richard Bastien explique la portée d'un tel changement, toujours en vigueur aujourd'hui, de la façon suivante :

La disparition du régime des abattements de l'impôt sur le revenu des particuliers signifie que la notion d'un impôt fédéral de base dont le produit devait être partagé selon certaines proportions entre les deux ordres de gouvernement n'existe plus. Mais cela signifie aussi qu'il n'est plus possible de voir dans l'abattement un jugement implicite du gouvernement fédéral quant au niveau idéal d'imposition provincial [...].

Les provinces signataires des accords de perception d'impôts doivent maintenant exprimer leur taux d'impôt sur le revenu des particuliers en pourcentage de l'impôt fédéral payable plutôt que de l'impôt fédéral de base avant abattement [...]. En abolissant le régime des abattements le gouvernement fédéral a donc éliminé toute barrière psychologique à un accroissement des taux provinciaux d'imposition³⁴.

13. Enfin, signalons que l'instauration d'un régime de transfert de points d'impôt sur le revenu des particuliers, n'a pas arrêté tout transfert fiscal subséquent du fédéral aux provinces. En effet, dans les arrangements fiscaux de 1977³⁵ le gouvernement fédéral a transféré aux provinces 13.5% de points d'impôt additionnels sur le revenu des particuliers et 1% additionnel du revenu imposable des sociétés. En outre, soulignons que les accords fiscaux de 1982³⁶ n'ont pas changé l'état du partage fiscal entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux³⁷.

B) LES SUBVENTIONS CONDITIONNELLES

a) Définition et fondements juridiques

14. Les subventions conditionnelles représentent un deuxième mode de partage des ressources fiscales entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Dans le présent contexte, les subventions conditionnelles couvrent des activités de compétence provinciale que le gouvernement fédéral a financées en partie avec les provinces par le biais des programmes à frais partagés. En retour, le droit de retrait permet aux provinces de se

34. R. BASTIEN, *supra* note 14, aux pp. 102, 103. Nous expliquons plus loin l'impact d'un tel changement, à partir d'exemples concrets.

35. *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1976-77, c. 10, à l'art. 20.

36. *Loi modifiant la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les programmes établis et prévoyant des paiements à certaines provinces*, S.C. 1980-81-82, c. 94.

37. David B. PERRY, « The Federal-Provincial Fiscal arrangements for 1982-87 », (1983) 31 *Can. Tax Journal*, à la p. 30 et s.

retirer ou de ne pas participer à certains programmes à frais partagés bénéficiant de subventions conditionnelles fédérales. Ces subventions sont conditionnelles en ce sens que le gouvernement fédéral accepte de partager les frais d'un plan provincial seulement si ce dernier est conforme à la législation fédérale établissant le programme à frais partagés³⁸. Cette participation financière du gouvernement fédéral à des activités relevant de la juridiction provinciale se justifie par ce que l'on désigne sous le nom de « pouvoir fédéral de dépenser ».

15. Plusieurs auteurs³⁹ s'entendent pour établir le fondement constitutionnel du pouvoir fédéral de dépenser aux articles 91 (3) et 91 (1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁰. « Ces dispositions stipulent que le parlement canadien peut effectuer le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation et qu'il est compétent pour légiférer relativement à la dette et la propriété publiques, ce que l'on a interprété comme couvrant tous les biens du Dominion y compris le Fonds du revenu consolidé⁴¹ ».

En 1936, la Cour suprême du Canada⁴² — confirmée en appel par le Comité judiciaire du Conseil privé⁴³ — a interprété ces dispositions comme suit :

Le parlement canadien peut offrir des subventions pour toutes fins fédérales ou provinciales, à tout individu ou à toute institution publique ou privée. Il peut attacher à ces subventions les conditions ou restrictions qu'il veut. L'exercice de ce pouvoir prépondérant ne doit pas, toutefois, inclure une législation ou une réglementation dans un domaine de compétence provinciale⁴⁴.

Il nous apparaît aussi avec E.A. Driedger⁴⁵ et G.V. La Forest⁴⁶, que le pouvoir fédéral de dépenser pourrait très bien et même préféablement⁴⁷ se fonder sur les articles 102 et 106 de la *Loi constitutionnelle*

38. Voir *infra*, n^{os} 35 et s., pour une explication plus détaillée du caractère conditionnel des subventions. Association du Barreau canadien, Comité sur la constitution. *Vers un Canada nouveau*, Fondation du Barreau Canadien, 1978, à la p. 84; P.E. TRUDEAU, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du parlement canadien*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, à la p. 5 et s.; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 41.

39. P.E. TRUDEAU, *supra*, note 38, à la p. 13 et s.; G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 45 et s.

40. *Supra*, note 11.

41. P.E. TRUDEAU, *supra*, note 38, à la p. 13.

42. *Référence : Loi sur l'emploi et l'assurance-sociale*, [1936] R.C.S. 427, à la p. 457.

43. (1937) 1 D.L.R. 687 (C.P.).

44. Comité sénatorial permanent, *supra*, note 12, à la p. 6.

45. E.A. DRIEDGER, « The Spending Power », (1981) 7 *Queens Law Journal*, à la p. 124 et s.

46. *Supra*, note 7, aux pp. 46, 47.

47. Voir E.A. DRIEDGER, *supra*, note 45, à la p. 131 et s., qui soutient que si l'on fonde le pouvoir fédéral de dépenser sur les articles 102 et 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11, on pourrait parallèlement justifier le pouvoir provincial de dépenser.

de 1867⁴⁸. Les articles 102 et 106 établissent un Fonds du revenu consolidé affecté au service public du Canada. E.A. Driedger et G.V. La Forest interprètent ces deux dispositions dans le même sens que les articles 91 (3) et 91 (1A). Selon eux, la législation d'affectation sera valide en autant qu'elle n'équivaut pas à une législation ou à une réglementation dans un domaine de compétence provinciale. Par contre, il nous semble incorrect de fonder, comme on l'a déjà fait, le pouvoir fédéral de dépenser sur la prérogative royale⁴⁹, ou sur le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement⁵⁰. En effet, la prérogative royale suit le partage des compétences et le pouvoir de faire des lois pour la paix est limité expressément par les matières relevant de la compétence exclusive des provinces⁵¹. En conséquence, si le pouvoir fédéral de dépenser se fondait sur l'une ou l'autre de ces justifications juridiques, le gouvernement fédéral ne pourrait octroyer aucune subvention dans des domaines de compétence provinciale.

b) Motifs de l'utilisation des subventions conditionnelles

16. Les subventions conditionnelles octroyées par le gouvernement fédéral en vertu de programmes à frais partagés furent particulièrement fréquentes durant la période postérieure à la deuxième guerre mondiale⁵². Les initiatives fédérales auraient alors donné naissance à plus de 75 programmes à frais partagés⁵³. Ces subventions conditionnelles ont surtout permis de financer des programmes concernant des domaines comme la santé, l'éducation, le bien-être social, les transports et l'agriculture⁵⁴.

17. À notre avis, trois motifs principaux permettent d'expliquer l'utilisation des subventions conditionnelles depuis la deuxième guerre.

ser par l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui établit un fonds du revenu consolidé affecté au service public provincial. Par contre, ajoute DRIEDGER, si on base le pouvoir fédéral de dépenser sur les articles 91 (3) et 91 (1A) il sera impossible de trouver des articles équivalents pour fonder le même pouvoir provincial.

48. *Supra*, note 11.

49. F.R. SCOTT, *supra*, note 6.

50. Art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11, *Angers c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C. de l'É. 83.

51. G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 47.

52. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 87; G.E. CARTER, *Canadian Conditional Grants since World War II*, Toronto, Association canadienne des études fiscales, 1971, à la p. 21 et s. Dans les années 1970, aucun nouveau programme majeur à frais partagés ne fut mis en place.

53. Comité sénatorial permanent, *supra*, note 12, à la p. 6. Dans G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 114, on donne une liste des programmes à frais partagés qui faisaient l'objet d'une subvention conditionnelle pendant l'année fiscale 1969/1970. Une telle liste plus récente figure dans Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 87 et s.

54. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 18.

Rappelons d'abord que durant cette période les provinces ont réclamé du fédéral un transfert accru d'espace fiscal. On se souviendra aussi que le gouvernement fédéral a opéré graduellement de tels transferts fiscaux en faveur des provinces. Cependant, et c'est là le premier motif de l'utilisation des subventions conditionnelles, le gouvernement fédéral voulant garder la maîtrise des mécanismes de contrôle de l'économie⁵⁵, a préféré mitiger le transfert d'espace fiscal en faveur des provinces en leur octroyant parallèlement des ressources financières par le biais des subventions conditionnelles⁵⁶.

Le gouvernement fédéral a également utilisé les subventions conditionnelles pour inciter, par une aide financière, les provinces à mettre sur pied des régimes jugés essentiels dans des domaines comme la santé et l'éducation et ce, même si ces programmes pouvaient avoir des répercussions hors de leurs frontières. À titre d'exemple, lorsque les diplômés d'une province vont travailler ailleurs au Canada, cette province aurait pu en effet être tentée, sans aide financière fédérale, de considérer la mise sur pied d'un programme éducatif comme du gaspillage⁵⁷.

Le troisième motif de l'utilisation des subventions conditionnelles réside dans le désir du gouvernement fédéral de voir au maintien de normes minimales chez toutes les provinces, notamment pour les services de santé et de bien-être social⁵⁸. Ce motif explique en partie le caractère conditionnel des subventions fédérales⁵⁹.

18. Après avoir vu l'ensemble dans lequel s'inscrit le droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale, nous expliquerons maintenant ce droit en en faisant un historique que nous présenterons en deux périodes, l'une antérieure et l'autre

55. L'impôt sur le revenu des particuliers et des sociétés constitue un exemple de tels mécanismes. En effet, les politiques fiscales combinées aux politiques de nature monétaire (taux d'intérêt, etc.) sont utilisées par le gouvernement fédéral pour diminuer l'inflation et pour encourager l'épargne et l'investissement. Ainsi, si le gouvernement fédéral voulait encourager les investissements dans un secteur économique donné, il pourrait permettre certaines déductions fiscales additionnelles en faveur des entreprises qui investiraient dans ce secteur. En outre, le gouvernement fédéral pourrait décider de ne pas accroître l'impôt sur le revenu des particuliers, espérant ainsi favoriser la reprise économique par le maintien de la consommation, etc. Voir *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, 1966. (Rapport Carter)*, 6 volumes, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, Vol. 2, à la p. 10 et s.

56. E.S. BINAVINCE, *supra*, note 23, à la p. 202.

57. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 45; G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 12, 110; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 59.

58. J.A. MAXWELL, « Tax Abatements and Opting : An Appraisal », (1968) 16 *Can. Tax Journal* 438, à la p. 442; G.V. LA FOREST, *supra*, note 7, à la p. 198; R. BASTIEN, *supra*, note 15, à la p. 105; P.E. TRUDEAU, *supra*, note 38, à la p. 39; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 40.

59. Voir *infra*, n^{os} 35 et s., pour une explication plus détaillée de ce caractère conditionnel.

postérieure à 1977. Cette analyse législative nous permettra par la suite de comprendre plus facilement la deuxième facette du droit de retrait avec compensation que constitue l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁰.

Chapitre 1 - Période antérieure à 1977

19. Afin de comprendre les mécanismes du droit de retrait avec compensation d'avant 1977, il convient auparavant de présenter les différentes méthodes de calcul des subventions conditionnelles fédérales en vertu de certains programmes à frais partagés, ainsi que de préciser la nature des conditions subordonnant l'octroi de ces subventions.

SECTION 1 - MÉTHODES DE CALCUL ET CARACTÈRE CONDITIONNEL DES SUBVENTIONS FÉDÉRALES

20. En 1970, on dénombrait 79 programmes à frais partagés impliquant des subventions conditionnelles du gouvernement fédéral aux provinces⁶¹. La description des méthodes de calcul et conditions de tous ces programmes revêt peu d'intérêt pour notre étude. Nous nous attarderons donc surtout aux programmes les plus importants. Ainsi, en 1970, le programme d'assurance-hospitalisation, le programme concernant les soins médicaux et le régime d'assistance publique du Canada représentaient à eux seuls 81.3% de l'ensemble des subventions conditionnelles du gouvernement fédéral aux provinces en vertu des programmes à frais partagés⁶².

21. D'importance moindre, certains autres programmes méritent également notre attention, soit en raison de leur persistance dans le temps, soit pour nous permettre d'illustrer la diversité des méthodes utilisées pour déterminer le montant des subventions conditionnelles.

Par. 1 - Méthodes de calcul des subventions conditionnelles fédérales

22. Les subventions conditionnelles fédérales furent allouées avec ou sans contrepartie provinciale, selon que la province bénéficiaire devait ou non fournir des fonds en fonction des sommes versées par le gouvernement fédéral. À titre d'exemple, dans le cas d'une subvention avec contrepartie fixée à 50%, le gouvernement fédéral finançait 50% des dépenses provinciales encourues pour le programme concerné.

60. *Supra*, note 2.

61. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 114 et s.

62. *Id.*, à la p. 28.

23. Les subventions conditionnelles fédérales furent aussi octroyées avec ou sans plafond. En vertu d'une subvention sans plafond, le gouvernement fédéral acceptait, par exemple, de financer 50% de toutes les dépenses provinciales effectuées au titre du programme visé. Ainsi, la seule limite à la participation financière du fédéral était alors le montant que la province voulait bien dépenser dans le programme. Par contre, si la subvention comportait un plafond, la participation fédérale à un programme ne pouvait dépasser une somme maximum prédéterminée.

A) LE PROGRAMME D'ASSURANCE-HOSPITALISATION⁶³

24. Les subventions fédérales en vertu de ce programme, adopté en 1957, allaient avec contrepartie provinciale et sans plafond. Les paiements fédéraux aux provinces se calculaient selon la formule suivante : « le droit d'une province, pour une année donnée, était égal à 25% du coût national moyen, par habitant, des services assurés, plus 25% du coût des services assurés par habitant pour la province, multipliés par la population de la province cette année-là⁶⁴ ». Cette formule comprenait un élément de péréquation implicite, puisqu'il en résultait que « la part de l'aide fédérale était plus élevée dans les provinces où le coût par habitant était inférieur à la moyenne nationale, et plus faible dans les autres provinces⁶⁵ ».

63. Voir la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*, S.R.C. 1970, c. H-8; R.W. BODWAY, *supra*, note 7, aux pp. 19, 30; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 177; A.J. MACÉACHEN, *Les relations fiscales fédérales-provinciales dans les années 80*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981, à la p. 75.

64. A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 75. Voir aussi la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, *supra*, note 63, à l'art. 4, mod. par S.C. 1976-1977, c. 10, art. 51 (1.6).

65. *Ibid.*, — Afin de comprendre l'expression « élément de péréquation implicite », raisonnons à partir de l'exemple suivant. Présignons pour 1982 : a) que le coût moyen par habitant pour maintenir un programme d'assurance-hospitalisation dans toutes les provinces canadiennes fut de 300 dollars, b) qu'il en a coûté 160 dollars par habitant pour maintenir un tel programme dans la province A, alors que pour la province B le coût par habitant fut de 400 dollars.

— En appliquant la formule du programme d'assurance-hospitalisation pour calculer les subventions fédérales, la province A a donc reçu du fédéral $(25\% \times 300 \$) + (25\% \times 160 \$)$, soit 115 dollars par habitant, alors que la province B a bénéficié d'un paiement fédéral égal à 175 dollars per capita calculé comme suit : $(25\% \times 300 \$) + (25\% \times 400 \$)$. Cela revient donc à dire que le fédéral a assumé 71,8% du coût par habitant du programme de la province A alors que cette proportion n'a été que de 43,7% dans la province B. Comme on peut supposer que la province A fut incapable d'investir davantage dans l'assurance-hospitalisation pour des raisons économiques, on comprend donc pourquoi on prétend que la formule du programme d'assurance-hospitalisation comprend un élément de péréquation ou de redistribution des ressources financières fédérales entre les provinces. Pour une explication détaillée de l'élément de péréquation implicite, voir G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 45 et s.

B) LE PROGRAMME SUR LES SOINS MÉDICAUX⁶⁶

25. Les paiements fédéraux se calculaient comme suit pour ce programme : « le droit d'une province pour une année donnée était égal à 50% du coût national moyen des services assurés par habitant, multiplié par la population de la province cette année-là »⁶⁷. La référence au coût national moyen permet de déceler aussi dans cette formule un élément de péréquation implicite dont les conséquences redistributrices sont les mêmes que pour le programme précédent⁶⁸. Les subventions fédérales en vertu du programme sur les soins médicaux étaient accordées, lors de son adoption en 1966, avec contrepartie provinciale et sans plafond, mais en 1975, on fixa un plafond au taux de croissance des contributions per capita versées par le gouvernement fédéral aux provinces. Pour 1976/1977, ce plafond se situa à 113% des subventions fédérales versées en 1975/1976⁶⁹.

C) LE RÉGIME D'ASSISTANCE PUBLIQUE DU CANADA⁷⁰

26. Il s'agit d'un programme avec contrepartie provinciale et sans plafond adopté en 1966. Le R.A.P.C. permettait au gouvernement fédéral de rembourser aux provinces et aux municipalités « 50% du coût de l'assistance sociale et des services sociaux qu'elles offrent aux personnes nécessiteuses ou à celles qui risquent de le devenir faute de ces services⁷¹ ». Les services sociaux comprennent « les services offerts aux particuliers, comme les services ménagers à domicile, les services de conseil, les services à l'enfance, etc. ». L'assistance sociale ou publique

66. Voir la *Loi sur les soins médicaux*, S.R.C. 1970, c. M-8; A.J. MACEachen, *supra*, note 63, à la p. 76; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 20; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7 à la p. 177.

67. A.J. MACEachen, *supra*, note 63 à la p. 76. Voir aussi la *Loi sur les soins médicaux*, *supra*, note 66, à l'art. 5 mod. par S.C. 1974-75-76, c. 107, art. 1 et par S.C. 1976-1977, c. 10, art. 53.

68. De telles conséquences sont encore plus évidentes dans le cas de la formule du programme sur les soins médicaux. Présignons que les coûts mentionnés à la note 65 furent encourus pour assurer le maintien du programme de soins médicaux en 1982. On réalise alors rapidement que la contribution fédérale aux provinces A et B se serait élevée respectivement à $(150 \$ / 160 \$ \times 100)$, c'est-à-dire à 93,7% du coût par habitant du programme de la province A et à 37,5% du coût per capita assumé par la province B, en calculant comme suit : $(150 \$ / 400 \$ \times 100)$.

69. Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 57.

70. Ci-après désigné : « R.A.P.C ». Voir la *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-1; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 51 et s. et 157 et s.; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 27 et s.

71. Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 51. Voir aussi la *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, *supra*, note 70, à l'art. 5, mod. par S.C. 1974-75-76, c. 58, art. 11.

comprend « le versement de prestations monétaires aux familles et aux particuliers pour les aider à faire face à leurs dépenses courantes⁷² ».

Lors de son adoption, le R.A.P.C. se voulait un plan d'ensemble destiné à couvrir la plupart des services provinciaux et municipaux offerts aux personnes nécessitant l'assistance publique. Il visait notamment à englober certains programmes alors existants, soit les programmes d'allocations aux aveugles⁷³ et aux invalides⁷⁴, de même que l'assistance-vieillesse⁷⁵ et l'assistance-chômage⁷⁶. Ces derniers programmes étaient tous avec contrepartie provinciale et sans plafond. Le gouvernement fédéral assumait 50% des coûts de ces programmes sauf pour le programme d'allocations aux aveugles où il assumait la responsabilité de 75% des allocations versées, jusqu'à concurrence de 75 dollars par mois par bénéficiaire⁷⁷. Lors de l'entrée en vigueur du R.A.P.C., les provinces avaient l'option de conserver ces programmes ou de les incorporer au R.A.P.C.⁷⁸. Certaines informations statistiques révèlent que ces programmes particuliers sont toujours en vigueur aujourd'hui⁷⁹ même après leur absorption partielle par le R.A.P.C.⁸⁰.

D) LES PROGRAMMES DE SUBVENTIONS À L'HYGIÈNE⁸¹

27. Les programmes désignés sous cette appellation générale sont notamment les suivants : la construction d'hôpitaux, le contrôle de la tuberculose, la santé mentale, la formation médicale, le contrôle du cancer, la santé publique générale, la santé de la mère et de l'enfant, le

72. *Id.*, à la p. 157 et à l'art. 2.

73. *Loi sur les aveugles*, S.R.C. 1970, c. B-7.

74. *Loi sur les invalides*, S.R.C. 1970, c. D-6.

75. *Loi sur l'assistance vieillesse*, S.R.C. 1970, c. O-5.

76. *Loi sur l'assistance-chômage*, S.R.C. 1970, c. U-1.

77. Voir *supra*, notes 73, 74, 76, à l'article 3.

78. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 39 note 53. Cette option pouvait être comprise dans l'accord signé entre le gouvernement fédéral et les provinces désirant participer au R.A.P.C. Voir la *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, *supra*, note 70, à l'art. 4. Notons ici que la mise en œuvre de la plupart des programmes à frais partagés dans les différentes provinces se fait par la signature d'un accord entre le gouvernement fédéral et les provinces concernées. Voir *supra*, notes 63, 73 à 76.

79. Voir Federal-Provincial Relations Division, Department of Finance, *Statistical Summary of Federal Contributions to the Provinces*, Ottawa, 1949 à 1982; Notons que la *Loi sur l'assistance vieillesse*, *supra*, note 75, fut abrogée par S.C. 1974-85-76, c. 58, art. 10. Ce dernier programme a disparu en grande partie en raison de la mise sur pied du Régime de pensions du Canada en 1966. Voir *infra*, n^{os} 55 et s.; G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 36, 37.

80. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 36 et s.

81. *Règles concernant les subventions à l'hygiène en général*, C.P. 1964-19/559, (23 avril 1964).

fonds pour les ressources de santé et les recherches sur la santé publique. La plupart de ces programmes, sauf ceux portant sur les recherches en matière de santé publique et sur la formation médicale, se terminèrent en 1972⁸².

Ces programmes prévoient des subventions conditionnelles fédérales de nature différente de celles vues jusqu'à maintenant. En effet, les subventions générales à l'hygiène sont avec plafond et sans contrepartie sauf pour les programmes de construction d'hôpitaux, de contrôle du cancer et le fonds de ressources en matière de santé⁸³. À titre d'exemple de telles subventions, citons le programme de subventions à la santé publique générale qui fixait en 1964 un plafond de 15 068 445 dollars pour les contributions fédérales en faveur de toutes les provinces dans le domaine de la santé publique. Ce montant maximum se partageait par la suite entre les provinces. Pour bénéficier de telles sommes, une province devait soumettre un projet chiffré à l'approbation du ministre de la santé. Une fois le projet approuvé, la province recevait les sommes désirées et s'engageait à rembourser au receveur général du Canada la partie de ces sommes non utilisée dans le projet auquel on les destinait⁸⁴.

28. Le programme de construction d'hôpitaux constitue un exemple parfait de subvention avec plafond et avec contrepartie. En vertu de ce programme, pour chaque projet de construction d'hôpital, la subvention fédérale s'établissait en 1964 à 2 000 dollars par lit, plus 750 dollars par lit d'interné et d'infirmière se trouvant dans l'hôpital. Toutefois, la subvention totale du gouvernement fédéral ne devait pas excéder le tiers du coût total du projet. En conséquence le financement des deux tiers du projet devait s'alimenter à d'autres sources⁸⁵.

E) LES SUBVENTIONS À L'ÉDUCATION POSTSECONDAIRE

29. En 1951, le gouvernement fédéral offrait aux provinces un programme d'aide directe aux universités consistant en une subvention sans contrepartie et sans plafond de 50 cents par habitant. Cette subvention allait s'accroître à un dollar per capita en 1957 et à 1,50 dollar per capita en 1958. Elle atteignit même cinq dollars en 1966. Les sommes se distribuaient entre les universités d'une province en fonction de la proportion des inscriptions dans chacune d'elles par rapport à la totalité des inscriptions universitaires dans la province⁸⁶.

82. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 21, note 7.

83. *Id.*, à la p. 30.

84. *Règles concernant les subventions à l'hygiène*, *supra*, note 81, aux arts 8, 9, 10.

85. *Id.*, à l'art. 43.

86. J.A. MAXWELL, *supra* note 58, à la p. 439; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 22; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 63.

30. Parallèlement aux subventions aux universités existait, depuis 1960, un programme d'assistance à la formation technique et professionnelle qui avait pour but notamment d'améliorer les équipements provinciaux, de favoriser les cours techniques à l'école secondaire et la formation d'enseignants dans ces domaines. Il s'agissait d'un programme à frais partagés donnant lieu à une subvention avec contrepartie et sans plafond. Le gouvernement fédéral assumait généralement 50% des dépenses provinciales prévues au programme sauf certaines dépenses comme celles relatives aux équipements, qu'il couvrait à 75%⁸⁷.

31. La *Loi de 1967 sur les arrangements fiscaux*⁸⁸ remplaça les subventions aux universités ainsi que l'assistance à la formation technique et professionnelle par un transfert fiscal au titre de l'enseignement post-secondaire. Pour opérer ces transferts, le gouvernement fédéral réduisit son impôt sur le revenu des particuliers de 4% de l'impôt de base et son impôt sur le revenu des sociétés, de 1% des bénéfices de ces dernières, ce qui, par conséquent, permettait aux provinces d'augmenter leurs propres impôts⁸⁹. De façon à réduire les disparités interprovinciales de rendement fiscal, les recettes provenant des pourcentages sus-mentionnés étaient égalisées au niveau de la moyenne nationale en vertu de la formule générale de péréquation alors en vigueur⁹⁰.

32. En plus de l'abattement fiscal, le gouvernement fédéral avait prévu des versements supplémentaires en espèces afin d'ajuster sa contribution aux dépenses provinciales dans le domaine de l'enseignement post-secondaire. D'où l'appellation de « paiements de rajustement ». Ils venaient s'ajouter à l'abattement fiscal portant ainsi la contribution totale du gouvernement fédéral à 50% des dépenses éligibles de fonctionnement de l'enseignement postsecondaire dans chaque province.

33. Pour les provinces à faibles dépenses en matière d'enseignement postsecondaire⁹¹, il fut prévu un transfert fédéral total égal à 15 \$

87. Voir *Loi sur l'assistance à la formation technique et professionnelle*, S.C. 1960-61, c. 6, aux art. 3, 4, 8; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 62; G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 40, 41.

88. *Supra*, note 30, aux arts 11 à 20.

89. Avant la *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux*, *supra*, note 33, le 4% d'abattement d'impôt sur le revenu des particuliers était calculé comme suit :

Si l'impôt fédéral recueilli sur le revenu des particuliers était de x , l'abattement de 4% conférait aux provinces des revenus égaux à $0,04x$.

Après la *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux*, le régime d'abattement d'impôt sur le revenu des particuliers fut aboli; c'est donc dire que le 4% de transfert de points d'impôt sur le revenu des particuliers devait désormais être calculé comme suit :

L'impôt fédéral recueilli sur le revenu des particuliers était réduit de $x - 0,04x = 0,096x$. Les provinces devaient donc prélever 4,357% de $0,096x$ afin de recevoir l'équivalent, après 1972, du 4% d'avant 1972.

Voir R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 22, note 16.

90. *Loi de 1967 sur les arrangements fiscaux*, *supra*, note 30, à l'art. 13 (1) b) ii).

91. Terre-Neuve, l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick ont choisi ce mode de calcul.

multiplié par leur population en 1967 et accru chaque année d'un pourcentage correspondant au taux de croissance des dépenses de l'enseignement postsecondaire pour l'ensemble du pays⁹².

34. Enfin, la *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux* permettait au gouvernement fédéral de plafonner à 15% par an la croissance des transferts fédéraux relatifs à l'enseignement postsecondaire⁹³. La contribution fédérale à l'éducation postsecondaire était donc, avant 1977, avec contrepartie et plafond.

Par. 2 - Caractère conditionnel des subventions fédérales

35. Une subvention dite inconditionnelle permet au gouvernement bénéficiaire de l'utiliser pour n'importe quelle fin y compris la réduction de son taux d'imposition sur le revenu. Une subvention conditionnelle en retour doit être dépensée d'une façon donnée et pour une fin précise⁹⁴.

36. Il y a différents degrés de conditionnalité dans les subventions fédérales. Signalons d'abord les transferts fédéraux presque sans condition à des fins spécifiées, comme le soutien de l'enseignement postsecondaire⁹⁵. On peut mentionner ensuite les programmes à frais partagés, tel le R.A.P.C., en vertu desquels les transferts fédéraux sont directement proportionnels aux dépenses provinciales approuvées.

37. Le présent paragraphe traitera de deux facettes du caractère conditionnel des subventions fédérales. La première facette a trait à l'établissement de services conformes à certaines normes nationales préétablies. La seconde concerne la vérification fédérale des dépenses provinciales

92. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 21; R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 109; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 62 à 64; G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 87, 88, 93.

93. Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 64 et 72; A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 76; *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux*, *supra*, note 33, à l'art. 24.

94. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 2.

95. Voir Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 67. Cependant, il faut savoir que A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 79, souligne qu'en vertu des arrangements relatifs à l'enseignement postsecondaire, « les provinces avaient toute liberté dans l'organisation de leurs institutions et l'enseignement postsecondaire était considéré comme tout programme d'étude exigeant à l'inscription un diplôme de fin du secondaire ou l'équivalent », ce qui l'amène donc à soulever à la p. 6 que « le financement de l'enseignement postsecondaire n'a jamais été assorti de conditions ».

encourues lors de la mise en œuvre des différents programmes à frais partagés⁹⁶.

A) LE RESPECT DE CERTAINES NORMES NATIONALES

38. L'étude du respect de certaines normes nationales nous amène nécessairement à examiner les programmes à frais partagés relatifs aux soins médicaux et à l'assurance-hospitalisation⁹⁷. Les normes nationales représentent les conditions imposées par la législation fédérale aux plans de santé provinciaux pour leur admissibilité à une subvention fédérale. Ces conditions se résument ainsi⁹⁸ :

- 1.- L'universalité. La province doit offrir les services assurés à tous ses résidents et selon des conditions uniformes. Pour le programme sur les soins médicaux par exemple, cette condition sera respectée si le plan provincial couvre 95% des résidents assurables.
- 2.- L'intégralité des services assurés. Selon cette condition, la province bénéficiaire doit offrir tous les services médicaux nécessaires à ses résidents éligibles sauf ceux qui sont couverts par une autre loi fédérale ou une loi provinciale concernant les accidents de travail. Bien sûr, les soins médicaux non nécessaires comme la chirurgie esthétique sont exclus du programme⁹⁹. Soulignons que la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* laisse plus de discrétion que la *Loi sur les soins médicaux*¹⁰⁰ pour déterminer les services que doit couvrir le plan provincial.
- 3.- L'accessibilité. Cette condition implique que l'accès des personnes ayant droit aux services assurés n'est pas, directement ou indirectement, entravé par l'imposition de frais provinciaux ou par d'autres moyens.
- 4.- La transférabilité. En vertu de cette condition une province doit prévoir, dans son plan, le remboursement des frais de services assurés qui furent

96. Le caractère conditionnel des subventions fédérales englobe bien sûr d'autres réalités. Presque chaque programme est en ce sens, en partie du moins, original. Toutefois, pour les fins de notre étude, il serait inutile d'en traiter ici. Il convient en outre de souligner dès maintenant que la compréhension du caractère conditionnel des subventions fédérales est essentielle à la discussion du caractère conditionnel ou non de l'article 40 dans le Titre 2 de notre étude. Voir *infra*, n° 124.

97. A.J. MacEACHEN, *supra*, note 63, à la p. 18.

98. Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, aux pp. 55 et s. et 114 et s. Voir la *Loi sur les soins médicaux*, *supra*, note 66, aux art. 2, 3 et 4 et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, *supra*, note 63, aux art. 2, 5, 6 et 3 mod. par S.C. 1976-1977, c. 10, art. 51 (1.5).

99. *Canadian Employment Benefits and Pension Guide Reports*, Government Health Service Plans, Don Mills, Ontario, C.C.H., 1980, à la p. 4572.

100. *Supra*, note 98.

dispensés à ses résidents éligibles alors qu'ils séjournèrent à l'extérieur de la province. Cela signifie aussi que les résidents d'une province continuent d'être protégés par cette dernière lorsqu'ils déménagent ailleurs au Canada, quand une période minimum de résidence est imposée par la province d'accueil avant de faire bénéficier les nouveaux venus de son régime de soins médicaux¹⁰¹.

- 5.- L'administration publique. Cette condition implique simplement que le programme provincial doit être administré sans but lucratif par une autorité publique désignée ou nommée par le gouvernement provincial.

B) LA VÉRIFICATION FÉDÉRALE DES DÉPENSES PROVINCIALES

39. Dans le cas des subventions conditionnelles fédérales avec contrepartie, on peut aisément comprendre les motifs ayant poussé le gouvernement fédéral à vouloir vérifier si la contrepartie provinciale fut véritablement versée et si les dépenses assumées par la province relèvent vraiment de la loi fédérale qui a instauré le programme à frais partagés.

40. Quelques exemples illustreront cette exigence liée au caractère conditionnel des subventions fédérales. En vertu de la *Loi fédérale instaurant le Régime d'assistance publique du Canada*¹⁰², le gouvernement fédéral s'est engagé à partager les frais provinciaux encourus pour fournir l'aide financière ou une autre forme d'assistance publique couvrant les besoins matériels des personnes nécessiteuses¹⁰³. Conséquemment, la *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada* demande à la province bénéficiaire de tenir des comptes relatifs à l'assistance publique fournie et d'en permettre la vérification par le ministre fédéral de la Santé nationale et du Bien-être social¹⁰⁴. Ce faisant, le ministre fédéral s'assure que les dépenses provinciales pertinentes étaient bien destinées à couvrir les besoins matériels des personnes nécessiteuses. Cela lui permet aussi de vérifier si les dépenses alléguées furent véritablement effectuées. La *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹⁰⁵ précise aussi que les provinces doivent tenir des comptes suffisants sur le coût et l'octroi des services inscrits dans le

101. Cette période minimum de résidence ne doit pas dépasser trois mois et n'est permise que dans la *Loi sur les soins médicaux*, *supra*, note 66, à l'art. 4. Voir la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, *supra*, note 63, à l'art. 8.

102. *Supra*, note 70.

103. La *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, *supra*, note 70, à l'art. 6 (2) a) et b). Il est à noter que la portée de cet engagement fédéral, qui est assez vague dans la loi même, fut par la suite précisée dans les différents accords de mise en œuvre du R.A.P.C. qui furent signés entre le gouvernement fédéral et les provinces participantes.

104. *Loi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, *supra*, note 70, à l'art. 6 (2) f).

105. *Supra*, note 63, à l'art. 5 (2) c).

programme d'assurance à la suite des accords de mise en œuvre fédéral-provinciaux. Là encore le gouvernement fédéral voulait pouvoir contrôler la nature et le montant des dépenses provinciales afin de s'assurer qu'il ne partage que ce qu'il doit partager selon la loi et les accords sur l'assurance-hospitalisation.

41. On pourrait ici multiplier les exemples car, à notre connaissance, tous les programmes à frais partagés ont prévu de tels contrôles fédéraux visant à protéger le gouvernement fédéral contre des demandes de partage excessives et injustifiées de la part des provinces¹⁰⁶. Certains programmes contenaient même un niveau de contrôle fédéral additionnel. Citons le cas du programme instauré par la *Loi sur l'aménagement rural et le développement agricole*¹⁰⁷. En vertu de ce programme, les provinces devaient mettre sur pied leurs propres projets, puis obtenir l'approbation du ministre fédéral responsable afin d'être éligibles au partage des frais. Comme les termes de cette loi demeuraient très vagues, l'approbation des projets dépendait en dernière analyse, de l'interprétation que le ministre fédéral concerné se faisait de la loi¹⁰⁸.

42. Ayant expliqué les différentes méthodes de calcul des subventions conditionnelles ainsi que certains aspects du caractère conditionnel de ces subventions, nous pouvons à présent comprendre les mécanismes du droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale antérieurs à 1977.

SECTION 2 - MÉCANISMES DU DROIT DE RETRAIT AVEC COMPENSATION

43. Débutons cette section par une étude de la disposition législative majeure qui a reconnu formellement en 1964, le droit des provinces de se retirer de certains programmes à frais partagés moyennant une compensation. Suivra l'analyse des autres cas de retrait survenus avant 1977. Nous terminerons par l'examen de la proposition fédérale relative au pouvoir fédéral de dépenser et formulée à l'occasion des conférences constitutionnelles de 1968 à 1971.

*Par. 1 - La Loi concernant la mise en œuvre de certains programmes établis relevant des gouvernements fédéral et provinciaux*¹⁰⁹

106. Voir notamment la *Loi sur les soins médicaux*, *supra*, note 66, à l'art. 6 (1) b); la *Loi sur les aveugles*, *supra*, note 73, à l'art. 7 c) viii); la *Loi sur les invalides*, *supra*, note 74, à l'art. 7 d) viii) etc.

107. S.R.C. 1970, c. A-4.

108. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 80.

109. S.C. 1964-1965, c. 54 et S.R.C. 1970, c. E-8 ci-après désignée « *Loi sur les programmes établis de 1965* ».

A) CONTEXTE DE SON ADOPTION¹¹⁰

44. Principalement depuis 1960, les provinces, Québec en tête, ont accru leur opposition à l'existence des subventions conditionnelles fédérales. Les protestations des provinces se sont notamment fait entendre lors des conférences fédérales-provinciales tenues en juillet 1960, novembre 1963 et au printemps 1964¹¹¹.

45. Les motifs d'opposition des provinces aux subventions conditionnelles fédérales se résument comme suit¹¹² :

1.- Les coûts d'administration élevés des programmes à frais partagés. Les programmes imposent aux provinces l'engagement d'un personnel spécialement chargé de faire rapport à Ottawa de leur exécution. Le gouvernement fédéral, de son côté, doit aussi embaucher des fonctionnaires pour assurer le respect de ses conditions par les provinces.

2.- L'absence de consultation préalable avec les provinces a souvent marqué l'élaboration des programmes à frais partagés par le gouvernement fédéral, même si les premières ont toujours allégué être bien meilleur juge des besoins de leur population dans les domaines relevant de leur juridiction.

3.- Certains programmes à frais partagés avaient été conçus de telle manière qu'ils créaient une incertitude chez les provinces. À titre d'exemple, citons les programmes de subventions à l'hygiène, qui n'ont jamais fait l'objet de législation spécifique et qui étaient renouvelés d'année en année par différentes lois portant affectation de crédits.

4.- Les programmes conjoints réduisent l'initiative des provinces dans leurs domaines de compétence constitutionnelle et viennent déformer l'ordre des priorités recherché par elles dans leurs propres dépenses. Les provinces ont affirmé, en effet, qu'elles ont dû fréquemment réduire certains postes de leur budget de façon à libérer des fonds pour défrayer leur quote-part des programmes à frais partagés.

5.- Malgré leur opposition aux programmes à frais partagés, la réalité politique est telle que les provinces peuvent difficilement refuser les subventions rattachées à ces programmes. Les provinces soutiennent donc que ces subventions deviennent une contrainte qui les place en fait dans un état de subordination vis-à-vis du gouvernement fédéral.

110. *Ibid.*

111. Sur cette rubrique, voir surtout les documents suivants : *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26, à la p. 15; G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 88 à 90.

112. Les motifs provinciaux d'opposition qui suivent sont tirés des documents suivants :

G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 70 et s.; *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra* note 26.

46. Pour remplacer les subventions conditionnelles fédérales accordées en vertu de programmes à frais partagés, la Saskatchewan avait donc proposé, lors de la conférence fédérale-provinciale de 1960, de les convertir en subventions inconditionnelles une fois solidement établis les programmes qu'elles servaient à financer. Lors de cette même conférence, le premier ministre du Québec, Jean Lesage, avait pour sa part proposé que le gouvernement fédéral se retire des programmes bien établis moyennant compensation complète aux provinces, qui verraient ainsi accroître leurs capacités financières. Cette compensation, ajoutait monsieur Lesage, devrait prendre la forme d'un abattement fiscal complété par un paiement en espèces¹¹³. Elle devrait aussi être inconditionnelle c'est-à-dire comporter la disparition de toute condition déterminée par Ottawa quant à la gestion des programmes touchés par le retrait.

Face à de telles demandes, le gouvernement fédéral s'est à nouveau montré assez réceptif. Lors de la conférence fédérale-provinciale de 1963, le premier ministre fédéral, Lester B. Pearson, avait déclaré qu'il était parfaitement possible de concevoir un nouvel arrangement qui impliquerait le transfert, avec compensation aux gouvernements provinciaux, de la pleine responsabilité de certains programmes à frais partagés¹¹⁴. Mais c'est surtout lors de la conférence fédérale-provinciale du printemps de 1964 que s'est concrétisée la position du gouvernement fédéral sur ce sujet. En effet, le premier ministre Pearson y a alors fait une proposition qui, après quelques discussions techniques¹¹⁵, devait faire l'objet de la *Loi sur les programmes établis*¹¹⁶ adoptée en avril 1965.

B) CONTENU

47. La *Loi sur les programmes établis de 1965*¹¹⁷ permettait à toute province qui le désirait de se retirer de certains programmes à frais partagés. En d'autres termes, elle conférait aux provinces la possibilité de reprendre l'entière responsabilité de certains programmes conjoints. La loi de 1965 divisait en deux catégories les programmes comportant un droit

113. Ce type de compensation s'inscrit parfaitement dans les revendications des provinces (le Québec en tête), depuis la deuxième guerre mondiale et surtout depuis 1960, pour obtenir un espace fiscal correspondant plus à leurs responsabilités constitutionnelles.

114. Dans le manifeste du parti libéral fédéral de 1962, on avait aussi pu lire une telle affirmation. Voir *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra* note 26, à la p. 15.

115. C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 35; R. SIMÉON, *supra*, note 24, à la p. 54 et s.

116. *Supra*, note 109.

117. *Ibid.*

de retrait. La première catégorie englobait surtout des programmes bien établis¹¹⁸ impliquant des dépenses régulières de capital payées par le gouvernement fédéral. Ces programmes, énumérés à l'annexe I de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹¹⁹, comprenaient le programme d'assurance-hospitalisation, certains projets prévus par la *Loi sur l'assistance à la formation technique et professionnelle*¹²⁰, les programmes de subventions à l'hygiène ainsi que le programme de bien-être social incluant l'assistance vieillesse¹²¹, les allocations aux aveugles et aux invalides, l'assistance-chômage, le régime d'assistance publique du Canada¹²².

48. Selon cette loi, les provinces désireuses d'avoir le contrôle total de tels programmes se voyaient offrir un abattement de certains points d'impôt sur le revenu des particuliers qui, en 1965, s'élevait à 14 points pour le programme d'assurance-hospitalisation¹²³, à 4 points pour le programme de bien-être social¹²⁴, à un point pour le programme de formation technique¹²⁵ et à un point pour les programmes de subventions à l'hygiène¹²⁶. En 1965, la *Loi sur les programmes établis*¹²⁷ prévoyait aussi que chaque point d'impôt d'abattement devait être porté, par un paiement de péréquation, au même rendement per capita qu'un point d'impôt sur le revenu des particuliers dans les deux provinces les plus riches.

49. En outre, un paiement de rajustement en espèces venait combler la différence entre, d'une part, la subvention qu'aurait eu à verser le gouvernement fédéral s'il n'y avait pas eu retrait et, d'autre part, la valeur financière des unités d'impôt transférées en raison du retrait. Il faut noter cependant que si la valeur financière de ces unités d'impôt dépassait

118. Ces programmes étaient considérés à l'époque comme établis, car on estimait qu'ils ne nécessitaient plus vraiment la présence fédérale pour assurer leur continuation. Voir G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 88, 89, 90, 91.

119. *Supra*, note 109.

120. *Supra*, note 87. Ces programmes ont pris fin le 31 mars 1967, tel que prévu dans l'annexe I de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109. Voir G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 91, note c).

121. Ce programme a disparu en raison de l'adoption en 1966 du Régime de pensions du Canada. Voir *infra*, n°s 55 et s. et *supra*, note 79. La disposition s'y rapportant dans la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, fut abrogée par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (10).

122. Lors de son adoption en 1966, le régime d'assistance publique du Canada fut ajouté à la liste des programmes de l'annexe I de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, par S.C. 1966-1967, c. 45, art. 19.

123. Ce qui fut porté à 16 points par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (7).

124. Ce qui fut porté à 5 points par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (7).

125. Disparu en 1967 en même temps que le programme. Voir *supra*, note 120.

126. Ces programmes ont disparu en 1972. Voir G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 21, note 7; les dispositions de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, s'y rapportant furent abrogées par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (7) et (10).

127. *Supra*, note 109, aux arts 7 et 8, rempl. par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (8), qui ne stipule aucun paiement de péréquation.

le montant de la subvention sus-mentionnée, la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹²⁸ avait prévu la récupération de cet excédent par le gouvernement fédéral. C'est donc dire que les provinces ne pouvaient ni gagner ni perdre en se retirant d'un des programmes de l'annexe I¹²⁹.

50. La deuxième catégorie visait surtout les programmes de nature temporaire qui n'entraînaient pas de dépenses régulières d'année en année. Ils étaient énumérés à l'annexe II de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹³⁰ et comprenaient les programmes d'assistance relatifs à la chaux agricole, de sylviculture, de construction d'hôpitaux, des terrains de camping et de pique-nique et des voies d'accès aux ressources¹³¹. Vu l'instabilité des dépenses qu'ils occasionnaient, les provinces qui choisissaient d'en reprendre la direction et le contrôle se voyaient octroyer une compensation en espèces, et non un abattement fiscal, correspondant à la subvention fédérale à laquelle elles auraient eu droit avant le retrait¹³². Pour cette catégorie d'activités, l'exercice du droit de retrait était donc grandement une question de principe puisque la subvention fédérale et la compensation pour retrait s'effectuaient toutes deux par un versement en espèces.

51. Pour se prévaloir de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹³³, les provinces devaient signer avec le gouvernement fédéral un accord en vertu duquel elles s'engageaient, dans le cas des programmes de l'annexe I, à respecter, même après le retrait, les conditions qui y étaient attachées par le gouvernement fédéral¹³⁴. En d'autres termes, pour les activités de l'annexe I, la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹³⁵ changeait la forme de la contribution fédérale mais non sa nature conditionnelle. C'est donc dire que les provinces devaient continuer les programmes tels qu'ils étaient avant le retrait, ce dernier ne constituant vraiment qu'un transfert de responsabilités administratives aux provinces. Cette caractéristique avait d'ailleurs conduit, en 1966, le premier ministre ontarien, John Robarts, à faire la déclaration suivante :

Nor have we chosen to contract out of programmes simply for the sake of assuming control over programmes to which we were committed. Clearly, any proposal to hand back to the provinces total responsibility for mature

128. *Supra*, note 109, à l'art. 9, rempl. par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (8).

129. Cette caractéristique aura une incidence sur l'interprétation qui sera donnée, dans le Titre 2 de cette étude, aux termes de l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 2.

130. *Supra*, note 109.

131. L'annexe II fut complètement abrogée par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (10).

132. Voir l'art. 11 de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109.

133. *Supra*, note 109.

134. Voir l'art. 3(1) et (2) de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109.

135. *Supra*, note 109.

programmes, in exchange for additional tax capacity in order to continue these essential programmes, offers no real gain to the provinces¹³⁶.

Dans le cas des activités de l'annexe II, le gouverneur général en conseil pouvait, dans l'accord, permettre aux provinces de les remplacer par d'autres programmes comportant des objets analogues¹³⁷.

52. En outre, soulignons que la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹³⁸ ne constituait qu'un arrangement provisoire pour une période de deux à cinq ans selon les activités visées par cette loi. Au terme de cette période de transition, « on devait établir l'équivalence [fiscale] définitive permettant un retrait complet et la disparition de toute condition déterminée par Ottawa quant à la gestion des programmes touchés¹³⁹ ». Toutefois, conçu au départ pour une durée de 2 à 5 ans, l'arrangement provisoire subsista jusqu'à son remplacement par la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*¹⁴⁰.

53. En terminant, mentionnons que seul le Québec s'est prévalu de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹⁴¹. Il a donc signé des accords avec le gouvernement fédéral, en vertu desquels il se retirait de tous les programmes énumérés à l'annexe I et de ceux relatifs à la sylviculture mentionnés à l'annexe II¹⁴².

Par. 2 - Autres retraits

54. La conférence fédérale-provinciale de 1964¹⁴³ fut aussi le théâtre d'un profond désaccord entre le gouvernement fédéral et le Québec sur trois sujets qui allaient se résoudre, en avril 1964, par l'exercice d'un droit de retrait du Québec. Nous traiterons dans ce paragraphe, desdits sujets, à savoir : les prêts aux étudiants, les allocations scolaires à l'in-

136. Federal-Provincial Tax Structure Committee, *Communiqué issued at the conclusion of the Federal-Provincial Tax Structure Conference on September 15th, 1966* (ci-après désigné « Federal-Provincial Tax Structure Committee ») Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, à la p. 41.

137. Voir l'art. 11 (1) et (2) de la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, qui fut abrogé par S.C. 1972, c. 8, art. 34 (8).

138. *Supra*, note 109.

139. C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 39. Ceci avait pour origine la proposition qu'avait faite le Québec lors de la *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26, à la p. 14 et s.

140. *Supra*, note 35. La période initiale de 2 à 5 ans fut prolongée par les lois suivantes : S.C. 1966-67, c. 89, art. 24 ; S.C. 1969-70, c. 24, annexe (Finances) crédit 5 b) ; S.C. 1970-71-72, c. 25, annexe (Finances) crédit 7 c) ; S.C. 1972, c. 8, art. 34 (10).

141. *Supra*, note 109.

142. G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 92.

143. *Supra*, note 26.

tention des jeunes de 16 et 17 ans et le régime de pensions du Canada. Nous analyserons ensuite le retrait du Québec du programme de subventions aux universités.

A) LE RÉGIME DE PENSIONS DU CANADA

55. On peut retracer l'origine du régime de pensions du Canada dans un engagement du parti libéral fédéral lors de la campagne électorale de 1963. Une fois les élections gagnées, le gouvernement libéral avait préparé et soumis aux provinces un projet de régime de pensions, lors des conférences fédérales-provinciales de juillet, septembre et novembre 1963 ainsi qu'à celle de mars 1964¹⁴⁴. À chacune de ces conférences, le gouvernement du Québec s'était opposé au programme fédéral. Il voulait, en effet, mettre sur pied le régime élaboré par ses fonctionnaires. Il s'agissait d'un projet plus généreux que celui du gouvernement fédéral. De plus, la proposition québécoise prévoyait un système financé par la constitution d'un important fonds à être investi dans le développement de l'économie provinciale. Le plan fédéral, par contre, visait à instaurer un régime dont les pensions et bénéfices seraient payés à même les contributions courantes, c'est-à-dire sans l'établissement d'un fonds. Après la conférence fédérale-provinciale de 1964, où le premier ministre, Jean Lesage, dévoila le projet québécois, des négociations furent entreprises entre les deux gouvernements. Ces négociations ont mené, en avril 1964, à l'entente suivante.

Le Québec pouvait se retirer du plan canadien pour avoir son propre système de pensions. Toutefois les deux régimes devaient essentiellement être identiques de façon à permettre la transférabilité des bénéfices destinés aux employés qui déménageraient d'une province à l'autre. Le Québec avait, en outre, consenti avec les autres provinces à ce que l'article 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴⁵ soit amendé pour inclure les prestations aux survivants et aux invalides sans égard à leur âge. De son côté, le gouvernement fédéral avait accepté de financer son plan par la constitution d'un fonds qu'il mettrait à la disposition des provinces participantes¹⁴⁶.

56. De plus, on s'était entendu pour financer chaque régime par des cotisations obligatoires de tous les travailleurs et employeurs œuvrant sur le territoire d'application du programme. Les contributions de

144. Pour un excellent historique de l'adoption du régime de pensions du Canada, voir R. SIMÉON, *supra*, note 24, à la p. 43 et s.

145. *Supra*, note 11.

146. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, aux pp. 67, 68.

l'employé et de son employeur devaient représenter, pour chacun, 1,8% du salaire annuel cotisable de l'employé¹⁴⁷.

57. Avant de terminer, mentionnons que le droit de retrait du régime de pensions du Canada, reconnu au Québec en avril 1964, a été par la suite étendu, par le gouvernement fédéral, en faveur de toutes les provinces qui établiraient un plan essentiellement identique au régime canadien¹⁴⁸.

B) LES PRÊTS AUX ÉTUDIANTS

58. En 1964, le gouvernement fédéral décidait d'adopter une loi lui permettant de garantir les prêts bancaires consentis aux étudiants de niveau postsecondaire et de rembourser les intérêts sur ces prêts. Lors de la conférence fédérale-provinciale de 1964, le Québec s'était vivement opposé à une telle intervention fédérale dans un domaine exclusivement provincial, soit l'éducation. Le Québec, ayant déjà mis sur pied un tel programme d'aide aux étudiants, avait réclamé le droit de se retirer du plan fédéral moyennant compensation.

59. En avril 1964, Ottawa a accédé à la demande québécoise et a incorporé dans la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants* une disposition¹⁴⁹ selon laquelle une province pouvait instaurer son propre régime de prêts aux étudiants et recevoir alors une somme d'argent à titre de compensation financière¹⁵⁰. Pendant une année donnée, cette somme d'argent devait être, par rapport à l'ensemble des intérêts payés par le fédéral sur les prêts bancaires octroyés cette année-là aux étudiants des

147. Pour une description détaillée du fonctionnement du régime de pensions du Canada et du régime de rentes du Québec, voir notamment : Santé et Bien-être social Canada, *Précis sur les programmes de sécurité sociale*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, octobre 1982, aux pp. 7 à 14; Legal Information Research Group, *The Elderly and the Law. A Handbook for Community Workers*, Montréal, McGill University, 1981; Richard M. BIRD, *Changing for Public Services: A New Look at an Old Idea*, Toronto, Association canadienne des études fiscales, 1976, aux pp. 168 à 185.

148. Voir le *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970 c. C-5, aux art. 3, 4; Peter W. HOGG, *supra*, note 146, à la p. 68. Il convient de noter ici, pour plus d'exactitude, que le régime de pensions du Canada n'est pas un programme qui relève de la compétence exclusive des provinces. En effet, l'art. 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11, stipule que les pensions de vieillesse sont de compétence concurrente fédérale-provinciale, avec prépondérance de la législation provinciale. Toutefois, ce caractère prépondérant de la législation des provinces en matière de pensions de vieillesse nous a incité à traiter du retrait québécois à l'égard du régime de pensions du Canada dans la section sur les mécanismes du droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale avant 1977.

149. S.R.C. 1970, c. S-17, à l'art. 12 mod. par S.C. 1980-81-82-83, c. 49, art. 7.

150. Comme le montant que le gouvernement fédéral aurait dépensé au Québec était indéterminé, la technique de l'abattement fiscal ne fut pas appliquée.

provinces participantes, dans une proportion identique au rapport entre la population âgée de 18 à 24 ans de la province se retirant et le total de cette même catégorie de population dans les provinces participant au programme fédéral¹⁵¹. Ce résultat devait ensuite être réduit d'un montant équivalant approximativement, selon une formule objective¹⁵², aux intérêts payés par Ottawa durant l'année concernée sur des prêts consentis dans la province avant son retrait. Comme le Québec fut la seule province à se retirer dès le début du programme fédéral, cette dernière disposition est restée inutilisée et ne sert qu'à répondre à d'éventuels retraits d'autres provinces.

C) LES ALLOCATIONS SCOLAIRES AUX JEUNES DE 16 ET 17 ANS

60. Dès 1961, le Québec avait institué un régime d'allocations scolaires par lequel il versait une somme mensuelle de 10 dollars aux jeunes de 16 et 17 ans qui fréquentaient une maison d'enseignement reconnue.

En 1964, le gouvernement fédéral a annoncé son intention d'établir un programme identique à travers le Canada, y compris au Québec. Lors de la conférence fédérale-provinciale de 1964, le Québec refusait d'abandonner son système pour le plan canadien. Il demandait donc à être exclu du programme fédéral quitte à ce qu'Ottawa lui verse, sous forme d'un abattement fiscal supplémentaire, les sommes qu'il lui aurait consenties en vertu dudit programme¹⁵³. En avril 1964, le gouvernement fédéral acceptait d'accorder un abattement de trois points d'impôt sur le revenu des particuliers en guise de compensation fiscale pour le retrait du programme canadien. Cet abattement fiscal se complétait d'un paiement de rajustement ou d'un remboursement afin que la compensation totale

151. Voir C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 55; J.A. MAXWELL, *supra*, note 58, à la p. 441; Conférence fédérale-provinciale 1964, *supra*, note 26, à la p. 21.

152. Voir l'art. 12 (2) b) de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*, *supra*, note 149, qui se lit comme suit :

en soustrayant du produit obtenu conformément à l'alinéa a) le produit résultant de la multiplication de ce même produit par le quotient qui résulte de la division du montant visé au sous-alinéa (i) par celui du montant visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le montant total des prêts d'études garantis autorisés par la province au cours des trois années qui précèdent,
(ii) le montant total des prêts d'études garantis autorisés par toutes les provinces participantes pendant la même période.

153. C. MORIN, *supra*, note 24, à la p. 58; *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26, à la p. 22.

soit égale aux coûts réels des allocations fournies par la province ayant choisi de se retirer¹⁵⁴.

D) LE PROGRAMME DE SUBVENTIONS AUX UNIVERSITÉS

61. On se souviendra qu'en 1967, un transfert fiscal au titre de l'enseignement postsecondaire remplaça les subventions en espèces aux universités¹⁵⁵. Comme toutes les provinces ont participé à ce transfert fiscal, nous nous pencherons donc sur le cas de retrait antérieur lié aux subventions aux universités.

62. Les subventions aux universités, on s'en souviendra, ont commencé en 1951 et furent, la première année, acceptées par toutes les provinces. La deuxième année, le premier ministre du Québec, Maurice Duplessis, les a refusées au motif qu'elles constituaient un empiètement dans un domaine de compétence provinciale, soit l'éducation. Malgré des augmentations subséquentes de la subvention per capita aux universités, le Québec est resté inflexible dans son opposition. Pendant ce temps, les contribuables québécois étaient forcés de défrayer leur part des coûts du programme fédéral, sans pouvoir en recevoir les bénéfices¹⁵⁶. C'est là fondamentalement le type même de situation inéquitable que le principe du droit de retrait avec compensation vise à enrayer.

Pendant la durée des arrangements fiscaux de 1957, une entente est cependant intervenue en 1960 entre le Québec et le gouvernement fédéral. En vertu de cet accord, Ottawa reconnaissait au Québec le droit de ne pas participer au programme de subventions fédérales aux universités et lui accordait du même coup un abattement fiscal de 1% du revenu imposable des sociétés. Afin que la compensation totale soit égale aux subventions en espèces perdues par le Québec en raison de son retrait, un paiement de rajustement ou de remboursement venait compléter l'abattement fiscal¹⁵⁷.

154. *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, à l'art. 19; *Loi de 1964 sur la révision des arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, *supra*, note 29, c. 26, à l'art. 6; J.A. MAXWELL, *supra*, note 58, à la p. 441. Notons ici qu'en mars 1972, le régime fédéral d'allocations familiales fut modifié pour englober les jeunes de 16 et 17 ans aussi bien que ceux d'un âge inférieur. Au cours des négociations qui précéderent cette modification, le Québec a accepté que son programme d'allocations scolaires soit administré par Ottawa, sous supervision québécoise. Il y fut aussi décidé que le Québec conserverait les trois points d'impôt d'abattement qui lui avaient été consentis pour son retrait du programme canadien d'allocations scolaires. Toutefois, il fut convenu qu'il en remettrait le produit à Ottawa. Voir C. MORIN, *supra*, note 24, aux pp. 59, 60.

155. *Supra*, n^{os} 31 et s.

156. G.E. CARTER, *supra*, note 52, aux pp. 87, 88; J.A. MAXWELL, *supra*, note 58, aux pp. 439, 440.

157. Voir l'art. 9 A (3) de la *Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage d'impôts*, S.C. 1956, c. 29 ajouté par S.C. 1960, c. 13.

Par. 3 - La proposition de 1969 du gouvernement fédéral relative à son pouvoir de dépenser

63. Dans le but de moderniser la constitution canadienne, se tinrent une série de conférences fédérales-provinciales de 1968 à 1971 qui donnèrent lieu à la Charte de Victoria.

64. Le pouvoir fédéral de dépenser fit l'objet de discussions lors des rencontres de 1969, principalement à la suite du dépôt par le premier ministre, Pierre E. Trudeau, d'un document de travail concernant cette question¹⁵⁸. Dans ce document on proposait que :

(1) Le pouvoir constitutionnel du Parlement canadien de contribuer aux services publics et aux programmes provinciaux devrait être inscrit en termes explicites dans la constitution;

(2) Le pouvoir du Parlement d'accorder des subventions inconditionnelles aux gouvernements provinciaux en vue du financement de leurs services publics et de leurs programmes devrait être illimité;

(3) Le pouvoir du Parlement d'accorder des subventions conditionnelles générales aux programmes fédéraux-provinciaux dans les domaines qui sont reconnus être de la compétence exclusive des provinces devrait être subordonné à l'existence des deux facteurs suivants : premièrement, il faudrait que le Parlement puisse démontrer qu'il existe un accord général national en faveur de la mise sur pied d'un programme donné avant de pouvoir exercer son pouvoir; deuxièmement, la décision d'un corps législatif provincial d'exercer son droit constitutionnel de ne pas participer à un programme donné, même lorsqu'il y a un accord général national, ne devrait pas avoir pour résultat l'imposition d'une peine fiscale sur les habitants de cette province¹⁵⁹.

65. Sur la nécessité d'obtenir un accord général avant de mettre sur pied un programme fédéral-provincial dans un domaine relevant de la compétence exclusive des provinces, le document fédéral décrivait la procédure à suivre par étapes. La première étape aurait été l'adoption par le parlement fédéral d'une résolution présentée par le gouvernement. La deuxième étape aurait été la transmission de cette résolution aux gouvernements provinciaux pour qu'ils la soumettent à leurs corps législatifs respectifs. Il y aurait eu accord général sur vote affirmatif des corps législatifs de 3 divisions sénatoriales. Les divisions sénatoriales sont au nombre de 4 soit l'Ontario, le Québec, les provinces Maritimes et les provinces de l'Ouest¹⁶⁰. Dans la région de l'Atlantique, le vote positif des corps législatifs de deux provinces parmi la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve aurait été suffisant. Dans la région de l'Ouest, il aurait fallu le vote de deux provinces sur quatre¹⁶¹. Quant aux provinces en désaccord avec la mise sur pied du programme, la proposition du

158. P.E. TRUDEAU, *supra*, note 38.

159. *Id.*, à la p. 37.

160. Voir l'art. 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11.

161. P.E. TRUDEAU, *supra*, note 38, à la p. 41.

gouvernement fédéral avait prévu le paiement de subventions non conditionnées par l'instauration d'un plan identique et équivalentes à la moyenne per capita des versements faits aux provinces participantes, multipliée par la population de la province non participante.

Ces subventions auraient dû être versées directement aux citoyens des provinces non participantes et non aux gouvernements de ces provinces car

la raison fondamentale justifiant les versements en question est la suivante : les gouvernements provinciaux ne devraient pas se croire obligés d'exercer leurs pouvoirs constitutionnels d'une façon ou d'une autre seulement parce que leur défaut de ce faire ferait que leurs ressortissants se verraient imposer une peine fiscale. Le but de ces versements est donc d'empêcher que les personnes domiciliées dans une province donnée soient pénalisées. Il s'ensuit que tout versement doit, en toute logique, être fait directement à ces personnes¹⁶².

Les contribuables de la province non participante se seraient vu remettre, toujours selon la proposition fédérale,

un montant qui est en relation avec les impôts qu'ils auront contribués pour défrayer le coût du programme en question ou un montant qui équivaut aux bénéfices qu'ils auraient reçus si leur gouvernement avait décidé d'adhérer au programme... Les cerveaux électroniques peuvent faire des choses que l'on considérerait jusqu'ici impossibles¹⁶³.

66. La réaction des premiers ministres à cette proposition fédérale fut, avec quelques réserves, assez favorable. La majorité des premiers ministres estimaient que la constitution exige l'obtention d'un consensus national avant de mettre sur pied un nouveau programme conjoint. Cependant la Colombie-Britannique aurait préféré que le Canada soit divisé en 5 régions au lieu de 4 comme dans la proposition fédérale. Le Manitoba et le Nouveau-Brunswick s'opposaient aux formules mathématiques fixes et préféraient l'obligation de consulter. La Nouvelle-Écosse souhaitait, elle aussi, une autre formule pour juger du consensus national¹⁶⁴.

Quant au droit de retrait, les premiers ministres ont admis généralement que la population des provinces non participantes ne devrait se voir imposer aucune peine fiscale en raison d'un retrait¹⁶⁵. Les opinions, toutefois, différaient sur la façon de verser une compensation qui éliminerait toute peine fiscale. Ainsi, le paiement direct aux citoyens décrit dans la proposition fédérale ne faisait guère l'unanimité. Certaines provinces considéraient que les gouvernements non participants devraient recevoir

162. *Id.*, à la p. 47.

163. *Id.*, à la p. 49.

164. Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, *The Constitutional Review, 1968-1971 ; Secretary's Report*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1974, aux pp. 173 à 176, 343, 344.

165. *Id.*, à la p. 175.

des subventions inconditionnelles égales aux subventions conditionnelles qu'ils auraient reçues s'ils avaient participé au programme. D'autres encore estimaient que les taxes fédérales imposées dans le but de financer un programme conjoint particulier ne devraient pas être prélevées dans la province non participante. Comme plusieurs divergences de vues persistaient entre les premiers ministres sur la manière de verser la compensation attachée au retrait, on décida de reporter les discussions¹⁶⁶. Cette proposition fédérale ne fut finalement jamais incorporée dans la constitution.

Chapitre 2 - De 1977 à nos jours

67. En 1977, la *Loi sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis de 1977*¹⁶⁷ abrogea la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹⁶⁸. Cette loi, quelque peu modifiée en 1982 et en 1984¹⁶⁹, revêt une très grande importance car elle a instauré une nouvelle méthode de financement fédéral de certains programmes à frais partagés. La description de cette nouvelle méthode aidera à dégager les caractéristiques du droit de retrait prévu dans la *Loi sur les programmes établis de 1977*. Mais au préalable, il convient d'établir le contexte d'adoption de cette loi afin d'en mieux saisir la portée.

SECTION 1 - CONTEXTE D'ADOPTION DE LA *LOI SUR LES PROGRAMMES ÉTABLIS DE 1977*¹⁷⁰

68. En plus des critiques des provinces à l'encontre des programmes à frais partagés, critiques dont nous avons auparavant fait état¹⁷¹, Ottawa avait certains motifs de s'opposer à ces programmes¹⁷². Le plus important découle du caractère « sans plafond » de certaines subventions fédérales en vertu duquel la participation financière du fédéral dépendait entièrement du montant des dépenses provinciales effectuées dans

166. *Supra*, note 164.

167. *Supra*, note 35, ci-après désignée « *Loi sur les programmes établis de 1977* », à l'art. 48.

168. *Supra*, note 109.

169. Pour les modifications de 1982, voir *supra*, note 36. Ci-après désignée « *Loi de 1982 modifiant la Loi sur les programmes établis de 1977* ». Pour les modifications de 1984, il faut référer à la *Loi canadienne sur la santé*, S.C. 1983-84, c. 6. Le parlement canadien adopta cette loi en avril 1984 sur proposition du ministre fédéral de la santé, Monique Bégin.

170. *Supra*, note 35.

171. *Supra*, n° 45.

172. A.J. MACEachen, *supra*, note 63, à la p. 78.

les programmes conjoints¹⁷³. Cela signifiait, en d'autres termes, que le gouvernement fédéral ne pouvait ni contrôler, ni prévoir exactement le niveau de ses contributions.

69. À partir des années 1966, le fédéral a tenté d'élaborer des formules selon lesquelles la croissance des subventions conditionnelles fédérales serait fonction d'un élément objectif et non plus des dépenses provinciales. On se souviendra notamment de la proposition de modification de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹⁷⁴ que le ministre fédéral des finances, Mitchell Sharp, a faite en 1966 au nom de son gouvernement devant le comité sur la structure de l'impôt¹⁷⁵. Cette proposition concernait le programme d'assurance-hospitalisation, le régime d'assistance publique du Canada et une partie du programme de subventions à l'hygiène¹⁷⁶. Elle devait se réaliser en 2 étapes et avait pour but d'inviter les autres provinces à se retirer de ces programmes, comme le Québec l'avait fait¹⁷⁷.

70. La première étape consistait en une compensation pour retrait possédant des caractéristiques identiques¹⁷⁸ à celle de la *Loi sur les programmes établis de 1965*¹⁷⁹, sauf quant au pourcentage de l'abattement fiscal¹⁸⁰. La deuxième étape devait commencer le 1^{er} avril 1970. Cette deuxième étape nous intéresse particulièrement car, en prévoyant l'acceptation de toutes les provinces, elle visait plus à contrôler la croissance des subventions fédérales en fonction d'un élément objectif qu'à fournir une compensation pour retrait. À partir du 1^{er} avril 1970, la compensation deviendrait donc inconditionnelle et l'augmentation du paiement de rajustement en espèces l'accompagnant serait désormais fonction d'un index de croissance fixé à 1,5 fois le taux annuel de croissance du revenu des particuliers. Refusé par les provinces, ce projet ne fut pas incorporé dans les arrangements fiscaux de 1967¹⁸¹.

173. *Supra*, n° 22.

174. *Supra*, note 109.

175. Ce comité avait été mis sur pied lors de la *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26. Son rôle était de préparer les arrangements fiscaux de 1967 ainsi que de formuler de nouvelles politiques concernant les programmes à frais partagés.

176. Soit les subventions pour la formation médicale et pour les recherches en matière de santé publique.

177. Federal-Provincial Tax Structure Committee, *supra*, note 136, à la p. 20 où le ministre fédéral des finances, Mitchell SHARP, dit :

"I am hopeful that the provinces will want to accept the additional fiscal freedom..."

"I would hope that the provinces will want to take advantage of the long term financial benefits of this plan".

178. *Supra*, n°s 47 et s.

179. *Supra*, note 109.

180. Dans la proposition fédérale de 1966, un abattement fiscal de 17 points d'impôt sur le revenu des particuliers avait été offert aux provinces.

181. *Supra* note 30. Voir R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 106; Federal-Provincial Tax Structure Committee, *supra*, note 136; G.E. CARTER, *supra*, note 52, à la p. 93 et s.

71. À la conférence fédérale-provinciale des ministres des finances de 1968¹⁸², le ministre Benson a réitéré l'offre fédérale de 1966 aux provinces, avec la seule différence que la deuxième étape ne devait commencer qu'en 1973-74¹⁸³. L'intérêt des provinces se révéla aussi faible qu'en 1966. En 1969, le gouvernement fédéral retira donc son offre, s'engageant toutefois à en soumettre une autre après la mise en place du nouveau régime d'impôt qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1972¹⁸⁴.

72. En avril 1973, lors de la conférence fédérale-provinciale des ministres des finances et de la santé, le gouvernement fédéral formula une proposition visant ouvertement à réformer le financement des programmes de santé (l'assurance-hospitalisation et l'assurance-maladie). En vertu de cette proposition, la contribution fédérale deviendrait inconditionnelle et ne se calculerait pas « selon un certain pourcentage des coûts des programmes provinciaux mais plutôt selon un montant par habitant, lequel serait calculé à partir des coûts par habitant pour une année de base et serait augmenté par la suite selon le taux de croissance du PNB par habitant¹⁸⁵ ». Cette proposition ne remporta pas un plus grand succès que les précédentes auprès des provinces. Elles craignaient notamment que les coûts de l'assurance-hospitalisation et de l'assurance-maladie ne continuent de croître plus rapidement que le taux de croissance du PNB.

73. Face à une telle réticence provinciale devant les tentatives fédérales de réduire l'importance de ses subventions en vertu des programmes à frais partagés, Ottawa décidait en juin 1975 d'introduire un plafond arbitraire à l'augmentation de sa contribution au programme de soins médicaux et annonçait son intention de mettre fin en 1980 au programme d'assurance-hospitalisation¹⁸⁶.

74. Après avoir posé de tels gestes unilatéraux, le gouvernement fédéral soumit encore une fois, lors des conférences des premiers ministres en juin 1976 et des ministres des finances en juillet 1976, une proposition visant à contrôler la croissance de sa contribution en vertu des programmes conjoints. Cette proposition se voulait une réponse aux critiques provinciales et fédérales à l'encontre des programmes établis et se fondait sur les principes et objectifs suivants :

maintenir d'un bout à l'autre du Canada les normes des services offerts à la population dans le cadre de ces grands programmes et faciliter leur amélioration;...

182. Federal-Provincial Conference of Ministers of Finance and Provincial Treasurers, Ottawa, 4 et 5 nov. 1968, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. Ci-après désignée « *Federal-Provincial Conference of Ministers of Finance, 1968* ».

183. *Id.*, à la p. 8.

184. R. BASTIEN, *supra*, note 14, à la p. 106.

185. *Id.*, à la p. 107.

186. Ontario, Ministry of Treasury, Economics and Inter-governmental Affairs, Fiscal Policy Division, « Budget Paper B » in *Ontario Budget, April 19, 1977*, Toronto, The Ministry, 1977, (ci-après désigné « *Budget paper B* ») à la p. 7.

accorder de la flexibilité aux provinces dans l'affectation de leurs propres fonds à ces domaines;...

continuation de la prise en charge par le gouvernement fédéral d'une part importante du coût des programmes;

la contribution fédérale devrait être établie indépendamment des dépenses provinciales;

plus grande parité par habitant entre les provinces du montant qui leur est octroyé par le gouvernement fédéral dans le cadre de ces programmes;

établissement sur une base plus permanente des arrangements pour ces grands programmes;

poursuite de la participation fédérale, conjointement avec les provinces, à l'étude et à l'élaboration de lignes de conduite de portée nationale concernant la santé et l'enseignement postsecondaire¹⁸⁷.

75. Dans les mois suivants, les provinces présentèrent une contre-proposition qui amena le gouvernement fédéral à modifier la sienne. Ces dernières modifications furent acceptées par les provinces, donnant lieu à la mise en vigueur, le 1^{er} avril 1977¹⁸⁸, de la *Loi sur les programmes établis de 1977*¹⁸⁹.

SECTION 2 - MÉTHODES DE CALCUL ET CARACTÈRE CONDITIONNEL DU FINANCEMENT DES PROGRAMMES ÉTABLIS EN VERTU DE LA *LOI SUR LES PROGRAMMES ÉTABLIS DE 1977*¹⁹⁰

Par. 1 - Méthodes de calcul du financement des programmes établis

76. La *Loi sur les programmes établis de 1977*¹⁹¹ a modifié le mode de financement utilisé avant 1977 pour certains programmes conjoints importants¹⁹². On qualifia ces programmes d'établis, car, estimait-on, ils ne nécessitaient plus vraiment la présence fédérale pour assurer leur continuation. C'étaient les suivants : l'enseignement postsecondaire, l'assurance-hospitalisation et les soins médicaux¹⁹³. Ottawa était en effet « persuadé

187. A.J. MACEachen, *supra*, note 63, aux pp. 81, 82.

188. *Budget Paper B*, *supra*, note 186, aux pp. 8, 11.

189. *Supra*, note 35.

190. *Ibid.*

191. *Supra*, note 35. Voir A.J. MACEachen, *supra*, note 63, aux pp. 33 et 82 et s.; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, aux pp. 23 à 27; *Budget Paper B*, *supra*, note 186, aux pp. 19, 20; Thomas J. COURCHESNE, *Refinancing the Canadian Federation; A Survey of the 1977 Fiscal Arrangements Act*, Montréal, C.D. Howe Research Institute, 1979, aux pp. 8 à 24; La *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à la Partie VI.

192. *Supra*, n^{os} 22 et s.

193. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 17 (2). Voir *supra*, note 118 et R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 23.

que les provinces seraient peu disposées à apporter des changements structurels importants¹⁹⁴ » à de telles activités. Ces trois programmes représentaient en 1981-82 environ 69% de l'ensemble des transferts fédéraux en faveur des provinces¹⁹⁵. En 1984, la *Loi canadienne sur la santé* modifia les programmes établis couverts par la *Loi sur les programmes établis de 1977*¹⁹⁶ en remplaçant l'assurance-hospitalisation et les soins médicaux par le programme de services de santé assurés¹⁹⁷.

77. La *Loi sur les programmes établis de 1977*¹⁹⁸ a instauré une nouvelle formule en vertu de laquelle la contribution fédérale prend la forme d'une subvention globale pour les programmes établis. Cette subvention se voit octroyée avec plafond et sans contrepartie¹⁹⁹, c'est-à-dire que son quantum est déterminé indépendamment du coût de ces activités dans les provinces. L'adoption de cette nouvelle méthode de calcul répondait donc à la principale critique fédérale à l'encontre des programmes à frais partagés²⁰⁰.

78. Selon la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁰¹, la contribution fédérale unique pour les trois programmes choisis en 1977 comprenait les quatre éléments principaux suivants :

1.- Une contribution de base en espèces, calculée en prenant 50% des contributions fédérales per capita versées pour l'année de base 1975-76²⁰² au titre des trois programmes établis plus 7,63 dollars²⁰³. Ce résultat était

194. Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 58.

195. A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, aux p. 5, 6, 7.

196. *Supra*, note 35, à l'art. 17 (2).

197. *Supra*, note 169, à l'art. 25. Le programme de services de santé assurés couvre, à quelques différences près, les mêmes services qui étaient visés par les programmes d'assurance-hospitalisation et de soins médicaux. Voir la *Loi canadienne sur la santé*, à l'art. 2. — Notons ici que la *Loi canadienne sur la santé*, *supra*, note 169, abrogea à l'art. 32 la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*, *supra*, note 63 et la *Loi sur les soins médicaux*, *supra*, note 66. En conséquence, les art. 23, 25, 26, 28.1, et 29 b) de la *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, furent modifiés en substituant la référence à ces deux dernières lois par un renvoi à la *Loi canadienne sur la santé*.

198. *Supra*, note 35.

199. Ces expressions furent définies *supra*, n° 22.

200. *Supra*, n° 68.

201. *Supra*, note 35.

202. « L'exercice 1975-76 a été choisi comme année de base parce qu'il était assez récent pour être pertinent et que les possibilités de gonflement des dépenses provinciales au cours de cette année-là étaient jugées minimales, l'exercice s'étant terminé avant le début des négociations. » A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 83.

203. Il s'agit de l'équivalent monétaire d'un point d'impôt égalisé sur le revenu des particuliers par habitant en 1975-76. Ce montant avait été ajouté pour dédommager les provinces de la suppression du programme de garantie de recettes, mis sur pied en 1972. A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 85. Pour une définition du programme de garantie de recettes de 1972, voir D.B. PERRY, « Federal-Provincial Fiscal Relations : the Last Six Years and the Next Five », (1972) 20 *Can. Tax Journal* 349, à la p. 357.

ensuite relevé d'une année à l'autre par un facteur de progression égal à la moyenne du taux de croissance du PNB par habitant sur trois ans²⁰⁴, puis multiplié par la population de la province bénéficiaire de la contribution²⁰⁵.

2.- Un transfert fiscal de base équivalant à 13,5 points de l'impôt sur le revenu des particuliers et à un point de l'impôt sur le revenu des sociétés²⁰⁶. Notons toutefois que la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁰⁷ n'a véritablement fait gagner aux provinces que 9,143 points de l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers. En effet, il ne faudrait pas oublier que 4,357 points de l'impôt sur le revenu des particuliers et un point de l'impôt sur le revenu des sociétés avaient déjà été transférés aux provinces au titre de l'enseignement postsecondaire²⁰⁸. Soulignons, en outre, que la valeur des points de l'impôt transférés est égalisée au niveau de la moyenne nationale du rendement des points de l'impôt en vertu de la formule générale de péréquation²⁰⁹.

3.- Un paiement de rajustement provisoire en espèces, destiné à combler l'écart entre la contribution de base en espèces versée par le fédéral et la valeur égalisée des points d'impôt transférés aux provinces, si la première était supérieure à la deuxième. Dans le cas contraire, la province pouvait garder l'excédent²¹⁰. Le gouvernement fédéral avait estimé que ces paiements de rajustement seraient provisoires et devraient se terminer en 1986-87²¹¹.

4.- Des paiements d'égalisation en espèces. Pour l'année 1975-76, année de base pour appliquer la formule de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²¹², les contributions fédérales per capita en vertu des trois programmes établis choisis en 1977²¹³ variaient beaucoup entre les provinces par rapport à la moyenne nationale per capita de ces subventions. Cela s'expliquait facilement par l'inégalité des économies provinciales et des dépenses engagées dans de telles activités. Afin d'égaliser graduellement entre les provinces le montant par habitant octroyé par le gouvernement fédéral en vertu de ces trois programmes établis, il fut décidé dans la *Loi*

204. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 22 (2).

205. *Id.*, à l'art. 19.

206. *Id.*, à l'art. 20 (2).

207. *Supra*, note 35.

208. *Supra*, n^{os} 31 et s.

209. A.J. MACEachen, *supra*, note 63, à la p. 86; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 24; *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 20 (1) b) ii).

210. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 20 (1); A.J. MACEachen, *supra*, note 63, à la p. 86.

211. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 25.

212. *Supra*, notes 35, 202.

213. *Supra*, n^o 76.

sur les programmes établis de 1977²¹⁴, que les provinces recevant, en 1975-76, moins que la moyenne nationale per capita des contributions fédérales versées en vertu de ces programmes, bénéficieraient de paiements d'égalisation à la hausse, pour leur permettre d'atteindre la moyenne nationale pendant les trois ans suivant l'entrée en vigueur de cette loi. Par contre, celles qui touchaient, en 1975-76, plus que la moyenne nationale per capita des subventions fédérales octroyées au titre de ces trois programmes²¹⁵, subiraient une égalisation à la baisse dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²¹⁶. L'égalisation entre les provinces de la contribution fédérale per capita en vertu des programmes établis sélectionnés en 1977, représente un élément de péréquation implicite assez important²¹⁷ et constituait, rappelons-le, un des principaux objectifs du gouvernement fédéral en faisant adopter la *Loi sur les programmes établis de 1977*²¹⁸.

79. La *Loi de 1982 modifiant la Loi sur les programmes établis de 1977*²¹⁹ a simplifié la formule ci-haut décrite. Depuis 1982, la contribution fédérale totale à laquelle une province a droit pour les programmes établis égale la moyenne nationale per capita des contributions fédérales versées en 1975-76 pour les trois programmes désignés en 1977²²⁰, relevée du facteur de progression déjà décrit²²¹, puis multipliée par la population de la province concernée. Pour déterminer le montant du paiement en espèces auquel cette province a droit, il suffit de soustraire de cette contribution fédérale totale, la valeur égalisée du transfert fiscal prévu dans la *Loi sur les programmes établis de 1977*²²². Comme on peut le constater, furent supprimés en 1982 les paiements en espèces de rajustement et d'égalisation, de même que le 7,63 dollars de dédommagement pour la suppression du programme de garantie de recettes²²³.

Par. 2 - Caractère conditionnel du financement des programmes établis

80. Le caractère conditionnel des subventions fédérales, avons-nous dit, se définit principalement en relation avec les deux réalités

214. *Supra*, note 35.

215. L'Ontario et l'Alberta étaient les seules provinces dans cette situation.

216. *Supra*, note 35, à l'art. 21; A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, à la p. 86; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 25.

217. Pour une explication de ce qu'il faut entendre par élément de péréquation implicite, voir *supra*, notes 65, 68 et aux n^{os} 24, 25.

218. *Supra*, note 35 et au n^o 74.

219. David B. PERRY, *supra*, note 37, à la p. 37; *Loi de 1982 modifiant la Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 36, aux arts 6, 7.

220. *Supra*, n^o 76.

221. *Supra*, n^o 78, 1.

222. *Supra*, note 35 et au n^o 78, 2.

223. *Supra*, note 203 et au n^o 78, 1, 3, 4.

suivantes, soit le respect de certaines normes nationales et la vérification fédérale des dépenses provinciales. Le lecteur se souviendra aussi du caractère quasi inconditionnel des subventions à l'enseignement postsecondaire²²⁴.

81. La *Loi sur les programmes établis de 1977*²²⁵ a modifié quelque peu ce caractère conditionnel du financement, eu égard surtout, à l'époque, aux programmes d'assurance-hospitalisation et de soins médicaux. En instaurant un régime de subvention globale et unique pour les programmes établis qui n'était plus fonction des dépenses provinciales, le gouvernement fédéral abandonnait par le fait même son droit de regard ou de vérification sur l'utilisation des transferts par les provinces, autant à l'intérieur des programmes qu'entre ceux-ci²²⁶. En effet, la *Loi sur les programmes établis de 1977*²²⁷ n'oblige pas les provinces à affecter expressément les fonds fédéraux reçus en vertu de cette loi, à l'un ou l'autre des programmes établis et les provinces n'ont par conséquent pris aucune mesure en ce sens²²⁸.

82. Cependant la *Loi sur les programmes établis de 1977*²²⁹ n'est pas venue modifier, en 1977²³⁰, l'obligation des provinces d'administrer leurs programmes d'assurance-hospitalisation et de soins médicaux en respectant les normes nationales²³¹ mentionnées dans la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*²³² et la *Loi sur les soins médicaux*²³³.

83. Pour assurer le respect de ces conditions, la *Loi sur les programmes établis de 1977*²³⁴ prévoyait le versement en espèces d'une partie de la contribution fédérale²³⁵. En effet, un abattement fiscal constitue par sa nature même un transfert presque inconditionnel. Étant donné qu'il affecte directement les gens, il apparaît effectivement très difficile de le retenir une fois octroyé²³⁶. La *Loi sur les programmes établis de 1977*²³⁷ poursuivait aussi ce but quand elle a précisé que les paiements en espèces de la contribution fédérale, à savoir la contribution de base et les paiements

224. *Supra*, note 95 et aux n^{os} 35 et s.

225. *Supra*, note 35.

226. Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, aux pp. 58, 66, 139.

227. *Supra*, note 35.

228. Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 140.

229. *Supra*, note 35.

230. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, aux arts 17, 25, 26.

231. *Supra*, n^o 38.

232. *Supra*, note 63.

233. *Supra*, note 66.

234. *Supra*, note 35.

235. R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 27.

236. J.A. MAXWELL, *supra*, note 58, à la p. 444.

237. *Supra*, note 35.

de rajustement et d'égalisation²³⁸, devraient être effectués par les ministres responsables des différents programmes établis, dans la proportion où se trouvait la subvention fédérale pour chacune de ces activités par rapport à la subvention fédérale pour l'ensemble de ces programmes au cours de l'année de base 1975-76²³⁹.

Ainsi, depuis 1977, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social pouvait donc retenir une somme disponible si une province administrait son programme d'assurance-hospitalisation ou de soins médicaux sans respecter les normes nationales²⁴⁰.

84. En 1984, la *Loi canadienne sur la santé*²⁴¹ uniformisait, précisait et renforçait les normes nationales conditionnant les versements en espèces effectués en vertu de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁴². On y a prévu notamment l'universalité d'accès au programme de services de santé assurés²⁴³ pour 100% des habitants de la province bénéficiaire²⁴⁴. En outre, la surfacturation²⁴⁵ et les frais modérateurs²⁴⁶ y furent expressément défendus sous peine d'une réduction de la contribution pécuniaire fédérale d'un montant égal au total de ces pratiques dans la province concernée²⁴⁷.

SECTION 3 - MÉCANISMES DU DROIT DE RETRAIT AVEC COMPENSATION SELON LA *LOI SUR LES PROGRAMMES ÉTABLIS DE 1977*²⁴⁸

85. La Partie VII de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁴⁹ accorde une compensation seulement pour les retraits effectués avant le 1^{er} janvier 1977 en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les programmes établis*

238. *Supra*, n° 78, 1, 3, 4.

239. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 23; A.J. MACEACHEN, *supra*, note 63, aux pp. 83, 87; Conseil économique du Canada, *supra*, note 7, à la p. 140.

240. A.J. MACEACHEN, *supra*, note 63, à la p. 88.

241. *Supra*, note 169, aux art. 7 à 17.

242. *Supra*, note 35. Sous réserve des remarques subséquentes, la *Loi canadienne sur la santé*, *supra*, note 169, n'a pas modifié les commentaires déjà faits concernant la *Loi sur les programmes établis de 1977*.

243. *Supra*, n° 76.

244. Voir la *Loi canadienne sur la santé*, *supra*, note 169, à l'art. 10. Comparer avec *supra*, n° 38. Les autres normes nationales restent, à quelques différences près, telles que décrites au n° 38. Cependant, elles sont maintenant uniformes pour tout le programme de services de santé.

245. Pour une définition, voir la *Loi canadienne sur la santé*, *supra*, note 169, à l'art. 2.

246. *Ibid.*

247. *Id.*, à l'art. 18 et s.

248. *Supra*, note 35.

249. *Supra*, note 35. Cette partie VII ne fut pas modifiée par la *Loi de 1982 modifiant la Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 36.

de 1965²⁵⁰. Comme le Québec est le seul à avoir conclu de tels accords de retrait, on peut conclure que la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁵¹ prolongeait en sa faveur le droit de retrait de certains programmes à frais partagés existant formellement depuis 1965. En vertu de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁵², le Québec pouvait donc recevoir annuellement un transfert fiscal supplémentaire de 8,5 points non égalisés de l'impôt sur le revenu des particuliers pour son retrait du programme d'assurance-hospitalisation²⁵³, inclus depuis 1984 dans le programme de services de santé assurés²⁵⁴, et de 5 points non égalisés de l'impôt sur le revenu des particuliers pour son retrait du programme spécial de bien-être social²⁵⁵, comprenant les allocations aux aveugles et aux invalides, l'assistance-chômage et le régime d'assistance publique du Canada²⁵⁶.

86. Le transfert fiscal supplémentaire pour le retrait du programme d'assurance-hospitalisation, maintenant programme de services de santé assurés²⁵⁷, vient remplacer la partie versée en espèces de la contribution fédérale totale pour les programmes établis calculée selon la formule instaurée par la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁵⁸. Si la valeur du transfert fiscal supplémentaire ajoutée à la valeur du transfert fiscal de base²⁵⁹ n'équivaut pas à la contribution fédérale totale due pour les programmes établis, un paiement de rajustement en espèces sera effectué en faveur du Québec pour couvrir la différence²⁶⁰. Par contre si la valeur des transferts fiscaux se révélait supérieure à la subvention fédérale totale, Ottawa pourrait bien sûr récupérer l'excédent du Québec²⁶¹.

87. Le transfert fiscal supplémentaire pour le retrait du programme spécial de bien-être social vient se substituer à la subvention fédérale totale qui devrait être versée en vertu de la *Loi sur les aveugles*²⁶²,

250. *Supra*, note 109. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 30 (1).

251. *Supra*, note 35.

252. *Ibid.*

253. Selon la *Loi sur les programmes établis de 1965*, *supra*, note 109, le seul programme établi choisi en 1977 dont on pouvait se retirer était celui concernant l'assurance-hospitalisation.

254. *Supra*, n° 76, et la *Loi canadienne sur la santé*, *supra*, note 169, aux art. 25 et 32.

255. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra* note 35, à l'art. 30 (2); A.J. MACÉACHEN, *supra*, note 63, aux pp. 33, 87; R.W. BOADWAY, *supra*, note 7, à la p. 34, note 28.

256. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 29.

257. *Supra*, note 254.

258. *Supra*, note 35 et au n° 78.

259. De 13,5 points égalisés de l'impôt sur le revenu des particuliers et de un point égalisé de l'impôt sur le revenu des sociétés. *Supra*, n° 78, 2.

260. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 31 (1).

261. *Id.*, à l'art. 31 (3).

262. *Supra*, note 73.

la *Loi sur les invalides*²⁶³ ainsi que la *Loi sur l'assistance-chômage*²⁶⁴ et la *Loi sur le régime d'assistance publique du Canada*²⁶⁵. Comme dans le cas précédent, si la valeur du transfert fiscal supplémentaire s'avérait supérieure ou inférieure à la subvention fédérale totale due pour le programme spécial de bien-être social, un paiement de rajustement ou de recouvrement égal à la différence serait alors effectué²⁶⁶. En résumé, par son retrait, le Québec ne gagne ni ne perd aucun montant. Seule la forme de la contribution fédérale change²⁶⁷.

88. En outre, soulignons que le retrait du programme d'assurance-hospitalisation, aujourd'hui programme de services de santé assurés²⁶⁸, est soumis, en vertu de la *Loi sur les programmes établis de 1977*²⁶⁹, au maintien d'un tel programme dans le respect des normes nationales. Le retrait du programme spécial de bien-être social est, quant à lui, soumis au maintien de régimes conformes aux conditions prévues dans la *Loi sur les aveugles*²⁷⁰ et la *Loi sur les invalides*²⁷¹ et dans la *Loi sur l'assistance-chômage*²⁷² et la *Loi sur le régime d'assistance publique*²⁷³.

89. Nous avons vu jusqu'à maintenant que le droit de retrait avec compensation avait évolué dans le cadre d'accords fiscaux de nature plus ou moins temporaire qui faisaient suite à de nombreuses discussions fédérales-provinciales marquées sous le signe d'objectifs différents. Un droit de retrait avec compensation s'est aussi inscrit dans un cadre permanent cette fois, avec l'adoption de l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁴, faisant suite lui aussi à d'importantes négociations entre le fédéral et les provinces. Ce nouveau droit de retrait se distingue toutefois à plusieurs égards de son prédécesseur, tant au niveau de son application (i.e. la détermination de la compensation), qu'au plan de son champ d'exercice (non relié à des programmes de compétence provinciale) ainsi que nous le verrons dans la partie qui suit.

263. *Supra*, note 74.

264. *Supra*, note 76.

265. *Supra*, note 70.

266. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 31 (2) et (4).

267. Voir le commentaire de la note 129.

268. *Supra*, note 254.

269. *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35, à l'art. 32 (2).

270. *Supra*, note 73.

271. *Supra*, note 74.

272. *Supra*, note 76.

273. *Supra*, note 70.

274. *Supra*, note 2.

Titre 2 - L'ARTICLE 40 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982²⁷⁵

90. L'article 40 se lit comme suit :

Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38 (1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

91. Cette disposition de la constitution canadienne²⁷⁶ représente la deuxième facette du droit de retrait avec compensation tel qu'il existe au Canada. La seule lecture de l'article 40 nous permet de distinguer ce droit de retrait avec compensation de celui étudié en première partie. En effet, comme on a pu le constater, le droit de retrait moyennant dédommagement s'est exercé, depuis 1960, à l'égard de certains programmes à frais partagés de compétence provinciale²⁷⁷. Par comparaison, le recours au droit de retrait avec compensation de l'article 40 ne sera possible que lors d'un transfert d'une compétence législative provinciale en matière culturelle ou éducative au parlement fédéral.

Nous consacrerons la majeure partie du présent titre à définir la portée juridique de cet article 40. À cette fin nous nous inspirerons notamment du droit constitutionnel américain pertinent ainsi que de notre analyse détaillée du droit de retrait avec compensation tel qu'il a existé formellement depuis les années 1960. Nous terminerons ce titre par quelques réflexions sur la mise en œuvre de l'article 40. Mais il convient d'abord de retracer l'historique de l'article 40 ainsi que de définir son champ d'application.

Chapitre 1 - Historique de l'article 40

92. L'historique de cet article²⁷⁸, remonte au référendum québécois tenu le 20 mai 1980 sur la souveraineté-association. À ce moment-là, les forces fédérales s'étaient engagées à promouvoir des changements constitutionnels compatibles avec les aspirations québécoises. C'est

275. Ci-après désigné « l'article 40 ».

276. Voir l'article 52 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 2, pour une définition de ce qu'il faut entendre par « Constitution canadienne ».

277. Rappelons, pour plus de précision, que seul le régime de pensions du Canada, *supra*, n^{os} 55 et s., échappe en partie à cette remarque. En effet, l'article 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11, habilite le parlement fédéral à légiférer sur les pensions de vieillesse à la condition que cette législation ne porte pas atteinte à une loi provinciale en la matière. Les pensions de vieillesse sont donc, en vertu de l'art. 94A, de compétence concurrente fédérale-provinciale avec prépondérance de la législation des provinces. Elles ne relèvent donc pas uniquement de la compétence provinciale. Voir *supra*, note 148.

278. Peter HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982, aux pp. 1 à 3.

ainsi qu'au lendemain du résultat négatif du référendum, une série de conférences fédérales-provinciales furent tenues sans succès sur la réforme constitutionnelle. Cet échec a conduit le gouvernement fédéral à vouloir agir unilatéralement pour rapatrier la constitution, pour adopter une Charte des droits et libertés canadienne ainsi qu'une formule d'amendement. En octobre 1980, le premier ministre Trudeau déposait donc une résolution en ce sens, laquelle, après avoir été adoptée par les deux chambres canadiennes, devait être adressée à la Reine pour soumission au parlement britannique. La version d'octobre 1980 de la résolution fut l'objet de modifications considérables, ceci notamment sur les recommandations du Comité spécial conjoint du Sénat et de la Chambre des communes sur la constitution et elle fut adoptée par la Chambre des Communes et par le Sénat en avril 1981.

93. À compter d'octobre 1980, le Québec, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba, l'Alberta et Terre-Neuve s'opposaient à la démarche unilatérale du gouvernement fédéral. La Nouvelle-Écosse et la Saskatchewan joignaient ces provinces dans leur opposition à la version d'avril 1981 du projet fédéral. Aussi, le 16 avril 1981, les huit premiers ministres dissidents signaient un accord en vertu duquel ils s'entendaient sur une formule d'amendement qui comprenait la disposition suivante :

3. Lorsqu'une province exprime sa dissidence à l'égard d'une modification qui confère une compétence législative au Parlement, le gouvernement du Canada doit assurer une compensation raisonnable au gouvernement de cette province, en tenant compte du coût per capita de l'exercice de cette compétence dans les provinces qui ont approuvé la modification.

Cette disposition remplaçait le droit de veto du Québec et de l'Ontario prévu dans la formule de Victoria par le droit pour une province de se retirer d'une modification constitutionnelle législative moyennant compensation raisonnable²⁷⁹.

94. Parallèlement à cet accord des huit, le Québec, le Manitoba et Terre-Neuve se sont adressés à leur Cour d'appel respective pour savoir si le fédéral agissait constitutionnellement en procédant unilatéralement. Puis on fit appel de ces trois décisions²⁸⁰ à la Cour suprême du Canada qui a déclaré, le 28 septembre 1981, que le gouvernement fédéral pouvait légalement procéder unilatéralement mais qu'en vertu d'une convention constitutionnelle il devait obtenir un degré appréciable de consentement des provinces, ce qui signifiait qu'il lui fallait obtenir plus que le seul

279. « Le Message inaugural », *Le Devoir*, Montréal, 10 novembre 1981, à la p. 8.

280. *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada*, (Manitoba), (1981) 117 D.L.R. (3d) 1. *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada*, (Terre-Neuve), (1981) 118 D.L.R. (3d) 1. *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada*, (Québec), (1981) 120 D.L.R. (3d) 385.

assentiment de deux provinces²⁸¹. Depuis octobre 1980, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick furent en effet les seules provinces à toujours suivre le gouvernement fédéral dans sa démarche. Pour se conformer à cette décision de la Cour suprême du Canada, le gouvernement fédéral convoqua tous les premiers ministres provinciaux à une conférence constitutionnelle qui s'est tenue du 2 au 5 novembre 1981. Cette conférence s'est soldée par une entente entre dix premiers ministres. Seul le Québec s'y était opposé pour le motif, entre autres²⁸², que pendant la nuit du 5 novembre on avait éliminé sans le consulter le droit de retrait avec compensation qui se trouvait dans l'accord des huit²⁸³.

95. Dans les jours qui ont suivi cette conférence, le Québec a à plusieurs reprises fait connaître son opposition à la formule d'amendement prévue à l'accord des dix. Le Québec soutenait notamment que le droit de retrait sans compensation financière devenait punitif, illusoire et coûteux pour les citoyens de la province exerçant son droit de retrait suite à un amendement constitutionnel transférant un pouvoir provincial au fédéral. Ces derniers pourraient effectivement avoir à payer les taxes fédérales prélevées pour défrayer le coût du programme national et les impôts provinciaux pour soutenir un programme provincial semblable; ce qui équivaldrait à de la double taxation²⁸⁴.

Dans l'espoir d'inciter le Québec à se joindre à l'accord des dix, le premier ministre Trudeau, lors d'un discours prononcé le 14 novembre 1981 au congrès biennal du parti libéral du Canada (section Québec), a offert particulièrement d'inclure dans la formule d'amendement le droit de retrait avec compensation financière dans les cas de transferts de compétences législatives au fédéral en matière d'éducation et de culture²⁸⁵. Par une motion déposée le 17 novembre 1981 à l'Assemblée nationale du Québec déterminant les conditions sans lesquelles le Québec ne pouvait accepter le projet de rapatriement de la constitution, le gouvernement du Québec indiquait clairement son intention de ne pas accepter l'offre du premier ministre Trudeau en ce qui a trait à la compensation. Il affirma alors que la formule d'amendement devrait comprendre la compensation qui avait été convenue dans l'accord des huit du 16 avril 1981 ou bien le maintien de son droit de veto²⁸⁶.

281. *Renvoi sur la résolution pour modifier la constitution*, [1981] 2 R.C.S. 753.

282. Jean-Claude PICARD, « Il appartient au peuple du Québec de se prononcer », *Le Devoir*, Montréal, 6 novembre 1981, à la p. 10.

283. Michel ROY, « Neuf provinces se rallient; Lévesque se retrouve seul », *Le Devoir*, Montréal, 6 novembre 1981, à la p. 1.

284. Jean-Claude PICARD; *supra*, note 282, à la p. 10; « Le message inaugural », *supra*, note 279, à la p. 8.

285. Claude TURCOTTE, « Trudeau offre des compromis sur les trois points litigieux », *Le Devoir*, Montréal, 16 novembre 1981, aux pp. 1, 14.

286. *Débats de l'Assemblée nationale*, 17 novembre 1981, à la p. 180, 24 novembre 1981, à la p. 363; Pierre O'NEILL, « Lévesque écarte l'élection anticipée et tout compromis », *Le Devoir*, Montréal, 16 novembre 1981, aux pp. 1, 14.

96. Malgré cette opposition du Québec, le gouvernement fédéral déposait le 18 novembre à la Chambre des communes la résolution constitutionnelle incorporant l'accord du 5 novembre 1981, avec cependant un amendement qui introduisait la proposition du premier ministre Trudeau d'octroyer une compensation financière pour l'exercice du droit de retrait lors de transferts de compétences législatives au fédéral en matière d'éducation et de culture²⁸⁷. Cet amendement devait devenir l'article 40, après que la résolution sus-mentionnée eut franchi les étapes de l'adoption au niveau canadien, en décembre 1981 et au niveau britannique, en mars 1982.

Chapitre 2 - Champ d'application de l'article 40

97. Il nous semble peu probable, à moins que la situation économique canadienne ne se détériore dramatiquement et de façon prolongée, que l'article 40 soit fréquemment utilisé. En effet, rappelons que depuis les débuts de la confédération, deux amendements constitutionnels seulement ont impliqué un transfert de compétences législatives provinciales en faveur du parlement fédéral. Il s'est agi de l'assurance-chômage, en 1940²⁸⁸ et des pensions de vieillesse, en 1951 et en 1964²⁸⁹. De ces deux amendements, seul le dernier a fait l'objet d'un retrait du Québec.²⁹⁰

98. Ceci étant dit, on peut toutefois imaginer trois scénarios où l'article 40 pourrait éventuellement être invoqué. Pour les décrire, il faut supposer qu'il y a eu transfert d'une compétence législative provinciale au parlement fédéral par un nombre suffisant de provinces suivant l'article 38 (1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹¹. Il faut aussi

287. Michel VASTEL, « Ottawa dépose sa résolution constitutionnelle », *Le Devoir*, Montréal, 18 novembre 1981, à la p. 1.

288. 91 (2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11.

289. *Id.*, à l'art. 94A. Il convient de noter ici que l'art. 94A n'a pas opéré un transfert exclusif de cette compétence au parlement fédéral. L'art. 94A stipule plutôt une compétence concurrente sur les pensions de vieillesse en faveur du fédéral et des provinces, avec prépondérance de la législation des provinces. Voir *supra*, note 277.

290. *Supra*, nos 55 à 57.

291. *Supra*, note 2. L'article 38 (1) stipule que la constitution peut être modifiée par proclamation du gouverneur général autorisée par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes et par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population représente au moins 50% de la population de toutes les provinces. Cette disposition sera ci-après désignée « l'article 38 (1) ». Dans le cas d'un transfert de compétence législative provinciale au parlement fédéral, il faut aussi se référer à l'article 38 (2). Ce paragraphe stipule que les résolutions exigées par l'article 38 (1) doivent être adoptées à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces. Cette disposition sera ci-après désignée « l'article 38 (2) ».

poser l'hypothèse qu'une province au moins a manifesté son intention de conserver cette compétence en vertu de l'article 38 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹².

99. Le premier scénario est celui où Ottawa refuserait de reconnaître que le pouvoir législatif ainsi transféré relève de l'éducation ou d'un autre domaine culturel afin de ne pas avoir à verser une compensation à la province dissidente conformément à l'article 40²⁹³. Dès lors, la province ayant manifesté le désir de conserver cette compétence législative devrait s'adresser aux tribunaux compétents pour faire reconnaître cette dimension « éducative » ou « culturelle »; ce qui lui permettra par la suite de réclamer la juste compensation de l'article 40.

En jugeant du caractère « éducatif » ou « culturel » du pouvoir transféré, les cours ne feront que procéder à un exercice de qualification constitutionnelle auquel elles sont habituées et qui s'avère nécessaire vu le caractère vague de l'expression « domaines culturels » de l'article 40. Il s'agit là en effet d'un concept général susceptible de comprendre plusieurs réalités que les tribunaux devront définir au fur et à mesure²⁹⁴.

100. Dans le deuxième scénario, le gouvernement fédéral ou le pouvoir judiciaire aurait reconnu l'aspect « éducatif » ou « culturel » du pouvoir transféré mais Ottawa aurait voté, après négociations ou non,

292. *Supra*, note 2. En vertu de cette disposition, une province, ci-après désignée « province en désaccord » ou « province dissidente », peut, par une résolution adoptée à la majorité des députés de son assemblée législative, décider de conserver la compétence législative que d'autres provinces ont décidé de transférer au parlement fédéral conformément à l'article 38 (1) et (2). Cette disposition sera ci-après désignée « l'article 38 (3) ». Il convient de souligner ici que, selon nous, les termes de l'art. 38 (1) et (2) n'empêchent pas qu'il y ait un transfert de compétence dont les modalités seraient semblables à celles de l'art. 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 11. En d'autres termes, il serait possible que l'art. 40 entre en jeu lors d'un transfert qui conférerait sur un domaine donné une compétence concurrente au fédéral et aux provinces, avec prépondérance de la législation provinciale. En effet, rien dans les art. 38 (1), (2), (3) et 40 n'exige qu'il y ait transfert exclusif d'un pouvoir législatif provincial au parlement fédéral.

293. Selon les termes de l'article 40, la compensation n'est fournie que si le pouvoir législatif provincial transféré au parlement fédéral relève de l'éducation ou d'un autre domaine culturel.

294. Voir G.A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 2^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, aux pp. 224 à 227; W.R. LEDERMAN, « Unity and Diversity in Canadian Federation; Ideals and Methods of Moderation », (1975) 53 *R. du B. Can.*, à la p. 597 et s.; T. GIROUX-MASSÉ, « La Constitution canadienne et l'éducation dans une société moderne », (1970) 5 *R.J.T.*, à la p. 367 et s. La commission constitutionnelle du parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne* (livre beige), Montréal, 1980, à la p. 79 et s.; Commission de l'unité canadienne (Rapport Pépin-Robarts), *Définir pour choisir, Vocabulaire du débat*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1972; Commission de l'unité canadienne (Rapport Pépin-Robarts), *Un temps pour parler, Les commentaires du public*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1979; Ministère des affaires intergouvernementales, *Les positions traditionnelles du Québec sur le partage des pouvoirs, 1900-1976*, Québec, Gouvernement du Québec, 1978, aux pp. 29 et s. et 39 et s.

une compensation non estimée « juste » au sens de l'article 40, par la province en désaccord. Cette province s'en remettrait donc aux tribunaux compétents pour qu'ils déterminent la juste compensation prévue à l'article 40.

En se prononçant sur la juste compensation, les tribunaux se trouveront placés dans une position nouvelle, voire inusitée, qui devrait les amener à faire preuve de créativité.

101. Pour le troisième scénario, il faut présumer que la compétence législative transférée relève de l'éducation ou d'un autre domaine culturel. Dans un tel contexte, des négociations auraient eu lieu entre Ottawa et la province dissidente pour fixer le montant et la nature de la compensation à laquelle cette dernière a droit en vertu de l'article 40. Au terme de telles négociations la province en désaccord aurait accepté une compensation quelconque d'Ottawa. C'est alors qu'on doit envisager l'éventualité où un citoyen de cette province s'adresserait aux tribunaux compétents en plaissant que cette compensation ne possède pas le caractère « juste » requis par l'article 40²⁹⁵.

102. Mentionnons en terminant que, présument, dans les trois scénarios sus-mentionnés, le transfert de compétence législative des provinces au fédéral s'accompagnerait de la mise sur pied par ce dernier d'un ou de plusieurs nouveaux programmes, ou qu'il viserait un ou des programmes déjà existants dans les provinces. En d'autres termes, il convient de situer la portée juridique de l'article 40 en relation avec une compétence constitutionnelle exercée concrètement.

Chapitre 3 - Portée juridique de l'article 40

103. Nous estimons que, dans les deux derniers scénarios sus-décrits, les tribunaux compétents devraient déterminer la juste compensation aux termes de l'article 40. Pour les motifs exposés au cours de ce chapitre, nous croyons en effet que l'article 40 crée une obligation juridique qui justifie et même requiert l'intervention des tribunaux compétents.

295. Certains arrêts ont reconnu à un citoyen le droit de s'adresser aux tribunaux sur une question constitutionnelle concernant laquelle il a l'intérêt d'un citoyen en général sans avoir un intérêt purement personnel. Voir *Thorson c. Le procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *The Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Robert James Finlay c. The Minister of Finance of Canada et al.*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 704; voir aussi, *infra*, n^{os} 143 et s.

SECTION 1 - COMPARAISON AVEC L'ARTICLE 36 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*²⁹⁶

104. En principe, les dispositions constitutionnelles sont soumises aux règles ordinaires d'interprétation des lois. Une de ces règles veut qu'une disposition légale soit interprétée en relation avec le contexte global de la loi où elle s'inscrit. Elle doit donc notamment s'interpréter en relation avec les autres dispositions de cette loi²⁹⁷.

105. Une analyse de l'article 40 en relation avec l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹⁸ permet ainsi de conclure que, contrairement à l'article 36, l'article 40 crée une obligation juridique pouvant fonder l'intervention des tribunaux compétents. Le professeur Peter Hogg soutient que, en raison de sa phraséologie vague, l'art. 36 crée une obligation politique qui ne saurait justifier l'intervention des tribunaux²⁹⁹. L'article 36 se lit comme suit :

36. (1) Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à :

- a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être;
- b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances;
- c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels.

(2) 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.

Le sens littéral de termes comme « sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer... » tout comme « le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe... » nous incite à conclure dans le même sens que le professeur Peter Hogg. En outre, l'historique de l'insertion dans la constitution d'une disposition relative à la correction des inégalités régionales vient ajouter un élément qui nous justifie encore davantage de

296. *Supra*, note 2.

297. Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, à la p. 338; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, à la p. 233; *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96, à la p. 108; *L'affaire des renvois consultatifs*, [1912] A.C. 571, à la p. 583.

298. *Supra*, note 2.

299. Peter W. HOGG, *supra*, note 278, à la p. 84.

conclure de la sorte³⁰⁰. En effet, lors des conférences constitutionnelles de 1968 à 1971, les premiers ministres se sont entendus pour inclure dans une constitution révisée une obligation morale et politique de corriger les inégalités régionales. Cette obligation qualifiée de morale par les premiers ministres fut incorporée aux articles 46 et 47 de la Charte de Victoria³⁰¹. Lors de la conférence fédérale-provinciale sur la réforme constitutionnelle de septembre 1980³⁰², les premiers ministres ont renouvelé, en se référant aux conférences constitutionnelles de 1969 à 1971, leur intention d'inclure le principe de la péréquation dans une nouvelle constitution canadienne³⁰³. Or, cette entente de septembre 1980 a donné lieu à l'actuel article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁰⁴ dont le premier paragraphe est presque rédigé dans les mêmes termes que les deux articles sus-mentionnés de la Charte de Victoria.

106. En lisant l'article 40 à la lumière de ce qui précède, on ne peut manquer de souligner les différences de rédaction entre les deux articles. Les termes de l'article 40 « Le Canada fournit une juste compensation » imposent un devoir précis au fédéral. De plus, on ne retrouve pas dans cet article des expressions comme « engagement de principe » ou « sous réserve des compétences législatives » qui nous amèneraient à conclure à la formulation d'une obligation simplement politique. En résumé, ces deux articles sont rédigés de telle façon que si l'on conclut à la création d'une obligation morale dans un cas, on ne peut conclure de la sorte dans l'autre cas. En effet, si on avait voulu empêcher que l'article 40 ne constitue une obligation juridique justifiant l'intervention des tribunaux, il nous semble que les précautions linguistiques de l'article 36 y auraient également été utilisées.

107. L'historique de l'article 40 vient renforcer la conclusion qui précède³⁰⁵. On se souvient que la formule d'amendement qui avait fait l'accord des huit premiers ministres dissidents, le 16 avril 1981, comprenait une disposition semblable à l'article 40. Cette disposition

300. Il ne fait aucun doute que l'histoire législative, les déclarations d'hommes politiques, les faits historiques et événements contemporains de notoriété publique peuvent être utilisés pour interpréter la constitution. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 297, aux pp. 339, 340, 528; G. RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, Montréal, Québec/Amérique, 1980, aux pp. 190, 191; P.G. Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016; Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54; Renvois sur la résolution pour modifier la constitution du Canada, *supra*, notes 280, 281.

301. Voir Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, *supra*, note 164, aux pp. 164 à 166 et 387.

302. Cette conférence est l'une de celles tenues après le résultat négatif du référendum québécois. *Supra*, n° 92.

303. *Federal-Provincial First ministers Conference, September 1980*, Ottawa, Verbatim Transcript, Agenda Item 8, aux pp. 443 à 471.

304. *Supra*, note 2.

305. *Supra*, n°s 92 et s.

prévoyait toutefois une compensation raisonnable pour tout transfert de pouvoir législatif provincial au fédéral, alors que l'article 40 ne vise que le transfert de compétence en matière d'éducation et de culture³⁰⁶. Compte tenu de la similitude de ces deux dispositions, nous croyons que l'interprétation donnée à l'accord des huit par les dirigeants politiques peut être utilisée pour expliquer la portée juridique de l'article 40³⁰⁷.

Il nous apparaît que le premier ministre Trudeau a interprété la disposition sur la compensation de l'accord des huit comme possédant un caractère contraignant plutôt que moral ou politique. Il suffit pour s'en convaincre de lire les extraits suivants de sa déclaration à la Chambre des communes, expliquant l'abandon de cet article dans la nuit du 5 novembre 1981 :

Ce qui est enlevé, madame le Président, c'est une disposition constitutionnelle *qui aurait obligé le gouvernement national*, si une province exerçait ce droit de retrait, de compenser financièrement ou fiscalement...

Nous avons supprimé cette mesure avec l'accord des neuf provinces pour une raison très simple. Nous ne voulons pas qu'à l'avenir le gouvernement national soit empêché de faire adopter son amendement constitutionnel par une province qui dirait : Moi je n'en suis pas, et vous allez me donner de l'argent pour n'en pas être...

Si une province très nantie, disons l'Alberta ou l'Ontario — et cela s'appliquerait évidemment au Québec aussi — si donc une province très nantie disait : Nous n'en sommes pas de cet accord, *et que nous soyons obligés de la payer*, cela rendrait impossible, madame le Président, cela rendrait impossible, ou certainement très difficile fiscalement et financièrement l'adoption d'une telle mesure. C'est la raison très simple pour laquelle ce détail a été enlevé — et c'est un détail important, je m'en rends compte — de l'accord du mois d'avril...

Naturellement le droit politique, le droit constitutionnel de négocier des compensations restait, *mais c'est un droit de négocier et non une obligation établie d'avance*³⁰⁸.

L'article 40 ayant été adopté par la suite³⁰⁹ avec des termes semblables à la disposition sur la compensation de l'accord des huit, il nous semble donc, en l'absence de déclaration contraire des dirigeants politiques pendant la période qui a entouré son adoption, que l'article 40 doit être interprété comme créant une obligation juridique pré-établie de payer une compensation, quand le transfert des compétences provinciales au fédéral se rapporte à l'éducation ou à la culture.

306. *Supra*, n° 93.

307. *Supra*, note 300.

308. *Débats des Communes*, 5 novembre 1981, à la p. 12537. Les italiques sont de nous.

309. *Supra*, n°s 95, 96.

SECTION 2 - CARACTÈRE SUPRA-LÉGISLATIF DE L'ARTICLE 40

108. L'article 40 précise que le Canada fournit une juste compensation à la province qui désire conserver en vertu de l'article 38 (3) la compétence législative transférée au parlement fédéral par les autres provinces.

En vertu d'une règle d'interprétation bien établie, on doit présumer que le législateur ne parle pas inutilement ou que chaque terme a été rédigé en vue de produire quelque effet³¹⁰. On doit donc supposer que l'inscription du terme « juste » à l'article 40 a pour but de définir la nature de la compensation à fournir à la province dissidente.

109. Les tribunaux compétents devraient, croyons-nous, dans les scénarios ci-haut décrits, assumer la tâche de donner un sens au terme « juste » de l'article 40. En effet, l'article 40, comme les dispositions relatives au partage des compétences, possède une autorité supra-législative. C'est donc dire que cette disposition ne peut être modifiée qu'en suivant une procédure spéciale³¹¹. Dans le cas de l'article 40, cette procédure spéciale est, selon l'article 41 e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³¹², le respect de la règle de l'unanimité.

Or, ce caractère supra-législatif de l'article 40 a pour corollaire, comme dans le cas du partage des compétences, de « contraindre les parties à s'en remettre à l'interprétation arrêtée par un arbitre indépendant³¹³ ». Dans le cas du partage des compétences, on a ainsi toujours voulu éviter qu'un ordre de gouvernement puisse subordonner graduellement l'autre ordre de gouvernement. Par analogie, on a aussi certainement désiré empêcher le gouvernement fédéral de façonner unilatéralement à son avantage la portée de l'article 40. À titre d'exemple, quel intérêt l'article 40 aurait-il pour les provinces intéressées si le gouvernement fédéral pouvait fixer à une somme invariablement minime la compensation versée advenant le désaccord d'une province en vertu de l'article 38 (3)? Conférer un tel pouvoir au gouvernement fédéral viendrait contredire l'importance qu'on a par ailleurs attribué à l'article 40 en soumettant sa modification au consentement unanime de toutes les provinces et du fédéral.

Cela équivaudrait aussi à affirmer que cet article ne vise aucunement à protéger les intérêts de la province ayant manifesté sa dissidence en vertu de l'article 38 (3). Cette dernière affirmation irait, selon nous, complètement à l'encontre de ce que l'historique de l'article 40 devrait nous amener à conclure. Il ne faut pas oublier, en effet, que cet article

310. P.A. CÔTÉ, *supra*, note 298, aux pp. 227 à 230; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd c. Cloverdale Shopping Center Ltd*, [1973] R.C.S. 596, à la p. 603.

311. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 297, aux pp. 19, 20, 297, 298, 301, 302; Peter W. HOGG, *supra*, note 146, aux pp. 41, 42.

312. *Supra*, note 2.

313. *Supra*, note 311.

fut inscrit dans la *Loi constitutionnelle de 1982*³¹⁴ afin d'apaiser les protestations du Québec³¹⁵.

SECTION 3 - ANALOGIE AVEC CERTAINS ASPECTS DU DROIT CONSTITUTIONNEL AMÉRICAIN

110. Tel que déjà mentionné, l'article 40 représente une disposition constitutionnelle à caractère nouveau et unique, qui devrait amener les tribunaux canadiens compétents à faire preuve de créativité³¹⁶. Ils pourraient, dans une telle optique, s'inspirer de l'expérience des États-Unis, pays voisin de *Common Law*. Deux aspects du droit constitutionnel américain sont apparus intéressants en relation avec l'article 40, soit : la doctrine américaine des questions politiques et l'attitude de la Cour suprême des États-Unis envers la discrimination dans l'accès aux écoles.

La doctrine des questions politiques permettra une fois de plus de démontrer que l'article 40 constitue une obligation juridique justifiant l'intervention des tribunaux. Cette doctrine aidera en outre à définir les règles utiles à la détermination de la « juste compensation » de l'article 40. Nous référerons plus particulièrement au type de raisonnement juridique employé par la Cour suprême des États-Unis devant les questions ayant trait à la discrimination dans l'accès aux écoles, lors de l'étude des modalités de paiement de la juste compensation prévue à l'article 40.

Par. 1 - Caractère obligatoire de l'article 40 et estimation de la valeur de la « juste compensation » qui y est prévue

A) LA DOCTRINE AMÉRICAINNE DES QUESTIONS POLITIQUES : SA DÉFINITION

111. Cette doctrine permet aux cours américaines de décider si elles doivent intervenir pour résoudre une question constitutionnelle ou laisser cette question se régler au niveau politique. Les auteurs américains l'abordent de trois façons. La première approche, dite classique, se résume ainsi : les cours doivent se prononcer, sauf si la constitution elle-même a référé la solution de la question à un organe politique de l'État. La deuxième approche, qualifiée de prudente, veut qu'une cour refuse d'intervenir si elle estime que sa décision risque de ne pas être exécutoire ou encore acceptable pour la société. La troisième approche, fonctionnelle, laisse les

314. *Supra*, note 2.

315. *Supra*, n^{os} 92 et s.

316. *Supra*, n^o 99.

cours s'abstenir si elles réalisent notamment ne pas avoir accès à certaines informations pertinentes³¹⁷.

112. L'arrêt *Baker c. Carr*³¹⁸, considéré comme l'arrêt fondamental sur la doctrine des questions politiques, a implicitement fait référence à ces trois approches. On y a jugé que la remise en cause d'une carte électorale pour non respect du principe de l'égalité devant la loi prévu au 14^e amendement de la constitution américaine, n'est pas une question politique.

Dans le passage suivant on peut saisir la démarche de la Cour suprême des États-Unis pour en arriver à une telle conclusion. Premièrement, elle a énuméré les critères qui permettent de conclure à la dimension politique d'une question, puis elle les a utilisés afin de qualifier le problème de la remise en cause de la carte électorale.

Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department [ce qui représente l'approche classique]³¹⁹; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion [ce qui relève de l'approche fonctionnelle]³²⁰; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question [ce qui relève de l'approche prudente]³²¹.

Unless one of these formulations is inextricable from the case at bar, there should be no dismissal for non-justiciability on the ground of a political question's presence³²²

The question here is the consistency of state action with the Federal Constitution.

We have no question decided, or to be decided, by a political branch of government coequal with this Court. Nor do we risk embarrassment of our government abroad, or grave disturbance at home if we take issue with Tennessee as to the constitutionality of her action here challenged. Nor need the appellants, in order to succeed in this action, ask the Court to enter upon

317. Pour une explication détaillée de ces trois approches de la doctrine américaine, voir notamment, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press Inc., 1978, à la p. 71 et s.; F.W. SCHARPF, « Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis », (1966) 75 *Yale Law Journal*, à la p. 517 et s.; L. HENKIN, « Is There a Political Question Doctrine? », (1976) 85 *Yale Law Journal*, à la p. 597 et s.; G. GUNTHER, *Constitutional Law. Cases and Materials*, Tenth edition, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 1980, à la p. 1688 et s.

318. (1962) 369 U.S. 186. Cet arrêt est en partie reproduit dans G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 1698 et s.

319. Voir L.H. TRIBE, *supra*, note 317, à la p. 72.

320. *Ibid.*

321. *Ibid.*

322. G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 1699.

policy determinations for which judicially manageable standards are lacking. Judicial standards under the Equal Protection Clause are well developed and familiar³²³.

113. En résumé, la Cour suprême des États-Unis a donc établi dans *Baker c. Carr*, qu'un problème est de nature politique lorsqu'il est possible de répondre par l'affirmative à l'une des questions suivantes : La constitution a-t-elle référé spécifiquement ce domaine à un organe politique de l'État? Une décision judiciaire sur ce problème risquerait-elle de mettre le gouvernement dans une position gênante à l'étranger ou de créer de graves troubles politiques et sociaux à l'intérieur du pays? La cour manque-t-elle d'un critère objectif et non discrétionnaire pour se prononcer?

114. Avant de répondre à ces questions en relation avec l'article 40, il convient de mentionner, pour plus de précision, l'arrêt *Reynolds c. Sims*³²⁴, qui, deux ans après *Baker c. Carr*, déterminait que le *judicially manageable standard* ou critère objectif applicable pour juger de la compatibilité d'une carte électorale avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi était « une personne-une voix ». En d'autres termes, ajoutait l'arrêt *Reynolds*, cela signifie que, dans la mesure du possible, les districts électoraux devraient être de population égale.

B) APPLICATION DE LA DOCTRINE DES QUESTIONS POLITIQUES À L'ARTICLE 40³²⁵

a) Application générale

115. L'application de la démarche de *Baker c. Carr*³²⁶ à l'article 40, porte à conclure que cette disposition constitutionnelle n'est pas de nature politique, mais justifie au contraire l'intervention des tribunaux.

323. *Id.*, à la p. 1700.

324. (1964) 377 U.S. 533. Cet arrêt est en partie reproduit dans G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 1704 et s.

325. Notons ici que la Cour fédérale d'appel a récemment rendu une décision dans *La Reine et al. c. Opération Dismantle Inc. et al.*, [1983] 1 C.F. 745, qui va dans le sens de notre argumentation. Sans s'être appuyée directement sur la doctrine américaine des questions politiques, la Cour fédérale d'appel y a néanmoins suivi un raisonnement parfaitement compatible avec cette doctrine. Les extraits qui suivent en témoignent :

Les termes employés dans la Charte notamment à l'article 7, ne doivent donc pas recevoir une interprétation si large qu'elle constituerait une invitation aux tribunaux à substituer leurs opinions à celles du législateur et de l'exécutif sur des questions purement politiques. La Charte a été adoptée pour protéger des libertés et des droits fondamentaux. Elle n'avait pas pour but de conférer des pouvoirs législatifs et exécutifs aux juges. (Juge Pratte, p. 752.)

Si la Charte a élargi la portée du contrôle judiciaire, elle ne peut, toutefois, avoir pour effet d'exiger des tribunaux qu'ils tranchent des questions qui,

116. Ainsi, en réponse à la première question soulevée par *Baker c. Carr*, on peut affirmer que la constitution canadienne n'a pas référé la solution des problèmes soulevés par l'article 40 à un organe politique de l'État. En effet, nous avons déjà expliqué que l'article 40, en raison de son caractère supra-législatif, ne saurait être interprété unilatéralement par le gouvernement fédéral³²⁷.

117. En réponse à la deuxième question de *Baker c. Carr*, nous soutenons que les tribunaux ne mettraient pas le Canada dans une position gênante à l'étranger, ni ne créeraient des problèmes à l'intérieur du pays, en interprétant cet article de la constitution. Au contraire, l'intervention des tribunaux devrait plutôt permettre de solutionner des questions susceptibles de menacer l'équilibre du Canada.

118. Quant à la troisième question posée par le même arrêt, nous répondons que les tribunaux compétents disposeront d'un critère objectif et non discrétionnaire pour interpréter, dans une situation donnée, les termes « juste compensation » de l'article 40. Il s'agit du critère de l'absence de peine fiscale ayant régi les opérations de retrait au Canada depuis 1960. Comme mentionné à plusieurs reprises, nous estimons que le droit de retrait de l'article 40 ne peut se comprendre sans référer aux techniques utilisées lors des précédents canadiens en matière de retrait.

119. Le critère de l'absence de peine fiscale fut notamment admis par tous les premiers ministres lors des discussions sur le pouvoir fédéral de dépenser tenues pendant les conférences constitutionnelles de 1968 à 1971³²⁸. En effet, tous s'accordèrent pour reconnaître qu'une province ne devrait en aucune façon être appelée à participer financièrement à un programme à frais partagés dont elle voudrait se retirer. En d'autres termes, ils se sont entendus sur le principe suivant : pas d'imposition sans bénéfice.

120. En outre, si on se réfère à la première partie de cette étude consacrée au droit de retrait avec compensation de certains programmes de compétence provinciale³²⁹, on constatera que l'absence de peine fiscale s'est traduite dans le cas du régime de pensions du Canada par une abstention du fédéral de prélever des sommes dans la province non participante,

fondamentalement, ne sont pas susceptibles d'être réglées par voie judiciaire. L'argument essentiel, formulé au paragraphe 7 de la déclaration des intimés, concerne l'incidence des essais projetés et de l'existence du missile de croisière sur le risque de conflit nucléaire. À l'évidence, il ne s'agit pas d'une question qui peut être réglée par les tribunaux. Elle n'est pas susceptible de décision judiciaire. Elle implique des éléments, des considérations et des impondérables, dont beaucoup ne peuvent être portés à la connaissance des tribunaux ou sont d'une nature telle qu'un tribunal ne peut les évaluer ou les soupeser. (Juge Le Dain, p. 764.)

326. *Supra*, n^{os} 112, 113.

327. *Supra*, n^{os} 108 et s.

328. *Supra*, n^o 66.

329. *Supra*, note 148.

soit le Québec³³⁰. L'utilisation de ce précédent pour interpréter l'article 40 permet de soutenir qu'il y aurait absence de peine fiscale, et par conséquent juste compensation, si la province en désaccord selon l'article 38 (3) se voyait exempter de la nouvelle taxe que le fédéral aurait décidé, dans une première hypothèse, de prélever spécifiquement pour financer le programme mis sur pied suite au transfert d'une compétence en matière culturelle ou éducative. Toutefois, notons ici que si la nouvelle taxe fédérale spécifique ne couvrirait pas la totalité du coût du programme instauré, il faudrait alors, pour qu'il y ait absence de peine fiscale, compléter la compensation destinée à la province dissidente en ayant recours au Fonds du revenu consolidé du Canada, dans une proportion que les développements subséquents nous aideront à établir.

121. Si on s'en rapporte maintenant aux lois de 1965 et 1977 sur les programmes établis de même qu'aux retraits des programmes d'allocations scolaires aux jeunes de 16 et 17 ans et de subventions aux universités, on réalisera que l'absence de peine fiscale s'y est traduite par le fait que la province non participante recevait exactement ce que le fédéral aurait dépensé dans cette province si elle avait accepté le programme concerné³³¹. Seul le programme sur les prêts aux étudiants vient quelque peu déroger à cette ligne directrice. Il nous semble toutefois que cette unique exception ne remet pas en question le sens que l'on vient de donner à l'absence de peine fiscale. En effet, l'article 12 de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*³³² respecte dans son esprit la ligne directrice susmentionnée. De plus, il s'agit là d'un programme d'une importance moindre par rapport aux autres programmes. En 1981, 21 millions de dollars étaient versés au Québec à titre de compensation pour le programme de prêts aux étudiants alors qu'il recevait, pour la même année, plus de 3 milliards de dollars pour le dédommager de son retrait des programmes établis et du programme de bien-être social³³³.

122. Dans la deuxième hypothèse où le fédéral aurait décidé plutôt de financer son nouveau programme à même le Fonds du revenu consolidé du Canada, l'utilisation de cette autre série de précédents permettrait de situer la juste compensation de l'article 40 dans l'octroi à la province en désaccord, selon l'article 38 (3), de ce que le fédéral aurait dépensé dans cette province si elle avait accepté de lui transférer sa compétence. Cependant, à l'instar des arrêts américains postérieurs à *Reynolds c. Sims*³³⁴,

330. *Supra*, n^{os} 55 et s.

331. *Supra*, n^{os} 47 et s., 60 et s., 85 et s.

332. *Supra*, n^o 58.

333. A.J. MACEACHEN, *supra*, note 63, à la p. 32, Tableau 11-2; *Débats des Communes*, 6 mars 1981, à la p. 7987.

334. En effet, plusieurs arrêts postérieurs à *Reynolds c. Sims* sont venus préciser et assouplir le *judicially manageable standard* ou critère objectif « une personne — une voix »

il deviendra nécessaire de préciser et d'assouplir cette ligne directrice, selon que l'on se trouvera dans l'une ou l'autre des situations suivantes.

123. Pour comprendre la première situation, l'on peut supposer, à titre d'exemple, que toutes les provinces, sauf l'Ontario, ont transféré au parlement fédéral la compétence de mettre sur pied à travers le Canada des installations appropriées à l'enseignement de spécialités de haute technologie. En se retirant conformément à l'article 38 (3), le Gouvernement de l'Ontario s'entend avec Ottawa pour maintenir sur son territoire un programme identique à celui du fédéral. Il nous semble dans une telle hypothèse que cette province dissidente devrait recevoir ce que le fédéral y aurait dépensé, si elle avait accepté de lui transférer cette compétence. En effet, puisqu'elle maintient un programme pareil à celui d'Ottawa, il suffira de se référer aux règles établies pour le calcul de la contribution fédérale dans les autres provinces, afin de les appliquer au calcul de la compensation de l'Ontario. Cela s'est toujours ainsi fait auparavant dans les cas de retrait des programmes à frais partagés³³⁵.

124. Pour traiter de la deuxième situation il faut d'abord souligner que la compensation en vertu de l'article 40 nous apparaît par nature inconditionnelle car elle se fonde sur un article de la constitution qui crée une obligation pour Ottawa et un droit pour la province qui se retire en vertu de l'article 38 (3). On ne saurait assimiler ce fondement constitutionnel avec le pouvoir de dépenser qui sous-tend l'octroi de subventions conditionnelles³³⁶ pour financer des programmes à frais partagés de même que le retrait conditionnel de certains de ces programmes³³⁷. En effet, dans le cas de l'article 40, il ne s'agit pas de contrôler comment les sommes fédérales seront utilisées, mais plutôt de se soumettre à une disposition constitutionnelle.

125. Toutefois, on peut prétendre que le caractère inconditionnel de l'article 40 est limité par le droit à la liberté de circulation reconnu à l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en faveur de

que cette décision avait dégagé pour juger de la compatibilité d'une carte électorale avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi. Ainsi, à titre d'exemple, en regard de la carte électorale pour le congrès américain, l'inégalité de population entre les districts ne fut pas admise sauf si elle était inévitable. Par contre, pour les États, des écarts inférieurs à 10% furent admis sans justification. Dans un État américain, une variation maximale de 16.4% fut même admise entre les districts parce qu'elle s'avérait nécessaire pour respecter certaines subdivisions politiques historiques. *Supra*, n° 114; G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 1704 et s.; L.H. TRIBE, *supra*, note 317, à la p. 737 et s.; *Swann c. Adams*, (1967) 385 U.S. 440; *Kirkpatrick c. Preisler*, (1969) 394 U.S. 526; *Mahan c. Howell*, (1973) 410 U.S. 315; *Gaffney c. Cummings*, (1973) 412 U.S. 735; *White c. Regester*, (1973) 412 U.S. 755; *Abate c. Mundt*, (1971) 403 U.S. 482; etc.

335. *Supra*, n°s 47 et s., 54 et s. et 76 et s.

336. *Supra*, n°s 35 et s.

337. *Supra*, note 335.

tout citoyen canadien³³⁸. À titre d'exemple, supposons qu'il y ait eu transfert de compétence sur l'éducation secondaire au fédéral et qu'une province fut en désaccord selon l'article 38 (3). Cette province dissidente ne serait alors pas autorisée, croyons-nous, à transformer son système d'éducation en système privé si les provinces participantes ont un système public, ni à refuser de reconnaître les diplômes obtenus dans les provinces participantes. Dans ces deux cas, nous semble-t-il, il y aurait atteinte à la liberté de circulation des canadiens^{338a}.

126. Sous cette réserve, une province en désaccord selon l'article 38 (3) est donc parfaitement libre de ne pas instaurer un programme identique à celui du fédéral. Elle peut même ne pas vouloir en établir un du tout ou, si elle en a déjà un semblable, elle peut désirer se réserver la possibilité de le modifier dans l'avenir. Il devient donc impossible de savoir exactement ce que le fédéral aurait dépensé dans une telle province si elle avait accepté le programme, puisque nous n'avons aucune base de calcul comme dans la première situation³³⁹. Cependant, nous soumettons que l'on pourrait obtenir des résultats réalistes si le fédéral octroyait une compensation à la province dissidente qui serait, par rapport à l'ensemble des dépenses fédérales pour un programme donné, dans une proportion identique à celle où se trouve la population de la province en désaccord par rapport à celle des provinces participantes. En d'autres termes, nous estimons que la formule suivante, soit la moyenne per capita dépensée par Ottawa pour un programme donné dans les provinces ayant consenti à l'amendement constitutionnel, multipliée par la population de la province dissidente³⁴⁰, constitue une variante nécessaire et acceptable de la règle suivant laquelle la province en désaccord reçoit ce que le fédéral y aurait dépensé si elle avait participé.

127. L'on doit enfin souligner que l'utilisation du critère de l'absence de peine fiscale, tel que nous venons de le développer pour fonder l'intervention des tribunaux et pour interpréter les termes « juste compensation » de l'article 40, pourrait aussi, nous semble-t-il, se justifier par le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, consacré dans

338. *Supra*, note 2.

338a. Il s'agit d'un argument éventuel dont l'analyse détaillée déborderait le cadre de la présente étude. Il fut mentionné ici en raison de son intérêt.

339. *Supra*, n° 123.

340. Cette formule fut souvent proposée quand on a discuté, dans le passé, d'une compensation inconditionnelle pour retrait. Voir la proposition de 1969 du gouvernement fédéral sur le pouvoir de dépenser. *supra*, n°s 63 et s.; *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26, aux pp. 19, 20. Cette formule comprend un élément implicite de péréquation. Ceci n'a rien d'original car une telle caractéristique fut souvent incorporée auparavant dans certaines subventions conditionnelles (ex. : l'assurance-hospitalisation et le programme sur les soins médicaux) et dans la *Loi sur les programmes établis de 1977*, *supra*, note 35. *Supra*, notes 65, 68 et aux n°s 24, 25, 78.

l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴¹. On peut soutenir, en effet, que les citoyens d'une province dissidente en vertu de l'article 38 (3), qui aurait été non compensée ou mal compensée, ne seraient pas au point de vue fiscal des citoyens traités comme ceux des provinces participantes puisqu'ils devraient payer une partie de leurs impôts sans retirer les bénéfices conséquents^{341a}.

b) Application lors d'un recours direct aux tribunaux par un citoyen

128. Supposons ici que pour un même amendement constitutionnel impliquant transfert d'une compétence législative en matière d'éducation, deux provinces manifestent leur désaccord en vertu de l'article 38 (3), soit l'Ontario et le Québec. L'Ontario s'entend avec Ottawa sur une compensation financière égale à la moyenne nationale per capita dépensée par le fédéral dans les provinces participantes multipliée par sa population. Ce qui est conforme à notre critère de l'absence de peine fiscale. Par contre, le Québec s'entend avec Ottawa sur une compensation financière inférieure à celle qu'a acceptée l'Ontario, mais à laquelle s'ajoute une délégation fédérale de pouvoirs en matière de cablo-diffusion à une régie administrative québécoise.

129. Si alors un citoyen québécois plaiderait que sa province ne reçoit pas une juste compensation selon l'article 40, vraisemblablement les tribunaux compétents refuseraient de lui donner raison. En effet, il nous semble que le citoyen ne serait pas en mesure d'établir devant la cour qu'il y a peine fiscale, car un élément de la compensation acceptée par le Québec est non quantifiable, empêchant ainsi la cour de l'évaluer. En d'autres termes, le tribunal n'aurait aucun critère non discrétionnaire et objectif lui permettant de renverser la décision prise par le Québec en tant que gestionnaire public. Dans une telle situation, une cour ne saurait permettre que les préférences d'un citoyen pour une compensation entièrement financière prévalent sur une décision provinciale de cette nature³⁴².

130. Il en irait toutefois autrement, si le Québec n'avait accepté du fédéral qu'une compensation financière inférieure à celle prévue dans l'entente entre l'Ontario et Ottawa. Dans ce cas tous les éléments seraient quantifiables. Le citoyen pourrait donc parfaitement établir l'existence d'une peine fiscale, l'inégalité entre les deux ententes sautant aux yeux³⁴³.

341. *Supra*, note 2.

341a. *Supra*, note 338a.

342. Les tribunaux refuseraient de même de se prononcer pour absence de critère objectif, si une province s'adressait à eux pour se plaindre du fait que le fédéral ne leur a pas octroyé une compensation impliquant un élément non quantifiable comme celui de l'entente conclue par le Québec.

343. *Supra*, note 295.

Par. 2 - Réflexion sur le choix des modalités de paiement de la juste compensation prévue à l'article 40

A) PROBLÈME RELIÉ AU CHOIX DES MODALITÉS DE PAIEMENT DE LA JUSTE COMPENSATION

131. Ayant en main les instruments permettant d'établir le quantum d'une « juste compensation », il convient à présent de s'interroger sur l'habilitation des tribunaux compétents à intervenir, en vertu de l'article 40, pour choisir les modalités de paiement de la juste compensation. En d'autres termes, l'article 40 permettrait-il aux tribunaux de déterminer, par exemple, que la compensation soit versée sous forme d'un transfert de points de l'impôt sur le revenu des particuliers complété par des paiements de rajustement en espèces?

132. Avant de passer à cette question, rappelons que l'article 40 parle de juste compensation *aux provinces*; il nous semble donc difficile de soutenir que les paiements de compensation devraient être versés directement aux individus comme le premier ministre, Pierre E. Trudeau, l'avait proposé en 1969 lors des conférences constitutionnelles de 1968 à 1971³⁴⁴.

133. Ceci dit, on se souviendra que depuis la seconde guerre mondiale, les provinces, le Québec en tête, ont toujours soutenu que leur capacité fiscale devrait correspondre à leurs responsabilités constitutionnelles³⁴⁵ et elles ont donc demandé au fédéral un transfert accru d'espace fiscal. Malgré plusieurs concessions en ce sens aux provinces, le gouvernement fédéral a toujours veillé à les mitiger pour ne pas perdre le contrôle des mécanismes de stabilisation économique³⁴⁶. Et on ne voit pas ici pourquoi de tels comportements changeraient lors du choix des modalités de paiement de la juste compensation sous l'article 40. Or, il serait bien difficile pour une cour de choisir entre ces deux attitudes historiquement opposées et de déterminer que la juste compensation de l'article 40 devrait être versée sous forme de paiements en espèces, optant ainsi pour l'attitude fédérale, ou sous forme de transfert de points d'impôt, ce qui équivaldrait à favoriser l'attitude provinciale. En effet, il n'existe aucun critère objectif et non discrétionnaire, au sens où l'entend la doctrine des questions politiques, pour justifier les tribunaux compétents d'inter-

344. *Supra*, n^{os} 63 et s.

345. *Supra*, n^{os} 10 et s.; voir aussi *Conférence fédérale-provinciale de 1964*, *supra*, note 26, à la p. 12; *Federal-Provincial Conference of Ministers of Finance*, 1968, *supra*, note 182, à la p. 15; *Federal-Provincial Tax Structure Committee*, *supra*, note 136, aux pp. 56, 57.

346. *Supra*, note 55 et n^o 17; *Federal-Provincial Tax Structure Committee*, *supra*, note 136, à la p. 25; *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, 1966 (Rapport Carter)*, *supra*, note 55, aux pp. 19 n^o 4, 133 n^{os} 18 et 19, 220 n^o 4; Groupe de travail parlementaire, *supra*, note 7, à la p. 43.

venir et de se prononcer dans un sens ou dans l'autre³⁴⁷. Même l'économiste le plus compétent n'arriverait pas à fixer le niveau de pouvoir de taxation en deçà duquel le fédéral perdrait ses moyens de contrôle de l'économie³⁴⁸.

134. Si les tribunaux effectuaient un tel choix en l'absence de critère objectif pour les guider, ils exerceraient alors, nous semble-t-il, la discrétion d'un législateur. Bien que la plupart des auteurs s'entendent pour dire que la doctrine de la séparation des pouvoirs n'existe pas à l'état pur au Canada³⁴⁹, il nous apparaît cependant que les juges maintiennent consciemment une distinction entre les fonctions premières du judiciaire et celles du législatif³⁵⁰. Ainsi, les tribunaux ont maintes fois répété qu'il n'était pas de leur ressort de légiférer, mais plutôt d'interpréter les lois en recherchant, avant tout, l'intention du législateur; ce qui signifie aussi que les tribunaux n'ont aucun pouvoir d'édicter une loi pour remplacer celle qu'ils viennent de déclarer invalide³⁵¹.

135. Toutefois, on ne peut laisser au gouvernement fédéral la possibilité d'effectuer unilatéralement le choix des modalités de paiement de la juste compensation prévue à l'article 40. Il nous semble au contraire important de s'assurer que l'intérêt de la province en désaccord selon l'article 38 (3) soit aussi pris en considération lors de la détermination de telles modalités; ce qui ne serait pas nécessairement le cas si le gouvernement fédéral pouvait se prononcer seul. En effet, l'historique de l'article 40 amène à conclure que cette disposition vise au moins partiellement à protéger les intérêts de la province dissidente³⁵².

B) SOLUTION AU PROBLÈME DU CHOIX DES MODALITÉS DE PAIEMENT DE LA JUSTE COMPENSATION

136. Dans la rubrique précédente, nous avons vu que ni les tribunaux, ni le gouvernement fédéral seul ne devraient avoir la responsabilité ultime de choisir les modalités de paiement de la juste compensation

347. Rappelons que, selon *Baker c. Carr*, un problème est de nature politique et ne justifie pas l'intervention des tribunaux si on peut répondre par l'affirmative à l'une ou l'autre des questions soulevées par cet arrêt. Or, l'une de ces questions est : « La cour manque-t-elle d'un critère objectif et non discrétionnaire pour se prononcer ? » *Supra*, n° 113.

348. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, 1966 (Rapport Carter)*, *supra*, note 55, à la p. 118.

349. Peter HOGG, *supra*, note 146, aux pp. 129, 216; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *supra*, note 13, à la p. 114.

350. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 1967, à la p. 315 et s.

351. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 297, à la p. 526; P. HOGG, *supra*, note 146, à la p. 46; *Magor and St. Mellons Rural District Council c. Newport Corp.*, [1952] A.C. 189; *Vacher & Sons Ltd c. London Society of Compositors*, [1913] A.C. 107, aux pp. 113 et 118; *Murray c. Commissioners of Inland Revenue*, [1918] A.C. 541, à la p. 553.

352. *Supra*, n°s 108 et s. et 92 et s.

de l'article 40. Au contraire, nous estimons que les tribunaux compétents devraient établir que les modalités de paiement seront fixées au cours de négociations de bonne foi entre le gouvernement fédéral et celui de la province en désaccord. En outre, le pouvoir judiciaire devrait énoncer des principes directeurs pour guider ces pourparlers. Nous croyons notamment que *l'esprit* des principes du fédéralisme fiscal serait parfaitement adéquat pour régir de telles négociations. Ces principes peuvent se lire comme suit :

- 1) Les accords fiscaux doivent permettre tant au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux d'avoir accès à des ressources fiscales suffisantes pour s'acquitter de leurs responsabilités selon la Constitution.
- 2) Ils doivent assurer que chaque gouvernement est responsable devant ses propres électeurs de ses décisions d'imposition et de dépenses et doit prendre ses décisions en tenant compte de leurs effets sur les autres gouvernements.
- 3) Les arrangements fiscaux doivent, par un système de paiements de péréquation, permettre à chaque province d'assurer un niveau convenable de services publics sans devoir recourir à des taux d'imposition sensiblement plus élevés que dans les autres provinces.
- 4) Ils doivent donner au gouvernement fédéral un pouvoir fiscal suffisant pour qu'il puisse s'acquitter de ses responsabilités économiques et monétaires, ainsi que de ses dépenses. En particulier, ils doivent laisser au gouvernement fédéral une partie suffisante des impôts directs — tant sur les particuliers que sur les sociétés — dans toutes les provinces pour lui permettre d'utiliser à des fins économiques des variations d'importance et de forme des impôts directs et d'assurer une équité convenable dans l'incidence de la fiscalité dans tout le Canada.
- 5) Ils devraient conduire à des ententes uniformes entre gouvernements et à l'application uniforme des lois fédérales dans toutes les provinces.
- 6) Les accords fiscaux devraient viser à fournir les mécanismes d'harmonisation des politiques et des priorités des gouvernements fédéral et provinciaux.

137. Ces principes du fédéralisme fiscal furent mentionnés pour la première fois en 1966 par le ministre fédéral des finances, Mitchell Sharp, afin d'orienter les négociations sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces³⁵³. Depuis lors, on n'a pas cessé d'y référer³⁵⁴.

138. *L'esprit* de ces principes est, avant tout, de veiller à ce que soit maintenu un certain équilibre fiscal entre les deux ordres de gouvernement. C'est ainsi que, même s'ils sont tous importants, on mettra de temps à autre l'accent sur certains d'entre eux³⁵⁵. Nous croyons que les négociations autour de l'article 40 devraient aussi tenter de maintenir

353. Federal-Provincial Tax Structure Committee, *supra*, note 136, à la p. 13.

354. A.J. MACEachen, *supra*, note 63, à la p. 23 et s.

355. *Id.*, aux pp. 23, 25.

un équilibre entre le désir historique des provinces d'avoir une capacité fiscale correspondant à leurs responsabilités constitutionnelles et celui du fédéral de conserver un pouvoir fiscal suffisant pour lui permettre de garder un contrôle sur la gestion de l'économie.

Il nous semble donc que les tribunaux compétents pourraient indiquer certains facteurs permettant le maintien d'un tel équilibre, qui devraient être pris en considération lors des pourparlers en vue d'un accord sur les modalités de paiement de la compensation de l'article 40. Ce pourrait être, par exemple : la situation économique prévalant lors du transfert de compétence au parlement fédéral en matière d'éducation ou d'un autre domaine culturel, l'importance des dépenses auxquelles la province en désaccord et le fédéral doivent généralement alors faire face et l'état des transferts fiscaux fédéraux.

De tels éléments faciliteraient grandement, lors des négociations, le choix d'un compromis entre la position provinciale réclamant le paiement de la compensation au moyen d'un transfert fiscal et la position fédérale qui favorise le versement en espèces.

139. Suggérer au pouvoir judiciaire d'obliger des négociations de bonne foi et de fixer des principes permettant de choisir les modalités de paiement de la compensation en vertu de l'article 40 n'a rien de vraiment révolutionnaire. En effet, dans son *arrêt* du 20 février 1969 *sur le plateau continental de la mer du Nord*³⁵⁶, la Cour internationale de justice a procédé exactement de cette façon, en soutenant que la délimitation du plateau continental entre les Pays-Bas, le Danemark et la république fédérale d'Allemagne devait faire l'objet d'un accord négocié de bonne foi³⁵⁷ selon des principes équitables. La Cour internationale de justice y a aussi énuméré quelques facteurs qui devraient intervenir pour en arriver à une délimitation juste³⁵⁸.

356. Recueil de La C.I.J., 1969, aux pp. 4 à 55.

357. *Id.*, à la p. 47. La Cour internationale de justice a ainsi défini ce qu'il fallait entendre par obligation de négocier de bonne foi : « les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification ».

358. *Arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord*, *supra*, note 356, aux pp. 50 à 52. La Cour internationale de justice y souligne que les facteurs suivants doivent être pris en considération dans la délimitation du plateau continental entre États limitrophes : 1- facteurs géologiques. L'appartenance géologique du plateau continental aux pays riverains devant leurs côtes étant un fait, il peut donc être utile de procéder à un examen de la géologie de ce plateau afin de savoir si quelques orientations en influencent la délimitation; 2- facteurs géographiques. Il est nécessaire de regarder de près la configuration géographique des côtes des pays dont on doit délimiter le plateau continental; 3- l'unité de gisement. Il est fréquent qu'un gisement s'étende des deux côtés de la limite du plateau continental entre deux États. Il faut éviter l'exploitation exagérée du gisement par l'un ou l'autre des États intéressés; 4- une délimitation effectuée selon des principes équitables devrait faire apparaître un rapport raisonnable entre l'étendue du plateau continental relevant des États intéressés et la longueur de leurs côtes.

140. Plus près de nous, la Cour suprême des États-Unis a également procédé un peu de la sorte lorsqu'elle s'est prononcée sur le problème de la discrimination dans l'accès aux écoles³⁵⁹. En 1954, dans l'affaire *Brown c. Board of Education*³⁶⁰, la Cour suprême des États-Unis décidait que la doctrine des écoles séparées mais égales pour les blancs et les noirs³⁶¹ était contraire au principe de l'égalité devant la loi prévue au 14^e amendement de la constitution américaine. En 1955, dans *Brown II*³⁶², la Cour suprême des États-Unis conférait, dans un premier temps, aux cours de première instance le pouvoir de veiller à ce que les autorités scolaires mettent fin dans un bref délai aux écoles séparées et établissait, dans un deuxième temps, des principes qui devaient les guider dans leur tâche. Notamment, elle y mentionnait que :

In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles. Traditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs. These cases call for the exercise of these traditional attributes of equity power³⁶³.

En d'autres termes, la Cour suprême des États-Unis soutenait que les ordonnances de déségrégation devraient être façonnées suivant les règles traditionnelles et flexibles de l'*equity*³⁶⁴. Cette large discrétion a ainsi permis aux cours de première instance d'avoir recours aux remèdes qu'elles estimaient les plus aptes à opérer la déségrégation. À titre d'exemple, citons les plans prévoyant le transport des étudiants à certaines écoles prédéterminées.

141. Ce sont de tels précédents qui nous ont inspirés pour suggérer aux tribunaux canadiens compétents d'obliger le gouvernement fédéral et les provinces à négocier de bonne foi suivant certains principes,

359. G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 754 et s. ; L.H. TRIBE, *supra*, note 317, à la p. 1032 et s. ; L.J. BARKER et T.W. BARKER Jr, *Civil Liberties and the Constitution : Cases and Commentaries* ; Fourth Ed., New Jersey, Prentice Hall, 1982, à la p. 396 et s.

360. (1954) 347 U.S. 483. Cet arrêt est en partie reproduit dans G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 757 et s.

361. Cette doctrine trouve son origine dans l'arrêt *Plessy c. Ferguson*, (1896) 163 U.S. 537. Dans cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis a reconnu la validité d'une loi de la Louisiane qui exigeait que des compartiments égaux en qualité mais séparés soient réservés dans les trains pour les noirs et les blancs. Appliquée aux écoles, cette doctrine signifiait que des institutions scolaires de même qualité au niveau des locaux, des enseignants etc. seraient fréquentées séparément par les noirs et les blancs.

362. (1955) 349 U.S. 294. Cet arrêt est en partie reproduit dans G. GUNTHER, *supra*, note 317, aux pp. 764 et s.

363. G. GUNTHER, *supra*, note 317, à la p. 765.

364. Pour une définition de ce qu'il faut entendre par *equity*, voir SNELL's, *Principles of Equity*, 27th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd, 1973, aux pp. 1 à 26 et 569 et s.

afin d'établir les modalités de paiement de la juste compensation à verser selon l'article 40. Puisque les cours ne peuvent pas intervenir directement et qu'il serait incompatible avec l'esprit de cette disposition constitutionnelle que le gouvernement fédéral puisse faire un tel choix seul, sans recours pour la province advenant un désaccord sur le choix ainsi opéré, nous croyons que la solution sus-mentionnée pourrait s'avérer adéquate et acceptable.

Chapitre 4 - Mise en œuvre de l'article 40

SECTION 1 - LES RECOURS VRAISEMBLABLES³⁶⁵

142. Il appert très probable que l'avis consultatif sera utilisé, le cas échéant, pour obtenir une détermination de la portée juridique de l'article 40. En effet, on imagine facilement le gouvernement fédéral ou celui de la province en désaccord en vertu de l'article 38 (3) mettre fin à d'interminables négociations sur la fixation d'une juste compensation en demandant, selon le cas, un avis à la Cour suprême du Canada ou à la Cour d'appel de la province³⁶⁶. En outre, la province dissidente selon l'article 38 (3) ferait vraisemblablement de même si le gouvernement fédéral rompait de mauvaise foi les négociations en faisant adopter une loi fixant unilatéralement le quantum et/ou les modalités de la compensation à verser.

143. Par contre, le recours direct à une cour supérieure³⁶⁷ pourrait être employé par un citoyen estimant que la compensation fixée par accord gouvernemental ne satisfait pas le critère d'absence de peine fiscale. Dans un tel cas, le citoyen posséderait, nous semble-t-il, l'intérêt nécessaire, tel que défini dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*³⁶⁸, pour contester directement la constitutionnalité de la loi qui aurait résulté d'un tel accord.

Pour nous en convaincre, il suffit de lire l'extrait suivant de cet arrêt :

365. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 297, à la p. 335 et s.; G. RÉMILLARD, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au lendemain de la Loi constitutionnelle de 1982 », (1982) 42 *R. du B.*, à la p. 565 et s.

366. Pour obtenir un avis consultatif, le gouvernement fédéral doit s'adresser à la Cour suprême du Canada. Voir la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, à l'art. 55. Dans le cas du Québec, voir la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., c. R-23, à l'art. 1.

367. Par recours direct, il faut entendre l'action déclaratoire de la *common law*. Pour ce qui est du Québec, voir aussi l'art. 462 C.P.C. et la requête pour jugement déclaratoire de l'art. 453 C.P.C. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, à la p. 368 et s.

368. [1981] 2 R.C.S. 575. Voir aussi les arrêts mentionnés à la note 295.

Pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour³⁶⁹.

144. Dans l'hypothèse que l'on vient de décrire, le citoyen pourrait aussi, croyons-nous, demander que soit déclarée l'inconstitutionnalité de cette loi, en fondant son recours direct sur l'article 24 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour violation de son article 15³⁷⁰. À ce sujet, rappelons³⁷¹ que les citoyens d'une province en désaccord selon l'article 38 (3), non compensée ou mal compensée, ne seraient pas, sur le plan fiscal, des citoyens traités comme ceux des provinces participantes, puisqu'ils devraient payer une partie de leurs impôts sans retirer les bénéfices conséquents. Ceci pourrait constituer, selon nous, une violation du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*³⁷². De plus, comme le citoyen doit légalement payer des impôts supérieurs, on peut assumer qu'il a l'intérêt requis pour se prévaloir de l'article 24 (1) de la *Charte*³⁷³.

SECTION 2 - CONSÉQUENCES DE LEUR EXERCICE

145. En vertu de l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷⁴, la constitution, telle qu'interprétée par les tribunaux, est la loi suprême du Canada. Ainsi, si le parlement fédéral adoptait unilatéralement une loi prévoyant les modalités de paiement et/ou le quantum d'une compensation dérogatoire au critère de l'absence de peine fiscale, cette loi perdrait toute force obligatoire lorsque les cours compétentes en pronon-

369. *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, *supra*, note 368. à la p. 598.

370. *Supra*, note 2.

371. *Supra*, note 341a et au n° 127.

372. *Supra*, note 2.

373. L'article 24 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 2. se lit comme suit :

“Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances”.

Il est à noter que les termes mêmes de cet article exigent clairement pour s'en prévaloir un intérêt supérieur à celui que l'on a requis dans l'arrêt *Ministre de la Justice c. Borowski*, *supra*, note 369, pour le recours direct ordinaire. Pour une étude intéressante des conditions requises pour agir en vertu de l'art. 24 (1), voir Anne McLELLAN et Bruce P. ELMAN, « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : an Analysis of Section 24 », (1983) XXI *Alberta Law Review*, à la p. 205 et s.

374. *Supra*, note 2.

ceraient l'inconstitutionnalité³⁷⁵. Dans ce cas, comme dans celui où on s'adresserait aux tribunaux pour obtenir une détermination de la juste compensation mettant fin à des négociations interminables, le gouvernement fédéral devrait par la suite se soumettre à la décision judiciaire en entreprenant des pourparlers sur les modalités de paiement et en présentant un projet de loi corrigé au parlement fédéral.

146. En effet, selon le principe de la *rule of law*, toutes les fonctions étatiques sont, dans les régimes possédant une constitution formelle, soumises à cette super-légalité qu'est la constitution³⁷⁶. Dans notre régime, la prérogative royale concernant le pouvoir du gouvernement de présenter des lois impliquant des dépenses publiques³⁷⁷ devrait donc être exercée en respectant le critère de l'absence de peine fiscale s'il s'agit de fixer le quantum de la juste compensation prévue à l'article 40 et en se soumettant à l'obligation d'en négocier de bonne foi les modalités de paiement.

CONCLUSION

147. Le but de cette étude était d'expliquer les différents aspects du droit de retrait avec compensation au Canada, soit le droit de retrait tel qu'il a existé depuis les années 1960 à l'égard de certains programmes à frais partagés de compétence provinciale³⁷⁸ et celui prévu à l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷⁹, qui entre en jeu seulement lors du transfert d'un pouvoir législatif provincial en matière culturelle ou éducative au parlement fédéral. Dans la deuxième partie de cette étude, les implications juridiques de l'article 40 furent analysées plus particulièrement. Nous avons alors démontré que cette disposition constitutionnelle crée une obligation juridique qui justifie les tribunaux canadiens à intervenir le cas échéant, pour fixer le quantum de la juste compensation qui y est prévue. Le caractère supra-législatif de l'article 40, une comparaison avec les termes utilisés à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁸⁰, l'historique législatif du droit de retrait avec compensation depuis 1960 et une analogie avec le droit constitutionnel américain conduisent à une telle conclusion. En outre, nous avons suggéré que les tribunaux compétents,

375. Rappelons, pour les fins de cette section, que les avis consultatifs ne font pas en théorie jurisprudence, mais, en pratique, leur portée est la même que celle d'un jugement. G. RÉMILLARD, *supra*, note 365, à la p. 576.

376. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 297, à la p. 480.

377. *Id.*, à la p. 487.

378. *Supra*, notes 148, 277.

379. *Supra*, note 2.

380. *Ibid.*

en cas de désaccord, devraient obliger les gouvernements fédéral et provinciaux à négocier de bonne foi pour fixer les modalités de paiement de la juste compensation de l'article 40, à la lumière de certains principes qu'ils indiqueraient. Nous avons aussi souligné que les gouvernement et parlement fédéraux devraient exercer leur fonction en respectant l'esprit de l'article 40, en raison du caractère suprême de la constitution canadienne et du principe de la *rule of law*.

148. En terminant, l'article 40, tel qu'interprété dans cette étude, offre des perspectives très intéressantes aux provinces désirant conserver une certaine autonomie au sein du Canada. Il est, nous semble-t-il, supérieur à un droit de veto qui aurait pour effet d'empêcher les autres provinces de procéder à des modifications constitutionnelles désirées. Souhaitons que des négociations étendent la portée de cette disposition à tous les transferts de pouvoirs législatifs provinciaux au fédéral, comme c'était le cas dans l'accord des huit du 16 avril 1981³⁸¹.

381. *Supra*, n° 93.