

**Ontario Home Builders' Association,
Humber Green Estates Ltd. and Butternut
Grove Homes Inc. Appellants**

v.

**The York Region Board of Education, the
York Region Roman Catholic Separate
School Board and the Attorney General for
Ontario Respondents**

and

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General of British Columbia, the
Ontario Public School Boards' Association,
the Ontario Separate School Trustees'
Association, Carlota Guzman, Tony
Ciccone, Charlotte Pope and Doris
Seto Interveners**

**INDEXED AS: ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION v.
YORK REGION BOARD OF EDUCATION**

File No.: 24085.

1995: October 10, 11; 1996: August 22.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Division of powers — Charter of Rights — Indirect taxation — Regulatory scheme affecting land development in order to finance new capital costs for schools necessitated by new development — Monies placed in common account and available to public and separate school boards — Whether charges an indirect tax — Whether charges prejudicially affecting a right or privilege with respect to denominational schools — Whether impugned provisions infringing s. 2(a) Charter right to freedom of religion and s. 15(1) Charter right of equality — If so, whether saved under s. 1 — Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), ss. 14, 20 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(2), (9),

**Ontario Home Builders' Association,
Humber Green Estates Ltd. et Butternut
Grove Homes Inc. Appelantes**

c.

**Le conseil scolaire de la région de York, le
conseil d'écoles catholiques séparées de la
région de York et le procureur général de
l'Ontario Intimés**

et

**Le procureur général du Québec, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, l'Association des conseils
scolaires publics de l'Ontario, l'Ontario
Separate School Trustees' Association,
Carlota Guzman, Tony Ciccone, Charlotte
Pope et Doris Seto Intervenants**

**RÉPERTORIÉ: ONTARIO HOME BUILDERS' ASSOCIATION c.
CONSEIL SCOLAIRE DE LA RÉGION DE YORK**

Nº du greffe: 24085.

1995: 10, 11 octobre; 1996: 22 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —
Charte des droits — Taxation indirecte — Régime de
réglementation concernant des exploitations foncières
en vue de financer de nouveaux coûts en immobilisa-
tions afférents à des écoles requises par de nouvelles
exploitations — Fonds mis dans un compte commun à la
disposition des conseils d'écoles publiques et d'écoles
séparées — Les redevances constituent-elles une taxe
indirecte? — Les redevances portent-elles atteinte à un
droit ou à un privilège relativement aux écoles confes-
sionnelles? — Les dispositions contestées violent-elles
le droit à la liberté de religion garanti par l'art. 2a) de
la Charte et le droit à l'égalité garanti par l'art. 15(1)?
— Si oui, sont-elles sauvegardées par l'article premier?
— Acte pour réintégrer les catholiques romains du
Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concer-*

(13), (16), 93(1) — *Development Charges Act, R.S.O. 1990, c. D.9, ss. 30(1), (3), 35 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 122(1) — Education Development Charges, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5.*

Trial — Standing — Application brought by association composed of builders — Builders affected by legislation — Whether appellants had standing.

By-laws passed by respondent school boards pursuant to the *Development Charges Act* required persons seeking building permits to pay an Educational Development Charge ("EDC") as a condition of obtaining the permit. The purpose of the EDC scheme was to permit school boards to raise the local share for the capital costs of new school construction on land undergoing residential and non-residential development when that development created the need for new schools. The legislation ensured that new land development bore the cost of infrastructure on its own, rather than imposing an additional burden on existing developments. Significantly, capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools could not be defrayed through revenues raised by EDCs. The legislation made no distinction between public and separate school boards, or between public and separate school supporters.

The appellants initiated an application in Divisional Court for judicial review of by-laws passed by the respondent school boards. The Divisional Court found that the scheme created an indirect tax and was therefore *ultra vires* the province. The Court of Appeal considered the issue of standing and found that appellants indeed had standing. It ultimately found that the legislation, even though it created an indirect tax, did not impinge on the integrity of s. 92(2) (direct taxation within the province) of the *Constitution Act, 1867* and that it was ancillary to a regulatory scheme clearly falling within provincial jurisdiction and justifiable under ss. 92(9) (licensing to raise revenue), (13) (property and civil rights) and (16) (matters of a local nature). At issue here

nant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («*Loi Scott*») art. 14, 20 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2a), 15(1) — *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (16), 93(1) — *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, art. 30(1), (3), 35 — *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 122(1) — *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Règl. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5.

Procès — Qualité pour agir — Demande présentée par une association de constructeurs — Constructeurs visés par la loi — Les appelantes avaient-elles qualité pour agir?

Des règlements adoptés par les conseils scolaires intimés en application de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, subordonnaient la délivrance d'un permis de construire au versement d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation («REE»). Le régime des REE visait à permettre aux conseils scolaires de prélever la part locale pour les coûts en immobilisations relatifs à la construction de nouvelles écoles sur des terrains où s'effectuent des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et non résidentielles, lorsque ces travaux créent le besoin de nouvelles écoles. Les mesures législatives faisaient en sorte que les nouvelles exploitations foncières supportent les coûts de leur propre infrastructure, au lieu d'alourdir le fardeau des exploitations existantes. Fait important, les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ou encore la construction d'écoles destinées à des élèves fréquentant déjà des installations mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées, ne pouvaient être financés par les recettes perçues grâce aux REE. Les mesures législatives ne faisaient aucune distinction entre les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées, non plus qu'entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées.

Les appelantes ont déposé devant la Cour divisionnaire une demande de contrôle judiciaire de règlements scolaires adoptés par les conseils scolaires intimés. La Cour divisionnaire a jugé que le régime créait une taxe indirecte et excédait donc la compétence de la province. La Cour d'appel a examiné la question de la qualité pour agir et estimé que les appelantes avaient effectivement la qualité voulue. Elle a conclu en fin de compte que la loi, même si elle créait une taxe indirecte, ne portait en rien atteinte à l'intégrité du par. 92(2) (la taxation directe dans les limites de la province) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'elle était accessoire à un régime de réglementation relevant manifestement de la responsabilité provinciale et se justifiant au regard des

was: (1) whether the appellants had standing; (2) whether the provisions of the *Development Charges Act* authorizing public and separate school boards to impose EDCs were *ultra vires* the province because (i) they imposed an indirect tax, or (ii) because they prejudicially affected a right or privilege with respect to denominational schools contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*; and (3) whether the impugned provisions were contrary to ss. 2(a) (freedom of religion) and 15(1) (the equality rights) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they were saved under s. 1.

par. 92(9) (les licences en vue de prélever un revenu), (13) (la propriété et les droits civils) et (16) (les matières d'une nature locale). Les questions en litige étaient les suivantes: (1) les appelantes avaient-elles qualité pour agir; (2) les dispositions de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, autorisant les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées à imposer des REE, excèdent-elles la compétence de la province en ce qu'elles (i) autorisent une taxe indirecte ou (ii) portent atteinte à un droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles en contravention du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (3) les dispositions contestées contreviennent-elles à l'al. 2a) (la liberté de religion) et au par. 15(1) (le droit à l'égalité) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si la réponse est affirmative, sont-elles sauvagardées par l'article premier?

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Given the serious and complex nature of the issues, it was assumed, without deciding, that the appellants had standing. The interveners had no standing. This Court takes an unfavourable view of attempts to back up an appellant's lack of standing by way of interveners. Such efforts to bootstrap flawed standing are to be discouraged.

When determining the incidence of a tax, both the context within which the tax operates and its purpose should be considered. Land taxes are generally direct taxes imposed on land against the owner and assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre. The tax may be an annual, recurring assessment, or a one-time charge. It may be enforced through the sale of the land. The desire or ability to pass on the tax or otherwise avoid taxation does not transform the direct nature of the tax into an indirect one. The jurisprudence does not prevent a tax on land by itself from being treated as an indirect tax.

EDCs are a tax on development using land as an instrument to achieve the desired end and involve features of both direct and indirect taxation. An EDC is characteristic of a land tax in that it is imposed on land undergoing residential and commercial development and failure to pay results in the charge's being placed on the tax roll. They are not, however, true land taxes in the traditional sense. Their purpose is not taxation of land, but rather, the defraying of the costs of infrastructure necessitated by new residential development. The

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Étant donné la nature sérieuse et complexe des questions, il a été présumé, sans en décider, que les appelantes avaient qualité pour agir. Les intervenants n'avaient pas qualité pour agir. Notre Cour ne voit pas d'un bon œil les tentatives d'un appelant de camoufler son absence de qualité pour agir par voie d'intervention. Les efforts de ce genre pour compenser les lacunes à ce chapitre doivent être découragés.

Pour déterminer l'incidence d'une taxe, il faut prendre en considération le contexte dans lequel elle s'insère ainsi que la fin qu'elle vise. Les taxes foncières sont généralement des taxes directes imposées à l'égard d'un terrain au propriétaire de ce terrain, et calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. La taxe peut être calculée annuellement ou une seule fois. Elle peut être exigée au moment de la vente du terrain. Le désir ou la capacité de reporter le fardeau de la taxe sur un tiers ou d'éviter l'imposition n'en fait pas pour autant une taxe indirecte. La jurisprudence n'empêche pas qu'une taxe foncière puisse en soi être considérée comme une taxe indirecte.

La REE est une taxe sur l'exploitation, les terrains étant le moyen utilisé pour atteindre la fin désirée, et elle comporte des éléments à la fois de taxation directe et de taxation indirecte. La REE possède les caractéristiques d'une taxe foncière en ce qu'elle est imposée à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles et, en cas de non-paiement, elle est ajoutée au rôle de perception. Cependant, la REE n'est pas une véritable taxe foncière au sens traditionnel du terme. Le régime

"categories approach" (that the framers of the Constitution regarded taxes as divisible into two categories, direct and indirect, and that certain classifications of taxes were well known to the framers and fell into one or other category) was of no application here. Rather, the incidence of the EDCs must be determined according to Mill's formulation (that direct taxes are to be paid by the person taxed and the indirect taxes are not specific as to the ultimate incidence of the tax).

EDCs, since they are imposed in the course of manufacture on the commodity (a new building) to be sold and since most charge-payers intend to trade in the commodity, cling as a burden to new buildings when they are brought to market. They therefore constitute indirect taxation and are *ultra vires* provincial competence under s. 92(2).

However, the EDC scheme is ultimately *intra vires* the province as ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use planning, pursuant to ss. 92(9) (licences to raise revenue), (13) (property and civil rights) and (16) (matters of a local nature) of the *Constitution Act, 1867*. Since the power pursuant to s. 92(9) comprehends indirect taxation, this power is strictly limited to defray the costs of regulation. Significantly, funds can only be withdrawn when a specific project has been approved by the Minister and only in an amount equal to the actual local share of the project. The EDC scheme is appropriately limited in scope and operates only so as to defray the costs of regulation.

The EDCs are part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. Funding issues should be addressed through those aspects of the planning framework specifically designed to deal with those issues. While the regulatory scheme, of which EDCs are only a small part, is clearly very complex, the complexity is necessitated by the very scope of the matter regulated — urban planning. The number of provincial actors involved in the various phases of the scheme's operation does not invalidate its regulatory nature. An artificial and rigid distinction

des REE ne vise pas à imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles. La «méthode des catégories» (selon laquelle les rédacteurs de la Constitution considéraient que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui sont indirectes, et certaines catégories de taxes étaient bien connues d'eux et entraînaient dans l'une ou l'autre catégorie) ne s'appliquait pas au présent pourvoi. L'incidence de la REE doit plutôt être déterminée selon la formule de Mill (selon laquelle les taxes directes sont censées être payées par la personne imposée et il n'y a rien d'explicite quant à l'incidence ultime des taxes indirectes).

Comme elle est imposée dans le cours de la fabrication d'un bien (un nouveau bâtiment) destiné à la vente et que la plupart de ceux qui payent la redevance ont l'intention de faire le commerce du bien, la REE s'attache comme un fardeau aux nouveaux bâtiments au moment de leur mise en marché. Par conséquent, elle constitue une taxe indirecte et excède la compétence provinciale aux termes du par. 92(2).

Toutefois, en définitive, le régime des REE relève de la compétence de la province en ce qu'il est accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d'installations d'enseignement dans le cadre de l'aménagement du territoire, aux termes des par. 92(9) (les licences en vue de prélever un revenu), (13) (la propriété et les droits civils) et (16) (les matières d'une nature locale) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le pouvoir conféré au par. 92(9) englobe la taxation indirecte, l'application de ce pouvoir est strictement limitée au financement d'un régime de réglementation. Fait significatif, les fonds ne peuvent être retirés que lorsqu'un projet précis a été approuvé par le ministre et seulement pour un montant qui ne doit pas dépasser la part locale réelle du projet. Le régime des REE est adéquatement limité dans sa portée et il ne sert qu'à financer les coûts de la réglementation.

Les REE font partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province. Les questions de financement doivent être résolues au moyen des mécanismes expressément prévus à cette fin dans le cadre du processus d'aménagement. Si le régime de réglementation, dont les REE ne sont qu'une petite partie, est manifestement très complexe, cette complexité s'explique du fait même de l'ampleur du domaine réglementé — l'aménagement urbain. Le nombre d'acteurs provinciaux qui interviennent dans les diverses phases du fonctionne-

should not be imposed between the school board and the municipality because such a distinction fails to reflect the true nature of the regulatory framework. The construction of schools is a legitimate and crucial component of modern land use planning. The common theme underlying new development in the province is that it should bear the costs of infrastructure necessitated by it.

The EDC scheme does not prejudicially affect the denominational educational rights embodied in s. 93(1). Even if EDCs could be characterized as "grants", s. 20 of the *Scott Act* has never applied to capital grants. This section does not impose an obligation of proportionality in its strict terms. Proportionality is the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Strict, formalistic proportionality was abandoned because it led to a serious inequality of educational opportunity. The principle in s. 122 of the *Education Act*, which is legally impressed upon the *Development Charges Act*, honours the obligation for a fair and non-discriminatory distribution and subsumes and supersedes any obligation of proportionality that might have been imposed by s. 20 of the *Scott Act*.

EDCs are a new source of funds, neither a rate nor a grant, that was not contemplated at the time of Confederation. Like other charges used to finance municipal infrastructure, they are a secular source of funds. Those paying EDCs are not identified by school support, and the proceeds are not identified as belonging to one school board or the other. The proceeds are commingled. This secular character is entirely appropriate, as money raised under the by-law of one school board may be used to build schools needed by the coterminous board.

The EDC scheme pursues the constitutionally required objective of providing separate schools with funding that is on par with the funding received by public schools. This form of legislation is required by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and accordingly is immune from *Charter* scrutiny.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The EDC scheme relates, in pith and substance, to taxation as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The legislation itself and the

ment du régime n'annule pas la nature réglementaire du régime. Il ne faut pas établir une distinction artificielle et rigide entre le conseil scolaire et la municipalité, car cette distinction ne reflète pas la nature véritable du cadre de réglementation. La construction d'écoles est une composante légitime et cruciale de l'aménagement du territoire de nos jours. Le thème commun qui soutient les nouvelles exploitations dans la province est qu'elles doivent assumer les coûts des infrastructures qu'elles nécessitent.

Le régime des REE ne porte pas atteinte aux droits confessionnels consacrés au par. 93(1). Même si les REE pouvaient être considérées comme des «subventions», l'art. 20 de la *Loi Scott* n'a jamais été appliqué aux subventions pour immobilisations. Cet article n'impose pas une obligation stricte de proportionnalité. La véritable nature du principe de la proportionnalité est d'être un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. On s'est écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce qu'elle avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Le principe de l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, qui marque également de son empreinte la *Loi sur les redevances d'exploitation*, respecte l'obligation d'une répartition équitable et sans discrimination, et englobe et supplante toute obligation de proportionnalité qu'aurait pu imposer l'art. 20 de la *Loi Scott*.

Les REE constituent une nouvelle source de fonds, ni taxe ni subvention, que le législateur n'avait pas envisagée au moment de la Confédération. Comme les autres redevances servant à financer les infrastructures municipales, elles sont une source séculière de fonds. Ceux qui paient les REE ne sont pas identifiés selon le système scolaire auquel ils contribuent, et les recettes n'appartiennent pas à un conseil scolaire en particulier. Les recettes sont confondues. Ce caractère séculier est tout à fait approprié, les sommes recueillies en vertu du règlement d'un conseil scolaire pouvant servir à construire les écoles dont a besoin le conseil coïncident.

Le régime des REE est conforme à l'objectif exigé par la Constitution visant à fournir aux écoles séparées un financement équivalent à celui que reçoivent les écoles publiques. Ce genre de disposition législative est requis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le régime des REE se rapporte, de par son caractère véritable, à la taxation au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La loi contestée elle-

situation it was intended to remedy both support this conclusion. The EDC scheme gave to local school boards the means to raise the revenue taken away through cut backs in provincial grants. It revealed no feature other than the raising of a revenue in order to finance the local share of growth-related capital while providing for specific ways in which such revenues will be spent by school boards. The scheme cannot be found to be ancillary to a valid regulatory scheme to the point where it does not relate, in pith and substance, to taxation.

Courts have recognized that provinces can enact legislation providing for the imposition of levies which are indirect in their incidence where such levies cannot be characterized as "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* because they relate, in pith and substance, to another head of power granted exclusively to provincial legislatures by s. 92. When doing so, provinces are legislating under a different head of power than their s. 92(2) taxing power, and thus outside the scope of the limitation to direct taxation imposed by that provision.

The fact that the legislative scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose is not, in itself, determinative of the characterization of the matter of the legislation. "Costs of regulation" should not be defined in such a way that the legislation providing for a levy will necessarily relate, in pith and substance, to the matter to which its purpose relates as long as a province specifically provides for the use to be made of the funds levied, for the amount to be levied and for limitations carefully restricting its uses to its purpose. The adoption of such a position would be completely at odds with the structure of the Constitution and with the previous jurisprudence of this Court.

An EDC has all the earmarks of a tax — a compulsory levy imposed by-law by a public body for a public purpose. It is, in pith and substance, a tax. It is not aimed at regulating the construction of houses or other buildings. It is not an integral part of the activity in which those engaged are regulated. Rather it is expressly aimed at raising a revenue for another purpose, building schools. Regulatory charges have thus far

même et le problème que le régime était censé solutionner viennent tous deux étayer cette conclusion. Le régime des REE a donné aux conseils scolaires locaux le moyen de percevoir le revenu supprimé par la diminution des subventions provinciales. Il ne comporte aucune caractéristique autre que le prélèvement d'un revenu en vue du financement de la part locale des dépenses en immobilisations liées à la croissance, tout en prévoyant précisément comment les sommes perçues seront dépensées par les conseils scolaires. On ne peut pas conclure que le régime est accessoire à un régime de réglementation valide au point qu'il ne se rapporte pas, de par son caractère véritable, à la taxation.

Les tribunaux ont reconnu le pouvoir des provinces d'adopter des lois prévoyant l'imposition de droits qui sont indirects quant à leur incidence lorsque ces droits ne peuvent pas être qualifiés de «taxation [...] en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» comme le prévoit le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'ils ont trait, de par leur caractère véritable, à un autre domaine de compétence attribué exclusivement aux législatures provinciales par l'art. 92. Ce faisant, les provinces légifèrent en vertu d'un domaine de compétence autre que leur pouvoir de taxation prévu au par. 92(2) et, par conséquent, hors de la portée de la restriction relative au caractère direct des taxes imposée par cette disposition.

Le fait que le régime législatif prévoit expressément l'usage que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cet usage n'est pas déterminant en soi pour ce qui est de la qualification de la matière visée par la loi. L'expression «coûts de la réglementation» ne devrait pas être définie de telle sorte que, tant qu'une province prévoit expressément l'usage qui devra être fait des fonds perçus et que le montant qu'il sera permis de percevoir et l'usage qui sera fait de cet argent sont soigneusement limités à cette fin, la loi prévoyant un prélèvement aura nécessairement trait, de par son caractère véritable, à la matière à laquelle l'usage qui en sera fait se rapporte. L'adoption d'une telle position irait à l'encontre de la structure de la Constitution et de la jurisprudence antérieure de notre Cour.

Une REE a toutes les caractéristiques d'une taxe — un prélèvement obligatoire imposé par la loi par un organisme public dans un but d'intérêt public. Elle constitue, de par son caractère véritable, une taxe. Elle ne vise pas à réglementer la construction de maisons ou autres bâtiments. Elle ne fait pas partie intégrante de l'activité à laquelle se livrent ceux qui sont réglementés. Elle vise plutôt expressément à percevoir des sommes

been tied, as they must constitutionally be, to the regulation of particular activities. The legislative choice of permitting local school boards to impose levies to pay these additional costs for schooling on landowners who construct residences in their area, rather than imposing the costs on taxpayers generally, is perfectly legitimate. And it is equally legitimate that the construction industry (which apparently owns the bulk of the land) should bear its share of the costs since it benefits economically from the development. They are not being regulated; they are being taxed.

Extending the concept of regulatory charges in the manner argued would virtually deprive the distinction between taxation and regulation of all meaning. The constitutional restriction to direct taxation represents an important component of the constitutional arrangements and the underlying policies that support them strongly militate against this Court's permitting provincial legislatures to impose levies that are in their incidence indirect through legislation cloaked as regulatory schemes that constitute in pith and substance taxation.

The EDC scheme is *intra vires* the province as a direct tax within the meaning of the *Constitution Act, 1867*. It is a tax on land, a type of tax that has always been regarded as a quintessential example of a direct tax. It bears all the usual hallmarks of a land tax: it is imposed on the owner and is collectable against the land itself. Land taxes have always been characterized as direct taxes for the purposes of s. 92(2) because they were so perceived by the framers of the Constitution. This tax imposed on a landowner and collectable against the land cannot be construed as an indirect tax simply because of a tendency for the incidence of the tax to be passed on to subsequent purchasers of the property given the fact that the land is taxed only on owners who engage in development of the land and that the majority of them are builders who are building for sale.

The primary, if not only, rationale now underlying the prohibition of indirect taxation imposed on the provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* is that the direct effect of their taxation measures must be confined within their territory. This should be taken into account

d'argent à une autre fin, soit la construction d'écoles. Les redevances de nature réglementaire ont jusqu'ici été liées, comme elles doivent l'être sur le plan constitutionnel, à la réglementation d'activités spécifiques. Il est parfaitement légitime que le législateur choisisse de permettre aux conseils scolaires locaux d'imposer aux propriétaires de terrains qui construisent des résidences dans leur secteur des redevances pour couvrir ces coûts supplémentaires d'enseignement, plutôt que d'en faire supporter les frais par les contribuables en général. Et il est également légitime que l'industrie de la construction (qui est apparemment propriétaire de la majeure partie des terrains) doive supporter sa part des coûts puisqu'elle bénéficie des exploitations sur le plan économique. Les propriétaires ne sont pas de ce fait réglementés; ils sont taxés.

Étendre la notion de redevances de nature réglementaire de la façon proposée enlèverait pratiquement toute signification à la distinction entre la taxation et la réglementation. La restriction constitutionnelle à l'égard de la taxation directe constitue une composante importante du compromis constitutionnel, et les politiques sur lesquelles il se fonde nécessitent que notre Cour évite de confirmer la validité de prélèvements par les législatures provinciales qui, quant à leur incidence, sont indirects du fait qu'ils font partie de mesures législatives déguisées en régime de réglementation, alors que, de par leur caractère véritable, ils constituent de la taxation.

Le régime des REE relève de la province en tant que taxe directe au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit d'une taxe foncière, type de taxe qui a toujours été considéré comme le meilleur exemple d'une taxe directe. Les REE comportent toutes les caractéristiques habituelles d'une taxe foncière. Elles sont imposées au propriétaire, et sont percevables sur le bien-fonds même. Les taxes foncières ont toujours été qualifiées de taxes directes pour les fins du par. 92(2) parce qu'elles étaient ainsi perçues par les rédacteurs de la Constitution. On ne peut pas interpréter cette taxe imposée à un propriétaire et percevable sur le bien-fonds comme étant une taxe indirecte simplement parce que l'incidence de cette taxe aura tendance à être reportée sur les acheteurs subséquents compte tenu du fait que le bien-fonds n'est taxable que pour les propriétaires qui l'exploitent et qu'il s'agit dans la majorité des cas de constructeurs qui construisent pour la vente.

La principale justification actuellement, voire la seule, de l'interdiction qui est faite aux provinces d'imposer des taxes indirectes aux termes du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est que l'effet direct de leurs mesures fiscales doit être circonscrit aux limites de

in considering the validity of a given tax by reference to its incidence. The type of taxes the framers of the Constitution contemplated as direct taxes, land taxes for example, were seen to have predominantly local impact, while those seen as indirect, such as customs and excise, had an obvious tendency to have extraterritorial impact. Moreover, s. 92(2) expressly limited provincial taxes to the province and the limitation to direct taxation has prevented provinces from doing indirectly what they could not do directly. This approach is wholly consistent with the basic structure of the Constitution.

The framers of the Constitution considered that certain well-known categories of taxes would fall into the rubric of either direct or indirect taxes. The Mill's test, which was seen as being a refinement of the idea underlying the earlier categories approach, where certain taxes were categorized as being either direct or indirect, defined a direct tax as one demanded from the very person who it is intended or desired should pay it and an indirect tax as one demanded from one person in the expectation and intention that that person indemnify him- or herself at the expense of another. While never abandoning the "categories approach", the courts have moved to Mill's test when dealing with taxes that did not fit comfortably with the few categories specifically adverted to by the framers. Mill's test was found to permit the courts greater flexibility in accommodating the competing policies of acceding the provinces ample power to tax — necessary to provide provinces with sufficient means to finance their legislative activities, which quickly turned out to be much more expensive than expected in 1867 — while restraining them to their territorial scope. Thus, while EDCs might be indirect within the meaning of the definition proposed by Mill, ignoring the fact that they are land taxes — the impact of which can only be confined to the territory of Ontario — would disregard the important constitutional policies underlying the limitation to direct taxation provided for in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The use of Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax is wholly inconsistent with the trend of the jurisprudence and the constitutional policies that underlie it. Clearly, it does

leur territoire. Il y aurait lieu de tenir compte de ce facteur dans l'examen de la validité d'une taxe donnée par rapport à son incidence. Le type de taxes que les rédacteurs de la Constitution considéraient comme des taxes directes, les taxes foncières par exemple, avaient principalement un effet local, alors que les taxes qu'ils considéraient comme des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, avaient de toute évidence tendance à avoir un effet extraterritorial. En outre, le par. 92(2) limitait expressément les taxes provinciales à la province et la restriction en matière de taxation directe a empêché les provinces de faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement. Cette analyse est tout à fait compatible avec la structure fondamentale de la Constitution.

Les rédacteurs de la Constitution étaient d'avis que certaines catégories de taxes bien connues se rangeraient sous la rubrique des taxes directes ou celle des taxes indirectes. Le critère de Mill, qui a été considéré comme un raffinement de l'idée sous-tendant la méthode des catégories utilisée antérieurement, dans laquelle certaines taxes étaient caractérisées comme étant soit directes soit indirectes, a défini une taxe directe comme celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer et une taxe indirecte comme celle qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre. Bien qu'ils n'aient jamais abandonné la «méthode des catégories», les tribunaux ont adopté le critère de Mill lorsqu'ils ont été appelés à se prononcer sur des types de taxes qui s'inséraient mal dans les quelques catégories auxquelles s'étaient expressément reportés les rédacteurs. On a estimé que le critère de Mill offrait aux tribunaux davantage de souplesse pour composer avec le conflit entre accorder aux provinces de vastes pouvoirs de taxation — nécessaires pour fournir aux provinces des moyens suffisants pour financer leurs activités législatives, qui se sont rapidement avérées être beaucoup plus onéreuses qu'on l'avait cru en 1867 — et en restreindre en même temps l'exercice dans les limites de leur territoire. En conséquence, bien que l'incidence des REE puisse bien être indirecte au sens de la définition proposée par Mill, ne pas tenir compte du fait qu'elles sont des taxes foncières — dont les conséquences doivent se limiter au territoire de l'Ontario — déconsidérerait les importantes politiques constitutionnelles qui sous-tendent la restriction à la taxation directe imposée par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'utilisation du critère de Mill pour transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières est tout à fait incompatible avec la tendance de la jurisprudence et les politiques

not serve the major policy grounds today supporting the limitation of the provinces to direct taxes. There are no significant extraprovincial implications to land taxes. Nor does it serve the policy adopted by the courts of expansively interpreting the ambit of provincial taxing powers to meet the important legislative functions for which they now bear responsibility.

constitutionnelles sur lesquelles elle se fonde. Cette tentative ne sert manifestement pas les principaux motifs qui appuient de nos jours le fait que les provinces soient limitées au champ de la taxation directe. Les taxes foncières n'ont aucune répercussion extraprovinciale importante. Cette tentative ne sert pas non plus la politique adoptée par les tribunaux, selon laquelle il y a lieu d'interpréter largement la portée des pouvoirs de taxation des provinces pour que celles-ci puissent s'acquitter des importantes fonctions législatives dont elles ont maintenant la responsabilité.

Cases Cited

By Jacobucci J.

Distinguished: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; **considered:** *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, rev'd [1926] S.C.R. 349; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; **referred to:** *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619; *City of Montreal v. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] S.C.R. 295; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750; *Rural Municipality of Bratts Lake v. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962; *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093; *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177; *Etobicoke Board of Education v. Highbury Developments Ltd.*, [1958] S.C.R. 196; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec*

Jurisprudence

Citée par le juge Jacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; **arrêts examinés:** *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, inf. [1926] R.C.S. 349; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *City of Montreal c. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136; *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] R.C.S. 295; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750; *Rural Municipality of Bratts Lake c. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962; *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board c. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093; *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177; *Etobicoke Board of Education c. Highbury Developments Ltd.*, [1958] R.C.S. 196;

(*Attorney General*), [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346.

Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346.

By La Forest J.

Citée par le juge La Forest

Considered: *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee*, [1944] S.C.R. 349; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681; *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, rev'd [1926] S.C.R. 349; **referred to:** *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *R. v. Morgenstaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *R. v. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715; *Attorney-General for Quebec v. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090; *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176; *Alleyn v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466.

Arrêts examinés: *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee c. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Ontario Boys' Wear Ltd. c. The Advisory Committee*, [1944] R.C.S. 349; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, inf. [1926] R.C.S. 349; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *R. c. Morgenstaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *R. c. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368; *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Attorney-General for Quebec c. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090; *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176; *Alleyn c. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Cie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466.

Statutes and Regulations Cited

Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), ss. 14, 20.

Building Code Act, R.S.O. 1990, c. B.13.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15(1).

Conservation Authorities Act, R.S.O. 1990, c. C.27.

Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(2), (9), (13), (14), (16), 93(1).

Development Charges Act, R.S.O. 1990, c. D.9 [en. S.O. 1989, c. 58], ss. 30(1), (3)(a), (b), 35(1)(a), (b), (2), (3), (4), (5).

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 11(3), 122(1), 170, paras. 6, 7; s. 171(1), para. 7; s. 195.

Education Development Charges, R.R.O. 1990, Reg. 268, ss. 1, 2, 3, 4, 5(1), (2), (3), (4), (6), (7).

Environmental Assessment Act, R.S.O. 1990, c. E.18.

Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19.

Fire Marshals Act, R.S.O. 1990, c. F.17.

General Legislative Grants 1992, O. Reg. 119/92, ss. 6(1), 51.

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45.

Ontario Municipal Board Act, R.S.O. 1990, c. O.28.

Ontario Water Resources Act, R.S.O. 1990, c. O.40.

Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13, ss. 2(i) [rep. & sub. S.O. 1994, c. 23, s. 5], 51(24)(a) [*idem*, s. 30], (j) [*idem*].

Lois et règlements cités

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («*Loi Scott*»), art. 14, 20.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2(a), 15(1).

Education Development Charges, R.R.O. 1990, Règl. 268, art. 1, 2, 3, 4, 5(1), (2), (3), (4), (6), (7).

General Legislative Grants 1992, Regulation, Règl. Ont. 119/92, art. 6(1), 51.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(2), (9), (13), (14), (16), 93(1).

Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 2i) [abr. & rempl. L.O. 1994, ch. 23, art. 5], 51(24)a) [*idem*, art. 30], j) [*idem*].

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 11(3), 122(1), 170, al. 6, 7; art. 171(1), al. 7; art. 195.

Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.28.

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19.

Loi sur le code du bâtiment, L.R.O. 1990, ch. B.13.

Loi sur les commissaires des incendies, L.R.O. 1990, ch. F.17.

Loi sur les évaluations environnementales, L.R.O. 1990, ch. E.18.

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45.

Loi sur les offices de protection de la nature, L.R.O. 1990, ch. C.27.

Loi sur les redevances d'exploitation, L.R.O. 1990, ch. D.9 (ad. S.O. 1989, ch. 58), art. 30(1), (3)a), b), 35(1)a), b), (2), (3), (4), (5).

Loi sur les ressources en eau de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.40.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "commodity".

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1995, release 1).

Jowitt's *Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1977.

La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Laskin, Bora. "Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power" (1959), *U. of T. L.J.* 1.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «commodity».

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1995, release 1).

Jowitt's *Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1977.

La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Laskin, Bora. «Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power» (1959), *U. of T. L.J.* 1.

Magnet, Joseph Eliot. "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473.

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy with some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 103, 69 O.A.C. 216, 109 D.L.R. (4th) 289, 19 M.P.L.R. (2d) 1, allowing an appeal from the Ontario Court (Divisional Court) (1993), 13 O.R. (3d) 493, 62 O.A.C. 321, 103 D.L.R. (4th) 55, 15 M.P.L.R. (2d) 1. Appeal dismissed.

Neil Finkelstein and *Monica Kowal*, for the appellants.

Martha M. Mackinnon, for the respondent the York Region Board of Education.

Peter D. Lauwers, for the respondent the York Region Roman Catholic Separate School Board.

Janet E. Minor and *Michel Y. Hélie*, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

George H. Copley, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

Colin L. Campbell, Q.C., and *Gordon F. Willcocks*, for the intervenor the Ontario Public School Boards' Association.

Peter D. Lauwers, for the intervenor the Ontario Separate School Trustees' Association.

George Vegh, for the intervenors *Carlota Guzman* and *Tony Ciccone*.

Jane Thompson and *Robert Maxwell*, for the intervenors *Charlotte Pope* and *Doris Seto*.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Magnet, Joseph Eliot. «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473.

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy with some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 17 O.R. (3d) 103, 69 O.A.C. 216, 109 D.L.R. (4th) 289, 19 M.P.L.R. (2d) 1, qui a accueilli un appel contre une décision de la Cour de l'Ontario (Cour divisionnaire) (1993), 13 O.R. (3d) 493, 62 O.A.C. 321, 103 D.L.R. (4th) 55, 15 M.P.L.R. (2d) 1. Pourvoi rejeté.

Neil Finkelstein et *Monica Kowal*, pour les appelantes.

Martha M. Mackinnon, pour l'intimé le conseil scolaire de la région de York.

Peter D. Lauwers, pour l'intimé le conseil d'écoles catholiques séparées de la région de York.

Janet E. Minor et *Michel Y. Hélie*, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Colin L. Campbell, c.r., et *Gordon F. Willcocks*, pour l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

Peter D. Lauwers, pour l'intervenante l'Ontario Separate School Trustees' Association.

George Vegh, pour les intervenants *Carlota Guzman* et *Tony Ciccone*.

Jane Thompson et *Robert Maxwell*, pour les intervenantes *Charlotte Pope* et *Doris Seto*.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

IACOBUCCI J. — This appeal involves a challenge to the constitutional validity of Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9 (the “Act”), which authorizes Ontario public and separate school boards to impose so-called education development charges (“EDCs”) on buildings that result from new development. The major issues involved are threefold: whether the Act is *ultra vires* the province with respect to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*; whether the Act violates the guarantees given to separate school supporters pursuant to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*; and whether the Act is in violation of ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is also a question with respect to the standing of several of the interveners.

I conclude that the education development charges constitute indirect taxation contrary to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. However, it is also my conclusion that Part III of the Act is *intra vires* the province as ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme pursuant to ss. 92(9), (13) and (16). Further, in my view, the education development charge scheme is a legitimate component of an educational funding model that is fair and non-discriminatory, consonant with the rights and privileges granted in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Finally, the legislation in question, falling as it does within the scope of s. 93(1), is immune from *Charter* scrutiny.

I. Background

The appellants develop land and build homes in Southern Ontario, including the York Region. In September 1992, the appellants initiated an application in Divisional Court for judicial review of by-laws passed by the respondents, York Region Board of Education and York Region Roman Catholic Separate School Board (the “School Boards”). The by-laws were passed pursuant to Part III of the Act, and require persons seeking building permits to pay an EDC as a condition of obtaining the per-

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de la partie III de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9 (la «Loi»), qui autorise les conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées de l'Ontario à imposer des redevances d'exploitation relatives à l'éducation («REE») à l'égard de bâtiments résultant de nouveaux travaux d'exploitation. Trois grandes questions sont soulevées: il s'agit de savoir si la Loi excède la compétence de la province au regard de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, si elle porte atteinte aux garanties dont jouissent les contribuables des écoles séparées en vertu du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et enfin si elle contrevient à l'al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une question se pose également en ce qui concerne la qualité pour agir de certains des intervenants.

J'arrive à la conclusion que les redevances d'exploitation relatives à l'éducation constituent une taxe indirecte qui va à l'encontre de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, je conclus également que la partie III de la Loi relève de la compétence de la province parce qu'elle est accessoire ou rattachée à un régime de réglementation valide conformément aux par. 92(9), (13) et (16). Qui plus est, à mon avis, le régime des redevances d'exploitation relatives à l'éducation est une composante légitime d'un mode de financement de l'éducation qui est équitable et non discriminatoire, en conformité avec les droits et priviléges conférés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, la loi en cause, tombant ainsi sous le coup du par. 93(1), échappe à l'examen fondé sur la *Charte*.

I. Le contexte

Les appelantes exploitent des terrains et construisent des maisons dans le sud de l'Ontario, notamment dans la région de York. En septembre 1992, elles ont déposé devant la Cour divisionnaire une demande de contrôle judiciaire de règlements scolaires adoptés par les intimés le conseil scolaire de la région de York et le conseil d'écoles catholiques séparées de la région de York (les «conseils scolaires»). Ces règlements, adoptés en application de la partie III de la Loi, subordonnent la déli-

mit. The purpose of the EDC scheme is to permit school boards to raise the local share for new school construction on land undergoing residential and non-residential development when that development creates the need for new schools.

The EDC scheme

4 Section 30 of the Act provides that if there is residential development that would increase education capital costs in the area of a school board's jurisdiction, that school board may pass by-laws imposing "education development charges" against the land undergoing residential and commercial development in the area. Such by-laws, pursuant to s. 30(3), must designate the categories of residential and commercial development upon which EDCs are to be imposed, and to designate "those uses of land, buildings or structures" upon which EDCs are to be imposed. Section 35 outlines the payment mechanism for the EDCs. The charge is payable to the municipality in which the development takes place on the date that a building permit is issued for a building or other structure to which an EDC applies. Section 35(3) provides that a municipality may withhold a building permit until the EDC has been paid. Section 35(4) states that, with the consent of the Minister of Education, a school board may accept the provision of school facilities from an owner in lieu of the payment of all or any portion of an EDC.

5 The legislation makes no distinction between public and separate school boards, nor between public and separate school supporters. Anyone applying for a building permit for development to which an EDC by-law applies must pay the charge, regardless of their support of the public or the separate school system. It is important to note that EDCs are designed to deal only with education capital costs made necessary by new residential

vrance d'un permis de construire au versement d'une REE. Le régime des REE vise à permettre aux conseils scolaires de prélever la part locale pour la construction de nouvelles écoles sur des terrains où s'effectuent des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et non résidentielles, lorsque ces travaux créent le besoin de nouvelles écoles.

Le régime des REE

L'article 30 de la Loi prévoit que s'il est procédé à des travaux d'exploitation à des fins résidentielles qui augmenteraient les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation, dans le secteur de compétence d'un conseil scolaire, ce conseil peut adopter des règlements prévoyant l'imposition de «redevances d'exploitation relatives à l'éducation» à l'égard d'un terrain faisant l'objet des travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles dans le secteur. Aux termes du par. 30(3), ces règlements désignent les catégories de travaux d'exploitation à des fins résidentielles et à des fins commerciales ainsi que «les utilisations de terrains, de bâtiments ou de constructions» à l'égard desquelles des REE seront imposées. L'article 35 établit les modalités de paiement des REE. Celles-ci sont payables à la municipalité dans laquelle s'effectuent les travaux d'exploitation à la date de délivrance d'un permis de construire à l'égard d'un bâtiment ou d'une autre construction auxquels s'applique la REE. Le paragraphe 35(3) dispose qu'une municipalité peut refuser de délivrer le permis tant que la REE n'a pas été payée. Suivant le par. 35(4), un conseil scolaire peut, moyennant l'autorisation du ministre de l'Éducation, accepter qu'un propriétaire fournit des installations scolaires au lieu de payer la totalité ou une partie de la REE.

La Loi ne fait aucune distinction entre les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées, non plus qu'entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées. Qui-conque demande un permis de construire pour des travaux d'exploitation auxquels s'applique un règlement imposant une REE doit payer la redevance, indépendamment du système scolaire qu'il appuie. Il importe de noter que les REE sont uni-

development. Capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools cannot be included. The EDC legislation not only permits school boards to raise capital, but also ensures that new land development bears the cost of infrastructure on its own, rather than imposing an additional burden on existing developments.

The method for calculating the amount of EDC that is payable is set out in *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Reg. 268 ("Regulation 268"). The starting point for the calculation of the charge, under s. 3 of Regulation 268, is the estimated number of new dwelling units that will result from the development on the land subject to the EDCs. The number of estimated growth-related new school pupils is then determined, as well as the number of school projects needed to serve the new pupils. The next factor is the cost of site purchase and construction cost for all the required projects. The percentage of the construction cost to be financed by legislative grant under s. 11(3) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, is factored in, in order to determine the net growth-related education capital cost that will flow from development. A certain percentage of this cost will be paid through EDCs in respect of commercial development. The commercial contribution is calculated by dividing the percentage of growth-related cost that is to be covered by commercial EDCs by the declared value of the commercial building permits issued during the term of the EDC by-law, and multiplying the quotient by 100 to express the EDC on commercial development as a percentage of declared value.

quement destinées à couvrir les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation engendrés par les nouveaux travaux d'exploitation à des fins résidentielles. Ne peuvent donc être inclus les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ni la construction d'écoles destinées aux élèves fréquentant déjà des écoles mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées. Non seulement les mesures législatives permettant l'imposition de REE autorisent les conseils scolaires à prélever des fonds, mais elles font aussi en sorte que les nouvelles exploitations foncières supportent les coûts de leur propre infrastructure, au lieu d'alourdir le fardeau des exploitations existantes.

Les modalités de calcul du montant de la REE payable sont définies dans *Education Development Charges*, R.R.O. 1990, Règl. 268 (le «règlement 268»). Aux termes de l'art. 3 du règlement 268, le point de départ du calcul est le nombre estimatif de nouveaux logements qui seront construits sur le terrain assujetti à la REE. On détermine ensuite le nombre estimatif de nouveaux élèves qu'entraînera la croissance, ainsi que le nombre de projets d'école nécessaires pour servir les nouveaux élèves. Le facteur suivant est le prix d'achat de l'emplacement et les frais de construction de tous les projets requis. Il est tenu compte du pourcentage de ces frais devant être financé par le versement d'une subvention générale en vertu du par. 11(3) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, pour obtenir le coût en immobilisations net relativ à l'éducation lié à la croissance qui déclamera des travaux d'exploitation. Un certain pourcentage de ce coût sera payé au moyen de la REE à l'égard des travaux d'exploitation à des fins commerciales. La contribution à des fins commerciales est calculée en divisant le pourcentage du coût lié à la croissance couvert par la REE commerciale par la valeur déclarée des permis de construire des bâtiments commerciaux devant être délivrés pendant la période d'application du règlement scolaire qui prévoit l'imposition de la REE, et en multipliant le quotient par 100 afin d'obtenir le montant de la REE imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée.

7 An EDC scheme established by a particular school board can only operate with the approval of the Minister of Education. Before passing an EDC by-law, a school board must refer its plans for school facilities that constitute an education capital cost to the Minister of Education for approval (Regulation 268, s. 2). The construction cost and cost of site figures used in calculating EDC must be approved by the Minister of Education, pursuant to Regulation 268, ss. 1, 3(9). The maximum amount of an EDC is limited by the level of provincial grant that will be made, as EDCs can only be used to fund the local share of education capital costs (Regulation 268, s. 5(7)). As well, a school board cannot withdraw funds from an EDC account for a capital project unless final approval for the project has been given by the Minister of Education making a capital grant under s. 11(3) of the *Education Act*. In this regard, the Minister is bound by s. 122 of the *Education Act*. As well, the Minister of Education has a general power to ensure compliance with the *Education Act*, as well as Part III of the Act, and legislation subordinate thereto.

Seul le ministre de l'Éducation peut autoriser l'application du régime des REE établi par un conseil scolaire donné. Avant d'adopter un règlement prévoyant l'imposition d'une telle redevance, le conseil doit en effet soumettre à l'approbation du ministre de l'Éducation ses plans d'installations scolaires qui représentent un coût en immobilisations relatif à l'éducation (règlement 268, art. 2). Suivant l'art. 1 et le par. 3(9) de ce règlement, les frais de construction et le prix d'achat de l'emplacement servant au calcul de la REE doivent être approuvés par le ministre de l'Éducation. Le montant de la REE ne peut excéder le niveau de la subvention qui sera versée par la province, la redevance ne pouvant servir qu'à financer la part locale des coûts en immobilisations relatifs à l'éducation (règlement 268, par. 5(7)). De même, le conseil scolaire ne peut retirer des fonds de son compte de REE aux fins d'un projet d'immobilisations avant que le projet n'ait reçu l'approbation définitive du ministre de l'Éducation versant une subvention pour immobilisations en vertu du par. 11(3) de la *Loi sur l'éducation*. À cet égard, le ministre est lié par l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*. En outre, le ministre de l'Éducation a le pouvoir général de veiller au respect de la *Loi sur l'éducation*, de même que de la partie III de la Loi et de la législation déléguée.

8 This power flows from s. 6(1) of the *General Legislative Grants, 1992* Regulation, O. Reg. 119/92 (the "GLG Regulation"), made pursuant to the *Education Act*:

6. — (1) Where a board fails to comply with the Acts administered by the Minister or the Regulations thereunder, the Minister may withhold the whole or any part of a legislative grant payable until the board has taken the action necessary to correct the condition that caused the grant to be withheld.

9 The proceeds generated by an EDC by-law must be deposited in two interest-bearing accounts; the first account is for EDC revenue raised on account of residential development, and the second account is for EDC revenue raised on account of commercial development (Regulation 268, ss. 5(1)-(3)). If two or more coterminous school boards pass EDC by-laws, the proceeds are to be deposited into

Ce pouvoir découle du par. 6(1) du *General Legislative Grants, 1992*, Règl. Ont. 119/92 le («Règlement GLG»), pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*:

[TRADUCTION] 6. — (1) Lorsqu'un conseil omet de se conformer aux lois appliquées par le ministre ou aux règlements d'application de ces lois, le ministre peut refuser de verser, en tout ou en partie, la subvention générale payable, jusqu'à ce que le conseil ait pris les mesures nécessaires pour remédier à la situation.

Les sommes générées par un règlement scolaire prévoyant l'imposition d'une REE doivent être déposées dans deux comptes productifs d'intérêts; le premier sert au dépôt des sommes reçues au titre des travaux d'exploitation à des fins résidentielles et le second, au dépôt des sommes reçues au titre des travaux d'exploitation à des fins commerciales (règlement 268, par. 5(1) à (3)). Si deux ou

two commingled bank accounts (Regulation 268, s. 5(4)). Funds from these accounts may only be withdrawn with the signatures of the treasurers of all the coterminous boards on whose accounts the moneys have been deposited (Regulation 268, s. 5(6)).

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

A. Constitution Act, 1867

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

9. Shop, Saloon, Tavern, Auctioneer, and other Licences in order to the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes.

13. Property and Civil Rights in the Province.

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union

B. Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

plusieurs conseils coïncidents adoptent des règlements prévoyant l'imposition d'une REE, les recettes sont alors déposées dans deux comptes bancaires conjoints (règlement 268, par. 5(4)). Aucune somme ne doit être retirée de ces comptes si ce n'est sur signature des trésoriers de tous les conseils coïncidents dans les comptes desquels les sommes ont été déposées (règlement 268, par. 5(6)).

II. Dispositions constitutionnelles et législatives applicables

A. Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

9. les licences de boutiques, de cabarets, d'auberges, d'encanteurs et autres licences ou permis en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

16. généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

B. Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

(a) freedom of conscience and religion;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

C. An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act")

14. Every person paying rates, whether as proprietor or tenant, who, by himself or his agent, on or before the first day of March in any year, gives, or who, on or before the first day of March, of the present year, has given to the Clerk of the Municipality notice in writing that he is a Roman Catholic, and a supporter of a Separate School situated in the said Municipality, or in a Municipality contiguous thereto, shall be exempted from the payment of all rates imposed for the support of Common Schools, and of Common School Libraries, or for the purchase of land or erection of buildings for Common School purposes, within the City, Town, Incorporated Village or section in which he resides, for the then current year, and every subsequent year thereafter, while he continues a supporter of a Separate School; and such notice shall not be required to be renewed annually; and it shall be the duty of the Trustees of every Separate School to transmit to the Clerk of the Municipality or Clerks of Municipalities (as the case may be) on or before the first day of June in each year, a correct list of the names and residences of all persons supporting the Separate Schools under their management; and every ratepayer whose name shall not appear on such list shall be rated for the support of Common Schools.

20. Every Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, and shall be entitled also to a share in all other public grants, investments and allotments for Common School purposes now made or hereafter to be made by the Province or the Municipal authorities, according to the average number of pupils attending such school during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole

a) liberté de conscience et de religion;

15. (1) La loi ne fait acceptation de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

C. Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («Loi Scott»)

14. Tout contribuable qui paiera des taxes, soit comme propriétaire ou locataire, et qui, par lui-même ou par son agent, aura donné avis par écrit le ou avant le premier jour de mars d'aucune année, ou donnera avis le ou avant le premier jour de mars de l'année courante, au greffier de la municipalité, qu'il est catholique romain et contribue au soutien d'une école séparée située dans la dite municipalité ou dans une municipalité adjacente, sera exempt de toutes taxes imposées pour le soutien des écoles communes et des bibliothèques des écoles communes, ou pour l'achat de terrains ou construction de bâtisses pour les écoles communes, dans la cité, ville ou village incorporé ou l'arrondissement dans lequel il réside, pour l'année courante ou pour toute année subséquente, tant qu'il continuera de contribuer au soutien d'une école séparée; il ne sera pas nécessaire de renouveler tel avis chaque année; et il sera du devoir des syndics de toute école séparée, le ou avant le premier jour de juin de chaque année, de transmettre au greffier de la municipalité ou aux greffiers des municipalités, suivant le cas, une liste correcte des noms et domiciles de toutes les personnes contribuant au soutien des écoles séparées sous leur administration, et chaque contribuable dont le nom ne se trouvera pas sur cette liste, sera cotisé pour le soutien des écoles communes.

20. Chaque école séparée aura droit à une part du fonds octroyé annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, et aura aussi droit à une part dans tous les autres octrois publics, placements et allocations votés ou qui le seront à l'avenir pour les fins d'écoles communes par la province ou les autorités municipales, selon la moyenne du nombre des élèves fréquentant telle école les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne du nombre total d'élèves

average number of pupils attending School in the same City, Town, Village or Township.

D. *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2

122. — (1) Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school.

E. *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9

30. — (1) If there is residential development in the area of jurisdiction of a board that would increase education capital costs, the board may pass by-laws for the imposition of education development charges against land undergoing residential and commercial development in that area

(3) A by-law passed under subsection (1) shall,

(a) designate the categories of residential development and commercial development upon which an education development charge shall be imposed;

(b) designate those uses of land, buildings or structures upon which an education development charge shall be imposed;

35. — (1) An education development charge is payable,

(a) to the municipality in which the development takes place on the date a building permit is issued in relation to a building or structure on land to which an education development charge applies; or

(b) if the development takes place in territory without municipal organization, to the board that imposed the education development charge thirty days after the board mails a notice to the owner setting out the amount of the charge.

(2) An education development charge imposed by a board in respect of commercial development is the amount determined in the manner prescribed or calculated using the formula prescribed.

fréquentant les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

D. *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2

122 (1) Les écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques.

E. *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9

30 (1) S'il est procédé, dans le secteur de compétence d'un conseil, à des travaux d'exploitation à des fins résidentielles qui augmenteraient les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation, le conseil peut adopter des règlements scolaires prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles dans ce secteur

(3) Les règlements scolaires adoptés en vertu du paragraphe (1):

a) désignent les catégories de travaux d'exploitation à des fins résidentielles et de travaux d'exploitation à des fins commerciales à l'égard desquelles est imposée une redevance d'exploitation relative à l'éducation;

b) désignent les utilisations de terrains, de bâtiments ou de constructions à l'égard desquelles est imposée une redevance d'exploitation relative à l'éducation;

35 (1) Les redevances d'exploitation relatives à l'éducation sont payables:

a) à la municipalité dans laquelle les travaux d'exploitation s'effectuent à la date de délivrance d'un permis de construire à l'égard d'un bâtiment ou d'une construction sur un terrain auquel s'applique une redevance d'exploitation relative à l'éducation;

b) si les travaux d'exploitation s'effectuent dans un territoire non érigé en municipalité, au conseil qui a imposé la redevance d'exploitation relative à l'éducation, trente jours après que le conseil a envoyé par la poste au propriétaire un avis indiquant le montant de la redevance.

(2) La redevance d'exploitation relative à l'éducation qu'un conseil impose à l'égard de travaux d'exploitation à des fins commerciales correspond au montant fixé de la manière prescrite ou calculé selon la formule prescrite.

(3) Despite any other Act, a municipality is not required to issue a building permit in relation to a building or structure on land to which an education development charge by-law applies unless the education development charge has been paid.

(4) Despite subsection (1), and subject to subsection (5) and the consent of the Minister of Education, a board may by agreement permit an owner to provide school facilities in lieu of the payment of all or any portion of an education development charge

(5) If more than one board has jurisdiction in an area and one or more boards are to receive school facilities under subsection (4), all of the boards that have imposed an education development charge in that area are required to be parties to the agreement.

**F. Education Development Charges, R.R.O. 1990,
Reg. 268**

1. . . .

“declared value” means the cost on which the building permit fee is calculated;

“elementary rate of grant” means the percentage of the construction cost of an elementary school project or of the cost of site purchase of an elementary school project that may be financed by a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*;

“elementary yield factor” means a board’s per unit estimate of the number of elementary school pupils generated from net new units;

“secondary rate of grant” means the percentage of the construction cost of a secondary school project or of the cost of site purchase of a secondary school project that may be financed by a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*;

(3) Malgré toute autre loi, une municipalité n'est tenue de délivrer un permis de construire à l'égard d'un bâtiment ou d'une construction sur un terrain auquel s'applique un règlement scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation que si la redevance d'exploitation relative à l'éducation a été payée.

(4) Malgré le paragraphe (1), et sous réserve du paragraphe (5) et de l'autorisation du ministre de l'Éducation, un conseil peut conclure un accord permettant à un propriétaire de fournir des installations scolaires au lieu de payer la totalité ou une partie de la redevance d'exploitation relative à l'éducation

(5) Si plus d'un conseil a compétence dans un secteur et qu'un ou plusieurs conseils doivent recevoir des installations scolaires en vertu du paragraphe (4), tous les conseils qui ont imposé une redevance d'exploitation relative à l'éducation dans ce secteur sont tenus d'être parties à l'accord.

**F. Education Development Charges, R.R.O. 1990,
règl. 268**

[TRADUCTION]

1. . . .

«facteur de rendement à l'élémentaire» L'estimation du conseil du nombre d'élèves de palier élémentaire par logement calculé à partir du nombre net de nouveaux logements.

«facteur de rendement au secondaire» L'estimation du conseil du nombre d'élèves de palier secondaire par logement calculé à partir du nombre net de nouveaux logements.

«taux de subvention à l'élémentaire» Le pourcentage des frais de construction d'un projet d'école élémentaire ou du prix d'achat de l'emplacement d'un projet d'école élémentaire qui peut être financé au moyen d'une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l'éducation*.

«taux de subvention au secondaire» Le pourcentage des frais de construction d'un projet d'école secondaire ou du prix d'achat de l'emplacement pour un projet d'école secondaire qui peut être financé au moyen d'une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l'éducation*.

"secondary yield factor" means a board's per unit estimate of the number of secondary school pupils generated from net new units;

3. A board shall calculate the amount of an education development charge on residential development according to the following procedures, that shall be applied in order beginning with paragraph 1:

1. For each year that the education development charge by-law imposing the education development charge is in force, estimate the number of new dwelling units on land subject to the education development charge.
2. Determine the elementary yield factor or secondary yield factor, or both, as the case requires, or determine the elementary yield factor or secondary yield factor, or both, for each type of dwelling unit distinguished by the board and represented in the net new units.
3. Multiply the net new units for each year by the elementary yield factor or, if the board has distinguished between types of dwelling units in arriving at its elementary yield factor, multiply the net new units of each type of dwelling unit represented in the net new units for each year by the appropriate elementary yield factor.
4. Multiply the net new units for each year by the secondary yield factor or, if the board has distinguished between types of dwelling units in arriving at its secondary yield factor, multiply the net new units of each type of dwelling unit represented in the net new units for each year by the appropriate secondary yield factor.
5. Add the products obtained under paragraph 3 to obtain the total number of estimated growth-related new elementary school pupils.
6. Add the products obtained under paragraph 4 to obtain the total number of estimated growth-related new secondary school pupils.

«valeur déclarée» Le prix à partir duquel les droits de permis de construire sont calculés.

3. Le conseil calcule le montant d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins résidentielles conformément aux modalités suivantes, qui s'appliquent dans l'ordre, en commençant par la disposition 1:

1. Pour chaque année où le règlement scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation qui établit la redevance d'exploitation relative à l'éducation est en vigueur, évaluer le nombre de nouveaux logements sur le terrain assujetti à la redevance d'exploitation relative à l'éducation.
2. Déterminer le facteur de rendement à l'élémentaire ou le facteur de rendement au secondaire, ou les deux, selon le cas, ou déterminer le facteur de rendement à l'élémentaire ou le facteur de rendement au secondaire, ou les deux, pour chaque genre de logement identifié par le conseil et compris dans le nombre net de nouveaux logements.
3. Multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement à l'élémentaire ou, si le conseil a identifié plusieurs genres de logements lors de son calcul du facteur de rendement à l'élémentaire, multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque genre de logement compris dans le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement à l'élémentaire approprié.
4. Multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement au secondaire ou, si le conseil a identifié plusieurs genres de logements lors de son calcul du facteur de rendement au secondaire, multiplier le nombre net de nouveaux logements pour chaque genre de logement compris dans le nombre net de nouveaux logements pour chaque année par le facteur de rendement au secondaire approprié.
5. Additionner les produits obtenus aux termes de la disposition 3 pour obtenir le nombre total estimatif de nouveaux élèves de palier élémentaire lié à la croissance.
6. Additionner les produits obtenus aux termes de la disposition 4 pour obtenir le nombre total estimatif de nouveaux élèves de palier secondaire lié à la croissance.

7. Determine the number of elementary school projects required to serve the estimated growth-related new elementary school pupils determined under paragraph 5.
8. Determine the number of secondary school projects required to serve the estimated growth-related new secondary school pupils determined under paragraph 6.
9. Determine the cost of site purchase and the construction cost for each project determined under paragraphs 7 and 8.
10. Add the cost of site purchases for the elementary school projects determined under paragraph 7 to the construction costs for the elementary school projects to obtain the growth-related capital cost elementary.
11. Add the cost of site purchases for the secondary school projects determined under paragraph 8 to the construction cost for the secondary school projects to obtain the growth-related capital cost secondary.
12. Multiply the growth-related education capital cost elementary by the elementary rate of grant.
13. Multiply the growth-related education capital cost secondary by the secondary rate of grant.
14. Add the products obtained under paragraphs 12 and 13.
15. Add the growth-related education capital cost elementary to the growth-related education capital cost secondary.
16. Subtract the sum obtained under paragraph 14 from the sum obtained under paragraph 15 to obtain the growth-related net education capital cost.
17. If less than 100 per cent of the growth-related net education capital cost is to be financed by education development charges, determine the portion thereof that will be so financed.
18. Subtract the commercial contribution determined under paragraph 2 of section 4 from the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16, or the portion thereof determined under paragraph 17, as the case requires.
7. Déterminer le nombre de projets d'école élémentaire nécessaires pour servir le nombre estimatif de nouveaux élèves du palier élémentaire lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 5.
8. Déterminer le nombre de projets d'école secondaire nécessaires pour servir le nombre estimatif de nouveaux élèves du palier secondaire lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 6.
9. Déterminer le prix d'achat de l'emplacement et les frais de construction de chaque projet déterminé aux termes des dispositions 7 et 8.
10. Additionner le prix d'achat de l'emplacement des projets d'école élémentaire déterminés aux termes de la disposition 7 et les frais de construction des projets d'école élémentaire afin d'obtenir le coût en immobilisations lié à la croissance à l'élémentaire.
11. Additionner le prix d'achat de l'emplacement des projets d'école secondaire déterminés aux termes de la disposition 8 et les frais de construction des projets d'école secondaire afin d'obtenir le coût en immobilisations lié à la croissance au secondaire.
12. Multiplier le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance à l'élémentaire par le taux de subvention à l'élémentaire.
13. Multiplier le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance au secondaire par le taux de subvention au secondaire.
14. Additionner les produits obtenus aux termes des dispositions 12 et 13.
15. Additionner le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance à l'élémentaire et le coût en immobilisations relatif à l'éducation lié à la croissance au secondaire.
16. Soustraire la somme obtenue à la disposition 14 de la somme obtenue à la disposition 15 afin d'obtenir le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance.
17. Si moins de 100 pour cent du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance doit être financé au moyen de redevances d'exploitation relatives à l'éducation, déterminer la part de celui-ci qui sera ainsi financée.
18. Soustraire la contribution à des fins commerciales déterminée aux termes de la disposition 2 de l'article 4 du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16, ou de la part de celui-ci déterminée aux termes de la disposition 17, selon le cas.

19. Subtract the amount of any local share that forms part of the adjusted growth-related net education capital cost determined under a prior education development charge by-law and remaining in an education development charges account referred to in subsection 5 (2) at the expiration of the term of the prior by-law from the balance in the account at the expiration of the term of the prior by-law.
 20. Subtract the difference obtained under paragraph 19 from the difference obtained under paragraph 18 to obtain the adjusted growth-related net education capital cost.
 21. Divide the adjusted growth-related net education capital cost by the net new units to obtain the amount of the education development charge on residential development.
4. A board shall calculate the amount of an education development charge on commercial development, expressed as a percentage of the declared value, according to the following procedures, that shall be applied in order beginning with paragraph 1:
1. Establish a percentage that is greater than zero but does not exceed 40 per cent, that represents the portion of the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16 of section 3, or the portion thereof determined under paragraph 17 of section 3, as the case requires, to be financed by the education development charge on commercial development.
 2. Multiply the percentage determined under paragraph 1 by the growth-related net education capital cost determined under paragraph 16 of section 3, or the portion thereof determined under paragraph 17 of section 3, as the case requires, to determine the amount of commercial contribution.
 3. Divide the amount of commercial contribution by the estimated declared value of all building permits to be issued during the term of the education development charge by-law imposing the charge in respect of
 19. Soustraire le montant de toute part locale qui fait partie du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté qui a été déterminé aux termes d'un ancien règlement scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation et qui demeure dans un compte de redevances d'exploitation relatives à l'éducation visé au paragraphe 5 (2) à l'expiration de la période d'application de l'ancien règlement scolaire du solde figurant dans le compte à l'expiration de la période d'application de l'ancien règlement scolaire.
 20. Soustraire la différence obtenue aux termes de la disposition 19 de la différence obtenue aux termes de la disposition 18 afin d'obtenir le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté.
 21. Diviser le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance rajusté par le nombre net de nouveaux logements afin d'obtenir le montant de la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins résidentielles.
4. Le conseil calcule le montant d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée, conformément aux modalités suivantes, qui s'appliquent dans l'ordre, en commençant par la disposition 1:
1. Établir un pourcentage supérieur à zéro, mais n'excédant pas 40 pour cent, qui représente la part du coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16 de l'article 3, ou la part de ce coût déterminée aux termes de la disposition 17 de l'article 3, selon le cas, qui doit être financée au moyen d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales.
 2. Multiplier le pourcentage déterminé aux termes de la disposition 1 par le coût en immobilisations net relatif à l'éducation lié à la croissance déterminé aux termes de la disposition 16 de l'article 3, ou par la part de ce coût déterminée aux termes de la disposition 17 de l'article 3, selon le cas, afin de déterminer le montant de la contribution à des fins commerciales.
 3. Diviser le montant de la contribution à des fins commerciales par la valeur déclarée estimative de tous les permis de construire qui doivent être délivrés pendant la période d'application du règlement

commercial development on land subject to the education development charge imposed by the by-law.

4. Multiply the quotient obtained under paragraph 3 by 100 to obtain the amount of the education development charge on commercial development expressed as a percentage of the declared value.

III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1993), 13 O.R. (3d) 493

10 A three-member panel heard the appellants' application for judicial review. McKeown J. (O'Driscoll J. concurring, White J. dissenting) found that EDCs are an indirect tax. White J. (O'Driscoll J. concurring, McKeown J. holding that the issue need not be decided) found that the EDC scheme is constitutionally invalid under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, and that laws in relation to education, including the EDC by-laws, are immune from *Charter* scrutiny.

(i) White J. (dissenting in part)

11 White J. first considered the *Charter* issue and concluded that the opening words of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* immunize a provincial statute relating to education from *Charter* scrutiny, citing *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

12 White J. then turned to the question of whether the EDC scheme is indirect taxation by the province contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. After referring to Mill's well-known definition of direct and indirect taxation, White J. considered, at p. 519, Professor La Forest's (as he then was) treatise, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), in which it was suggested that while the Mill test is

scolaire prévoyant l'imposition de redevances d'exploitation relatives à l'éducation qui établit la redevance à l'égard des travaux d'exploitation à des fins commerciales sur le terrain assujetti à la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée par le règlement scolaire.

4. Multiplier le quotient obtenu aux termes de la disposition 3 par 100 afin d'obtenir le montant de la redevance d'exploitation relative à l'éducation imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée.

III. Les instances inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1993), 13 O.R. (3d) 493

Une formation de trois juges a entendu la demande de contrôle judiciaire des appelantes. Le juge McKeown (avec l'appui du juge O'Driscoll, le juge White étant dissident) a conclu que la REE est une taxe indirecte. Le juge White (avec l'appui du juge O'Driscoll, le juge McKeown estimant qu'il n'y avait pas lieu de trancher la question) a conclu que le régime des REE est inconstitutionnel au regard de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que les lois relatives à l'éducation, y compris les règlements scolaires prévoyant l'imposition d'une REE, échappent à l'examen fondé sur la *Charte*.

(i) Le juge White (dissident en partie)

Le juge White a d'abord examiné la question de la *Charte* et a conclu que, suivant le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la disposition liminaire de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* met une loi provinciale relative à l'éducation à l'abri de tout examen fondé sur la *Charte*.

Le juge White a ensuite abordé la question de savoir si le régime des REE constitue une taxation indirecte par la province, allant à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Après s'être reporté à la distinction bien connue de Mill entre taxation directe et taxation indirecte, il a cité, à la p. 519, le traité du professeur La Forest (maintenant juge de notre Cour), *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*

the principal approach to interpreting s. 92(2), "there is a continued recognition and periodic application of the 'categories approach'", first enunciated in *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117 (P.C.). White J. noted, at p. 519, Professor La Forest's comment at p. 90 that "[i]t seems clear that any tax which the courts are willing to characterize as a tax on land is always a direct tax". White J. concluded that the EDC scheme is taxation in the province for the purpose of raising revenue for particular educational needs in accordance with s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, for the following reasons at pp. 521-22:

1. The education development charge falls within the category of a tax that courts generally characterize as a direct tax because it is a land tax. Among the reasons for concluding that it is a land tax are the following:
 - (a) The education development charge is imposed on "land undergoing residential and commercial development";
 - (b) The land subject to the education development charge must be within the territorial jurisdiction of a school board, either public or separate, that passes the relevant by-law imposing the charge;
 - (c) The failure to pay an education development charge results in that charge being added to the tax roll of the municipality or board in respect of a specific parcel of land, which parcel of land may be the subject of a forced sale to pay the education development charge just as that parcel of land may be subject to a forced sale if the local rates thereon are not paid.
2. The tax is demanded from the very person who it is intended should pay it . . .
3. The mere likelihood that following the basic rules of economics all costs including land costs incurred in the production of a finished building, be it residential or commercial, will be sought to be recouped from the purchaser of the building cannot convert a tax

(2^e éd. 1981), dans lequel ce dernier préconise que, si le critère de Mill constitue la principale méthode d'interprétation du par. 92(2), [TRADUCTION] «il y a reconnaissance continue et application périodique de la «méthode des catégories», initialement exposée dans l'arrêt *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117 (C.P.). Le juge White a souligné, à la p. 519, le commentaire du professeur La Forest, à la p. 90, selon lequel [TRADUCTION] «[i]l semble ne faire aucun doute que toute taxe que les tribunaux sont disposés à considérer comme une taxe foncière est invariablement une taxe directe». Il a conclu, aux pp. 521 et 522, que le régime des REE relève de la taxation dans la province en vue de prélever un revenu pour des besoins particuliers en matière d'éducation, conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour les motifs suivants:

[TRADUCTION]

1. La redevance d'exploitation relative à l'éducation entre dans la catégorie de taxes que les tribunaux considèrent généralement comme des taxes directes parce qu'il s'agit d'une taxe foncière, et ce notamment pour les motifs suivants:
 - a) La redevance d'exploitation relative à l'éducation est imposée à l'égard d'un «terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles»;
 - b) Le terrain assujetti à la redevance d'exploitation doit relever de la compétence territoriale du conseil, public ou séparé, qui adopte le règlement scolaire prévoyant l'imposition de la redevance;
 - c) En cas de non-paiement, la redevance d'exploitation relative à l'éducation est ajoutée au rôle de perception de la municipalité ou du conseil à l'égard d'une parcelle de terrain donnée, laquelle parcelle peut faire l'objet d'une vente forcée aux fins de payer la redevance, comme en cas de non-paiement des taxes locales auxquelles elle est assujettie.
2. La taxe est exigée de la personne même qui doit l'assumer . . .
3. La simple possibilité qu'on puisse, suivant les règles fondamentales d'économie, chercher à recouvrer de l'acheteur d'un bâtiment tous les coûts, y compris les coûts fonciers engagés dans la production du bâtiment fini, qu'il soit résidentiel ou commercial, ne

that, according to its enabling text, appears to be a direct tax into an indirect tax.

4. . . the economic evidence is compatible with the economic effect of the tax being diffused perhaps to some minor degree only among sellers of raw land, intermediate developers as well as home purchasers . . .

5. There is no proper analogy between the education development charge and a customs or excise tax or a commodity tax which, by its very nature, will tend to be passed on intact to the purchaser of the article taxed as an identifiable component of the price paid by the consumer.

. . . the education development charge is a land tax or a tax on property. It is, in my opinion, a tax on property regardless of who may have a legal interest in the property. The property is the economic thing against which the tax is aimed.

13

White J. then considered whether the EDC scheme constitutes a breach of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. He noted that the pre-Confederation law in effect at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1867* was the *Scott Act*. Section 20 of the *Scott Act* provided that every separate school was entitled to a share in the annual provincial grant for the support of "common schools", and to a share in all other "public grants, investments and allotments for Common School purposes". The appellants had argued that separate school supporters are entitled to a proportionate share of all public education funds apart from local assessment, pursuant to this provision. The respondents had argued that the Act and the EDC scheme do not prejudicially affect the rights and privileges of separate school supporters, as the legislation permits both separate and public school boards equal access to EDCs. White J. was of the view that the governing precedent was *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, which he commented upon as follows at p. 527:

peut avoir pour effet de convertir en taxe indirecte une taxe qui, d'après le texte en prévoyant l'imposition, paraît être une taxe directe.

4. . . la preuve démontre l'effet économique de la taxe, savoir qu'il n'y aurait report peut-être que dans une faible mesure sur les vendeurs de terrains vagues, les promoteurs intermédiaires et les acheteurs de maisons . . .

5. Il n'y a pas d'analogie significative entre la redevance d'exploitation relative à l'éducation et un droit de douane ou d'accise ou une taxe sur les marchandises qui, de par leur nature même, tendront à être retransmis tels quels à l'acheteur de l'article taxé en tant que composante identifiable du prix payé par le consommateur.

. . . la redevance d'exploitation relative à l'éducation est un impôt foncier ou une taxe sur des biens immeubles. À mon avis, c'est une taxe sur des biens immeubles sans égard au détenteur d'un intérêt reconnu en common law sur ces biens. Les biens immeubles sont l'objet économique visé par la taxe.

Le juge White s'est ensuite demandé si le régime des REE constitue une atteinte à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a fait observer que la loi en vigueur au moment de l'édition de la *Loi constitutionnelle de 1867* était la *Loi Scott*. L'article 20 de cette dernière loi prévoyait que les écoles séparées avaient droit à une part des fonds octroyés annuellement par la province pour le soutien des «écoles communes», ainsi qu'à une part de tous les autres «octrois publics, placements et allocations . . . pour les fins d'écoles communes». Les appétentes ont fait valoir que les contribuables des écoles séparées ont droit, en vertu de cette disposition, à une part proportionnelle de tous les fonds publics affectés à l'éducation, indépendamment des cotisations locales. Les intimés ont soutenu que la Loi et le régime des REE ne portent pas atteinte aux droits et priviléges des contribuables des écoles séparées, étant donné que le texte législatif accorde aux conseils des écoles séparées et aux conseils des écoles publiques un accès égal aux REE. Le juge White s'est dit d'avis que le précédent applicable était l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, qu'il a commenté dans les termes suivants, à la p. 527:

I interpret this case as standing for the proposition that goodwill and benign treatment on the part of the school administration of the Ministry of Education to a separate school board is not enough. An ironclad explicit statutory protection is required in the legislation creating a new tax imposition or in parallel legislation applying to the new tax imposition. I regard the *Greater Hull* case as also standing for the proposition that the absence of an explicit safeguard is fatal to the scheme of the system and the provisions relating to the whole system. The absence of such an explicit safeguard undermines the system in both its collection phase and its payout phase as being constitutionally invalid in contemplation of s. 93(1).

White J. found, at p. 527, that the Act and the EDC scheme do not "establish any relation at all proportionate or otherwise between what a separate school board claims as an education development charge and what a public school board receives as an education development charge". He concluded, at pp. 527-28, that the EDC scheme failed "to provide explicitly that education development charges be shared in like manner or proportionately as between public and separate schools". Further, he rejected, at p. 528, the respondents' assertion that s. 122 of the *Education Act* can be read with the provisions of the Act establishing the EDC scheme so as to "result in the deduction that separate and public school boards will be treated 'in like manner' in respect of education development charges". Accordingly, White J. held that Part III of the Act and its regulations were invalid as violating s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

(ii) McKeown J.

McKeown J. first reviewed the evidence that EDCs are passed on and ultimately borne by home purchasers, as a cost factored into the price of a new house. He noted that this evidence was consistent with the "user pay philosophy" behind the EDC scheme.

[TRADUCTION] J'interprète ce précédent comme appuyant la proposition qu'il ne suffit pas que les autorités chargées de l'administration des écoles au ministère de l'Éducation fassent preuve de bonne volonté et de bienveillance envers un conseil d'écoles séparées. La loi portant imposition d'une nouvelle taxe, ou tout texte législatif s'y rapportant, doit comporter une protection explicite à toute épreuve. L'arrêt *Greater Hull* appuie également à mon avis la proposition que l'absence d'une protection explicite est fatale au mécanisme du régime et à l'ensemble de ses dispositions. L'absence d'une telle protection explicite sape le régime tant au stade de la perception qu'à celui des versements en raison de son inconstitutionnalité au regard du par. 93(1).

Le juge White a estimé, à la p. 527, que la Loi et le régime des REE [TRADUCTION] «n'établissent aucune relation proportionnelle ou autre entre ce qu'un conseil d'écoles séparées réclame à titre de redevance d'exploitation relative à l'éducation et ce qu'un conseil d'écoles publiques reçoit au même titre». Il a conclu, aux pp. 527 et 528, que le régime des REE [TRADUCTION] «ne prévoyait pas explicitement la répartition égale ou proportionnelle des redevances d'exploitation relatives à l'éducation entre les écoles publiques et les écoles séparées». De plus, il a rejeté, à la p. 528, l'affirmation des intimés selon laquelle il est possible de rapprocher l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation* et les dispositions de la loi établissant le régime des REE de façon à [TRADUCTION] «pouvoir déduire que les conseils des écoles séparées et publiques seront traités «de la même façon» au chapitre des redevances d'exploitation relatives à l'éducation». En conséquence, le juge White a conclu que la partie III de la Loi ainsi que son règlement d'application étaient invalides parce qu'ils contrevenaient au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(ii) Le juge McKeown

Le juge McKeown a d'abord examiné la preuve selon laquelle il y a eu en dernière analyse report de la REE sur les acheteurs, en tant que coût entrant dans le prix d'une nouvelle maison. Il a souligné que cette preuve était compatible avec la «philosophie de l'utilisateur-payeur» qui sous-tend le régime des REE.

15

McKeown J. then considered whether EDCs should be viewed as charges or taxes. He noted, at p. 505, that if they were "a charge imposed to defray specific capital education expenditures rather than a tax within the meaning of s. 92(2), then a school board possesses the power within its jurisdiction to pass by-laws imposing such charges" (see *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780 (P.C.)). McKeown J. concluded as follows at pp. 507-8:

Revenue raised under the scheme of the *Development Charges Act* for the construction of schools is closer in nature to money raised to build other essential municipal buildings. While this charge may not be imposed to "raise revenue for general purposes" as conventionally understood, it is much closer in nature to a tax for raising revenue than it is to a charge to defray costs. Neither the municipality nor the school boards have any discretion over the use of these funds. These monies can only be used for capital expenditures approved by the Minister of Education pursuant to his authority under the *Education Act*. Although the charge is attached to the cost of purchasing a building permit, that appears to be for administrative convenience rather than any real connection to the construction of a house.

Accordingly, we find that an education development charge is a tax for the purpose of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*.

16

McKeown J. then turned to the incidence of EDCs. He noted that *Fairbanks, supra*, (relied on by White J.) did not apply Mill's test to taxes already categorized in 1867, for example, property and income taxes. McKeown J. stated that although he did not accept *Fairbanks* as the law, he would nevertheless determine whether EDCs could be defined as property taxes. He summarized the indicia of a property tax as follows, at p. 510: "the tax must be based on the value of the property [T]he property must be assessed without

Le juge McKeown a ensuite examiné la question de savoir si la REE devait être considérée comme une redevance ou comme une taxe. Il a fait observer, à la p. 505, que s'il s'agit d'une [TRADUCTION] «redevance imposée pour couvrir des dépenses en immobilisations précises liées à l'éducation plutôt qu'une taxe au sens du par. 92(2), le conseil scolaire possède alors le pouvoir, dans le territoire de sa compétence, d'adopter des règlements prévoyant l'imposition de telles redevances» (voir *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 780 (C.P.)). Il a conclu, aux pp. 507 et 508:

[TRADUCTION] Les recettes perçues sous le régime de la *Loi sur les redevances d'exploitation* pour la construction d'écoles s'apparentent par leur nature aux sommes perçues pour la construction d'autres bâtiments municipaux essentiels. Bien que ces redevances ne puissent être imposées en vue de «prélever un revenu à des fins générales», au sens où on l'entend normalement, elles se rapprochent par nature beaucoup plus d'une taxe imposée en vue de prélever un revenu qu'en vue de couvrir des frais. Ni la municipalité ni les conseils scolaires n'ont de pouvoir discrétionnaire quant à l'usage de ces fonds. Les sommes ne peuvent être utilisées qu'aux fins des dépenses en immobilisations approuvées par le ministre de l'Éducation en vertu du pouvoir que lui confère la *Loi sur l'éducation*. Bien que la redevance s'attache à l'achat d'un permis de construire, il semble que ce soit pour des raisons de commodité administrative plutôt qu'à cause d'un lien véritable avec la construction d'une maison.

Par conséquent, nous concluons que la redevance d'exploitation relative à l'éducation est une taxe aux fins du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge McKeown a ensuite abordé la question de l'incidence de la REE. Il a fait remarquer que dans l'arrêt *Fairbanks*, précité, (invoqué par le juge White), le critère de Mill n'avait pas été appliqué aux taxes qui avaient déjà été classées dans une catégorie en 1867, telles les taxes foncières et l'impôt sur le revenu. Il a dit que même si l'arrêt *Fairbanks* ne constitue pas à son avis le droit applicable, il fallait néanmoins décider si la REE pouvait être définie comme une taxe foncière. Il a résumé ainsi, à la p. 510, les indices permettant de conclure à la taxe foncière: [TRADUCTION] «la

regard to exploration, production or any transactions". McKeown J. stated at p. 510 that:

The form of the words used in s. 30 of the *Development Charges Act*, "land undergoing development", cannot change the real purpose of the tax which is a tax directed at the ultimate purchaser of a building or edifice. It cannot be a property tax just because the municipality has the same collection rights against the property when the education development charge is not paid as it has against arrears in property taxes. Thus this is not a property tax.

McKeown J., at p. 510, characterized EDCs as "an indirect tax on a product, i.e., the building of homes or offices or factories. It is a tax for the purpose of building schools". He concluded at p. 516 that:

When one looks at the general tendency of the education development charges, in my view, the fact that in exceptional cases the tax may not be passed on does not matter. As Professor Fallis said, in 80 to 90 per cent of the cases, the education development charges will be passed on. This tax is not recouped by the taxpayer by more or less circuitous operation of economic forces. The education development charge clings to the product going to market in much the same way as a manufacturer's sales tax does. The key is whether it relates to trading transactions. The education development charge is a tax on land undergoing development, not on the land underlying the development. The *Development Charges Act* does not purport to tax the final consumer. Accordingly, this is not direct taxation within the province.

As I am of the view that the education development charge is indirect taxation contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, it is not necessary to determine the other issues relating to s. 93 of the *Constitution Act, 1867* or ss. 2(a) and 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

(iii) O'Driscoll J.

O'Driscoll J. agreed, for the reasons given by McKeown J. that the EDCs impose indirect taxa-

taxe doit être fondée sur la valeur du bien-fonds [...] [c]elui-ci doit être évalué sans égard aux travaux d'exploration, à la production ou à toute opération». Il a ajouté, à la p. 510:

[TRADUCTION] L'expression utilisée à l'art. 30 de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, savoir «terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation», ne saurait avoir pour effet de changer l'objet véritable de la taxe, savoir une taxe destinée à l'acheteur ultime d'un bâtiment ou édifice. Il ne peut s'agir d'une taxe foncière du seul fait que la municipalité a, sur le bien-fonds, les mêmes droits de perception en cas de non-paiement de la redevance d'exploitation relative à l'éducation qu'en matière d'arrérages d'impôts fonciers. Il ne s'agit donc pas d'une taxe foncière.

Le juge McKeown, à la p. 510, a qualifié la REE de [TRADUCTION] «taxe indirecte sur un produit, savoir la construction de maisons, de bureaux ou d'usines. C'est une taxe aux fins de la construction d'écoles». Il a conclu, à la p. 516:

[TRADUCTION] Si l'on considère la tendance générale en ce qui concerne la redevance d'exploitation relative à l'éducation, le fait que la taxe puisse, dans des cas exceptionnels, ne pas être répercutée sur autrui n'est à mon avis pas pertinent. Comme l'a dit le professeur Fallis, dans 80 à 90 pour 100 des cas, il y aura retransmission de la redevance d'exploitation relative à l'éducation. Cette taxe n'est pas récupérée par le contribuable par le jeu plus ou moins détourné des forces économiques. La redevance d'exploitation relative à l'éducation s'attache au produit mis en marché de façon très semblable à la taxe de vente du fabricant. La question clé est de savoir si elle est liée à une opération commerciale. La redevance d'exploitation relative à l'éducation est une taxe sur un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation et non sur le terrain à la base de l'exploitation. La *Loi sur les redevances d'exploitation* ne vise pas à taxer le consommateur final. Il ne s'agit donc pas de taxation directe dans les limites de la province.

Étant d'avis que la redevance d'exploitation relative à l'éducation est une taxe indirecte qui va à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'est pas nécessaire de trancher les autres questions liées à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou encore à l'al. 2a) et à l'art. 15 de la *Charte des droits et libertés*.

(iii) Le juge O'Driscoll

Le juge O'Driscoll convient, pour les motifs avancés par le juge McKeown, que la REE relève

tion contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. For the reasons given by White J., O'Driscoll J. agreed at p. 528 that the EDC by-laws "fail to guarantee proportionality ('in like manner') as between public school supporters and separate school supporters as demanded by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*". Finally, on the *Charter* issue, O'Driscoll J. agreed with White J. that provincial statutes relating to education are immune from *Charter* scrutiny.

de la taxation indirecte et est contraire au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour les motifs exposés par le juge White, il reconnaît, à la p. 528, que les règlements scolaires prévoient l'imposition de la REE [TRADUCTION] «omettent de garantir la proportionnalité («de la même façon») entre les contribuables des écoles publiques et ceux des écoles séparées comme l'exige l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*». Enfin, sur la question de la *Charte*, il souscrit à l'opinion du juge White selon laquelle les lois provinciales en matière d'éducation échappent à tout examen en vertu de la *Charte*.

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 17 O.R. (3d) 103

¹⁸ Carthy J.A. (McKinlay and Goodman JJ.A. concurring) first dealt with the issue of standing. He found that the respondents (the appellants in the appeal before this Court) had standing to argue that the legislation in question amounted to unconstitutional indirect taxation. He noted that two of the respondents would face EDCs they should not have to pay if the EDC scheme were beyond provincial powers. With respect to the respondents' standing to argue the s. 93 proportionality issue, Carthy J.A. commented at p. 107 that the respondents' "sole interest is in the EDC and their obligation to pay it". After reviewing the relevant principles, as articulated in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, he concluded as follows, at pp. 108-9, with respect to standing:

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 17 O.R. (3d) 103

Le juge Carthy (avec l'appui des juges McKinlay et Goodman) a d'abord examiné la question de la qualité pour agir. Il a estimé que les intimées (appelantes devant notre Cour) avaient la qualité voulue pour soutenir que les dispositions législatives en cause équivalaient à une taxation indirecte inconstitutionnelle. Il a souligné que deux des intimées auraient à assumer des REE auxquelles elles ne seraient pas tenues si le régime des REE excédait les pouvoirs des provinces. En ce qui concerne la qualité des intimées pour débattre de la question de la proportionnalité au regard de l'art. 93, le juge Carthy a fait remarquer, à la p. 107, que leur [TRADUCTION] «seul intérêt est la REE et leur assujettissement à cette redevance». Après examen des principes applicables, énoncés dans l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, il a conclu en ces termes, aux pp. 108 et 109, au sujet de la qualité pour agir:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le point soulevé est sérieux. Quant à l'intérêt direct des intimées, c'est une autre question. Le seul intérêt qu'elles ont est de ne pas payer la REE, mais elles n'ont pas d'intérêt direct quant à la répartition proportionnelle des fonds aux écoles séparées. Elles ont encore moins d'intérêt dans le régime global de financement, dont l'examen s'impose à mon avis pour juger de la constitutionnalité. Vu le caractère sélectif de leur intérêt, la qualité pour agir n'aurait pas dû leur être reconnue sur une question générale. Enfin, il existe assurément un autre moyen de soumettre la question aux tribunaux. Par exemple, le

The seriousness of the issue is obvious. The direct interest of the respondents is another question. Their interest is in not paying the EDC, but they have no direct interest in proportional allocation of funds to separate schools. Even less do they have an interest in the overall funding model which, in my view, is the subject which must be addressed to determine constitutionality. Their selective interest indicates why they should not have been granted status on a broad issue. Finally, there most certainly is another available means of bringing the issue to court. For one example, the York Region Roman Catholic School Board could have done so in

these very proceedings had it decided not to defend the constitutionality of the funding scheme.

For these reasons I would overrule the Divisional Court's grant of status to the respondents to argue the s. 93(1) issue. If the judgment quashing the by-laws is to be sustained, it must be on the division of powers argument.

After reviewing s. 92, Carthy J.A. noted at p. 109 that EDCs "are only a part of an overall education funding package". He stated that EDCs are an element of the planning process, replacing lot levies as a condition of subdivision approval under the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13. Carthy J.A. stated that EDCs are imposed on land based on the number of housing units to be produced or based on the value of commercial buildings. While the charges are payable at the building permit stage, Carthy J.A. remarked at p. 109, that "[i]n many cases homes will be pre-sold at this stage, suggesting the likelihood that the charges will be passed on as part of the price of the lot and building". He also found it significant that the funds raised by the EDCs are placed in a bank account in the names of both school boards and can only be paid out to fund school construction approved by the Minister of Education. Carthy J.A. commented at pp. 109-10 as follows:

Thus, while the charge may be characterized as indirect because it tends to cling to the housing commodity being developed, its purpose and application is specific to the provision of schools and cannot be a source of general revenue for the school board or the province.

Carthy J.A. then referred to *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, which was released while the instant appeal was under reserve to the Court of Appeal. Carthy J.A. was of the view that the reasoning in *Allard* was particularly apposite to the issues at hand. *Allard* involved the regulation of gravel pits by local

conseil d'écoles catholiques de la région de York aurait pu le faire en l'espèce s'il avait décidé de ne pas défendre la constitutionnalité du régime de financement.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer la décision de la Cour divisionnaire d'accorder aux intimés la qualité pour débattre de la question relative au par. 93(1). Le seul argument permettant de confirmer le jugement qui annule le règlement scolaire serait donc celui du partage des pouvoirs.

Après avoir examiné l'art. 92, le juge Carthy a fait observer, à la p. 109, que les REE [TRADUCTION] «ne sont qu'une partie d'un ensemble de mesures de financement de l'éducation». Les REE, a-t-il dit, sont un élément du processus d'aménagement du territoire, remplaçant l'impôt sur les lotissements comme condition de l'approbation d'un lotissement sous le régime de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13. Ces redevances sont imposées sur les terrains en fonction du nombre de logements devant être construits ou de la valeur des bâtiments commerciaux. Bien que les redevances soient payables au stade de la délivrance du permis de construire, le juge Carthy a fait remarquer, à la p. 109, que [TRADUCTION] «[d]ans de nombreux cas, les maisons seront vendues d'avance à ce stade, d'où la probabilité que la redevance soit répercutée sur le prix du terrain et du bâtiment». Il a également considéré important le fait que les fonds générés par les REE sont placés dans un compte bancaire au nom des deux conseils scolaires et ne peuvent en être retirés que pour financer la construction d'une école approuvée par le ministre de l'Éducation. Il a fait le commentaire suivant, aux pp. 109 et 110:

[TRADUCTION] Ainsi, bien que la redevance puisse être considérée comme indirecte parce qu'elle tend à s'attacher au logement en voie de réalisation, son objet et son application sont spécifiques à la fourniture d'écoles, et elle ne peut constituer une source de revenu général pour le conseil scolaire ou la province.

Le juge Carthy s'est ensuite reporté à l'arrêt *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, rendu au moment où le présent pourvoi était pris en délibéré à la Cour d'appel. Il s'est dit d'avis que le raisonnement suivi dans cet arrêt était particulièrement pertinent relativement aux questions soumises en l'espèce. Cette

council by-laws under the British Columbia *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290. Municipalities issued permits for the removal of gravel, and charged an annual fee based upon the estimated amount of gravel to be removed from a site. The annual fee was not fixed, but varied according to the volume of gravel extracted. The by-laws were attacked as *ultra vires* provincial powers as granted by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. This Court, applying Mill's test, held that as the charge attached to a commodity in the course of production, the general tendency would be for the charge to be passed on to the consumer. Carthy J.A., at pp. 110-11, applied this reasoning with respect to the incidence of the EDCs:

In my view, the same reasoning applies to the EDCs. They are imposed on land and some authorities could be called forth to say they are, on that account, direct taxes. Yet, the reality is that the charges are imposed as a fee for constructing buildings for sale. The amount charged relates to the number of units, or value in the case of commercial development, and common sense therefore says that the tendency will be to pass the cost along.

I, therefore, have no hesitation in concluding on the basis of the reasoning in *Allard*, that the EDCs are also indirect charges within the meaning of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

21

Cathy J.A. then turned to the issue of whether EDCs, as indirect taxation, could be justified under ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, as the gravel fees in *Allard* had been justified. He noted the concern expressed in *Allard* that if these subsections are applied too generously in favour of the provinces, the s. 92(2) restriction may become meaningless. Carthy J.A., at p. 111, quoted this Court's description in *Allard* (at p. 402) of the nature of the provincial power that flows from ss. 92(9), (13) and (16):

In the above cases, decided either by this Court or the Privy Council, one can discern a consistent treatment of

affaire mettait en cause la réglementation des gravières au moyen de règlements municipaux adoptés en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, de la Colombie-Britannique. Les municipalités délivraient des permis d'extraction du gravier, sur paiement d'un droit annuel basé sur le volume estimé de gravier devant être retiré d'un emplacement. Le droit annuel n'était pas fixe mais variait en fonction du volume de gravier extrait. Les règlements ont été contestés comme excédant les pouvoirs conférés aux provinces par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notre Cour, appliquant le critère de Mill, a conclu que, étant donné que la redevance s'attachait à un bien en cours de production, la tendance générale était de la reporter sur le consommateur. Le juge Carthy a appliqué ce raisonnement en ce qui a trait à l'incidence de la REE (aux pp. 110 et 111):

[TRADUCTION] À mon avis, le même raisonnement s'applique à la REE. Celle-ci est imposée sur des terrains et, si l'on s'en tient à certains arrêts et ouvrages, elle constitue une taxe directe. En réalité toutefois, la redevance est imposée au titre d'un droit sur la construction de bâtiments destinés à la vente. La somme exigée est liée au nombre d'unités, ou à la valeur dans le cas de travaux d'exploitation à des fins commerciales. Or le sens commun nous dit que la tendance générale sera de reporter sur autrui le coût de cette redevance.

Je n'ai donc aucune hésitation à conclure, sur le fondement de l'arrêt *Allard*, que la REE est également une redevance indirecte au sens de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Carthy a abordé ensuite la question de savoir si la REE, en tant que taxe indirecte, était justifiée au regard des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme l'étaient les droits sur le gravier dans l'arrêt *Allard*. Il a souligné la préoccupation évoquée dans cet arrêt, savoir le risque qu'une interprétation trop généreuse de ces paragraphes en faveur des provinces prive de tout sens la restriction du par. 92(2). Il a cité, à la p. 111, le passage suivant de l'arrêt *Allard* où notre Cour décrit (à la p. 402) la nature du pouvoir provincial découlant des par. 92(9), (13) et (16):

Dans les arrêts mentionnés, rendus par notre Cour ou le Conseil privé, on constate que le par. 92(9) de la *Loi*

the scope of s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Although somewhat broad language was used by Lord Atkin in *Shannon, supra*, it appears generally true that s. 92(9), in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences. It is a power which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). However, in so far as it comprehends indirect taxation, these cases — either explicitly or upon their facts — have limited the power of indirect taxation such that it can only be used to defray the costs of regulation.

Carthy J.A., also quoted the test set out in *Allard* at p. 405, as follows: "can the variable fees be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme?" Carthy J.A. found, at p. 112, that the explicit purpose of the EDCs is to raise funds for school construction necessitated by new urban development, and that "[t]he charges are thus most certainly ancillary or adhesive to the production of new schools". He noted that there would be no excessive recovery under the scheme, as the amount charged is based on specific cost estimates, and only funds sufficient to meet actual costs are released. Carthy J.A., at p. 113, concluded as follows:

Ours is a much easier case than *Allard* for finding that a regulatory scheme exists. The province administers and regulates land development. It exercises those powers through a variety of statutes. It recognizes that new development produces a need for new schools and that there may be inequity in visiting these costs on existing home-owners. It has already delegated to the school boards the responsibility for new school construction and now delegates to them the power to decide which of two sources, EDCs or local assessment, shall provide the funding. The municipality is obligated to collect the funds, regardless of source, and the province retains supervisory control over expenditure. That is surely a description of a regulatory scheme of land development and provision of associated educational facilities. The licensing body is the municipality issuing the building permit, and a condition of the issuance is payment of a charge which is specifically calculated to meet one cost

constitutionnelle de 1867 a reçu une interprétation uniforme. Bien que lord Atkin ait utilisé des termes assez généraux dans l'arrêt *Shannon*, précité, il semble généralement juste de dire que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis. C'est un pouvoir qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où ils portent sur la taxation indirecte, ces arrêts ont, d'une façon explicite ou à partir des faits, limité l'application du pouvoir de taxation indirecte à la seule fin du financement d'un régime de réglementation.

Le juge Carthy a également repris le critère formulé en ces termes dans l'arrêt *Allard* à la p. 405: «les frais variables peuvent-ils être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide?» Il a affirmé, à la p. 112, que la REE avait explicitement pour objet de recueillir des fonds aux fins de la construction d'écoles rendues nécessaires par les nouveaux aménagements urbains, et que [TRADUCTION] «[l]es redevances sont donc très certainement accessoires ou rattachées à la construction de nouvelles écoles». Il a souligné qu'il n'y aurait pas recouvrement excessif en vertu du régime, étant donné que le montant exigé est basé sur une estimation précise des coûts et que seuls les fonds nécessaires pour couvrir les coûts réels sont libérés. Il a conclu, à la p. 113:

[TRADUCTION] Il est beaucoup plus facile de conclure à l'existence d'un régime de réglementation en l'espèce que dans l'affaire *Allard*. La province gère et réglemente l'aménagement du territoire. Elle exerce ces pouvoirs grâce à diverses lois. Elle reconnaît que les nouveaux aménagements créent le besoin de nouvelles écoles et qu'il peut s'avérer inéquitable d'imposer ces coûts aux propriétaires existants. Elle a déjà délégué aux conseils scolaires la responsabilité de la construction des nouvelles écoles et elle leur délègue maintenant le pouvoir de décider laquelle parmi deux sources — la REE ou les cotisations locales — fournira le financement. La municipalité est obligée de percevoir les fonds, sans égard à la source, et la province conserve un pouvoir de surveillance sur les dépenses. Il s'agit certainement là de la définition d'un régime de réglementation de l'aménagement du territoire et de la fourniture des installations d'enseignement afférentes. L'organisme de réglementation est la municipalité qui délivre le permis de construire, et la délivrance de ce permis est subordonnée au paiement d'une redevance expressément calculée pour

which will inevitably flow from construction under the permit.

In my view, this is a model for compliance with s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and does not in the slightest way impinge upon the integrity of s. 92(2). It is an indirect tax that is "ancillary or adhesive" to a regulatory scheme clearly falling within provincial responsibility, and is justifiable under one or more of s. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. To me the overall constitutionality of this scheme is so clear that I find it unnecessary to consider each of those subsections individually.

IV. Issues

1. Do the appellants have standing to raise the issues in questions 2(i) and 3?
2. Is Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9, which authorizes public and separate school boards to impose education development charges, *ultra vires* the Legislature of Ontario in that it:
 - (i) authorizes the imposition of an indirect tax contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*; or
 - (ii) prejudicially affects a right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons have by law in the province at the union contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
3. (i) Is Part III of the Act contrary to ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - (ii) If the answer to question 2(i) is affirmative, is Part III of the Act saved by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit, prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

V. Analysis

A. Historical and Current Legislative Context of Education Financing

couvrir un coût qui découlera inévitablement de la construction autorisée par le permis.

À mon avis, ce régime est un modèle de conformité à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il ne porte en rien atteinte à l'intégrité du par. 92(2). Il s'agit d'une taxe indirecte «accessoire ou rattachée» à un régime de réglementation relevant manifestement de la responsabilité provinciale, et qui se justifie au regard de l'un quelconque des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La constitutionnalité globale de ce régime m'apparaît si manifeste que j'estime inutile d'examiner séparément chacun de ces paragraphes.

IV. Les questions en litige

1. Les appelantes ont-elles la qualité nécessaire pour soulever les questions 2(i) et 3?
2. La partie III de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, qui autorise les conseils d'écoles publiques et les conseils d'écoles séparées à imposer des redevances d'exploitation relatives à l'éducation, excède-t-elle la compétence de la législature de l'Ontario en ce qu'elle:
 - (i) autorise l'imposition d'une taxe indirecte, en contravention du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou
 - (ii) porte atteinte à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles, en contravention du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. (i) La partie III de la Loi contrevient-elle à l'al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 - (ii) Si la réponse à la question 2(i) est affirmative, la partie III de la Loi est-elle sauvegardée par l'article premier de la *Charte* à titre de limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

V. Analyse

A. Contexte historique et actuel des lois en matière de financement de l'éducation

It is important to consider both the historical and legislative context within which the EDC scheme is situated in order to resolve the issues at hand. At the time of Confederation, responsibility for the financing of education was shared by the state, local authorities, and parents of pupils. From expert evidence in the record, apparently schools were historically supported through five sources of revenue: provincial and municipal grant revenue, local taxation, rates (i.e., fees charged to property owners), parental support for items like textbooks, and voluntary subscriptions. Currently, grants and taxation based on local assessment, apart from EDCs, constitute the major sources of school revenues.

Generally, in 1867, the operating expenses of school boards were funded both locally and through provincial grants. By contrast, the capital expenditures of school boards were in large part financed only locally, with provincial grants for capital expenditures being made only in rare and unusual circumstances. Today, capital expenditures are financed both provincially, through capital grants, and locally, through rates on property. EDCs are imposed on designated land undergoing development without regard to the school support of the land owner. As well, rates can be used for operating and capital expenses, while EDCs can only be used to fund the local share of approved capital expenditures required by the new development.

Historically, one-half of a teacher's salary was paid to both public and separate school boards by way of equal per-pupil grants. This was sometimes referred to as proportionality between public and separate school boards. However, this approach resulted in unequal funding as between urban and rural boards, owing to the differences in local assessment wealth. Accordingly, the province of

22

Pour résoudre les questions soumises en l'espèce, il importe d'examiner le contexte à la fois historique et législatif dans lequel s'inscrit le régime des REE. À l'époque de la Confédération, la responsabilité du financement de l'éducation était partagée entre l'État, les autorités locales et les parents des élèves. Il appert de la preuve d'experts au dossier que le financement des écoles émanait, historiquement, de cinq sources: les subventions provinciales et municipales, la taxation locale, les cotisations (c.-à-d. les droits perçus des propriétaires fonciers), la contribution des parents à l'achat d'articles tels les livres de classe, et les souscriptions volontaires. À l'heure actuelle, les subventions et l'imposition fondée sur l'évaluation locale constituent, la REE mise à part, les grandes sources de revenus pour les écoles.

23

De façon générale, en 1867, les dépenses de fonctionnement des conseils scolaires étaient financées à la fois localement et par le biais de subventions provinciales. En revanche, leurs dépenses en immobilisations n'étaient en grande partie financées que localement, la province ne versant des subventions à cet égard que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Aujourd'hui, les dépenses en immobilisations sont financées à la fois au niveau provincial, par le versement de subventions pour immobilisations, et à l'échelon local, par l'impôt foncier. Les REE sont imposées à l'égard de terrains désignés faisant l'objet de travaux d'exploitation, sans égard à l'école à laquelle contribue le propriétaire foncier. De même, les cotisations peuvent servir à des dépenses de fonctionnement et des dépenses en immobilisations, alors que les REE ne peuvent servir qu'à financer la part locale des dépenses en immobilisations approuvées que nécessitent les nouveaux travaux d'exploitation.

24

Historiquement, tant pour les conseils d'écoles publiques que pour les conseils d'écoles séparées, le salaire d'un enseignant était payé pour moitié par des subventions identiques établies en fonction du nombre d'élèves. Ce régime, parfois appelé celui de la proportionnalité entre conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées, a toutefois conduit à une inégalité de financement entre les conseils

Ontario moved toward a new funding scheme that emphasized equality of educational opportunity which looks to educational needs or requirements for the students involved, rather than simple equality in terms of financing. Today, those school boards with a richer assessment base, whether public or separate, receive a smaller provincial grant. This funding system strives to yield equitable financial resources for equal tax effort on a per-pupil basis and flows from s. 122 of the *Education Act*, which states that "Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school". Different boards, whether public or separate, receive different sized grants; however, the size of the grant is calculated "in like manner" for a separate school board as for a public school board, that is, according to need.

urbains et ruraux, imputable aux différences dans la richesse de l'assiette locale. Aussi la province d'Ontario s'est-elle tournée vers un nouveau régime qui privilégiait l'égalité des chances en matière d'éducation et s'attachait aux besoins ou aux exigences des élèves concernés, plutôt qu'à la simple égalité en termes de financement. De nos jours, les conseils d'école qui bénéficient d'une assiette foncière plus riche, qu'ils soient publics ou séparés, reçoivent une subvention provinciale moindre. Ce régime de financement vise à répartir équitablement les ressources financières en fonction d'un effort fiscal égal par élève, et il découle de l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, qui dispose que «[l]es écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques». Des conseils différents, que ce soit d'écoles publiques ou d'écoles séparées, reçoivent donc des subventions différentes; cependant, le montant de la subvention est calculé «de la même façon» pour un conseil séparé que pour un conseil public, c'est-à-dire en fonction des besoins.

25 A school board has the authority to build a school on its own without ministerial approval or funding (*Education Act*, s. 170, paras. 6, 7; s. 171(1), para. 7; s. 195). However, if provincial grants are sought, the approval of the Minister is required. Provincial capital allocations, as discussed above, are based on need. This criterion applies equally and "in like manner" to both public and separate school boards. The amount of grant is determined pursuant to s. 51 of the GLG Regulation, on the basis of equalized assessment, adjusting grants according to the relative assessment wealth of a school board, whether public or separate. For example, the York Region Board of Education's provincial grant percentage of total capital costs was 33 percent in 1990 and 26 percent in 1991. The York Region Roman Catholic Separate School Board's provincial capital grant percentage of total capital costs was 82.7 percent for elementary schools, and 74.5 percent for secondary

Les conseils scolaires ont le pouvoir de construire une école de leur propre chef, sans approbation ou financement ministériel (*Loi sur l'éducation*, art. 170, al. 6 et 7, par. 171(1), al. 7, et art. 195). Toutefois, l'approbation du ministre est requise s'il y a demande de subventions provinciales. Comme nous l'avons vu précédemment, la répartition des subventions provinciales est fondée sur les besoins. Ce critère s'applique également et «de la même façon» aux conseils d'écoles publiques et aux conseils d'écoles séparées. Le montant de la subvention est fixé conformément à l'art. 51 du Règlement GLG, après péréquation, les subventions étant rajustées selon la valeur relative de l'assiette du conseil scolaire, qu'il s'agisse d'un conseil d'écoles publiques ou d'écoles séparées. Ainsi, la subvention provinciale versée au conseil scolaire de la région de York était, en pourcentage de l'ensemble des coûts en immobilisations, de 33 pour 100 en 1990 et de 26 pour 100 en 1991. Pour le conseil d'écoles catholiques séparées de York, ce taux était, en 1990, de 82,7 pour 100 pour les écoles élémentaires, et de 74,5 pour 100 pour les

schools in 1990, and 67.4 percent and 60.5 percent, respectively in 1991.

It is interesting to note that before 1945 the cost of building schools was borne almost entirely through local rates. In 1945, the province began to pay 50 percent grants toward capital costs. By 1958, these grants were being made on an "equalized" basis, taking into account the assessment wealth of each board. The percentage of provincial grant increased to 75 percent, on average, although some boards received up to 90 percent and some boards received nothing. In 1989, while the average percentage of provincial grants for capital projects had dropped to 60 percent, the total amount of provincial grants needed to cover capital education costs in Ontario had grown because of an increasing school population.

With respect to the legislative context, the EDC scheme is, as noted above, set out in Part III of the Act. Part I of this Act authorizes municipalities to impose development charges in order to defray capital costs necessitated by municipal infrastructure for new development. This infrastructure includes water mains, sewers, roads, libraries, parks and recreational facilities. Before the enactment of this legislation, municipalities financed infrastructure solely through the imposition of lot levies. However, the Act recognizes the principle that "new development should pay its own way", and should not impose further tax burdens on existing residents. The provision of adequate school facilities in a given residential development is an integral element of urban planning.

This is reflected in the *Planning Act* which explicitly states that the "adequate provision and distribution of educational . . . facilities" and the "adequacy of school sites" are important considerations that must be factored into land use plans (ss. 2(i), 51(24)(a) and (j), as am. by S.O. 1994, c. 23, ss. 5, 30). EDCs play a significant role in

écoles secondaires, et de 67,4 pour 100 et 60,5 pour 100, respectivement, en 1991.

Il est intéressant d'observer qu'avant 1945 le coût de construction des écoles était financé presque entièrement par les taxes locales. En 1945, la province a commencé à payer 50 pour 100 des coûts en immobilisations sous forme de subventions. En 1958, ces subventions étaient établies suivant une «péréquation» tenant compte de la valeur de l'assiette foncière de chaque conseil. La part de la subvention provinciale a atteint 75 pour 100, en moyenne, certains conseils recevant jusqu'à 90 pour 100 et d'autres ne recevant rien. En 1989, alors que le pourcentage moyen des subventions provinciales pour les projets en immobilisations avait chuté à 60 pour 100, le montant total des subventions provinciales requises pour financer les coûts en immobilisations liés à l'éducation en Ontario avait augmenté en raison de la croissance de la population scolaire.

Pour ce qui est du contexte législatif, comme je l'ai mentionné précédemment, le régime des REE est prévu à la partie III de la Loi. La partie I de cette loi autorise les municipalités à imposer des redevances d'exploitation pour financer les coûts en immobilisations de l'infrastructure municipale destinée aux nouveaux aménagements, tels les réseaux d'aqueduc et d'égouts, les routes, les bibliothèques, les parcs et les installations récréatives. Avant l'adoption de cette loi, les municipalités finançaient les infrastructures uniquement par le biais d'un impôt sur les lotissements. Toutefois, la Loi reconnaît le principe que «les nouveaux aménagements doivent payer leurs propres services» et ne devraient pas venir alourdir le fardeau fiscal des résidents déjà sur place. La fourniture d'installations scolaires adéquates dans une exploitation résidentielle donnée fait partie intégrante de l'aménagement urbain.

Cela se reflète dans la *Loi sur l'aménagement du territoire*, qui dispose expressément que «la mise en place et la répartition adéquates de services éducatifs» ainsi que «le caractère adéquat des emplacements scolaires» sont des éléments importants à prendre en considération dans les plans d'aménagement du territoire (al. 2i) et 51(24)a) et j), mod.

addressing this aspect of urban planning. The Act, including the EDC scheme, is one component of a complex regulatory framework governing land development in Ontario, comprised of at least nine different statutes: the *Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13, the *Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18, the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, the *Fire Marshals Act*, R.S.O. 1990, c. F.17, the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28, the *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40, the *Planning Act*, and the *Conservation Authorities Act*, R.S.O. 1990, c. C.27.

par L.O. 1994, ch. 23, art. 5 et 30). Les REE jouent un rôle important à ce chapitre de l'aménagement urbain. La Loi, et notamment le régime des REE, fait partie d'un cadre complexe de réglementation de l'aménagement foncier en Ontario, formé d'au moins neuf différentes lois: la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13, la *Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, ch. E.18, la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, la *Loi sur les commissaires des incendies*, L.R.O. 1990, ch. F.17, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40, la *Loi sur l'aménagement du territoire* et la *Loi sur les offices de protection de la nature*, L.R.O. 1990, ch. C.27.

B. Standing

²⁹ The Court of Appeal, at pp. 108-9, found that the appellants (the respondents before the Court of Appeal) lacked the standing to challenge the constitutionality of the EDC scheme on any basis other than s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*:

... we have had no argument pitting the entire funding scheme against s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and, therefore, cannot conclude for or against constitutionality. This unsatisfactory circumstance stems from the question of status.

The Supreme Court of Canada has spoken at regular intervals on the subject of status concerning constitutional issues, most recently in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*. . . . The three-part test is now well known: The court must consider the seriousness of the issue, the direct interest of the party requesting status, and the other available means of bringing the issue to court.

The seriousness of the issue is obvious. The direct interest of the respondents is another question. Their interest is in not paying the EDC, but they have no direct interest in proportional allocation of funds to separate schools. Even less do they have an interest in the overall funding model which, in my view, is the subject which must be addressed to determine constitutionality.

B. La qualité pour agir

La Cour d'appel a conclu, aux pp. 108 et 109, que les appelantes (intimées devant la Cour d'appel) n'avaient pas la qualité requise pour contester la constitutionnalité du régime des REE sur tout autre fondement que le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

[TRADUCTION] . . . aucun argument ne nous a été présenté mettant en cause l'ensemble du régime de financement au regard du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en conséquence, nous ne pouvons nous prononcer sur la constitutionnalité de ce régime. Cette circonstance malheureuse résulte de la question de la qualité pour agir.

La Cour suprême du Canada s'est prononcée périodiquement sur la question de la qualité pour agir eu égard aux questions constitutionnelles, et tout récemment dans l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*. [. . .] Le critère à trois volets est dorénavant bien connu: Le tribunal doit examiner le sérieux du point soulevé, l'intérêt direct de la partie demandant qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir, et les autres manières possibles de soumettre la question aux tribunaux.

Il ne fait aucun doute que le point soulevé est sérieux. Quant à l'intérêt direct des intimés, c'est une autre question. Le seul intérêt qu'elles ont est de ne pas payer la REE, mais elles n'ont pas d'intérêt direct quant à la répartition proportionnelle des fonds aux écoles séparées. Elles ont encore moins d'intérêt dans le régime global de financement, dont l'examen s'impose à mon

Their selective interest indicates why they should not have been granted status on a broad issue. Finally, there most certainly is another available means of bringing the issue to court. For one example, the York Region Roman Catholic School Board could have done so in these very proceedings had it decided not to defend the constitutionality of the funding scheme.

For these reasons I would overrule the Divisional Court's grant of status to the respondents to argue the s. 93(1) issue. If the judgment quashing the by-laws is to be sustained, it must be on the division of powers argument.

Because of the serious and complex nature of the issues before this Court, I will assume, without deciding, that the appellants have standing. However, a brief comment is in order with respect to the role of the Intervenors Guzman and Ciccone, and the Intervenors Pope and Seto (the "standing intervenors").

The standing intervenors adopt the submissions of the appellants, saying that if the appellants do not have standing on the s. 93 issue and the *Charter* question, they themselves have standing to appeal on these grounds. In support of this submission, the standing intervenors cite *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. In that case, in which the plaintiff sued for cancellation of a lease, the parties' interest under the lease lapsed by the time the matter came before the Court. The only *lis* remaining was between the defendant (appellant) and the intervenor the Attorney General of Quebec. The Court held that the presence of the intervenor with an interest adverse to a principal party made the appeal properly constituted. That case is clearly distinguishable from the instant appeal. Simply put, the interests of the parties in this appeal have not lapsed under a contractual agreement.

The standing intervenors also cite *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, and in particular the following passage at p. 360: "the presence of intervenors who had a stake in the outcome supplied the necessary adversarial context

avis pour juger de la constitutionnalité. Vu le caractère sélectif de leur intérêt, la qualité pour agir n'aurait pas dû leur être reconnue sur une question générale. Enfin, il existe assurément un autre moyen de soumettre la question aux tribunaux. Par exemple, le conseil d'écoles catholiques de York aurait pu le faire en l'espèce s'il avait décidé de ne pas défendre la constitutionnalité du régime de financement.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer la décision de la Cour divisionnaire d'accorder aux intimées la qualité pour débattre de la question relative au par. 93(1). Le seul argument permettant de confirmer le jugement qui annule le règlement scolaire serait donc celui du partage des pouvoirs.

Étant donné la nature sérieuse et complexe des questions dont nous sommes saisis, je présumerai, sans en décider, que les appelantes ont qualité pour agir. Toutefois, un bref commentaire s'impose en ce qui a trait au rôle des intervenants Guzman et Ciccone, ainsi que des intervenantes Pope et Seto (les «intervenants sur la qualité pour agir»).

Les intervenants sur la qualité pour agir reprennent l'argumentation des appelantes, disant que si ces dernières n'ont pas qualité pour agir quant à la question fondée sur l'art. 93 et à la question fondée sur la *Charte*, ils ont quant à eux cette qualité à l'égard de ces deux moyens. À l'appui de leur position, ils invoquent l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Dans cette affaire, où le demandeur poursuivait pour l'annulation d'un bail, l'intérêt des parties en vertu du bail était éteint au moment où l'affaire est arrivée devant la Cour. Le seul litige restant était entre le défendeur (appellant) et l'intervenant le procureur général du Québec. La Cour a conclu que la présence de l'intervenant ayant un intérêt opposé à une partie principale faisait en sorte que l'appel était dûment formé. Cette affaire se distingue nettement du présent pourvoi. En termes simples, les intérêts des parties en l'espèce ne se sont pas éteints aux termes d'un contrat.

Ces intervenants invoquent également l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, et en particulier le passage suivant à la p. 360: «l'intérêt des intervenants dans l'issue du pourvoi fournissait le contexte contradictoire

to enable the Court to hear the cases". However, they overlook the passage at p. 359 where it is made clear that the Court is referring to the specific principle of "collateral consequences", which is not relevant to the facts at hand:

[The requirement of an adversarial context] may be satisfied if, despite the cessation of a live controversy, the necessary adversarial relationships will nevertheless prevail. For example, although the litigant bringing the proceeding may no longer have a direct interest in the outcome, there may be collateral consequences of the outcome that will provide the necessary adversarial context.

The principle that collateral consequences of an already completed cause of action warrant appellate review was most clearly stated in *Sibron v. New York, supra*. The appellant in that case appealed his conviction although his sentence had already been completed. [Emphasis added.]

33 The standing interveners, in my opinion, have no standing in the instant appeal. I would only add that this Court takes an unfavourable view of attempts to back up an appellant's lack of standing by way of interveners. Such efforts to bootstrap flawed standing are to be discouraged.

C. Section 92(2): Incidence of the EDC

34 As the Privy Council noted in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, at p. 563, the starting point in any discussion of incidence is Mill's seminal description of direct and indirect taxation:

Their Lordships must first consider whether the tax in the form (a) is a valid exercise of provincial legislative powers. It has been long and firmly established that, in interpreting the phrase "direct taxation" in head 2 of s. 92 of the Act of 1867, the guide to be followed is that provided by the distinction between direct and indirect taxes which is to be found in the treatise of John Stuart Mill. The question, of course, as Lord Herschell said in *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, is not what is the distinction drawn by writers on political economy, but in what

nécessaire pour permettre à la Cour d'entendre ces causes». Ils négligent cependant le passage, à la p. 359 où la Cour se reporte manifestement au principe précis des «conséquences accessoires», lequel n'est pas pertinent quant aux faits de l'espèce:

[L'exigence du débat contradictoire peut] être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire.

L'arrêt *Sibron v. New York*, précité, consacre le principe d'après lequel les conséquences accessoires d'une cause d'action terminée justifient un appel. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité après avoir déjà purgé sa peine. [Je souligne.]

Ces intervenants n'ont pas, à mon avis, qualité pour agir dans le présent pourvoi. J'ajouterais simplement que notre Cour ne voit pas d'un bon œil les tentatives d'un appelant de camoufler son absence de qualité pour agir par voie d'intervention. Les efforts de ce genre pour compenser les lacunes à ce chapitre doivent être découragés.

C. Le paragraphe 92(2): Incidence de la REE

Ainsi que l'a souligné le Conseil privé dans *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550, à la p. 563, le point de départ de tout examen de l'incidence d'une taxe est la définition fondamentale que Mill donne de la taxation directe et de la taxation indirecte:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries doivent d'abord se demander si la forme a) de la taxe constitue un exercice valide des pouvoirs législatifs provinciaux. Il est bien établi depuis longtemps que, pour interpréter les termes «taxation directe» au paragraphe 2 de l'art. 92 de l'Acte de 1867, on doit se guider sur la distinction entre taxe directe et taxe indirecte qui se trouve dans le traité de John Stuart Mill. Il ne s'agit évidemment pas, comme le fait remarquer lord Herschell dans *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, de s'arrêter aux distinctions faites par les

sense the words were employed in the British North America Act. Mill's Political Economy was first published in 1848, and appeared in a popular edition in 1865. Its author became a member of parliament in this latter year and commanded much attention in the British House of Commons. Having regard to his eminence as a political economist in the epoch when the Quebec Resolutions were being discussed and the Act of 1867 was being framed, the use of Mill's analysis and classification of taxes for the purpose of construing the expression now under review is fully justified.

Mill's formulation (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, Book V, c. 3, § 1) is as follows:

Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very person who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another: such as the excise or customs. The producer or importer of a commodity is called upon to pay tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price.

The reasons for the constitutional prohibition of indirect taxation by the provinces are set out by Dickson J. (as he then was) in dissent in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, at pp. 582-83:

There can be no doubt that by the words "direct and indirect taxation" the Fathers of Confederation contemplated certain distinct categories of taxation, as well as a general test of directness. Only certain of such categories, such as income and property taxes, were to be available to the Legislatures. There were two reasons for this. The first was based on arcane political economy. It was thought that a direct tax would be more perceived than an indirect tax. The effect was thought to provide for greater scrutiny and resistance by the electorate with a resulting parsimony in public expenditure. The second reason proved wrong from the start. It was thought that provincial activities would be limited and revenue needs would be slim; the Legislatures, therefore, would have no necessity to resort to most tax pools.

auteurs de textes d'économie politique, mais bien de savoir dans quel sens ces mots ont été employés dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. L'ouvrage de Mill sur l'économie politique a d'abord été publié en 1848, et une édition populaire a paru en 1865. La même année, Mill était élu député et il a joué un rôle très actif à la Chambre des communes. La grande réputation de Mill en tant qu'économiste politique au moment où l'on discutait les Résolutions de Québec et où l'on préparait la rédaction de l'Acte de 1867 justifie pleinement l'emploi de son analyse et de sa classification des taxes aux fins d'interpréter l'expression à l'étude.

Voici la définition de Mill (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, livre V, ch. 3, § 1):

[TRADUCTION] Les taxes sont directes ou indirectes. La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre; c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane. Le producteur ou l'importateur d'un bien doit payer une taxe sur ce bien non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs du bien auxquels on suppose qu'il fera supporter le fardeau de la taxe en augmentant ses prix.

Les motifs qui sous-tendent l'interdiction constitutionnelle de la taxation indirecte par les provinces sont énoncés par le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, aux pp. 582 et 583:

Il n'est pas douteux que par l'expression «taxation directe et indirecte», les Pères de la Confédération ont envisagé certaines catégories particulières de taxation aussi bien qu'un critère général d'application. Les législatures étaient censées n'avoir accès qu'à certaines catégories, telles l'impôt sur le revenu et les taxes foncières, pour deux motifs. Le premier était fondé sur une théorie ésotérique d'économie politique. On pensait qu'un impôt direct serait plus évident qu'un impôt indirect, qu'il susciterait la vigilance et une plus grande résistance de l'électoralat et qu'ainsi on aboutirait à minimiser les dépenses publiques. Le second motif s'est avéré erroné dès le début. On pensait que les activités des provinces seraient limitées et leurs besoins financiers peu importants; par conséquent, les législatures n'auraient donc aucun besoin de recourir à la plupart des sources communes d'impôts.

Professor La Forest, as he then was, explores these reasons in greater detail in *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution, supra*, at pp. 2-4:

The functions and responsibilities assigned to the provinces, though important, were not costly. The maintenance of a civil government, the administration of justice, education, local works and undertakings, welfare — all these involved modest expenditures in 1867, and it was anticipated they would remain fairly static. The vast responsibilities now exercised by government in these fields could not be foreseen in the laissez faire era. In consequence the sources of revenue made available to the provinces under the Confederation agreements were either restricted or unattractive. The major sources of provincial revenue, in fact, were not intended to be taxation. Provision was made for payment of subsidies by the federal government to the provinces which, in the early years of Confederation, comprised nearly half the provincial revenues. Moreover, the public domain, excluding such items as canals, public harbours, railroads, military lands, and other assets required for the performance of federal functions, remained to the provinces. It was only as a last resort that the provinces were expected to levy taxation; and to curb any inclination the legislatures might have to embark on overly ambitious schemes, the major taxes allocated to them were the unpopular direct taxes. Any expansion of provincial governmental expenditures, it was thought, could be met by increased returns from the public domain. Thus Galt in discussing the sources of provincial revenues under the Quebec Resolutions had this to say:

We may, however, place just confidence in the development of our resources, and repose in the belief that we shall find in our territorial domain, our valuable mines and our fertile lands, additional sources of revenue far beyond the requirements of the public service. If, nevertheless, the local revenues become inadequate, it will be necessary for the local governments to have resort to direct taxation; and I do not hesitate to say that one of the wisest provisions in the proposed Constitution, and that which affords the surest guarantee that the people will take a healthy interest in their own affairs and see that no extravagance is committed by those placed in power over them, is to be found in the fact that those who are called upon to

Le professeur La Forest explore ces motifs plus en détail dans son ouvrage *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution, op. cit.*, aux pp. 2 à 4:

[TRADUCTION] Bien qu'importantes, les attributions et les responsabilités confiées aux provinces n'étaient pas coûteuses. Le maintien d'un gouvernement civil, l'administration de la justice, l'éducation, les ouvrages et les entreprises d'une nature locale, le bien-être social — toutes ces compétences supposaient des dépenses modestes en 1867 et on s'attendait à ce que celles-ci demeurent relativement stables. On ne pouvait prévoir, dans une époque de laissez-faire, les vastes responsabilités qu'allait exercer l'État dans ces domaines. Aussi, les sources de revenus mises à la disposition des provinces en vertu des accords confédératifs étaient-elles ou bien limitées ou bien peu séduisantes. En fait, les grandes sources de revenus des provinces ne devaient pas provenir de la taxation. Une disposition prévoyait en effet que le gouvernement fédéral verserait aux provinces des subsides qui, au début de la Confédération, représentaient presque la moitié des recettes provinciales. De plus, les provinces conservaient la propriété du domaine public, à l'exception des canaux, des ports publics, des chemins de fer, des terres réservées à l'armée et des autres biens nécessaires à l'exercice des attributions fédérales. On s'attendait à ce que les provinces ne recourent à l'imposition qu'en dernier ressort; et pour éviter que les législatures ne s'engagent dans des projets trop ambitieux, le principal champ de taxation qui leur était attribué était le champ impopulaire de la taxation directe. Tout accroissement des dépenses des gouvernements provinciaux, croyait-on, serait compensé par la croissance des recettes en provenance du domaine public. Galt s'est exprimé ainsi lors de l'examen des sources de revenu provincial dans le cadre des Résolutions de Québec:

Nous pouvons, cependant, avoir foi dans le développement de nos ressources et être confiants de trouver dans notre domaine territorial, nos mines précieuses et nos terres fertiles des sources additionnelles de revenus qui excéderont de loin les besoins de l'administration publique. Si, toutefois, les recettes locales devenaient insuffisantes, les gouvernements locaux devront recourir à la taxation directe; et je n'hésite pas à dire que l'une des dispositions les plus sages de la Constitution proposée, et qui offre la meilleure garantie que les gens prendront un intérêt légitime à leurs affaires et verront à ce que ceux qui les gouvernent ne commettent pas d'extravagances, se trouve dans le fait que les personnes qui sont appelées à

administer public affairs will feel, when they resort to direct taxation, that a solemn responsibility rests upon them, and that that responsibility will be exacted by the people in the most peremptory manner.

Reference to contemporary sources shows that the meaning of direct taxation, even during the period of Confederation, was quite broad, including in addition to property taxes, death duties and income taxes. It was not because of its narrow scope that politicians underrated direct taxation. It was because they felt that politically it would be extremely difficult to impose; hardly anything comes out more clearly in the debates of the legislatures of the time than the extreme unpopularity of direct taxation. Such taxes, as the name implies, are those imposed on the taxpayer directly, as compared with indirect taxation like customs duties which are concealed from the taxpayer in the price of some commodity or service.

Some commentators suggest another rationale for limiting the provinces to direct taxation; for example, Professor Hogg states in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), § 30.2(b):

Why does s. 92(2) limit the provinces to direct taxation? The answer is that the limitation is a corollary to the general principle, discussed later in this chapter, that provincial taxing powers (like other provincial legislative powers) are confined to the territory of the province. The leading feature of an indirect tax is, as we have noticed, that it is likely to be passed on by the initial taxpayer through the incorporation of the tax into the price of goods or services provided by the initial taxpayer. What this means is that a tax that is initially levied on a taxpayer within the province could ultimately be borne by a consumer outside the province. If that occurred, the province would be taxing a person to whom it provided no governmental benefits and to whom it was not accountable. This result is avoided if the province is restricted to direct taxation, where the initial taxpayer within the province is also the person who ultimately bears the tax.

As noticed earlier, even a direct tax will be circuitously recouped if it forms part of the overhead of a business. But it is obviously neither possible nor desirable to exclude from the provincial taxing power all taxes that are in fact recouped by the initial taxpayer. The test of directness is a justiciable means of excluding from

gérer les affaires publiques sentiront, lorsqu'elles recourront à la taxation directe, qu'une responsabilité solennelle leur incombe et que la population sera très exigeante à cet égard.

L'examen des sources contemporaines permet de constater que même à l'époque de la Confédération, la taxation directe revêtait un sens assez large et comprenait, outre les taxes foncières, les droits sur les successions et l'impôt sur le revenu. Ce n'était donc pas en raison de son champ restreint que les politiciens sous-estimaient la taxation directe. C'est qu'ils croyaient qu'elle serait extrêmement difficile à imposer sur le plan politique; la très grande impopularité de la taxation directe est d'ailleurs l'un des thèmes qui ressort le plus nettement des débats de l'époque dans les législatures. Ces taxes, comme le mot l'indique, sont celles qui sont imposées directement au contribuable, contrairement aux taxes indirectes, comme les droits de douane, qui sont cachées dans le prix du bien ou du service.

Certains auteurs avancent d'autres raisons pour expliquer qu'on ait limité les provinces à la taxation directe; voici ce que dit à ce sujet le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), § 30.2(b):

[TRADUCTION] Pourquoi le par. 92(2) limite-t-il les provinces à la taxation directe? La réponse est qu'il s'agit d'un corollaire du principe général, examiné plus loin dans le présent chapitre, selon lequel les pouvoirs de taxation des provinces (comme les autres pouvoirs législatifs provinciaux) sont confinés au territoire de la province. La grande caractéristique d'une taxe indirecte est, comme nous l'avons souligné, qu'elle sera vraisemblablement reportée par le contribuable initial, qui l'in corporera dans le prix de ses biens ou services. Ainsi, une taxe initialement prélevée sur un contribuable à l'intérieur d'une province pourrait en bout de ligne être assumée par un consommateur de l'extérieur de la province. Dans ce cas, la province se trouverait à taxer une personne à laquelle elle ne procure aucun avantage gouvernemental et envers laquelle elle n'a pas de compte à rendre. On évite ce résultat en restreignant la province à la taxation directe, par laquelle le contribuable initial se trouvant à l'intérieur de la province est également la personne qui, en bout de ligne, assumera la taxe.

Comme nous l'avons souligné précédemment, même une taxe directe sera indirectement récupérée si elle fait partie des frais généraux d'une entreprise. Mais il n'est manifestement ni possible ni souhaitable d'exclure du pouvoir provincial de taxation toutes les taxes qui sont de fait récupérées par le contribuable initial. Le critère

provincial power at least those taxes that are most likely to be passed on, and thereby confining provincial power to those taxes the burden of which is most likely to remain within the province.

39

However, Professor La Forest comments, at pp. 111-12 as follows:

The limitation of the provinces under section 92(2) of the British North America Act to taxation "within the Province" has served the important function of dividing the available tax resources among the provinces. Perhaps the first point to note is that while a tax is, of course, always paid by a person, the limitation does not restrict the provinces to taxing persons in the province. A province may also levy taxes on property or transactions or benefits acquired in the province, so long as the taxes are direct. In such cases it is irrelevant that the tax may be borne by a person outside the province. Thus, no one has ever questioned the constitutional validity of ordinary municipal rates on real estate on the ground that a landowner (upon whom the tax will in practice usually fall) resides outside the province.

If such taxes were held unconstitutional for this reason, nonresidents would be permitted to exploit the resources of a province and take advantage of the protection afforded by its laws without contributing to the costs of its operations

Though a province may impose taxes on persons, property, transactions, and benefits in the province, they must of course be properly framed to reach out to the permissible limits. Thus, a tax on a person, income, property, or transaction outside the province is invalid; but a tax on a person in the province in respect of his income or other benefit received outside the province, and a tax on income or property in the province owned by a nonresident are valid.

Professor La Forest also observes at p. 113 that:

It will be obvious from the foregoing that a taxpayer may, in practise, be taxed by several provinces in respect of the same economic interest. The courts could, of course, have held that a tax measured by an extraprovincial standard was in substance a tax on an

du caractère direct est le moyen qu'utilisent les tribunaux pour exclure du pouvoir provincial à tout le moins les taxes qui seront très probablement reportées sur autrui, et le limiter ainsi aux taxes dont le fardeau restera très probablement à l'intérieur de la province.

Toutefois, le professeur La Forest fait le commentaire suivant, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] La restriction du pouvoir des provinces, aux termes du paragraphe 92(2) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, à la taxation «dans les limites de la province» a rempli la fonction importante d'assurer le partage des ressources fiscales disponibles entre les provinces. Le premier point à relever est peut-être que, même si une taxe est, il va sans dire, toujours payée par une personne, la restriction n'a pas pour effet de limiter les provinces à la taxation des personnes se trouvant dans leur territoire. Une province peut également prélever des taxes sur les biens, les opérations ou les bénéfices acquis dans la province, pourvu qu'il s'agisse de taxes directes. Dans ces cas, il importe peu que la taxe soit supportée par une personne de l'extérieur de la province. Ainsi, personne n'a jamais contesté la validité constitutionnelle de l'impôt municipal ordinaire sur les biens immeubles pour le motif que le propriétaire (sur lequel la taxe retombera habituellement en pratique) réside à l'extérieur de la province.

Si ces taxes étaient jugées inconstitutionnelles pour ce motif, il serait permis aux non-résidents d'exploiter les ressources d'une province et de se prévaloir de la protection accordée par ses lois sans contribuer aux coûts de son administration. . . .

Bien qu'une province puisse imposer des taxes sur les personnes, les biens-fonds, les opérations et les bénéfices dans la province, ces taxes doivent être adéquatement conçues en fonction des limites permises. Ainsi, une taxe prélevée sur une personne, un revenu, un bien ou une opération à l'extérieur de la province est invalide; mais une taxe prélevée sur une personne dans la province à l'égard de son revenu ou d'un autre bénéfice reçu à l'extérieur de la province, et un impôt sur le revenu ou une taxe sur les biens-fonds dans la province appartenant à un non-résident sont valides.

Le professeur La Forest fait également observer, à la p. 113:

[TRADUCTION] Il apparaîtra évident de ce qui précède qu'un contribuable peut, en pratique, être taxé par plusieurs provinces à l'égard du même intérêt économique. Les tribunaux auraient naturellement pu juger qu'une taxe assujettie à une norme extraprovinciale était, en

asset in another province. But they have shown no disposition to police the provinces in this way and have left it to the legislatures to judge the soundness, wisdom or expediency of taxing measures. Only when a provincial tax amounts in substance to a regulation of a federal matter will the courts intervene. Mutual restraint based on political or economic considerations or inter-provincial arrangements have, however, been sufficient until now to prevent the problem of multiple taxation from becoming acute.

Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at pp. 251-52 (see also *Allard, supra*, at p. 396, and *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144, at p. 162) elaborated helpfully upon the hallmarks of an indirect tax, as follows:

If the tax is related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in course of being manufactured or marketed, then the tax tends to cling as a burden to the unit or the transaction presented to the market.

Of course, it is the general tendency of the tax that is of concern, rather than the ultimate incidence of the tax in the circumstances of a particular case, *Allard, supra*, at p. 397:

... the court in *Colpitts* seems to suggest that an indirect tax involves a perfect correlation between a tax and the increased cost of a commercial item. I do not believe that the helpful approach of the *Saskatchewan* case is rendered sterile simply because certain units of a taxed commodity do not reach the market. While the tax imposed with reference to such units may indeed be absorbed into general "production costs", that does not prevent the tax from clinging as a burden to the vast majority of units which end up entering the market. To the extent that *Colpitts* denies this proposition, I would overrule it.

(See also *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.); *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231 (P.C.); *Cairns Construc-*

substance, une taxe sur les biens d'une autre province. Mais ils ne se sont pas montrés disposés à surveiller ainsi les provinces et ont laissé aux législatures le soin de juger de la légitimité, de la sagesse ou de l'efficacité des mesures de taxation. Ils n'interviendront que dans les cas où une taxe provinciale équivaut en substance à la réglementation d'une matière fédérale. La retenue mutuelle fondée sur des considérations politiques ou économiques ou sur des ententes interprovinciales a suffi jusqu'à maintenant à contenir le problème de la taxation multiple.

Dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, aux pp. 251 et 252 (voir aussi *Allard*, précité, à la p. 396, et *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144, à la p. 162), le juge Rand a utilement explicité en ces termes les grandes caractéristiques de la taxe indirecte:

[TRADUCTION] Si la taxe se rapporte ou est susceptible de se rapporter, directement ou indirectement, à une unité du bien ou à son prix, et est imposée à l'étape de la fabrication ou de la vente, cette taxe tend alors à s'attacher comme un fardeau à l'unité en question ou à l'opération destinée au marché.

Naturellement, c'est la tendance générale en ce qui concerne la taxe qui importe, et non son incidence ultime dans les circonstances particulières d'une espèce, *Allard*, précité, à la p. 397:

... dans l'arrêt *Colpitts*, le tribunal semble laisser entendre qu'une taxe indirecte nécessite une corrélation parfaite entre une taxe et le coût majoré d'un article commercial. Je ne crois pas que l'analyse utile formulée dans l'arrêt *Saskatchewan* perde toute son importance simplement parce que certaines unités d'un bien taxé ne sont pas mises sur le marché. Bien que la taxe imposée sur ces unités puisse en fait être absorbée dans les «coûts de production» généraux, cela n'empêche pas cette taxe de s'attacher comme un fardeau à la vaste majorité des unités qui aboutissent sur le marché. Dans la mesure où l'arrêt *Colpitts* va à l'encontre de cette proposition, je suis d'avis de le rejeter.

(Voir également *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (C.P.); *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231 (C.P.); *Cairns Construc-*

tion Ltd. v. Government of Saskatchewan, [1960] S.C.R. 619.)

42

As Professor La Forest notes at p. 79, the test of incidence is based on a legal, rather than an economic distinction:

Modern economic analysis has largely stripped Mill's distinction of meaning. But the courts have not abandoned it on that account. This has not been necessary because in their hands it is a legal, rather than an economic tool. From the beginning the Privy Council made it clear that its task was not to follow the burden of a tax in the manner of economists but to construe the term "direct taxation" as used in the British North America Act. Mill's definition as used by the courts required that the general incidence of a tax should be established in accordance with the general understanding of men, not its actual effect as traced by economists. Thus, a customs duty was in their view a classic instance of an indirect tax, since its general tendency was to be passed along, and it was nonetheless an indirect tax though private bargains or market conditions might compel importers to pay it themselves.

tion Ltd. c. Government of Saskatchewan, [1960] R.C.S. 619.)

Comme le souligne le professeur La Forest, à la p. 79, le critère de l'incidence relève d'une distinction juridique et non économique:

[TRADUCTION] L'analyse économique moderne a largement débouillé de son sens la distinction opérée par Mill. Mais les tribunaux ne l'ont pas abandonnée pour autant. Cela n'a pas été nécessaire parce qu'entre leurs mains cette distinction est un outil juridique et non économique. Dès le début, le Conseil privé a clairement dit qu'il n'avait pas pour tâche de suivre le fardeau d'une taxe à la manière des économistes, mais d'interpréter l'expression «taxation directe» utilisée dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. La définition de Mill qu'invoquent les tribunaux exige que l'incidence générale d'une taxe soit établie à partir de la compréhension générale qu'en ont les gens, et non de l'effet véritable que lui attribuent les économistes. Ainsi, un droit de douane représentait à leurs yeux un cas classique de taxe indirecte, puisque la tendance générale était de le reporter sur autrui et ce, même si des opérations privées ou les conditions du marché pouvaient contraindre les importateurs à payer eux-mêmes le droit.

43

When determining the incidence of a tax, it is important to bear in mind the context within which the tax operates as well as the purpose of the tax. In the case at hand, the EDCs are a tax on development using land as an instrument to achieve the desired end. The purpose of the EDC scheme is to ensure that education capital costs made necessary by new residential development are borne by the new development itself, rather than imposing an additional burden on existing homeowners. Significantly, capital costs associated with existing schools, or the building of schools for existing pupils currently accommodated in portables or sent by bus to distant schools cannot be defrayed through revenues raised by EDCs.

Pour déterminer l'incidence d'une taxe, il importe de ne pas perdre de vue le contexte dans lequel elle s'insère ainsi que la fin qu'elle vise. En l'espèce, la REE est une taxe sur l'exploitation, les terrains étant le moyen utilisé pour atteindre la fin désirée. Le régime des REE vise à faire en sorte que les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation rendus nécessaires par la nouvelle exploitation à des fins résidentielles soient assumés par la nouvelle exploitation elle-même, plutôt que d'imposer un fardeau additionnel aux propriétaires existants. Fait important, les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes, ou encore la construction d'écoles destinées à des élèves fréquentant déjà des installations mobiles ou transportés par autobus dans des écoles éloignées, ne peuvent être financés par les recettes perçues grâce aux REE.

44

White J. of the Divisional Court, relying on *Fairbanks*, *supra*, found at p. 521 that the "education development charge falls within the category of a tax that courts generally characterize as a direct tax because it is a land tax". In *Fairbanks*, the City of Halifax levied a business tax under its

Le juge White de la Cour divisionnaire, se fondant sur l'arrêt *Fairbanks*, précité, a conclu, à la p. 521, que «[l]a redevance d'exploitation relative à l'éducation entre dans la catégorie de taxes que les tribunaux considèrent généralement comme des taxes directes parce qu'il s'agit d'une taxe fon-

charter. The business tax was payable by every person occupying real property for the purpose of any trade, profession or calling for purposes of gain, and was assessed on 50 percent of the capital value of the property (*Fairbanks*, at pp. 120-21). A majority of the Supreme Court ([1926] S.C.R. 349) had found the incidence of the business tax to be indirect, as in the ordinary course of business the owner of the real property could be expected to pass the tax on to his or her tenant.

The Privy Council took a different approach, Viscount Cave, L.C., stating at pp. 124-25 that:

... their Lordships have primarily to consider ... whether [the business tax] is in its nature a direct tax within the meaning of s. 92, head 2, of the Act of Union. The framers of that Act evidently regarded taxes as divisible into two separate and distinct categories — namely, those that are direct and those which cannot be so described, and it is to taxation of the former character only that the powers of a Provincial government are made to extend. From this it is to be inferred that the distinction between direct and indirect taxes was well known before the passing of the Act; and it is undoubtedly the fact that before that date the classification was familiar to statesmen as well as to economists, and that certain taxes were then universally recognized as falling within one or the other category. Thus, taxes on property or income were everywhere treated as direct taxes; and John Stuart Mill himself, following Adam Smith, Ricardo and James Mill, said that a tax on rents falls wholly on the landlord and cannot be transferred to any one else. "It merely takes so much from the landlord and transfers it to the State" (*Political Economy*, vol. ii, p. 416). On the other hand, duties of customs and excise were regarded by every one as typical instances of indirect taxation. When therefore the Act of Union allocated the power of direct taxation for Provincial purposes to the Province, it must surely have intended that the taxation, for those purposes, of property and income should belong exclusively to the Provincial legislatures, and that without regard to any theory as to the ultimate incidence of such taxation. To hold otherwise would be to suppose that the framers of the Act intended to impose on a Provincial legislature the task of speculating as to the probable ultimate incidence of each particular tax which it might desire to

cière». Dans l'affaire *Fairbanks*, la ville de Halifax avait imposé une taxe d'affaires en vertu de sa charte. Cette taxe, payable par toute personne occupant un immeuble dans un but lucratif à des fins commerciales, professionnelles ou pour l'exercice d'un métier, était calculée sur la moitié de la valeur en capital de l'immeuble (*Fairbanks*, aux pp. 120 et 121). En Cour suprême ([1926] R.C.S. 349), les juges avaient conclu à la majorité que la taxe d'affaires avait un effet indirect étant donné qu'on pouvait s'attendre à ce que, dans le cours ordinaire des affaires, le propriétaire de l'immeuble la reporte sur son locataire.

Le Conseil privé a adopté un point de vue différent. Le vicomte Cave, lord chancelier, s'est exprimé comme suit, aux pp. 124 et 125:

[TRADUCTION] ... leurs Seigneuries doivent déterminer principalement [...] si [la taxe d'affaires] est par nature une taxe directe au sens de l'art. 92, paragraphe 2, de l'Acte d'Union. Les rédacteurs de cette loi ont de toute évidence considéré que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi — et que c'est à la première catégorie seulement que s'étendent les pouvoirs des gouvernements provinciaux. On peut en déduire que la distinction entre taxes directes et taxes indirectes était bien connue avant l'adoption de la loi; avant cette date, les hommes d'État et les économistes étaient indiscutablement au fait de cette classification, et certaines taxes étaient alors universellement reconnues comme entrant dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi la taxe foncière ou l'impôt sur le revenu étaient partout considérés comme des taxes directes; John Stuart Mill lui-même, à la suite d'Adam Smith, de Ricardo et de James Mill, disait qu'une taxe sur la rente portait exclusivement sur le propriétaire, qui ne pouvait en rejeter le fardeau sur qui que ce soit. «Elle prend simplement une somme du propriétaire et la transfère à l'État» (*Political Economy*, vol. ii, p. 416). Par ailleurs, les droits de douane et d'accise étaient partout considérés comme des exemples typiques de taxation indirecte. Ainsi, lorsque aux termes de l'Acte d'Union le pouvoir d'imposer des taxes directes à des fins provinciales a été attribué à la province, il était certainement entendu que l'imposition, à ces fins, d'une taxe foncière ou d'un impôt sur le revenu devait relever exclusivement des législatures provinciales et ce, indépendamment de toute théorie sur l'incidence ultime de ces taxes. Soutenir le contraire reviendrait à supposer que les rédacteurs de la loi entendaient imposer à une légis-

impose, at the risk of having such tax held invalid if the conclusion reached should afterwards be held to be wrong.

What then is the effect to be given to Mill's formula above quoted? No doubt it is valuable as providing a logical basis for the distinction already established between direct and indirect taxes, and perhaps also as a guide for determining as to any new or unfamiliar tax which may be imposed in which of the two categories it is to be placed; but it cannot have the effect of disturbing the established classification of the old and well known species of taxation, and making it necessary to apply a new test to every particular member of those species. The imposition of taxes on property and income, of death duties and of municipal and local rates is, according to the common understanding of the term, direct taxation, just as the exaction of a customs or excise duty on commodities or of a percentage duty on services would ordinarily be regarded as indirect taxation; and although new forms of taxation may from time to time be added to one category or the other in accordance with Mill's formula, it would be wrong to use that formula as a ground for transferring a tax universally recognized as belonging to one class to a different class of taxation.

46 I agree that the incidence of a land tax, in the traditional sense, will be direct. The hallmarks of a land tax are that the tax is, of course, imposed on land against the owner of the land, and that the tax is assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre. The tax may be an annual, recurring assessment, or a one-time charge. In some cases, the tax may be enforced through the sale of the land. Although landowners, like everyone, may wish to pass on their tax burden to someone else or otherwise avoid taxation, this desire or ability does not transform the direct nature of the tax into an indirect one. I also accept that the case law reveals that land taxes are generally direct taxes; but I do not believe the case law prevents a tax on land by itself from being treated as an indirect tax. (See, in addition to *Fairbanks, supra*, *City of Montreal v. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (P.C.); *Rattenbury v. Land*

lature provinciale la tâche de faire des conjectures quant à l'incidence ultime probable de chaque taxe particulière qu'elle pourrait vouloir imposer, au risque qu'une taxe soit déclarée invalide si la conclusion à laquelle elle parvenait à cet égard devait subséquemment être jugée erronée.

Quel effet faut-il attribuer à la formule de Mill déjà citée? Elle est certainement valable en ce qu'elle fournit une base logique à la distinction déjà établie entre taxes directes et taxes indirectes et sert peut-être aussi de guide pour déterminer dans laquelle des deux catégories il faut placer une taxe nouvelle ou inconnue; mais elle ne doit pas venir perturber la classification établie des taxes anciennes et biens connues et rendre nécessaire l'application d'un nouveau critère à chaque sous-catégorie de ce genre de taxes. La taxe foncière et l'impôt sur le revenu, les droits successoraux et les taxes municipales et locales relèvent de la taxation directe, au sens habituel du terme, au même titre que la perception de droits de douane ou d'accise sur des biens ou d'un droit en pourcentage sur des services sera ordinairement considérée comme une taxation indirecte; bien que de nouvelles formes de taxation puissent, à l'occasion, être ajoutées à l'une ou l'autre catégorie selon la formule de Mill, on aurait tort d'invoquer cette formule pour transférer une taxe universellement reconnue comme appartenant à une catégorie, à une catégorie de taxation différente.

Je conviens que, au sens traditionnel, une taxe foncière aura une incidence directe. Il s'agit, bien sûr, essentiellement d'une taxe imposée à l'égard d'un terrain contre le propriétaire de ce terrain, et calculée en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. Elle peut être calculée annuellement ou une seule fois. Dans certains cas, elle peut être exigée au moment de la vente du terrain. Bien que les propriétaires puissent, comme toute autre personne, souhaiter en reporter le fardeau sur un tiers ou éviter par quelque moyen l'imposition, ce désir ou leur capacité de le réaliser n'en fait pas pour autant une taxe indirecte. Je conviens également que, selon la jurisprudence, les taxes foncières sont généralement des taxes directes; mais à mon sens, la jurisprudence n'empêche pas qu'une taxe foncière puisse en soi être considérée comme une taxe indirecte. (Voir, outre l'arrêt *Fairbanks*, précité, *City of Montreal c. Attorney-General for Canada*, [1923] A.C. 136 (C.P.); *Attorney-General for British*

Settlement Board, [1929] S.C.R. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] S.C.R. 295; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750 (Alta. S.C., App. Div.); and *Rural Municipality of Bratts Lake v. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962 (Sask. S.C.).)

In the case at bar, an EDC may at first blush seem to bear the characteristics of a land tax in that it is, in the words of the enabling legislation, imposed on "land undergoing residential and commercial development". Further, the failure to pay the EDC results in the charge being placed on the tax roll in respect of a specific parcel of land. In many respects, the EDC scheme is a novel scheme of taxation which involves features of both direct and indirect taxation.

However, in my view, EDCs are not true land taxes in the traditional sense. The purpose of the EDC scheme is not taxation of land, but rather, taxation imposed in order to defray the costs of infrastructure necessitated by new residential development. As McKeown J. of the Divisional Court noted at p. 510, "[t]he land can sit forever without attracting tax if no development is undertaken". While the EDC collection mechanism is linked to land, it is not the ownership of land *qua* land that is the object and purpose of the tax, but rather, the costs of infrastructure associated with new development upon land. The assessment of the tax is not based upon the value of the land, but rather, is based on the impact development will have in terms of creating a need for educational services. Although the "categories approach" articulated in *Fairbanks* may be of some relevance on other facts, it is my view that in the instant appeal, it is of no application. Rather, the incidence of the EDCs must be determined according to Mill's formulation, as discussed above.

Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co., [1950] A.C. 87 (C.P.); *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52; *Reference re Validity of Section 31 of the Municipal District Amendment Act, 1941*, [1943] R.C.S. 295; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1932] 4 D.L.R. 750 (C.S. Alb., Div. app.), et *Rural Municipality of Bratts Lake c. Hudson's Bay Co.*, [1918] 2 W.W.R. 962 (C.S. Sask.).)

Dans l'affaire qui nous occupe, la REE peut à première vue sembler posséder les caractéristiques d'une taxe foncière en ce que, aux termes de la loi habilitante, elle est imposée «à l'égard d'un terrain faisant l'objet de travaux d'exploitation à des fins commerciales et à des fins résidentielles». De plus, en cas de non-paiement, elle est ajoutée au rôle de perception à l'égard d'une parcelle de terrain donnée. À beaucoup d'égards, le régime des REE est un mécanisme nouveau d'imposition qui comporte des éléments à la fois de taxation directe et de taxation indirecte.

À mon avis cependant, la REE n'est pas une véritable taxe foncière au sens traditionnel du terme. Le régime des REE ne vise pas, en effet, à imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles. Comme l'a souligné le juge McKeown de la Cour divisionnaire, à la p. 510, [TRADUCTION] «[l]e terrain peut ne jamais être assujetti à une taxe si des travaux d'exploitation n'y sont pas entrepris». Bien que les modalités de perception de la REE soient liées au terrain, ce n'est pas en soi la propriété du terrain qui est l'objet de la taxe, mais plutôt les coûts d'infrastructure afférents à la nouvelle exploitation. Le calcul de la taxe n'est pas basé sur la valeur du terrain, mais sur les répercussions qu'aura l'exploitation sur le besoin de services d'enseignement. La «méthode des catégories» exposée dans l'arrêt *Fairbanks* peut certes avoir une certaine pertinence en présence d'autres faits, mais elle ne s'applique pas à mon sens au présent pourvoi. L'incidence de la REE doit plutôt être déterminée selon la formule de Mill examinée précédemment.

49

As I see it, the general tendency of the EDCs is to be passed on to the ultimate purchaser of the new building. The vast majority of new development is undertaken by developers, who benefit from economies of scale when undertaking multi-unit building projects, and who have every intention of selling the new buildings and homes. As Carthy J.A. stated at p. 110 for the Court of Appeal below, "common sense therefore says that the tendency will be to pass the cost along". It is true that in certain instances, the ultimate owner of a new home will also have been the builder, and thus will have paid the EDC directly. However, this is not sufficient to dislodge the general tendency of the tax. Indeed, the legislation itself is indifferent as to who actually bears the cost of an EDC: it is the person applying for a building permit from whom the tax is collected, whether this be the developer or the ultimate homeowner. This is a further indication of indirectness, Professor La Forest, *supra*, at p. 86:

There are situations where actual payment of a tax is required of one person for administrative convenience but where it is obvious that the tax is really directed at another ascertained person. These situations differ from traditional indirect taxes such as customs and excise where the ultimate incidence of the taxes is a matter of indifference to the legislature.

In a sense, EDCs are imposed in the course of manufacture on the commodity to be sold, that is, the new house or building. Most of the charge payers, the majority of whom are developers, intend to trade in the commodity, that is to sell the newly constructed buildings. It follows, in my view, that EDCs cling as a burden to new buildings when they are brought to market. Accordingly, EDCs constitute indirect taxation and are *ultra vires* provincial competence under s. 92(2).

However, it is my opinion that the EDC scheme is ultimately *intra vires* the province as ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use plan-

À mon sens, la tendance générale en ce qui concerne la REE est de la reporter sur l'acheteur ultime du nouveau bâtiment. La grande majorité des nouvelles exploitations sont le fait de promoteurs qui bénéficient d'économies d'échelle en réalisant des projets d'unités multiples et qui ont la ferme intention de vendre les nouveaux bâtiments et les nouvelles maisons. Comme l'a dit le juge Carthy au nom de la Cour d'appel, à la p. 110, «[o]r le sens commun nous dit que la tendance générale sera de reporter sur autrui le coût de cette redevance». Certes, dans certains cas, l'acheteur ultime de la nouvelle maison sera le constructeur lui-même, lequel se trouvera à avoir ainsi payé directement la REE. Toutefois, cela ne suffit pas à renverser la tendance générale en ce qui concerne la taxe. De fait, la loi elle-même ne se préoccupe pas de savoir qui supporte réellement le coût de la REE: la taxe est perçue de la personne qui demande le permis de construire, qu'il s'agisse du promoteur ou du propriétaire ultime de la maison. C'est là une autre indication du caractère indirect de la redevance, professeur La Forest, *op. cit.*, à la p. 86:

[TRADUCTION] Il y a des situations où, pour des raisons de commodité administrative, le paiement d'une taxe est exigé d'une personne alors que, de toute évidence, cette taxe vise en réalité une autre personne déterminée. Ce n'est pas le cas des taxes indirectes traditionnelles, tels les droits de douane et d'accise, où la législature ne se préoccupe pas de l'incidence ultime.

En un sens, la REE est imposée dans le cours de la fabrication d'un bien destiné à la vente, savoir la nouvelle maison ou le nouveau bâtiment. La plupart de ceux qui payent la redevance, des promoteurs en majorité, ont l'intention de faire le commerce du bien, c'est-à-dire de vendre les bâtiments nouvellement construits. Il s'ensuit, à mon avis, que la REE s'attache comme un fardeau aux nouveaux bâtiments au moment de leur mise en marché. Par conséquent, elle constitue une taxe indirecte et excède la compétence provinciale aux termes du par. 92(2).

Toutefois, je suis d'avis que, en définitive, le régime des REE relève de la compétence de la province en ce qu'il est accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d'installations

50

ning, pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, as interpreted by *Allard, supra*.

In *Allard*, a municipality passed a by-law prohibiting the removal of soil and other substances except as authorized by permit. A flat rate permit fee was instituted. This fee was then changed from a flat rate to one dependent on the volume of material being removed. The fees were intended to offset the costs of the regulatory scheme, which included road repair. While there was some evidence that more revenue would be generated by the volumetric fees than the amount necessary to defray the actual costs, the municipality did make reasonable attempts to match the fee revenues with the administrative costs of regulation. The fee was found to constitute indirect taxation that was *ultra vires* the province; however, the scheme was found to be supportable under ss. 92(9), (13) and (16). In *Allard*, the Court commented on pp. 402-5 on the scope of s. 92(9), as follows:

In the above cases, decided either by this Court or the Privy Council, one can discern a consistent treatment of the scope of s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Although somewhat broad language was used by Lord Atkin in *Shannon, supra*, it appears generally true that s. 92(9), in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences. It is a power which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). However, in so far as it comprehends indirect taxation, these cases — either explicitly or upon their facts — have limited the power of indirect taxation such that it can only be used to defray the costs of regulation.

Since the time of *Reference re Farm Products, supra*, several lower courts have also considered the question of indirect taxation and s. 92(9). Particularly worthy of mention is the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.* . . .

. . . Bull J.A. was most explicit in stating that he resolved the question [of whether the by-law was *intra vires* the province] through a pith and substance analy-

d'enseignement dans le cadre de l'aménagement du territoire, aux termes des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l'interprétation donnée dans l'arrêt *Allard*, précité.

Dans l'affaire *Allard*, une municipalité avait adopté un règlement interdisant l'enlèvement de terre et d'autres substances sauf en conformité avec un permis. Un droit de permis fixe avait été établi. Ce droit a par la suite été remplacé par un droit calculé en fonction du volume des substances enlevées. Les droits visaient à couvrir les coûts du régime de réglementation, ce qui incluait ceux de la réparation des routes. Même si d'après certains éléments de preuve les droits volumétriques généreraient plus de fonds que le montant nécessaire pour financer les coûts réels, la municipalité avait raisonnablement tenté de faire en sorte que les recettes provenant des droits correspondent aux coûts administratifs de la réglementation. On a jugé que le droit constituait une taxe indirecte qui excédait la compétence de la province, mais que le régime était justifiable aux termes des par. 92(9), (13) et (16). La Cour a commenté en ces termes la portée du par. 92(9), aux pp. 402 à 405:

Dans les arrêts mentionnés, rendus par notre Cour ou le Conseil privé, on constate que le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a reçu une interprétation uniforme. Bien que lord Atkin ait utilisé des termes assez généraux dans l'arrêt *Shannon*, précité, il semble généralement juste de dire que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis. C'est un pouvoir qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où ils portent sur la taxation indirecte, ces arrêts ont, d'une façon explicite ou à partir des faits, limité l'application du pouvoir de taxation indirecte à la seule fin du financement d'un régime de réglementation.

Depuis le *Reference re Farm Products*, précité, plusieurs instances inférieures ont examiné la question de la taxation indirecte en fonction du par. 92(9). Il vaut la peine de mentionner, plus particulièrement, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.* . . .

. . . le juge Bull a été plus explicite en précisant qu'il tranchait la question [de savoir si le règlement relevait de la compétence de la province] en se fondant sur une

sis. The relevant question was stated to be the following (at p. 685):

In my view, the key lies in the question as to what is the primary and real purpose, or pith and substance, of the legislation — is the levy or tax (whether direct or indirect by nature) merely ancillary, or adhesive, to the licensing scheme of regulating or prohibiting a trade, or is it essentially a fiscal imposition, or taxation, under a form of disguise or a colourable concept?

The three judgments in *LaFarge*, taken together, suggest to me that the validity of the by-law in question was linked to the costs of regulation by the court, and that the pith and substance analysis was not intended to convey more than this point. . . .

My review of the case law thus leads me to suppose that it has yet to be determined whether s. 92(9) comprehends a power to levy indirect taxes in order to raise revenue in excess of regulatory costs

I am pressed, however, to mention that a power of indirect taxation in s. 92(9) extending substantially beyond regulatory costs could have the more serious consequence of rendering s. 92(2) meaningless [Emphasis in original.]

In my opinion, therefore, it is unnecessary to examine further the jurisprudence associated with s. 92(9). The authorities establish to my satisfaction that the following question frames the relevant inquiry: can the variable fees be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme? [Emphasis added.]

Professor La Forest, *supra*, notes, at pp. 155-56, the potential conflict between ss. 92(2) and 92(9):

If section 92(9) is limited to direct taxation, it adds nothing to section 92(2), for there is no doubt that direct taxation may be raised under section 92(2) even though it is framed in the form of a licence. On the other hand if section 92(9) permits a province to levy indirect taxation by means of a licence, there would seem to be no limit on provincial taxing power (there being no restriction on the types of licences falling within the section) so long as a tax is framed in the form of licensing provisions. Yet the British North America Act appears to con-

analyse du caractère véritable. Il a énoncé ainsi la question pertinente (à la p. 685):

[TRADUCTION] À mon avis, il faut se demander quel est l'objet principal et réel, ou le caractère véritable, du texte législatif — les droits ou la taxe (de nature directe ou indirecte) sont-ils simplement accessoires, ou rattachés, au régime de délivrance de permis visant à réglementer ou à interdire une activité commerciale, ou encore s'agit-il essentiellement d'une imposition fiscale, ou taxation, faite d'une façon détournée?

Il ressort de l'ensemble des motifs des trois juges dans l'arrêt *LaFarge* que la cour a lié la validité du règlement visé aux coûts de la réglementation, et que l'analyse du caractère véritable ne visait pas à aller plus loin que ce point. . . .

Mon examen de la jurisprudence m'amène à supposer que l'on n'a jamais déterminé si le par. 92(9) englobe un pouvoir d'imposer des taxes indirectes qui permettront de générer des recettes excédant les coûts d'application de la réglementation. . . .

Toutefois, je dois m'empresser d'ajouter qu'un pouvoir de taxation indirecte inclus dans le par. 92(9) permettant la perception de recettes de beaucoup supérieures aux coûts de la réglementation pourrait bien avoir comme conséquence plus grave de priver le par. 92(2) de tout sens. . . . [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, à mon avis, il est inutile d'examiner davantage la jurisprudence et la doctrine portant sur le par. 92(9). Les arrêts et les ouvrages me convainquent que l'analyse repose sur la question suivante: les frais variables peuvent-ils être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide? [Je souligne.]

Le professeur La Forest, *op. cit.*, souligne, aux pp. 155 et 156, le conflit potentiel entre les par. 92(2) et 92(9):

[TRADUCTION] Si on restreint le par. 92(9) à la taxation directe, on n'ajoute rien au par. 92(2), car il ne fait aucun doute qu'une taxe directe peut être imposée en vertu du par. 92(2) même si cette taxe prend la forme d'un permis. D'autre part, si le par. 92(9) permet à une province d'imposer une taxe indirecte par voie de permis, il semblerait n'y avoir alors aucune limite au pouvoir provincial de taxation (les types de permis tombant sous le coup de ce paragraphe n'étant pas limités) dans la mesure où la taxe prendrait la forme de dispositions

template that indirect taxation should be within the sole competence of the federal Parliament. It can, of course, be argued that the dilemma does not really exist, since a distinction may be drawn between true licences and colourable attempts to raise indirect taxation; and reference may be made to the *Queen Insurance* case where the Privy Council struck down a statute providing for licensing provisions that were a pure facade. But as the *Reference re Farm Products Marketing Act* indicates, situations can arise where the levying of indirect taxation by means of licences is not a mere sham and a different test will have to be employed if the provinces are to be prohibited from indiscriminate entry into the field of indirect taxation.

As the Court stated in *Allard* at p. 402, in so far as the power pursuant to s. 92(9) comprehends indirect taxation, this power is to be strictly limited "such that it can only be used to defray the costs of regulation". Any power of indirect taxation extending beyond regulatory costs would indeed render s. 92(2) meaningless. Such a result is clearly undesirable, and is avoided, in my view, as long as the province is limited to recoupment of only the actual costs of regulation.

I agree with the Court of Appeal's observation at p. 113 that the instant appeal "is a much easier case than *Allard* for finding that a regulatory scheme exists". Carthy J.A. for the Court of Appeal commented at p. 112 as follows:

As stated earlier, it is my view that the reasons in *Allard* neatly and clearly embrace the question of the constitutionality of EDCs.

There is no question as to excessive recovery. The fees are based on specific estimates of costs and can only be released to meet actual costs. The purpose of EDCs is explicitly stated to be school construction occasioned by new development (renovations of existing facilities cannot be supported by these charges). The charges are thus most certainly ancillary or adhesive to the production of new schools. The only real question is whether this is a regulatory scheme in itself or is part of a broader scheme.

prévoyant la délivrance de permis. Pourtant, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la taxation indirecte paraît relever du pouvoir exclusif du Parlement fédéral. On peut certes soutenir qu'il n'y a pas là réellement de dilemme puisqu'on peut établir une distinction entre les permis véritables et les tentatives déguisées d'imposer une taxe indirecte; on peut se reporter à l'arrêt *Queen Insurance* où le Conseil privé a invalidé une loi dont les dispositions visant la délivrance de permis n'étaient qu'une pure façade. Mais comme l'indique le *Reference re Farm Products Marketing Act*, il peut arriver que l'imposition d'une taxe indirecte par voie de permis ne soit pas un simple artifice, et il faudra appliquer un critère différent si l'on veut empêcher les provinces d'entrer en toute liberté dans le champ de la taxation indirecte.

Comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Allard*, à la p. 402, dans la mesure où le pouvoir conféré au par. 92(9) englobe la taxation indirecte, l'application de ce pouvoir doit être strictement limitée «à la seule fin du financement d'un régime de réglementation». Tout pouvoir de taxation indirecte permettant la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation priverait effectivement le par. 92(2) de tout sens. Un tel résultat est à l'évidence indésirable, et on peut l'éviter à mon avis dans la mesure où la province est limitée au seul recouvrement des coûts réels de la réglementation.

Je conviens avec la Cour d'appel (à la p. 113) qu'il «est beaucoup plus facile de conclure à l'existence d'un régime de réglementation en l'espèce que dans l'affaire *Allard*». Le juge Carthy a fait le commentaire suivant au nom de la cour, à la p. 112:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit auparavant, je suis d'avis que les motifs de l'arrêt *Allard* s'appliquent clairement à la question de la constitutionnalité de la REE.

La question du recouvrement excessif ne se pose pas. Les droits sont basés sur des estimations de coûts précises et ne peuvent servir qu'à couvrir les coûts réels. La REE a explicitement pour objet la construction d'écoles rendues nécessaires par les nouvelles exploitations (la rénovation d'installations existantes ne peut être financée par ces redevances). Les redevances sont donc très certainement accessoires ou rattachées à la construction de nouvelles écoles. La seule véritable question est de savoir si elles constituent un régime de réglementation en soi ou si elles font partie d'un régime plus large.

55

Regulation 268, which sets out the mechanism for the calculation and disbursement of EDCs, is meticulous in its detail, and clearly operates so as to limit recoupment to the actual costs involved in providing educational facilities occasioned by new development. As Carthy J.A. stated, the fees are based on specific estimates of costs based on detailed and comprehensive calculations. (See ss. 3-4 of Regulation 268.) The construction cost and cost of site figures used in calculating EDCs are to be approved by the Minister of Education (ss. 1, 3(9) of Regulation 268). It is important to note that EDCs can only be directed toward education capital costs made necessary by new residential development. EDC revenue cannot be used to defray capital costs associated with existing schools; this is another indication that the scheme is properly limited to the actual costs of regulation.

Le règlement 268, qui établit de façon méticuleuse les modalités de calcul et de décaissement de la REE, vise manifestement à limiter le recouvrement aux coûts réels engendrés par la fourniture d'installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations. Comme l'a dit le juge Carthy, les droits sont basés sur une estimation précise des coûts résultant de calculs détaillés et complets. (Voir art. 3 et 4 du règlement 268.) Les frais de construction et le prix d'achat servant au calcul de la REE doivent être approuvés par le ministre de l'Éducation (art. 1, par. 3(9) du règlement 268). Il importe de faire remarquer que la REE ne peut servir qu'à couvrir les coûts en immobilisations relatifs à l'éducation engendrés par les nouveaux travaux d'exploitation à des fins résidentielles. Les recettes provenant de la REE ne peuvent servir à financer les coûts en immobilisations afférents aux écoles existantes; c'est là une autre indication que le régime est correctement limité aux coûts réels de la réglementation.

56

Further, EDC revenues are to be deposited in two accounts, one for revenue on account of residential development, and the second for revenue on account of commercial development (ss. 5(1)-(3)). Where two or more coterminous school boards generate EDC revenues, the proceeds are commingled in the two accounts (s. 5(4)). Significantly, funds can only be withdrawn when a specific project has been approved by the Minister of Education, and then only in an amount equal to the actual local share of the project:

De plus, les recettes de la REE doivent être déposées dans deux comptes, l'un étant utilisé au titre des travaux d'exploitation à des fins résidentielles, et l'autre au titre des travaux d'exploitation à des fins commerciales (par. 5(1) à (3)). Lorsque au moins deux conseils scolaires coïncidents génèrent des recettes provenant de la REE, les produits sont confondus dans les deux comptes (par. 5(4)). Fait significatif, les fonds ne peuvent être retirés que lorsqu'un projet précis a été approuvé par le ministre de l'Éducation et alors seulement pour un montant qui ne doit pas dépasser la part locale réelle du projet:

[TRADUCTION]

5. . .

(7) If a project is approved by the Minister of Education for the purposes of payment of a legislative grant under subsection 11 (3) of the *Education Act*, a board may withdraw from its education development charges accounts an amount up to or equal to the local share of the project for the purpose of applying the amount to the local share of the project.

(7) Si un projet est approuvé par le ministre de l'Éducation aux fins du versement d'une subvention générale en vertu du paragraphe 11 (3) de la *Loi sur l'éducation*, le conseil peut retirer de ses comptes de redevances d'exploitation relatives à l'éducation un montant qui ne doit pas dépasser la part locale du projet aux fins de l'affectation du montant à la part locale du projet.

This provision is another indication that the EDC scheme is appropriately limited in scope, and operates only so as to defray the costs of regulation.

It is my opinion that the EDCs are indeed part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. As the intervenor the Ontario Public School Boards' Association submitted:

The regulatory regime that deals with land development and school construction includes the Provincial Government, municipalities and the school boards which are directly responsible for the construction of schools. While neither the Provincial Government nor municipalities are involved in the operation of schools, nevertheless those bodies together with the school boards have each a role to play in the regulatory process of planning for the development and construction of schools which includes land use and planning as well as the schools themselves.

The appellants suggest that in order to meet the requirements in *Allard* the regulator and the body raising the revenues must be one and the same. The appellants submit that the instant appeal goes beyond *Allard*, as the school board, the body with the authority to raise the revenue, is entirely separate from the regulator of land development, the municipality. The appellants state that there is no element of land development regulation in the ability to impose EDCs, citing in this regard *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board v. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. No. 1093.

In that case, a school board appealed zoning by-laws designed to facilitate residential development. The school board had adopted a "Residential Development Evaluation Policy Statement" for the purpose of evaluating residential development applications in light of the availability of adequate school accommodation. The school board's desire was to influence development to occur in areas of existing educational facilities. If a development

Cette disposition est une autre indication que le régime des REE est adéquatement limité dans sa portée et qu'il ne sert qu'à financer les coûts de la réglementation.

À mon avis, les REE font effectivement partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province. Comme le fait observer l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario:

[TRADUCTION] Le régime qui réglemente l'exploitation foncière et la construction d'écoles vise le gouvernement provincial, les municipalités, et les conseils scolaires qui sont directement responsables de la construction des écoles. Bien que n'intervenant pas dans le fonctionnement des écoles, le gouvernement provincial et les municipalités ont néanmoins chacun, de concert avec les conseils scolaires, un rôle à jouer dans le processus de planification et de construction des écoles, qui englobe l'utilisation et l'aménagement du territoire, en plus des écoles elles-mêmes.

Selon les appelantes, pour satisfaire aux exigences de l'arrêt *Allard*, la réglementation et la perception des recettes doivent relever d'un seul et même organisme. Elles soutiennent que le présent pourvoi va au-delà de l'arrêt *Allard* en ce que le conseil scolaire, soit l'organisme ayant le pouvoir de prélever un revenu, est entièrement distinct de l'organisme chargé de réglementer l'aménagement du territoire, soit la municipalité. Les appelantes affirment que l'habilité à imposer la REE ne comporte aucun élément relatif à la réglementation de l'aménagement du territoire, invoquant à cet égard la décision *Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board c. Mississauga (City)*, [1994] O.M.B.D. n° 1093.

Dans cette affaire, un conseil scolaire avait interjeté appel contre des règlements de zonage destinés à favoriser l'exploitation résidentielle. Le conseil avait adopté une «Residential Development Evaluation Policy Statement» aux fins d'évaluer les demandes d'exploitations résidentielles en regard de la disponibilité d'installations scolaires adéquates. Il souhaitait ainsi influer sur l'exploitation pour qu'elle se produise dans des zones où

application did not meet the criteria set out in the school board's policy, the board would request the municipality not to approve the application. The by-laws in question had been enacted to facilitate land development that did not meet the school board's criteria. The school board appealed the by-laws with a view to preventing the development.

60

As authority for the proposition that the power to pass EDCs does not bring school boards within the land development regulatory scheme, the appellants refer to the following passages from *Dufferin-Peel*:

In order to assist in determining the merits of the school board appeals, a review of the [...] Planning Act is appropriate and specifically, the case of an official plan which is enacted by a Municipality. At the same time, one must always keep in mind that the school boards are autonomous bodies given certain jurisdictions and statutory obligations under the Education Act and other relevant statutes. Neither municipality or [sic] this Board has any jurisdiction over the operation of a school board under the Planning Act. Therefore this Board, as a result of dealing with a particular growth strategy has no jurisdiction to order a school board to build an educational facility or to build it by a certain date. Similarly, the municipality does not have such jurisdiction.

There is no question, however, that as money and funds became more limited, the Ontario Legislature enacted the Development Charges Act to assist the school boards as well as municipalities. With regard to the provision of schools, the school boards can, through passing a by-law under the Development Charges Act, apply a levy on a per unit basis which funds go towards the construction of future educational facilities. This is quite a separate and independent statute to the Planning Act.

The Legislature, in the Planning Act, has set up a framework within which school boards can anticipate and plan for additional facilities. The Legislature,

existait déjà des installations d'enseignement. Si une demande d'exploitation ne remplissait pas les critères énoncés dans sa politique, le conseil scolaire demandait alors à la municipalité de ne pas l'approuver. Or, les règlements en cause avaient été adoptés dans le but de favoriser une exploitation qui ne correspondait pas aux critères du conseil. Ce dernier a interjeté appel contre les règlements en vue d'empêcher l'exploitation.

À l'appui de leur prétention suivant laquelle le pouvoir d'imposer la REE ne fait pas en sorte que les conseils scolaires soient inscrits dans le cadre du régime de réglementation visant l'aménagement foncier, les appelantes ont invoqué les passages suivants de la décision *Dufferin-Peel*:

[TRADUCTION] Pour apprécier le bien-fondé des appels du conseil scolaire, il convient d'examiner [...] la Loi sur l'aménagement du territoire et, plus précisément, le cas du plan officiel adopté par une municipalité. Parallèlement, il faut se rappeler que les conseils scolaires sont des organismes autonomes dotés de certaines compétences et à qui incombent certaines obligations en vertu de la Loi sur l'éducation et d'autres lois pertinentes. Ni la municipalité ni la présente Commission n'ont compétence sur le fonctionnement d'un conseil scolaire sous le régime de la Loi sur l'aménagement du territoire. Par conséquent, la Commission, dans l'examen d'une stratégie particulière de croissance, n'a pas compétence pour ordonner à un conseil scolaire de construire une installation d'enseignement ou de la construire pour une certaine date. La municipalité n'a pas non plus cette compétence.

On ne saurait toutefois contester que, devant l'aménagement des fonds, la législature de l'Ontario a édicté la Loi sur les redevances d'exploitation en vue de venir en aide aux conseils scolaires et aux municipalités. Pour ce qui est des écoles, les conseils scolaires peuvent, en adoptant un règlement en vertu de la Loi sur les redevances d'exploitation, imposer une contribution basée sur le nombre d'unités, dont les recettes seront affectées à la construction de futures installations d'enseignement. Cette loi est distincte et indépendante de la Loi sur l'aménagement du territoire.

Dans la Loi sur l'aménagement du territoire, la législature a établi un cadre permettant aux conseils scolaires de prévoir et de planifier les installations supplémen-

through other statutes deals with funding and the raising of capital to construct facilities and operate them.

As the Board understands this matter, the fundamental issue behind these appeals is the lack of funds for the school board to construct the required schools not a site reservation problem. The Board then finds that the school boards should seek remedies through the Ministry of Education and ultimately the Legislature. Such change may fundamentally alter the operation, function and operating complexities of the various school boards. [Appellants' emphasis throughout.]

In my view, *Dufferin-Peel* does not stand for the proposition that funding issues with respect to the capital costs of educational facilities are not related to the planning process. Rather, the Board seems to be suggesting that the rezoning stage of the planning process is not the appropriate forum for the school board's expression of funding difficulties with respect to new development. It is implied that if funding were a concern, the school board could have availed itself of the EDC scheme. To say that the school board cannot prevent development owing to funding concerns at a particular stage of the planning process, and that the school board could have used another component of the planning scheme to deal with the funding issues does not mean that funding issues are not related to the planning process. Rather, the point is that the funding issues should be addressed through those aspects of the planning framework specifically designed to deal with those issues.

The appellants also cite *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177, in support of their claim that there is a lack of integration between school construction and the regulation of land development. *Erin Mills* involved a scheme whereby the municipality required as a condition of a subdivision plan approval that developers convey school sites to the school boards, at a maximum of 75 percent of their market value. The applicant developer questioned the municipality's jurisdiction to impose restric-

taires. D'autres lois traitent du financement et du prélèvement des capitaux nécessaires à la construction des installations et à leur fonctionnement.

De l'avis de la Commission, la question fondamentale que soulèvent les présents appels est le manque de fonds pour la construction des écoles requises et non un problème de réservation d'emplacements. La Commission estime donc que les conseils scolaires devraient s'adresser au ministère de l'Éducation et en dernier ressort à la législature. Un tel changement peut modifier fondamentalement le fonctionnement complexe des divers conseils scolaires. [Souligné par les appelantes.]

À mon avis, la décision *Dufferin-Peel* ne peut servir à étayer l'argument selon lequel les questions de financement relatives aux coûts en immobilisations des installations d'enseignement ne sont pas liées au processus d'aménagement du territoire. Il semble plutôt que, de l'avis de la Commission, dans le cadre de ce processus, l'étape du rezonage n'est pas le moment approprié pour que le conseil scolaire fasse part de ses difficultés de financement à l'égard de nouvelles exploitations. Implicitement, cela signifie que si le financement constituait un problème, le conseil scolaire aurait pu se prévaloir du régime des REE. Or, dire que le conseil scolaire ne peut empêcher l'exploitation en raison de problèmes de financement à une étape particulière du processus d'aménagement du territoire, et qu'il aurait pu se prévaloir d'une autre composante du régime d'aménagement pour résoudre cette question, ne signifie pas que les questions de financement ne sont pas liées au processus d'aménagement du territoire. Cela veut plutôt dire qu'elles doivent être résolues au moyen des mécanismes expressément prévus à cette fin dans le cadre du processus d'aménagement.

Les appelantes invoquent également la décision *Re Erin Mills Development Corp. and Peel Board of Education* (1988), 22 O.M.B.R. 177, à l'appui de leur prétention concernant l'absence d'intégration entre la construction d'écoles et la réglementation de l'exploitation foncière. Cette affaire mettait en cause un régime par lequel la municipalité subordonnait l'approbation d'un plan de lotissement à l'engagement des promoteurs de céder aux conseils scolaires les emplacements des écoles pour un montant n'excédant pas 75 pour 100 de

tions with respect to the sale price of the school sites. The Ontario Municipal Board found that the municipality did not have the authority to impose a condition to subdivision plan approval relating to the selling price of school sites. The Board stated, at p. 192, that "the power impugned must be found within the words of the statute as there is no other source. That power must be explicitly stated or be capable of necessary implication from the words that are used". (See also *Etobicoke Board of Education v. Highbury Developments Ltd.*, [1958] S.C.R. 196.)

leur valeur marchande. Le promoteur requérant a contesté la compétence de la municipalité d'imposer des restrictions quant au prix de vente des emplacements. La Commission des affaires municipales de l'Ontario a conclu que la municipalité n'avait pas compétence pour subordonner l'approbation du plan de lotissement à une condition relative au prix de vente des emplacements d'écoles. La Commission a dit, à la p. 192, que [TRADUCTION] «le pouvoir contesté doit émaner du texte de la loi étant donné qu'il n'a pas d'autre source. Ce pouvoir doit être conféré en termes exprès ou découler implicitement de la formulation utilisée». (Voir également *Etobicoke Board of Education. c. Highbury Developments Ltd.*, [1958] R.C.S. 196.)

63

The appellants rely upon the following passage, at p. 188:

The board notes, however, that a school board and all of its facilities are quite distinct from the municipality and cannot be considered "municipal services". See *Clarkson v. Town of Alliston*, [1928] 2 D.L.R. 715 at p. 720, 62 O.L.R. 149, 10 C.B.R. 65 (Ont. S.C.) *per* Garrow J.:

One need not cite authorities to establish the proposition that the municipal corporation and the school boards are distinct and separate corporate bodies, each within its own field supreme. The earlier cases are all collected in *Toronto Public Sch. Bd. v. Toronto* (1901), 2 O.L.R. 727; affirmed (1902) 4 O.L.R. 468. [Appellants' emphasis.]

Les appelantes s'appuient sur le passage suivant, à la p. 188:

[TRADUCTION] La Commission fait remarquer, toutefois, qu'un conseil scolaire et l'ensemble de ses installations se distinguent nettement de la municipalité et ne peuvent être considérés comme des «services municipaux». Voir *Clarkson c. Town of Alliston*, [1928] 2 D.L.R. 715, à la p. 720, 62 O.L.R. 149, 10 C.B.R. 65 (C.S. Ont.), le juge Garrow:

Il n'est nul besoin de recourir à la jurisprudence et à la doctrine pour étayer l'énoncé selon lequel la corporation municipale et les conseils scolaires sont des personnes morales distinctes et séparées, chacune étant souveraine dans son champ de compétence. Les premières affaires sont toutes résumées dans *Toronto Public Sch. Bd. c. Toronto* (1901), 2 O.L.R. 727; confirmé par (1902) 4 O.L.R. 468. [Souligné par les appelantes.]

64

While the proposition expressed in this *obiter* passage may have been true historically, it is my view that it is no longer accurate. In fact, *Erin Mills* tends to support the respondents' view, rather than the appellants'. The impugned actions of the municipality in *Erin Mills*, by contrast, did not flow from any express statutory jurisdiction, and it was for this reason that the Ontario Municipal Board held that the conditions with respect to the sale price of school sites could not be imposed. In contrast, the power to enact EDC by-laws flows from explicit statutory language contained in the Act.

Si cet énoncé incident peut avoir eu un fondement historique, il n'est plus exact à mon avis. En fait, la décision *Erin Mills* tend à étayer la position des intimés plutôt que celle des appelantes. Les mesures contestées de la municipalité dans cette affaire ne découlaient d'aucune compétence expressément conférée par la loi, et c'est pour cette raison que la Commission des affaires municipales de l'Ontario a conclu qu'elle ne pouvait imposer les conditions relatives au prix de vente des emplacements d'écoles. Par contre, le pouvoir d'adopter le règlement imposant une REE découle explicitement de la Loi.

As noted above, the Act is one component of a comprehensive regulatory framework governing land development in Ontario, comprised of at least nine different statutes: the *Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13, the *Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18, the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, the *Fire Marshals Act*, R.S.O. 1990, c. F.17, the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28, the *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40, the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13, and the *Conservation Authorities Act*, R.S.O. 1990, c. C.27. While the regulatory scheme of which EDCs are only a small part is clearly very complex, the complexity is necessitated by the very scope of the matter regulated — urban planning. It is only to be expected that a variety of provincial actors would be involved in the various phases of the scheme's operation. However, this fact does not serve to invalidate the regulatory nature of the scheme. In my view, the appellants impose an artificial and rigid distinction between the school board and the municipality. This distinction fails to reflect the true nature of the regulatory framework.

The construction of schools is a legitimate and crucial component of modern land use planning, schools being an essential element in the creation of successful, dynamic and democratic communities. The legislature of Ontario clearly takes the view that the cost of educational facilities made necessary by new land development should be taken into account in the land development approval process. For example, the *Planning Act* expressly provides that the "adequate provision . . . of educational facilities" and the "adequacy of school sites" are factors to be taken into account in land use planning (see ss. 2(i), 51(24)(a) and (j)). The Act itself authorizes municipalities to impose development charges not only for education but also for water mains, sewers, roads, libraries, parks and recreational facilities. The common theme is that new development should bear the costs of infrastructure necessitated

65

Comme je l'ai mentionné précédemment, la Loi fait partie d'un vaste cadre de réglementation de l'aménagement foncier en Ontario, formé d'au moins neuf différentes lois: la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13, la *Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, ch. E.18, la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, la *Loi sur les commissaires des incendies*, L.R.O. 1990, ch. F.17, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40, la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13, et la *Loi sur les offices de protection de la nature*, L.R.O. 1990, ch. C.27. Si le régime de réglementation dont les REE ne sont qu'une petite partie est manifestement très complexe, cette complexité s'explique du fait même de l'ampleur du domaine réglementé — l'aménagement urbain. Il n'est que normal qu'une variété d'acteurs provinciaux interviennent dans les diverses phases du fonctionnement du régime. Toutefois, cela n'anule pas la nature réglementaire du régime. À mon avis, les appelantes établissent une distinction artificielle et rigide entre le conseil scolaire et la municipalité. Cette distinction ne reflète pas la nature véritable du cadre de réglementation.

66

La construction d'écoles est une composante légitime et cruciale de l'aménagement du territoire de nos jours, les écoles étant un élément essentiel de la réussite de nouvelles collectivités dynamiques et démocratiques. La législature de l'Ontario est manifestement d'avis que le coût des installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations foncières doit entrer en considération dans le processus d'approbation de l'exploitation foncière. Par exemple, la *Loi sur l'aménagement du territoire* dispose expressément que «la mise en place et la répartition adéquates de services éducatifs» ainsi que «le caractère adéquat des emplacements scolaires» sont des facteurs à prendre en considération dans l'aménagement du territoire (al. 2i) et 51(24)a) et j)). La Loi elle-même autorise les municipalités à imposer des redevances d'exploitation non seulement pour l'éducation, mais aussi pour les réseaux d'aqueduc

by the new development. Further, just as the gravel excavators in *Allard* benefitted from the regulatory scheme in terms of road improvements, so too do the developers receive a considerable benefit from the EDC scheme: a development with adequate amenities. The presence of adequate school facilities clearly contributes to the marketability of a new home.

et d'égouts, les routes, les bibliothèques, les parcs et les installations récréatives. Le thème commun est que les nouvelles exploitations doivent assumer les coûts des infrastructures qu'elles nécessitent. De plus, de même que les exploitants de gravières dans l'affaire *Allard* bénéficiaient du régime de réglementation sous forme d'amélioration des routes, de même les promoteurs profitent considérablement du régime des REE: une exploitation dotée des services publics adéquats. En effet, la présence d'installations scolaires adéquates contribue de toute évidence à la qualité marchande d'une nouvelle maison.

67

For the foregoing reasons, it is my opinion that EDCs are properly adhesive to the province's planning and development regime, and accordingly, are *intra vires* the province of Ontario pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les REE se rattachent légitimement au régime d'aménagement et d'exploitation du territoire de la province, et qu'elles relèvent donc de la compétence de la province d'Ontario sous le régime des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

D. Section 93(1): Denominational Rights and Privileges

68

As Part III of the Act is an education financing scheme, it is subject to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, nothing in Part III may "prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union". The appellants submit that the EDC scheme prejudicially affects the rights of separate school supporters (a) to a proportionate share of all public monies, apart from local assessments; and (b) to be exempt from paying assessments for public school purposes.

D. Le paragraphe 93(1): Droits et priviléges confessionnels

Comme la partie III de la Loi établit un régime de financement de l'éducation, elle est assujettie au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, rien dans la partie III ne peut «préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles». Les appelantes soutiennent que le régime des REE porte atteinte aux droits des contribuables des écoles séparées a) de recevoir une part proportionnelle de tous les fonds publics, indépendamment des cotisations locales, et b) d'être exemptés du paiement des cotisations aux fins des écoles publiques.

69

It is important at the outset to identify the constitutional value that s. 93(1) reflects as part of the constitutional fabric of our country. We heard much in argument about principles of equality, proportionality, fairness and discrimination. However, many of these submissions failed to articulate the perspective that needs to be borne in mind when considering s. 93(1).

Au départ, il importe de définir la valeur constitutionnelle que reflète le par. 93(1) en tant qu'élément de la structure constitutionnelle sur laquelle repose notre pays. On a beaucoup débattu devant nous des principes relatifs à l'égalité, la proportionnalité, l'équité et la discrimination. Toutefois, une bonne partie de l'argumentation présentée ne tient pas compte de la perspective dans laquelle le par. 93(1) doit être analysé.

Section 20 of the *Scott Act*

The appellants cite s. 20 of the *Scott Act* as the source of the right to a proportionate share of all public monies. But I reiterate that it is important to consider the purpose and history of s. 93, before considering the role of the *Scott Act*, the question of proportionality and the other arguments raised by the parties. In *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, beginning at p. 1173, Wilson J. for the majority outlined the background to s. 93. She noted the importance of denominational educational rights at the time of Confederation, and that the framers of the Constitution viewed s. 93 in terms of a guarantee of equality. The purpose of s. 93 was to ensure that the Roman Catholic minorities of Upper Canada and the Maritime Provinces, and the Protestant minority of Lower Canada would, in the words of Lord Carnarvon, "stand on a footing of entire equality". Wilson J. also referred to Sir Charles Tupper's comments to the House of Commons in 1896, to the effect that without s. 93, Confederation would not have been possible. At p. 1176 she emphasized that:

While due regard must be paid not to give a provision which reflects a political compromise too wide an interpretation, it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed. The contextual background of s. 93 is being reviewed in these reasons not for the purpose of enlarging upon the compromise but in order to confirm its precise content. The contextual background suggests that part of the compromise was that future legislation on the part of the province with respect to separate denominational schools was permissible. The province was to be able to grant new rights and privileges to denominational schools after Union in response to new conditions but that subsequent repeal of those post-Union rights or privileges would be subject to an appeal to the Governor General in Council.

Wilson J. also observed at p. 1177 that, pursuant to the language of s. 93(1) itself, "the scope of the rights and privileges protected under the section must be determined by ascertaining the rights and

L'article 20 de la *Loi Scott*

Les appelantes invoquent l'art. 20 de la *Loi Scott* comme source du droit à une part proportionnelle de tous les fonds publics. Mais, je le répète, il importe d'examiner l'objet et l'historique de l'art. 93, avant d'analyser le rôle de la *Loi Scott*, la question de la proportionnalité et les autres arguments soulevés par les parties. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, précité, à partir de la p. 1173, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a dégagé le contexte dans lequel s'inscrit l'art. 93. Soulignant l'importance que revêtaient à l'époque de la Confédération les garanties confessionnelles en matière d'éducation, elle a expliqué que, dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution, l'art. 93 constituait une garantie d'égalité. Cet article avait pour objet de veiller à ce que les minorités catholiques romaines du Haut-Canada et des provinces Maritimes, ainsi que la minorité protestante du Bas-Canada soient traitées, selon les mots de lord Carnarvon, [TRADUCTION] «sur un pied de parfaite égalité». Le juge Wilson s'est également reporté aux observations faites par sir Charles Tupper à la Chambre des communes en 1896 et selon lesquelles la Confédération n'aurait pas été possible sans l'art. 93. Elle a souligné, à la p. 1176:

Bien qu'il faille se garder d'interpréter d'une manière trop large une disposition qui traduit un compromis politique, il doit tout de même être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé. L'étude du contexte de l'art. 93 entreprise dans les présents motifs vise non pas à expliquer le compromis qui est intervenu, mais à en confirmer la nature exacte. Or, le contexte indique que le compromis consistait en partie à permettre à la province de légiférer relativement aux écoles confessionnelles séparées. La province devait être habilitée à conférer des droits et priviléges nouveaux aux écoles confessionnelles après l'Union pour faire face à des situations nouvelles, mais l'abolition subséquente des droits ou priviléges ainsi conférés pourrait faire l'objet d'un appel au gouverneur général en conseil.

Le juge Wilson a également fait observer, à la p. 1177, que, suivant le texte même du par. 93(1), «la portée des droits et priviléges garantis par l'article doit être déterminée en vérifiant les droits et privi-

privileges in existence at the time of the Union". The *Scott Act*, as Wilson J. noted, "was the last statute pertaining to separate schools enacted prior to Confederation" (p. 1186). She discussed the purpose of s. 20 of the *Scott Act*, and its relationship to s. 120 of the *Common Schools Act* of 1859, at pp. 1193-96:

The whole purpose of these two sections was to preserve the separate school system. The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools. There would therefore always be a grant in which the separate schools would be entitled to share. However, by interpreting "otherwise appropriated by law" as permitting appropriations to schools other than "common schools" serving the majority, the Privy Council created a result quite contrary to the one which seems to have been intended by the draftsmen of the *Scott Act*. It created a situation where the schools of the majority could be fully funded by the Legislature but the separate schools' funding was dependent upon the grace, generosity and good will of the Legislature. This hardly seems consonant with the purpose of the *Scott Act*, which, as stated in its preamble, was to:

... restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools

The view expressed by Anglin C.J. in this Court's decision in *Tiny* at pp. 678-79 seems apposite:

To exclude from the additional monetary benefits in which the right to "a share" was conferred on the separate schools in 1863 grants "for a common school purpose" . . . would defeat the apparent intention of the Legislature in 1863 to put separate schools on a footing of absolute equality with common schools in regard to all grants, municipal or legislative, of public moneys.

If, therefore, a grant of public moneys is made by the Legislature or by a municipal authority to aid or assist in the carrying out of what would in 1867 have been

lèges qui existaient au moment de l'Union». La *Loi Scott*, a souligné le juge Wilson, «fut la dernière loi concernant les écoles séparées à être adoptée avant la Confédération» (p. 1186). Elle a examiné, aux pp. 1193 à 1196, l'objet de l'art. 20 de la *Loi Scott* et son rapport avec l'art. 120 de la *Common Schools Act* de 1859:

L'objet même de ces deux articles était de préserver le système des écoles séparées. La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes. Il y aurait donc toujours des fonds dont une part reviendrait aux écoles séparées. Mais, en interprétant l'expression [TRADUCTION] «que la loi n'affecte pas à d'autres fins» comme autorisant des affectations de fonds à d'autres écoles que les «écoles communes» desservant la majorité, le Conseil privé arrive à un résultat tout à fait contraire à celui que semblent avoir voulu les rédacteurs de la *loi Scott*. Il crée une situation où les écoles de la majorité peuvent être entièrement financées par l'assemblée législative, mais où les fonds affectés aux écoles séparées dépendent de sa mansuétude, de sa générosité et de son bon vouloir. Cela semble difficilement compatible avec l'objet de la *loi Scott*, lequel est, selon son préambule, de:

... réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlementent les écoles séparées et celles des écoles communes:

Le point de vue exprimé par le juge en chef Anglin, aux pp. 678 et 679 de l'arrêt *Tiny* de cette Cour, semble particulièrement pertinent:

[TRADUCTION] Exclure les subventions «aux fins des écoles communes» des avantages monétaires supplémentaires que le droit à «une part» a accordé en 1863 aux écoles séparées [. . .] aurait pour effet de contre-carrer l'intention manifeste du législateur, en 1863, de placer les écoles séparées sur un pied d'égalité absolue avec les écoles communes en ce qui concerne toutes les affectations, municipales ou législatives, de fonds publics.

Donc, si le législateur ou une autorité municipale octroie des deniers publics pour venir en aide ou porter assistance à la réalisation de ce qui, en 1867, aurait

deemed a common school purpose, either it must be so made that it is apportionable between the common schools (or their present day successors) and the separate schools, or compensation to the latter for their proportion of such grant must be provided for.

... s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* was intended to give constitutional value to the rights and privileges conferred in the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859. Section 93(1) should, in my view, be interpreted in a way which implements its clear purpose which was to provide a firm protection for Roman Catholic education in the Province of Ontario and Protestant education in the Province of Quebec. To interpret the provisions of the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859 in the way in which the Privy Council interpreted them in *Tiny* is to render this constitutionalized protection illusory and wholly undermine this historically important compromise.

It is clear that if the foregoing right was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Likewise, in my view, the right of separate schools in Ontario. They were entitled to the proportionate funding provided for in s. 20 of the *Scott Act*. This conclusion, it seems to me, is fully consistent with the clear purpose of s. 93, namely that the denominational minority's interest in a separate but suitable education for its children be protected into the future.

Even if EDCs could be characterized as "grants", it should be noted that s. 20 has never applied to capital grants. As the respondents have submitted, "[t]he concept of equal per pupil local grants measured on an annual basis cannot be applied sensibly to capital grants for assets that are to be used over a number of years. It would be absurd to require the Province to fund the construction of an unneeded separate school simply because the local public school board needed and received provincial funding for a new school". The current education funding model in Ontario is in one sense inconsistent with s. 20 of the *Scott Act* in

été réputé constituer une fin des écoles communes, ou bien les fonds affectés doivent être partagés entre les écoles communes (ou celles qui les ont remplacées aujourd'hui) et les écoles séparées, ou bien une indemnité pour leur part de cette subvention doit leur être versée.

... le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était destiné à conférer une valeur constitutionnelle aux droits et priviléges attribués par la *loi Scott* et la *Common Schools Act* de 1859. Le paragraphe 93(1) devrait, à mon avis, être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d'accorder une solide protection à l'enseignement catholique dans la province de l'Ontario et à l'enseignement protestant dans la province de Québec. Interpréter les dispositions de la *loi Scott* et de la *Common Schools Act* de 1859 comme l'a fait le Conseil privé dans son arrêt *Tiny* a pour effet de rendre illusoire cette garantie constitutionnelle et de miner totalement cet important compromis historique.

Il est manifeste que, pour que le droit précité ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du financement assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, on peut en dire autant du droit des écoles séparées en Ontario. Elles avaient droit au financement proportionnel prévu par l'art. 20 de la *loi Scott*. Cette conclusion, me semble-t-il, est tout à fait conforme à l'objet manifeste de l'art. 93, savoir que l'intérêt de la minorité confessionnelle à ce que ses enfants reçoivent un enseignement séparé mais adéquat soit garanti pour l'avenir.

Même si les REE pouvaient être considérées comme des «subventions», soulignons que l'art. 20 n'a jamais été appliqué aux subventions pour immobilisations. Comme le font valoir les intimés, [TRADUCTION] «[I]l concept de subventions locales identiques calculées annuellement en fonction du nombre d'élèves ne peut logiquement être appliquée aux subventions pour immobilisations pour des biens dont l'utilisation s'étendra sur un certain nombre d'années. Il serait absurde d'exiger de la province qu'elle finance la construction d'une école séparée non nécessaire du simple fait que le conseil scolaire public local a reçu les fonds pro-

that it operates on a provincial, rather than on a local basis to provide equal per pupil resources for a base level of education services, and in that it only considers local assessment wealth in fixing grants, but not the grant level enjoyed by the coterminous school board. However, recent jurisprudence, including *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at p. 402, has continued to emphasize that a formalistic interpretation of s. 93(1) may not in fact protect the substance of the guarantee contained therein:

vinciaux dont il avait besoin pour une nouvelle école». Le mode actuel de financement de l'éducation en Ontario est en un sens incompatible avec l'art. 20 de la *Loi Scott*, en ce qu'il se place au niveau provincial et non local pour assurer l'égalité des ressources par élève quant aux services d'enseignement de base, et en ce qu'il ne tient compte, dans la fixation du montant de la subvention, que de la valeur de l'assiette foncière locale, et non de l'affectation de fonds dont jouit le conseil scolaire coïncident. Toutefois, la jurisprudence récente, dont l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, à la p. 402, continue de mettre en garde contre une interprétation formaliste du par. 93(1) qui risquerait de ne pas protéger l'essence de la garantie qu'elle renferme:

It is true that the rights or privileges under ordinary law to which s. 93(1) refers have been frozen at Confederation. But just like the basic provincial power which, as Viscount Cave explained, was not "stereotyped" at the Union, the exception to that power has also matured over time through judicial interpretation. The approach courts have taken to the interpretation of the expression "with respect to Denominational Schools" in cases such as *Hull, supra*, . . . demonstrates that the law in force "at the Union" cannot on its own set the content of the constitutional rights in s. 93(1).

Certes, les droits ou priviléges résultant de textes législatifs ordinaires, dont parle le par. 93(1), sont figés depuis la Confédération. Mais tout comme la compétence provinciale de base, qui selon le vicomte Cave n'a pas été «stéréotypée» lors de l'Union, l'exception à cette compétence a également évolué au cours des années sous l'effet de l'interprétation judiciaire. La façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation de l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans des causes comme l'affaire *Hull*, précitée, [...] démontre que la loi en vigueur «lors de l'Union» ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1).

Accordingly, I find myself in agreement with the respondents' submission that s. 20 of the *Scott Act* does not impose "a procrustean obligation of proportionality in its strict terms". In my view, when one reviews the history and purpose of s. 93(1), the principle of proportionality can be seen for what it really is, namely, the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Moreover, as I have noted above, the entire system of provincial grants in Ontario has not been based on actual proportionality since early in the century. The departure from strict, formalistic proportionality was made because it had led to a serious inequality of educational opportunity. While the notion of proportionality contained in s. 20 of the *Scott Act* is a constitutional right embodied in s. 93(1), the substantive purpose of this notion must be borne in mind: the achieve-

En conséquence, je souscris à l'argument des intimés selon lequel l'art. 20 de la *Loi Scott* n'impose pas [TRADUCTION] «une obligation stricte de proportionnalité digne de Procuste». À mon avis, l'étude de l'historique et de l'objet du par. 93(1) nous permet de découvrir la véritable nature du principe de la proportionnalité, savoir un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. De plus, comme je l'ai signalé précédemment, le système global de subventions provinciales en Ontario n'est pas fondé sur la proportionnalité véritable depuis le début du siècle. On s'est en effet écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce que celle-ci avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1),

ment of an educational system that distributes provincial funds in a fair and non-discriminatory manner to common and separate schools alike. This is the substantive guarantee offered by s. 93(1). As the Court per Gonthier J. stated in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 567:

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull, supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized. [Emphasis added by Gonthier J.]

This guarantee has been embodied in the principle set out in s. 122 of the *Education Act*, the successor of s. 20 of the *Scott Act*: "Every separate school shall share in the legislative grants in like manner as a public school". I agree with the respondents' submission that "[t]he principle in s. 122 of the *Education Act*, which is legally impressed upon the [*Development Charges Act*] . . . honours the obligation for a fair and non-discriminatory distribution, and subsumes and supersedes any obligation of proportionality that might have been imposed by s. 20 of the *Scott Act*". The EDC scheme established by Part III of the Act is integrated with the funding model established by the *Education Act*. The scheme permits school boards to build schools without recourse to the local assessment base, recovering the financial resources needed on a per-pupil basis to build schools in areas of new growth. Provincial grants, combined with EDCs, ensure that all school boards, separate and public, can meet the demand for educational services and facilities. Part III of the Act treats public and separate boards and their respective supporters equally; both public and separate boards have an equal ability to enact EDC by-laws. The needs of both public and separate school boards are dealt with in a fair and non-discriminatory manner. Therefore, in my view, the

il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental de cette notion: la création d'un système d'enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. Telle est la garantie fondamentale offerte par le par. 93(1). Comme l'a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination. [Souligné par le juge Gonthier.]

Cette garantie a été incorporée dans le principe qu'énonce l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, lequel a remplacé l'art. 20 de la *Loi Scott*: «Les écoles séparées doivent recevoir une part des subventions générales de la même façon que les écoles publiques». Je souscris à l'argument des intimés selon lequel [TRADUCTION] «[l]e principe de l'art. 122 de la *Loi sur l'éducation*, qui marque légalement de son empreinte la [*Loi sur les redevances d'exploitation*] [...] respecte l'obligation d'une répartition équitable et sans discrimination, et englobe et supplante toute obligation de proportionnalité qu'aurait pu imposer l'art. 20 de la *loi Scott*». Le régime des REE établi par la partie III de la Loi est intégré au mécanisme de financement instauré par la *Loi sur l'éducation*. En vertu de ce régime, les conseils scolaires sont autorisés à construire des écoles sans recourir à l'assiette locale, obtenant d'après le nombre d'élèves les ressources financières requises pour construire des écoles dans les nouvelles zones de croissance. Les subventions provinciales, combinées aux REE, font en sorte que tous les conseils scolaires, séparés et publics, puissent répondre à la demande de services et d'installations d'enseignement. La partie III de la Loi accorde un traitement égal aux conseils publics et séparés et à leurs contribuables respectifs; les deux conseils sont habilités de la même

EDC scheme cannot be said to affect prejudicially the denominational rights embodied in s. 93(1).

manière à adopter des règlements prévoyant l'imposition d'une REE. Les besoins des conseils publics et séparés sont traités équitablement et sans discrimination. Par conséquent, à mon avis, on ne peut dire que le régime des REE porte atteinte aux droits confessionnels consacrés au par. 93(1).

Section 14 of the *Scott Act*

75 The appellants cite s. 14 of the *Scott Act* as the source of the right of separate school supporters to be exempt from paying assessments for public school purposes. Section 14 provided that separate school supporters "shall be exempted from the payment of all rates imposed for the support of Common Schools, and of Common School Libraries, or for the purchase of land or erection of buildings for Common School purposes". However, it is my view that EDCs are not "rates" within the meaning of s. 14. A rate in this sense means the annual taxes payable by an individual on land, calculated by assessing the value of the land and applying to that value the "rate" established annually by the taxing authority (cf. *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), vol. 2; and *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346 (C.A.)). A rate is a fixed percentage of value, applied equally to all properties within the jurisdiction, rather than a uniform charge applicable only to certain classes of property with no reference to property values. I agree with the respondents that EDCs are a new source of funds, neither a rate nor a grant, that was not contemplated by the legislation at the time of Confederation. EDCs, like other charges used to finance municipal infrastructure like sidewalks and sewers, are a secular source of funds. Those paying EDCs are not identified by school support, and the proceeds are not identified as belonging to one school board or the other. As noted above, the proceeds are commingled. Again, I agree with the submission of the respondents that this secular character is entirely appropriate, as money raised under the by-law of one school board may be used to build schools needed by the coterminous board. Further, the development from which EDCs flow will be owned and occupied by supporters of each

L'article 14 de la *Loi Scott*

Les appelantes citent l'art. 14 de la *Loi Scott* comme source du droit des contribuables des écoles séparées d'être exemptés du paiement de cotisations aux fins des écoles publiques. En vertu de cet article, le contribuable d'une école séparée «sera exempt de toutes taxes imposées pour le soutien des écoles communes et des bibliothèques des écoles communes, ou pour l'achat de terrains ou construction de bâtisses pour les écoles communes». À mon avis, toutefois, les REE ne sont pas des «taxes» au sens de l'art. 14, c'est-à-dire des cotisations annuelles payables par une personne sur un terrain, calculées en fonction de la valeur du terrain et en appliquant à cette valeur une «cotisation» établie annuellement par l'autorité taxatrice (voir *Jowitt's Dictionary of English Law* (2^e éd. 1977), vol. 2; et *Re Scott and Ottawa* (1856), 13 U.C.Q.B. 346 (C.A.)). Une cotisation est un pourcentage fixe de la valeur, appliquée également à tous les biens du ressort, et non une redevance uniforme applicable uniquement à certaines catégories de biens sans égard à leur valeur. Je suis d'accord avec les intimés pour dire que les REE constituent une nouvelle source de fonds, ni taxe ni subvention, que le législateur n'avait pas envisagée au moment de la Confédération. Les REE, comme les autres redevances servant à financer les infrastructures municipales tels les trottoirs et les égouts, sont une source séculière de fonds. Ceux qui paient la redevance ne sont pas identifiés selon le système scolaire auquel ils contribuent, et les recettes n'appartiennent pas à un conseil scolaire en particulier. Comme je l'ai indiqué précédemment, les recettes sont confondues. Encore là, je souscris à l'argument des intimés selon lequel ce caractère séculier est tout à fait approprié, les sommes recueillies en vertu du règlement d'un conseil scolaire pouvant servir à construire les écoles dont a besoin le conseil coïncident. De plus,

system from time to time over the life of the new schools.

E. Sections 2(a) and 15 of the Charter

The intervenor Seto challenges the validity of the EDC scheme on the basis that it violates her rights to equality under the law and to religious freedom under ss. 2(a) and 15 of the *Charter*. She submits that as EDCs can be levied by Roman Catholic Separate School Boards on all new homes, whereas supporters of other religions do not have this ability to impose EDCs, the scheme is violative of the *Charter*. The intervenor acknowledges that in so far as the EDC scheme falls within s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, it is immune from *Charter* scrutiny.

It is my view, as set out above, that the EDC scheme, as established by Part III of the Act, pursues the constitutionally required objective of providing separate schools with funding that is on par with the funding received by public schools. As a right or privilege enjoyed by separate schools at Confederation, this form of legislation is required by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. As such, the legislation is immune from scrutiny under the *Charter*. As Wilson J. stated in *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, at pp. 1197-98:

I have indicated that the rights or privileges protected by s. 93(1) are immune from *Charter* review under s. 29 of the *Charter*. I think this is clear. What is less clear is whether s. 29 of the *Charter* was required in order to achieve that result. In my view, it was not. I believe it was put there simply to emphasize that the special treatment guaranteed by the constitution to denominational, separate or dissentient schools, even if it sits uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter* because not available to other schools, is nevertheless not impaired by the *Charter*. It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution, particularly a

les unités de l'exploitation qui a entraîné l'imposition de la REE seront possédées et occupées par des contribuables de chaque système pendant tout le temps que les nouvelles écoles seront en fonction.

E. L'alinéa 2a) et l'article 15 de la Charte

L'intervenante Seto conteste la validité du régime des REE pour le motif qu'il viole ses droits à l'égalité devant la loi et à la liberté de religion garantis par l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte*. Elle soutient que, étant donné que la REE peut être imposée par des conseils d'écoles catholiques séparées sur toutes les nouvelles maisons alors que les contribuables d'autres religions ne sont pas habilités à imposer une telle redevance, le régime contrevient à la *Charte*. L'intervenante convient que, dans la mesure où le régime des REE relève du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il échappe à tout examen fondé sur la *Charte*.

À mon avis, comme je l'ai indiqué précédemment, le régime des REE tel qu'établi par la partie III de la Loi est conforme à l'objectif exigé par la Constitution visant à fournir aux écoles séparées un financement équivalent à celui que reçoivent les écoles publiques. En tant que droit ou privilège dont jouissaient les écoles séparées au moment de la Confédération, ce genre de disposition législative est requis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, précité, aux pp. 1197 et 1198:

J'ai indiqué que les droits ou priviléges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enraciné dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositi-

provision such as s. 93 which represented a fundamental part of the Confederation compromise.

VI. Conclusions and Disposition

78 The following conclusions emerge from the foregoing analysis. First, owing to the serious and complex nature of the issues before the Court, I have assumed, without deciding, that the appellants have standing. However, I wish to be clear that efforts to bootstrap standing by way of interveners are to be discouraged. Second, Part III of the Act authorizes the imposition of an indirect tax contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. However, the EDC scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario as ancillary to a valid regulatory scheme of land use planning, pursuant to ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Third, the EDC scheme does not prejudicially affect a right or privilege with respect to denominational schools contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Finally, the EDC scheme is immune from *Charter* scrutiny, for the reasons articulated by Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*.

79 Accordingly, I would dismiss the appeal. The parties have agreed that there should be no order as to costs.

Addendum

80 Since the preparation of the foregoing reasons, I have had the opportunity to read Justice La Forest's reasons in this case, which have prompted me to make the following additional comments.

81 First, I note that underlying my colleague's approach is an insistence upon categorizing the EDCs as "land taxes", while ignoring their true nature. What was said by Lord Simon in *Atlantic*

tions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral.

VI. Conclusions et dispositif

De l'analyse qui précède émergent les conclusions suivantes. Premièrement, étant donné la nature sérieuse et complexe des questions soumises à la Cour, j'ai présumé, sans en décider, que les appelantes avaient qualité pour agir. Toutefois, qu'il soit bien clair que nous décourageons tout effort pour compenser par le biais d'intervenants les lacunes au chapitre de la qualité pour agir. Deuxièmement, la partie III de la Loi autorise l'imposition d'une taxe indirecte, ce qui va à l'encontre du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le régime des REE relève de la compétence de la législature de l'Ontario parce qu'il est accessoire à un régime valide de réglementation de l'aménagement du territoire, conformément aux par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Troisièmement, le régime des REE ne porte pas atteinte à un droit ou privilège conféré à l'égard des écoles confessionnelles par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, le régime des REE échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, pour les motifs énoncés par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties ont consenti à ce qu'il n'y ait pas d'ordonnance relative aux dépens.

Addendum

Depuis la rédaction des motifs qui précèdent, j'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge La Forest dans la présente affaire, ce qui m'incite à ajouter les commentaires qui suivent.

Premièrement, je note que, dans son analyse, mon collègue insiste pour classer les REE dans la catégorie des «taxes foncières», mais qu'il ne tient pas compte de leur vraie nature. Ce qu'a dit lord

Smoke Shops, Ltd., supra, is equally applicable here. He states, at p. 565:

Their Lordships are of opinion that Lord Cave's reference in his judgment in the *Fairbanks*' case to "two separate and distinct categories" of taxes, "namely, those that are direct and those which cannot be so described", should not be understood as relieving the courts from the obligation of examining the real nature and effect of the particular tax in the present instance, or as justifying the classification of the tax as indirect merely because it is in some sense associated with the purchase of an article.

La Forest J. takes issue with my general, descriptive discussion of the characteristics of land taxes. It is true, as I have stated, that not all taxes that have been held to be land taxes were "assessed as a percentage of the value of the land, or as a fixed charge per acre". However, this is a usual, but not necessary, characteristic. The point that the assessment of the tax is not based upon the value of the land is simply further illustration that in this case, while tied loosely to the land, the charges in question do not seek to tax land *qua* land. In characterizing EDCs as land taxes, my colleague has oversimplified the nature of the scheme, and overlooks the ways in which EDCs are novel and unlike any known form of taxation. Indeed, I note that, while La Forest J. states, at para. 91, that the EDCs are imposed "on the owner of land on which new dwelling units and commercial developments are constructed", the charges are not in fact imposed on the owner of the land *per se*; rather, the legislation is phrased so as to impose the charges on persons seeking building permits as a condition of obtaining a permit. The crucial inquiry is the object and purpose of the scheme, not simply its formal or superficial characteristics.

La Forest J. emphasizes that several of the cases have categorized taxes as land taxes even when it was clear that the incidence was indirect, the best example being the *Fairbanks* case. As I have stated, however, it is my opinion that, while the

Simon dans *Atlantic Smoke Shops, Ltd.*, précité, à la p. 565, s'applique également en l'espèce:

[TRADUCTION] Leurs seigneuries sont d'avis que la mention de «deux catégories distinctes» de taxes, «soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi», que fait lord Cave dans ses motifs de l'arrêt *Fairbanks*, ne devrait pas être interprétée comme relevant les tribunaux de leur obligation d'examiner la nature et l'effet véritables de la taxe en cause en l'espèce, ou comme justifiant de la classer dans la catégorie des taxes indirectes simplement parce qu'elle est associée d'une certaine façon à l'achat d'un article.

Le juge La Forest conteste mon analyse générale et descriptive des caractéristiques des taxes foncières. Comme je l'ai mentionné, il est exact que ce ne sont pas toutes les taxes qualifiées de taxes foncières qui ont été «calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre». Cependant, il s'agit là d'une caractéristique habituelle, mais non nécessaire. L'argument selon lequel l'évaluation de la taxe n'est pas fondée sur la valeur du terrain n'est qu'une autre illustration que les redevances en question, même si elles se rattachent vaguement au terrain, ne visent pas à taxer ce terrain en tant que tel. Lorsqu'il qualifie les REE de taxes foncières, mon collègue simplifie trop la nature du régime et ne tient pas compte des aspects qui font des REE un mode de taxation nouveau et différent de tout autre mode de taxation connu. En fait, bien que le juge La Forest affirme, au par. 91, que les REE sont imposées «aux propriétaires des terrains sur lesquels sont construits de nouveaux logements et de nouveaux bâtiments commerciaux», ces redevances ne sont pas en réalité imposées aux propriétaires des terrains en soi; la loi est plutôt formulée de façon à les imposer aux personnes qui cherchent à obtenir un permis de construire et ce, à titre de condition de délivrance de ce permis. L'examen fondamental vise l'objet et le but du régime et non seulement ses caractéristiques formelles ou apparentes.

Le juge La Forest fait ressortir que plusieurs des arrêts ont classé des taxes dans la catégorie des taxes foncières même dans le cas où il était clair qu'elles avaient une incidence indirecte, le meilleur exemple étant l'arrêt *Fairbanks*. Toutefois,

jurisprudence reveals that land taxes are generally direct taxes, the cases do not prevent a tax on land by itself from being treated as an indirect tax. To repeat, the EDCs are simply not true land taxes in the traditional sense. Rather, the EDC scheme is indirect taxation which is ancillary to a constitutionally valid provincial regulatory regime. My colleague's contention, at para. 139, that I have attempted "by the use of the Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax, and so converts a direct tax into an indirect tax" is, therefore, beside the point.

comme je l'ai mentionné, je suis d'avis que, bien que la jurisprudence indique que les taxes foncières sont en règle générale des taxes directes, elle n'interdit pas de traiter comme une taxe indirecte une taxe foncière en soi. Je le répète, les REE ne sont simplement pas de vraies taxes foncières dans le sens traditionnel. Le régime des REE est plutôt une taxation indirecte qui est accessoire à un régime de réglementation provincial valide sur le plan constitutionnel. L'affirmation de mon collègue, au par. 139, selon laquelle je tente, «par l'utilisation du critère de Mill, de transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières, et de convertir ainsi une taxe directe en taxe indirecte», n'a donc rien à voir avec la question.

84

Finally, I wish to address my colleague's concern with respect to the application of the *Allard* approach in this case. He seems to imply, at para. 93, that I have assumed that "the grant of a power to regulate, *ipso facto*, carries with it the power to levy the financial resources necessary to give effect to a regulatory scheme". He also seems to be concerned that I have not used the words "pith and substance"; however, it is my opinion that the use of such terminology would not change the analysis or conclusion. Indeed, the "ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme" approach won the unanimous support of this Court in *Allard*, and really is simply a different way of expressing the same concern, that is, to determine the pith and substance of the legislation in question.

Enfin, je tiens à examiner la préoccupation de mon collègue relativement à l'application à la présente affaire de l'analyse formulée dans l'arrêt *Allard*. Il semble laisser supposer, au par. 93, que j'ai tenu pour acquis que «l'octroi d'un pouvoir de réglementation entraîne ipso facto le pouvoir de percevoir les ressources financières nécessaires pour donner effet à un régime de réglementation». Il semble aussi préoccupé par le fait que je n'ai pas utilisé l'expression «caractère véritable»; cependant, à mon avis, l'emploi de cette expression ne changerait pas l'analyse ou la conclusion. En fait, l'analyse visant à déterminer si des taxes sont «accessoires ou rattachés à un régime de réglementation valide» a reçu l'appui unanime de notre Cour dans l'arrêt *Allard*, et constitue en réalité simplement une autre façon d'exprimer la même préoccupation, c'est-à-dire de déterminer quel est le caractère véritable de la loi en question.

85

In discussing the provincial power to levy a regulatory charge, and the EDC scheme, La Forest J. states, at para. 118, that the fact that the "scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose", is not, in itself, determinative in characterizing the matter of the scheme. I believe that my colleague has misunderstood my reasons. The key finding that I make is that the EDC scheme is part of a comprehensive and integrated regulatory

Lorsqu'il examine le pouvoir provincial de percevoir une redevance de nature réglementaire et le régime des REE, le juge La Forest affirme, au par. 118, que le fait que le «régime législatif prévoit expressément l'utilisation que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin» n'est pas, en soi, déterminant pour ce qui est de la qualification de la matière visée par le régime. Je crois que mon collègue a mal interprété mes motifs. Ma principale conclusion est que les

scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province. The fact that the scheme specifically provides for the use that will be made of the funds levied, and that the amount levied is carefully limited to such purposes, is mentioned as further support for the main finding, not as the only hallmarks, contrary to my colleague's interpretation. The carefully designed mechanics of the scheme ensure that the power of indirect taxation will not extend beyond the regulatory costs; this is crucial in order to avoid rendering s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* meaningless.

My colleague obviously takes a much narrower view of what can be considered to be "regulatory activity" by a province. He simply does not see EDCs as part of a comprehensive land use planning scheme. With respect, however, I find his characterization of the EDC scheme is so narrow that he ultimately seems to deny the complexity that necessarily and appropriately exists within the realm of land use planning. Of course, housing development does not by itself dictate the building of schools. This is not what I have said in my reasons. Rather, I have recognized that the province has made a legislative, regulatory decision that new development is to pay its own way for the infrastructure, including schools, that the province considers necessary to successful communities. This legislative decision, as I have noted above, is made express in such legislation as the *Planning Act*, ss. 2(i), 51(24)(a) and (j). The regulatory aim is that new development should bear the cost of infrastructure occasioned by the new development.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin were delivered by

REE font partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province. Le fait que le régime prévoit expressément l'utilisation qui sera faite des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin est mentionné comme appui supplémentaire à la conclusion principale, et non comme seules caractéristiques du régime, contrairement à l'interprétation de mon collègue. Les mécanismes soigneusement conçus du régime font en sorte que le pouvoir de taxation indirecte ne permettra pas la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation; ce qui est crucial pour ne pas priver le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de tout sens.

Mon collègue adopte de toute évidence une conception beaucoup plus restrictive de ce qui peut être considéré comme une «activité de réglementation» par une province. Il ne considère tout simplement pas les REE comme faisant partie d'un régime étendu d'aménagement foncier. Cependant, en toute déférence, je suis d'avis que sa caractérisation du régime des REE est tellement restrictive qu'il semble en fin de compte ignorer la complexité qui existe nécessairement et à juste titre dans le domaine de l'aménagement foncier. Il va sans dire que les exploitations à des fins domiciliaires ne dictent pas la construction d'écoles. Ce n'est pas ce que j'ai dit dans mes motifs. J'ai plutôt reconnu que la province a décidé dans une loi et un règlement que les nouvelles exploitations foncières doivent payer leurs propres infrastructures, y compris les écoles, que la province considère nécessaires à la réussite des collectivités. Comme je l'ai mentionné, cette décision du législateur est prévue expressément dans la *Loi sur l'aménagement du territoire*, al. 2i) et 51(24)a) et j). Aux termes du règlement, les nouvelles exploitations devraient supporter le coût des infrastructures qu'elles nécessitent.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

87

LA FOREST J. — This appeal raises the constitutional validity of Part III of the *Development Charges Act*, R.S.O. 1990, c. D.9, and related regulations, which enact a scheme empowering Ontario public and separate school boards to impose so-called education development charges ("EDCs") on owners of land based generally on a percentage of the construction costs of new dwelling units or commercial development.

88

The appeal raises a number of major issues respecting the interpretation of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, namely, whether the scheme is valid as direct taxation within the province (s. 92(2)), or as a regulatory charge under the combined operation of s. 92(9), the provincial licensing power, s. 92(13), "Property and Civil Rights", and s. 92(16) "Matters of a merely local or private Nature". It also raises the issues whether the scheme violates the guarantees given private school supporters under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* or the guarantees of freedom of conscience and religion and the equality rights accorded by ss. 2(a) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

89

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci. I agree with his reasons as they pertain to s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* provisions. The major issues upon which I shall focus are those concerning the interpretation of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. While I agree with my colleague's conclusion that the EDCs are *intra vires* the province, I do so for quite different reasons. I respectfully disagree with him that the EDC scheme is valid as a regulatory charge under the combined operation of ss. 92(9), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, in my view, the scheme is valid as being in pith and substance "Direct Taxation within the Province in order to the raising of a

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi a trait à la constitutionnalité de la partie III de la *Loi sur les redevances d'exploitation*, L.R.O. 1990, ch. D.9, et de ses règlements d'application, qui établissent un régime autorisant les conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées de l'Ontario à imposer aux propriétaires fonciers le paiement de ce que l'on a appelé des redevances d'exploitation relatives à l'éducation («REE»), lesquelles sont généralement fondées sur un pourcentage du coût de construction de nouveaux logements ou de nouveaux bâtiments commerciaux.

Ce pourvoi soulève plusieurs questions importantes concernant l'interprétation de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont celle de savoir si le régime est valide en tant que taxation directe dans les limites de la province (par. 92(2)) ou en tant que redevance de nature réglementaire en vertu de l'application combinée du par. 92(9), le pouvoir des provinces de délivrer des permis, du par. 92(13), «la propriété et les droits civils», et du par. 92(16), «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée». Il soulève également la question de savoir si ce régime viole les garanties données aux contribuables des écoles privées en vertu du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou les garanties relatives à la liberté de conscience et de religion et au droit à l'égalité accordées par l'al. 2a) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. Je suis d'accord avec ses motifs dans la mesure où ils se rapportent à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux dispositions de la *Charte*. Les principales questions auxquelles je m'attarderai sont celles qui concernent l'interprétation de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je souscris à la conclusion de mon collègue selon laquelle les REE relèvent de la compétence de la province, mais pour des motifs tout à fait différents. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que le régime des REE est valide en tant que redevance de nature réglementaire en vertu de l'application combinée des par. 92(9), (13) et (16) de la

Revenue for Provincial Purposes" within the meaning of s. 92(2) of that Act.

My colleague has set forth the legislation as well as the other relevant facts and the judicial history of the appeal and I shall not repeat them. However, since it is important to keep the central features of the EDC scheme firmly in mind, I shall briefly summarize it.

In essence, the impugned scheme empowers Ontario public and separate school boards to pass by-laws imposing so-called EDCs on the owner of land on which new dwelling units and commercial developments are constructed. These EDCs are intended to raise the monies such boards estimate will be necessary to defray the costs (above the provincial grants for the purpose) of new schools they may decide to construct to serve the needs of new pupils from the development. The EDCs are imposed at differential rates on dwelling units and commercial development. The former is based on a percentage of the construction costs of the unit. The commercial contribution is calculated by dividing the percentage of growth-related costs that is to be covered by commercial EDCs by the declared value of the commercial building permits issued during the term of the EDC by-law and multiplying the quotient by 100 to express the EDCs on commercial development as a percentage of declared value. The monies so collected are to be used solely for building schools by the school board subject to the approval of the Minister of Education.

General Constitutional Structure

The question whether the levy just described is a valid exercise of power under s. 92 raises funda-

Loi constitutionnelle de 1867. À mon avis, le régime est valide parce qu'il constitue, de par son caractère véritable, une «taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» au sens du par. 92(2) de cette loi.

Mon collègue a exposé les dispositions législatives et les autres faits pertinents ainsi que l'historique des procédures judiciaires, de sorte que je ne les reprendrai pas. Cependant, comme il est important de bien garder à l'esprit les caractéristiques principales du régime des REE, je les résumerai brièvement.

Essentiellement, le régime contesté autorise les conseils d'écoles publiques et d'écoles séparées de l'Ontario à adopter des règlements imposant ce que l'on a appelé des REE aux propriétaires des terrains sur lesquels sont construits de nouveaux logements et de nouveaux bâtiments commerciaux. Ces REE visent à percevoir les fonds que ces conseils estiment nécessaires pour couvrir le coût (excédant le montant des subventions provinciales accordées à cette fin) des nouvelles écoles qu'ils peuvent décider de construire pour servir les nouveaux élèves de l'ensemble résidentiel. Les REE sont imposées à des taux différents sur les logements et sur les bâtiments commerciaux. La première catégorie est fondée sur un pourcentage du coût de construction du logement. La contribution commerciale est calculée en divisant le pourcentage du coût lié à la croissance couvert par la REE commerciale par la valeur déclarée des permis de construire des bâtiments commerciaux devant être délivrés pendant la période d'application du règlement scolaire qui prévoit l'imposition de la REE, et en multipliant le quotient par 100 afin d'obtenir le montant de la REE imposée sur des travaux d'exploitation à des fins commerciales, exprimé en pourcentage de la valeur déclarée. Les fonds ainsi perçus ne doivent servir qu'à la construction d'écoles par le conseil scolaire, sous réserve de l'approbation du ministre de l'Éducation.

La structure constitutionnelle générale

Le point de savoir si le prélèvement qui vient d'être décrit constitue un exercice valide du pou-

mental issues about the basic structure and workings of the *Constitution Act, 1867*. Not only does it raise highly technical issues concerning the extent and manner in which a province is constitutionally permitted to finance its legislative measures; it also raises broad constitutional issues such as the extent to which such financial measures impact on the general structure of the Constitution and on the residents in other provinces who have little ongoing contact with the province's imposing the levy. These issues can only be resolved by a careful examination of the cases, but it assists understanding to recall the basic structure of the division of legislative power under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers.

voir découlant de l'art. 92 soulève des questions primordiales au sujet de la structure fondamentale et du fonctionnement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il soulève non seulement des questions d'ordre très technique pour savoir dans quelle mesure et de quelle manière la Constitution permet à une province de financer les mesures législatives qu'elle met de l'avant, mais également des questions constitutionnelles générales telles que la mesure dans laquelle ces dispositions financières ont des répercussions sur la structure générale de la Constitution et entraînent des conséquences pour les résidants des autres provinces qui ont peu de contacts permanents avec la province où le droit est prélevé. Seul un examen minutieux de la jurisprudence peut permettre de résoudre ces questions, mais il est utile pour en faciliter la compréhension de procéder à un rappel de la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et de la raison d'être des pouvoirs qui en découlent.

93

The bulk of the legislative powers assigned to Parliament and the provinces under the Constitution are essentially of a regulatory nature. It cannot be assumed that the grant of a power to regulate, *ipso facto*, carries with it the power to levy the financial resources necessary to give effect to a regulatory scheme. As in the case of other federations, a sharp division is made between the power to regulate and the power to raise revenue. Specific provisions exist respecting the raising of revenue.

La plupart des pouvoirs législatifs attribués au Parlement et aux provinces par la Constitution sont essentiellement de nature réglementaire. On ne peut présumer que l'octroi d'un pouvoir de réglementation entraîne ipso facto le pouvoir de percevoir les ressources financières nécessaires pour donner effet à un régime de réglementation. Comme dans le cas d'autres fédérations, on établit une différence marquée entre le pouvoir de réglementer et celui de prélever un revenu. Il existe des dispositions précises en ce qui concerne le prélèvement d'un revenu.

94

This generally poses little difficulty at the federal level. Section 91(3) gives Parliament authority for "The raising of Money by any Mode or System of Taxation". Though the raising of taxes may influence and sometimes seriously influence how people will regulate their behaviour, it is significant that the courts have respected the sharp divide created by the framers between taxes and other legislative powers by holding *ultra vires* schemes which, though couched in terms of taxes, were in pith and substance designed to regulate activities falling within the provincial legislative domain; see, for example, the *Attorney-General for Canada*

En général, cela crée peu de difficultés au niveau fédéral. Le paragraphe 91(3) accorde au Parlement le pouvoir requis pour «le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation». Bien que la perception de taxes puisse influer, et parfois grandement, sur la conduite que les gens adopteront, il est révélateur que les tribunaux aient respecté la différence marquée que les rédacteurs de la Constitution ont établie entre les taxes et les autres pouvoirs législatifs en considérant comme *ultra vires* des régimes qui, tout en étant présentés sous forme de taxes, étaient, de par leur caractère véritable, conçus pour réglementer

v. *Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (the *Unemployment Insurance Reference*). To do otherwise would, as the Privy Council pointed out in that case, be to permit Parliament to enter fields assigned to the provinces contrary to the intention of the framers of the Constitution.

At the provincial level, this division between regulatory powers and the power to raise revenue has very important implications. As is the case with respect to legislation adopted by Parliament, courts have struck down provincial schemes which, though at first glance providing for the raising of revenue, in effect related in pith and substance to legislative powers vested in Parliament; see, for example, *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. But more importantly, the division between the provincial taxing powers and other legislative powers is at the origin of the provincial power to levy what have come to be known as "regulatory charges". The courts have recognized that in certain circumstances a provincial levy may relate, in pith and substance, to the regulation of an activity falling within exclusive provincial legislative jurisdiction, and that such levy would not be subject to the requirement of directness provided for in s. 92(2), which can in all logic only apply to legislation enacted under the specific head of power provided for in s. 92(2), taxation. It will become obvious that differentiating a tax from a regulatory charge is — as is so often the case in cases dealing with distribution of powers — no easy task. But one thing seems clear from the sharp division made between regulation and taxation (and for good policy reasons) by the *Constitution Act, 1867*. The framers of the Constitution could not have intended by the simple grant of a regulatory power to have intended to in effect empower the imposition of a tax, an issue that will be given detailed attention later.

des activités relevant du domaine législatif provincial; voir, par exemple: *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (le *Renvoi sur l'assurance-chômage*). Comme l'a indiqué le Conseil privé dans cette affaire, agir autrement équivaudrait à permettre au Parlement d'empiéter sur des domaines attribués aux provinces, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

Au niveau provincial, cette distinction entre les pouvoirs de réglementation et le pouvoir de prélever un revenu a des répercussions très importantes. Comme c'est le cas pour une loi adoptée par le Parlement, les tribunaux ont annulé des régimes provinciaux qui, bien que prévoyant à première vue le prélèvement d'un revenu, se rapportaient effectivement, de par leur caractère véritable, aux pouvoirs législatifs conférés au Parlement; voir, par exemple, *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. Qui plus est, la distinction entre les pouvoirs de taxation des provinces et les autres pouvoirs législatifs est à l'origine du pouvoir des provinces de percevoir ce qu'il est maintenant convenu d'appeler des «redevances de nature réglementaire». Les tribunaux ont reconnu que, dans certaines circonstances, la redevance imposée par une province peut se rapporter, de par son caractère véritable, à la réglementation d'une activité relevant de la compétence législative exclusive des provinces et qu'une telle redevance ne serait pas assujettie à la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2), qui ne peut en toute logique s'appliquer qu'à une loi adoptée en vertu du domaine de compétence prévu précisément au par. 92(2), c'est-à-dire la taxation. Il deviendra évident que distinguer une taxe d'une redevance de nature réglementaire n'est pas une mince tâche — comme c'est souvent le cas en matière de partage des pouvoirs. Mais une chose semble ressortir clairement de la différence marquée établie entre réglementation et taxation (et pour de bonnes raisons de principe) par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est impossible que les rédacteurs de la Constitution aient voulu, simplement en accordant un pouvoir de réglementation, autoriser l'imposition d'une taxe, question que nous étudierons attentivement plus loin.

Understanding the basic structure of the division of legislative power under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers is also necessary in order to properly trace the limits of the directness requirement provided for in s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. As is well known, the provinces were not given taxing powers as expansive as those assigned to Parliament. In a *laissez faire* era, the framers did not think the provinces would have need of much recourse to extensive taxation. They thought the revenues arising out of the public domain (which were assigned to them by s. 109 of the *Constitution Act, 1867*) would be sufficient to meet their financial needs in performing what were no doubt important, but not at the time expensive functions. But as they had with Parliament (to which they assigned a virtually unlimited taxing power even though they thought sufficient revenues to finance its functions would come from customs and excise), they accorded the provinces the power to levy direct taxation within the province, a field of taxation that "even in those days was theoretically broad, if unpalatable, and was to be expanded by the courts to include in fact, if not in form, almost every type of tax except customs duties and taxes having primary impact outside the taxing province". That at least was the view I arrived at after a review of all the cases in my book on the subject; see *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 195. It was not because direct taxation was of a restrictive nature that the provinces were confined in raising revenues by way of taxes. Rather it was the nature of these taxes that dictated the choice. The framers rather optimistically believed the legislatures would be dissuaded from imposing indirect taxes because they were not of a kind that in John Stuart Mill's phrase (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, Book V, c. 3, § 1, at p. 418) are "demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it", like such taxes as customs and excise which are

Il est également nécessaire de comprendre la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et la raison d'être des pouvoirs qui en découlent si l'on veut tracer correctement les limites de la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme on le sait, les provinces n'ont pas reçu d'aussi vastes pouvoirs de taxation que ceux du Parlement. À une époque de *laissez-faire*, les rédacteurs ne pensaient pas que les provinces auraient besoin de recourir beaucoup à la taxation. Ils croyaient que les revenus provenant du domaine public (qui étaient attribués aux provinces par l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) suffiraient à satisfaire leurs besoins financiers dans l'exercice de leurs fonctions, qui étaient sans doute importantes mais pas onéreuses à l'époque. Comme ils l'avaient fait avec le Parlement (à qui ils ont attribué un pouvoir presque illimité de taxation même s'ils croyaient que les recettes provenant des droits de douane et des taxes d'accise seraient suffisantes pour financer ses activités), ils ont accordé aux provinces le pouvoir de prélever des taxes directes dans les limites de leur territoire, champ d'imposition qui [TRADUCTION] «même à cette époque était théoriquement vaste, bien que peu attrayant, et qui devait être étendu par les tribunaux pour comprendre de fait, sinon quant à la forme, presque tout genre de taxe à l'exception des droits de douane et des taxes ayant un effet principalement à l'extérieur de la province les imposant». C'est du moins la conclusion à laquelle je suis venu après avoir examiné l'ensemble de la jurisprudence dans le livre que j'ai écrit sur le sujet; voir *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 195. Ce n'est pas parce que la taxation directe était de nature restrictive que les provinces ont été limitées dans la façon de percevoir des recettes au moyen de taxes. C'est plutôt la nature de ces taxes qui a dicté ce choix. Les rédacteurs croyaient plutôt, de façon optimiste, que les législatures seraient dissuadées d'imposer des taxes indirectes parce qu'elles n'étaient pas, selon l'expression de John Stuart Mill (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, livre V, ch. 3, § 1, à la p. 418), du genre de celles qu'on [TRADUCTION] «exige de la personne même qui doit l'assu-

ordinarily imposed on persons other than those intended or expected to bear the burden.

As will become evident later, this concern of the framers became at best of secondary importance with the passage of the years. But a more fundamental difference between direct and indirect taxation was to have more enduring influence. There is a considerable difference in impact between direct taxes, like land taxes, which are directly felt locally, and indirect taxes like customs and excise, which inevitably affect trade throughout the country. This distinction was not lost on the framers of the Constitution. And this characteristic, inherent in the limitation to direct taxation, was used by the courts in the course of an organic interpretation of the Constitution to foster other objectives envisioned by the framers and incorporated in other provisions. Thus the restriction was used to confine the impact of taxes within the provinces consistent with the idea specifically expressed in s. 92(2). It was also used to prevent the provinces from creating tariff barriers, thereby supporting the national market which was clearly within the contemplation of the framers. Thus using one technique or another the courts have invariably held that export taxes, however framed, are indirect taxes. When such policies cannot really be served by some species of tax, such as notably those imposed on land or on its owner (which even at the time of Confederation were generally viewed as direct taxes), the courts have found no reason to restrict provincial taxing power, and have invariably categorized these as direct.

The preeminence of these national policies, grounded as they are in the very structure of the *Constitution Act, 1867* and the stated views of the

mer», comme des taxes telles les douanes et l'accise, qui sont habituellement imposées à d'autres personnes que celles qui sont censées en supporter le fardeau.

97

Ainsi qu'il deviendra évident plus tard, cette préoccupation des rédacteurs est devenue tout au plus secondaire au cours des années. Mais une différence plus fondamentale entre taxation directe et taxation indirecte devait avoir une influence plus durable. Il y a une énorme différence entre les effets des taxes directes, comme les taxes foncières, qui se font sentir directement au niveau local, et ceux des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, qui se répercutent inévitablement sur le commerce à travers le pays. Cette distinction n'a pas échappé aux rédacteurs de la Constitution. Et les tribunaux ont eu recours à cette caractéristique, inhérente au fait de restreindre les provinces à la taxation directe, dans le cadre d'une interprétation organique de la Constitution, pour favoriser d'autres objectifs envisagés par les rédacteurs et inscrits dans d'autres dispositions. On a donc recouru à cette restriction pour confiner l'effet des taxes dans les limites des provinces en accord avec l'idée expressément mentionnée au par. 92(2). On s'en est également servi pour empêcher les provinces de créer des barrières tarifaires, appuyant ainsi le marché national comme le souhaitaient manifestement les rédacteurs de la Constitution. Qu'ils aient utilisé l'une ou l'autre technique, les tribunaux ont invariablement conclu que les taxes à l'exportation, quelle que soit leur forme, étaient des taxes indirectes. Quand une forme particulière de taxes n'a pas pour effet de promouvoir ces objectifs, comme celles notamment qui sont imposées à l'égard d'un terrain ou de son propriétaire (et qui même à l'époque de la Confédération étaient généralement considérées comme des taxes directes), les tribunaux n'ont trouvé aucune raison de limiter le pouvoir de taxation des provinces et ont invariablement qualifié ces taxes de taxes directes.

98

La prééminence de ces politiques nationales, fondées comme elles le sont sur la structure même de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur les opi-

framers during the Confederation debates, has also come into play in the interpretation given by the courts to the other means of raising a revenue accorded the provinces, s. 92(9), the power to raise revenue by means of licences. From the enumeration of shop, saloon, tavern, auctioneer, it seems clear enough that the provision was intended to have a narrow scope. Still it is not expressly provided that it is limited to direct taxation. However, the courts have resisted the notion of broadening it, and this possibility was firmly squelched in *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371. The obvious justification for this is that the debate regarding major provincial levies is more appropriately channelled to the major taxation provision intended by the framers to empower the provinces to levy a revenue, s. 92(2). The limitation to direct taxation is better geared to balance the tension between the policies of giving the provinces, consistent with their heavy responsibilities, the widest possible scope for raising necessary revenues while supporting the national and structural requirements I have earlier described.

nions énoncées par les rédacteurs durant les débats sur la Confédération, est également entrée en jeu dans l'interprétation que les tribunaux ont donnée de l'autre moyen accordé aux provinces pour prélever un revenu, soit la délivrance de permis prévu au par. 92(9). De l'énumération de boutiques, cabarets, auberges et encanteurs, il ressort assez clairement que la disposition était censée avoir une portée étroite. Néanmoins, il n'est pas expressément prévu que ce pouvoir se limite à la taxation directe. Cependant, les tribunaux se sont opposés à l'idée de l'élargir, et cette possibilité a été nettement écartée dans l'arrêt *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371. La justification en est manifestement qu'il est plus approprié que le débat concernant les perceptions importantes de fonds faites par les provinces porte sur la principale disposition relative à la taxation, par laquelle les rédacteurs entendaient autoriser les provinces à prélever un revenu, c'est-à-dire le par. 92(2). La restriction à la taxation directe constitue le meilleur moyen d'atteindre un juste équilibre entre les politiques consistant à donner aux provinces le plus de moyens possible de prélever le revenu nécessaire — en raison de leurs importantes responsabilités — et les exigences sur le plan national et structurel que j'ai décrites préalablement.

99 Thus, as the following analysis will demonstrate, it is necessary to take into account the basic structure of the division of legislative powers under the Constitution and the rationale underlying the relevant powers to properly delineate the provincial power respecting regulatory charges as well as to correctly trace the limits of the directness requirement set forth in s. 92(2). In order to properly categorize the EDCs for constitutional purposes, it is first necessary to fully understand the nature, source and scope of the provincial power regarding what have come to be known as "regulatory charges" and their relationship to the power allocated to the provinces to levy direct taxation. To do so requires a detailed analysis of the cases to which I now turn.

Par conséquent, comme l'analyse suivante le montrera, il faut tenir compte de la structure fondamentale du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution et de la raison d'être des pouvoirs qui en découlent pour bien délimiter le pouvoir des provinces en ce qui concerne les redevances de nature réglementaire et pour tracer correctement les limites de la restriction à la taxation directe imposée par le par. 92(2). Pour qualifier adéquatement les REE à des fins constitutionnelles, il faut d'abord bien comprendre la nature, la source et l'étendue du pouvoir provincial relativement à ce qu'il est convenu d'appeler des «redevances de nature réglementaire» et leur lien avec le pouvoir conféré aux provinces d'imposer une taxe directe. Pour ce faire, il convient de procéder maintenant à une étude minutieuse de la jurisprudence.

EDCs Are Not Regulatory Charges

The Provincial Taxing Power and the Provincial Power to Impose "Regulatory Charges"

The first case to contemplate the existence of a provincial power to levy a regulatory charge by a higher court is the decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141. At issue was the constitutionality of a Quebec statute imposing a duty of 10 cents on every exhibit filed in court in any action. The incidence of that duty, the Earl of Selborne, L.C. held, was indirect, since it would ordinarily be borne by the unsuccessful party — not necessarily the party who initially paid it. The levy could, therefore, not be supported under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Privy Council then addressed the appellant's alternative argument that the provisions regarding the fee had, instead, been enacted under s. 92(14), as relating to the administration of justice. That argument was dismissed in the following terms (at pp. 144-45):

Now it is not necessary for their Lordships to determine whether, if a special fund had been created by a provincial Act for the maintenance of the administration of justice in the provincial courts, raised for that purpose, appropriated to that purpose, and not available as general revenue for general provincial purposes, in that case the limitation to direct taxation would still have been applicable. That may be an important question which will be considered in any case in which it may arise; but it does not arise in this case. This Act does not relate to the administration of justice in the province; it does not provide in any way, directly or indirectly, for the maintenance of the provincial Courts; it does not purport to be made under that power, or for the performance of that duty. The subject of taxation, indeed, is a matter of procedure in the provincial Courts, but that is all. The fund to be raised by that taxation is carried to the purposes mentioned in the 2nd subsection; it is made part of the general consolidated revenue of the province. It, therefore, is precisely within the words "taxation in order to the raising of a revenue for provincial pur-

Les REE ne sont pas des redevances de nature réglementaire

Le pouvoir de taxation des provinces et le pouvoir des provinces d'imposer des «redevances de nature réglementaire»

La première affaire dans laquelle une instance supérieure a examiné l'existence d'un pouvoir provincial d'imposer une redevance de nature réglementaire est l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141. Le litige portait sur la constitutionnalité d'une loi québécoise qui imposait un droit de 10 cents à l'égard de toute pièce justificative déposée à la cour dans le cadre d'une action. L'incidence du droit, a conclu le comte de Selborne, lord chancelier, était indirecte, puisqu'il serait habituellement à la charge de la partie n'ayant pas eu gain de cause — pas nécessairement celle qui l'avait initialement payé. Le prélevement ne pouvait donc pas s'appuyer sur le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Conseil privé s'est ensuite penché sur l'argument subsidiaire de l'appelant, selon lequel les dispositions concernant le droit avaient plutôt été adoptées en vertu du par. 92(14) ayant trait à l'administration de la justice. Cet argument a été rejeté en ces termes (aux pp. 144 et 145):

[TRADUCTION] Or, leurs Seigneuries ne sont pas tenues de déterminer si les provinces pourraient toujours être restreintes à la taxation directe, dans le cas où une loi provinciale aurait créé un fonds spécial pour le maintien de l'administration de la justice dans les tribunaux provinciaux, aurait prélevé des sommes à cette fin, les aurait affectées à cette fin et aurait établi que le fonds ne pourrait pas constituer un revenu général aux fins générales de la province. Il s'agit peut-être là d'une question importante qui sera prise en considération dans toute affaire où elle pourra se poser; mais elle ne se pose pas en l'espèce. La loi en question ne concerne pas l'administration de la justice dans la province; elle ne prévoit en aucune façon, directement ou indirectement, le maintien des tribunaux provinciaux; elle ne se dit pas faite en vertu de ce pouvoir ou pour l'exécution de cette fonction. L'objet de la taxation, en fait, est une question de procédure devant les tribunaux provinciaux, mais c'est tout. Le fonds accumulé au moyen de cette taxation le sera aux fins mentionnées au par. 2; il fait partie du revenu consolidé général de la province. Il correspond

poses". If it should greatly exceed the cost of the administration of justice, still it is to be raised and applied to general provincial purposes, and it is not more specially applicable for the administration of justice than any other part of the general provincial revenue. [Emphasis added.]

donc précisément au sens de l'expression «la taxation en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux». S'il devait dépasser de beaucoup le coût de l'administration de la justice, il doit encore être perçu et appliqué à des fins provinciales générales, et il n'est pas plus spécialement applicable à l'administration de la justice que n'importe quelle autre partie du revenu général de la province. [Je souligne.]

This case is interesting in many respects. Most notably, the Privy Council implied that had the nature of the impugned fee been somewhat different, it would have been supportable under the provincial legislative power over the administration of justice (s. 92(14)). This statement constituted an explicit recognition that provinces could impose certain levies which were indirect in their incidence when, in doing so, they were really legislating with respect to a head of power other than their taxing power. What later experience would reveal, however, was that, as in other situations, this was permissible only when a legislative provision was in pith and substance an exercise of that power, i.e. where, to use the phrase in some of the cases, it was "the dominant or most important characteristic of the challenged law"; see, for example, *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 62.

Cet arrêt est intéressant à beaucoup d'égards. Tout particulièrement, le Conseil privé a implicitement reconnu que, si la nature du droit contesté avait été quelque peu différente, il aurait pu se justifier en vertu du pouvoir législatif de la province en matière d'administration de la justice (par. 92(14)). Cet énoncé constituait une reconnaissance expresse que les provinces pouvaient imposer certains droits qui étaient indirects quant à leur incidence lorsque, ce faisant, elles légiféraient en réalité relativement à un domaine de compétence autre que celui de leur pouvoir de taxation. Cependant, l'expérience devait plus tard révéler que, comme dans d'autres cas, cela était permis seulement lorsqu'une disposition législative constituait, de par son caractère véritable, un exercice de ce pouvoir, c'est-à-dire lorsque, pour utiliser l'expression retenue dans certaines décisions, c'était «la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée»; voir, par exemple, *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 62.

101 For close to 50 years, there was little development on the subject in the higher courts. However, in the early 1930s the higher courts were again faced with the issue in a series of cases dealing with the constitutionality of levies imposed by the provinces in connection with marketing schemes. The first is *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, *supra*. There the respondent committee had been given the exclusive power to control and regulate the impugned marketing scheme, which included the power to impose on certain producers and shippers levies "for the purpose of defraying the expenses of operation" of the scheme, which were indirect in their incidence. The whole scheme was eventually struck down by this Court because in pith and substance it related to extraprovincial trade and com-

Durant près de 50 ans, il y a eu peu de changements apportés à ce sujet par les instances supérieures. Toutefois, au début des années 1930, celles-ci ont de nouveau été saisies de la question dans une série de causes portant sur la constitutionnalité de droits imposés par les provinces en rapport avec des régimes de commercialisation. Le premier arrêt est *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, précité. Le comité intimé s'était vu conférer le pouvoir exclusif de réglementer le régime de commercialisation contesté, qui comprenait le pouvoir d'imposer à certains producteurs et expéditeurs des droits qui étaient indirects quant à leur incidence [TRADUCTION] «pour couvrir les frais de fonctionnement» du régime. Le régime a éventuellement été invalidé complètement par notre Cour parce que, de par son

merce, a matter within exclusive federal legislative authority under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. However, Duff J., as he then was, writing for the majority, did address the appellant's argument relating to the nature of the levies. He characterized them as "taxes" according to four criteria (later generally accepted by the courts), namely: they were (a) enforceable by law, (b) imposed under the authority of the legislature, (c) levied by a public body and (d) intended for a public purpose. He then considered whether the levies could be characterized as having been enacted under the provincial power relating to licences under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. He had this to say, at pp. 363-64:

The question has never yet been decided whether or not the revenue contemplated by this head can in any circumstances be raised by a fee which operates in such a manner as to take it out of the scope of "direct taxation". *Prima facie*, it would appear, from inspection of the language of the two several heads, that the taxes contemplated by no. 9 are not confined to taxes of the same character as those authorized by no. 2, and that accordingly imposts which would properly be classed under the general description "indirect taxation" are not for that reason alone excluded from those which may be exacted under head 9. On the other hand, the last mentioned head authorizes licences for the purpose of raising a revenue, and does not, I think, contemplate licences which, in their primary function, are instrumentalities for the control of trade — even local or provincial trade. Here, such is the primary purpose of the legislation. The imposition of these levies is merely ancillary, having for its object the creation of a fund to defray the expenses of working the machinery of the substantive scheme for the regulation of trade. [Emphasis added.]

In *Lawson*, this Court clearly recognized the existence of a distinction between levies imposed for the purpose of "raising a revenue" (whether under s. 92(2) or s. 92(9), in both of which the phrase is used) and those imposed as "instrumentalities" in connection with legislation enacted under other heads of power. On that point, this Court agreed with the approach adopted by the trial judge in that

caractère véritable, il avait trait au commerce extraprovincial, domaine qui relève de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le juge Duff, plus tard Juge en chef, a effectivement examiné au nom de la majorité l'argument de l'appelant au sujet de la nature des droits en question. Il les a qualifiés de «taxes» selon quatre critères (que les tribunaux ont par la suite, de manière générale, acceptés), à savoir: ils étaient a) exigés par une loi, b) en vertu des pouvoirs de la législature, c) par un organisme public et d) dans un but d'intérêt public. Il s'est ensuite demandé si les droits pouvaient être considérés comme ayant été imposés en vertu du pouvoir des provinces en matière de permis selon le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici ce qu'il a dit sur ce point, aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] La question n'a jamais encore été tranchée quant à savoir si le revenu envisagé par ce domaine de compétence peut dans tous les cas être prélevé au moyen d'un droit qui échapperait à la portée de la «taxation directe». À première vue, il semble ressortir de l'examen du libellé de ces deux domaines distincts de compétence que les taxes prévues par le par. 9 ne sont pas limitées aux taxes de même nature que celles autorisées par le par. 2, et que, par conséquent, des taxes qui seraient généralement décrites comme des «taxes indirectes» ne sont pas pour ce seul motif exclues de celles qui peuvent être exigées en vertu du par. 9. Par contre, le domaine de compétence mentionné en dernier lieu autorise les permis en vue de prélever un revenu et n'envisage pas, je pense, les permis qui, de par leur rôle principal, sont des moyens intermédiaires utilisés pour exercer un contrôle sur le commerce — même le commerce local ou provincial. Tel est l'objet principal de la loi en l'espèce. L'imposition de ces droits est simplement accessoire, car elle a pour objet la création d'un fonds pour couvrir les frais de fonctionnement du mécanisme du régime de réglementation du commerce. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Lawson*, notre Cour a clairement reconnu l'existence d'une distinction entre les droits imposés en vue de «prélever un revenu» (que ce soit en vertu du par. 92(2) ou du par. 92(9), l'expression étant utilisée dans les deux cas) et ceux imposés comme «moyens intermédiaires» en rapport avec une loi adoptée en vertu d'autres domaines de compétence. Sur ce point, notre Cour

case, who, at [1930] 2 W.W.R. 23, at p. 24, was of the opinion that the true pith and substance of the subsection was not to raise revenue for public or governmental purposes. The scheme was nonetheless ultimately struck down, as I said, because it related, in pith and substance, to a head of power within exclusive federal legislative jurisdiction.

était d'accord avec la position adoptée par le juge de première instance dans cette affaire, qui était d'avis ([1930] 2 W.W.R. 23, à la p. 24) que le caractère véritable du paragraphe n'était pas de prélever un revenu à des fins publiques ou gouvernementales. Le régime a néanmoins été finalement aboli, comme je l'ai dit, parce qu'il avait trait, de par son caractère véritable, à un domaine relevant de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral.

102

The second important case dealing with provincial marketing schemes is *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168 (P.C.), in which the constitutionality of a complex regulatory regime relating to the British Columbia milk market was at issue. A provincial statute provided for the creation of an Adjustment Committee which was responsible for imposing on farmers selling fluid milk a volumetric fee eventually redistributed to the farmers who had sold milk products (an "adjustment levy"). The general tendency of the fee was, of course, to be passed along to consumers, and it was, therefore, held to be indirect. The Adjustment Committee was also given the power to impose another type of fee to meet the expenses incurred in the administration of the scheme (an "expenses levy"). At p. 174, the Privy Council held that the substance of the scheme was "to transfer compulsorily a portion of the returns obtained by the traders in the fluid milk market". The appellant's main argument was that such levies fell within exclusive provincial legislative jurisdiction under ss. 92(13) (property and civil rights) and 92(16) (matters of a merely local or private nature in the province). The Privy Council rejected both arguments. It first held, at p. 175, that the adjustment levy was a tax according to the criteria laid down by Duff J. in *Lawson*. It arrived at the same conclusion with respect to the expenses levy since it was, in their Lordships' opinion, ancillary to the adjustment levy. The Privy Council did not specifically address the issue of whether either levy could be supported under another head of power, as the appellant had argued. In this respect, the correctness of its conclusion was subsequently questioned (see Professor Bora Laskin,

Le deuxième arrêt important qui traite des régimes provinciaux de commercialisation est *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee c. Crystal Dairy, Ltd.*, [1933] A.C. 168 (C.P.), dans lequel le litige portait sur la constitutionnalité d'un régime complexe de réglementation concernant la mise en marché du lait en Colombie-Britannique. Une loi provinciale prévoyait la création d'un comité d'ajustement qui était chargé d'imposer aux fermiers vendant du lait de consommation un droit volumétrique qui serait éventuellement redistribué aux fermiers qui avaient vendu des produits laitiers (un «prélèvement d'ajustement»). La tendance générale était naturellement de faire assumer le droit par les consommateurs et il a donc été considéré comme étant indirect. Le comité d'ajustement avait également reçu le pouvoir d'imposer un autre type de droit pour acquitter les dépenses de gestion du régime (un «prélèvement pour les dépenses»). À la p. 174, le Conseil privé a jugé que le régime visait essentiellement à [TRADUCTION] «transférer d'office une partie des revenus gagnés par les commerçants sur le marché du lait de consommation». L'appelant a soutenu principalement que de tels prélèvements relevaient de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) (la propriété et les droits civils) et du par. 92(16) (les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province). Le Conseil privé a rejeté les deux arguments. Il a d'abord statué, à la p. 175, que le prélèvement d'ajustement était une taxe selon les critères énoncés par le juge Duff dans l'arrêt *Lawson*. Il est arrivé à la même conclusion en ce qui concernait le prélèvement pour les dépenses puisque, de l'avis de leurs Seigneuries, il était accessoire au prélèvement d'ajustement. Le Conseil privé n'a pas exa-

as he then was, "Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power" (1959), *U. of T. L.J.* 1, at pp. 4 *et seq.*) and was ultimately overruled by this Court in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, to which I shall refer later. The principal basis for the criticism was that the levies at issue in the *Crystal Dairy* case were not imposed for the purpose of "raising a revenue" under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, but rather related to intraprovincial trade or marketing, falling under exclusive provincial legislative authority under s. 92(13) (property and civil rights).

miné expressément la question de savoir si l'un ou l'autre prélevement pouvait se justifier en vertu d'un autre domaine de compétence, comme l'appelant l'avait fait valoir. À cet égard, la justesse de sa conclusion a été mise en doute par la suite (voir le professeur Bora Laskin, plus tard Juge en chef du Canada, «Provincial Marketing Levies: Indirect Taxation and Federal Power» (1959), *U. of T. L.J.* 1, aux pp. 4 et suiv.) et sa conclusion elle-même a été subséquemment renversée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, auquel je me reporterai plus loin. La critique se fondait principalement sur le fait que les redevances en cause dans l'arrêt *Crystal Dairy* n'avaient pas été imposées en vue de «prélever un revenu» conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais avaient plutôt trait à la commercialisation ou au commerce intraprovincial, qui relève de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) (la propriété et les droits civils).

Six years later, the Privy Council had occasion to examine the constitutional validity of another British Columbia marketing scheme in *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708. The statute at issue provided for the creation of the respondent Board which was granted jurisdiction to establish and administer schemes relating to the control and trade of natural products. The statute also provided for the imposition of licence fees on all persons producing, packing, transporting, storing or marketing the regulated products needed to carry out the purposes of a given scheme and cover the expenses of the Board. Here again, the general tendency of the fee was to be passed along to consumers, but Lord Atkin, speaking for the Privy Council, dismissed the appeal and affirmed the constitutional validity of the impugned legislation. At pp. 720-22, he held that the fees in question fell within the exclusive provincial legislative power under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*:

103

Six ans plus tard, le Conseil privé a eu l'occasion d'examiner la constitutionnalité d'un autre régime de commercialisation de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708. La loi en cause prévoyait la création de la commission intimée à laquelle avait été conféré le pouvoir d'établir et d'administrer des régimes concernant le contrôle et le commerce de produits naturels. La loi prévoyait également l'imposition de droits de permis à toutes les personnes qui produisaient, emballaient, transportaient, entreposaient ou commercialisaient les produits réglementés requis pour la réalisation des fins poursuivies par un régime donné et pour couvrir les dépenses de la commission. Encore une fois, la tendance générale était de faire assumer les droits par les consommateurs, mais lord Atkin, au nom du Conseil privé, a rejeté le pourvoi et confirmé la constitutionnalité de la loi contestée. Aux pages 720 à 722, il a jugé que les droits en question relevaient de la compétence législative exclusive des provinces en vertu du par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

The pith and substance of this Act is that it is an Act to regulate particular businesses entirely within the Province, and it is therefore intra vires of the Province.

If regulation of trade within the Province has to be held valid, the ordinary method of regulating trade, i.e., by a system of licences, must also be admissible. A licence itself merely involves a permission to trade subject to compliance with specified conditions. A licence fee, though usual, does not appear to be essential. But, if licences are granted, it appears to be no objection that fees should be charged in order either to defray the costs of administering the local regulation or to increase the general funds of the Province, or for both purposes. The object would appear to be in such a case to raise a revenue for either local or Provincial purposes. On this part of the case their Lordships, with great respect, think that the present Chief Justice, then Duff J., took a somewhat narrow view of the Provincial powers under s. 92 (9.) in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, where he says: "on the other hand, the last-mentioned head authorizes licences for the purpose of raising a revenue, and does not, I think, contemplate licences which, in their primary function, are instrumentalities for the control of trade — even local or provincial trade". It cannot, as their Lordships think, be an objection to a licence plus a fee that it is directed both to the regulation of trade and to the provision of revenue. It would be difficult in the case of saloon and tavern licences to say that the regulation of the trade was not at least as important as the provision of revenue. And, if licences for the specified trades are valid, their Lordships see no reason why the words "other licences" in s. 92 (9.) should not be sufficient to support the enactment in question. [Emphasis added.]

Their Lordships were also of the view that such fees had been validly enacted under the provincial powers relating to property and civil rights (s. 92(13)) and matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), at p. 722:

The impugned provisions can also, in their Lordships' opinion, be supported on the ground accepted by Martin C.J. in his judgment on the reference — namely, that

[TRADUCTION] De par son caractère véritable, cette loi vise à réglementer des entreprises particulières se trouvant entièrement dans les limites de la province, et elle relève donc de la compétence de la province.

Si la réglementation du commerce dans la province est tenue pour valide, il faut également accueillir le procédé courant de réglementation du commerce, c.-à-d. un système de permis. En soi, un permis comporte seulement une permission de faire du commerce en observant des conditions précises. Un droit de permis, quoique habituel, ne paraît pas essentiel. Mais, si l'on accorde des permis, il semble n'y avoir aucune objection à ce que l'on perçoive des droits, soit pour couvrir les frais d'application de la réglementation locale, soit pour augmenter les recettes générales de la province, soit pour atteindre ces deux fins. Dans pareil cas, l'objet semblerait être de prélever un revenu à des fins locales ou provinciales. Sur cet aspect de l'affaire, leurs Seigneuries, en toute déférence, pensent que le juge Duff, maintenant Juge en chef, a interprété de façon plutôt restreinte les pouvoirs des provinces prévus au par. 92(9), dans l'arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, où il a dit: «par contre, le domaine de compétence mentionné en dernier lieu autorise les permis en vue de prélever un revenu et n'envisage pas, je pense, les permis qui, de par leur rôle principal, sont des moyens intermédiaires qui permettent d'exercer un contrôle sur le commerce — même le commerce local ou provincial». Ce ne peut être, comme le pensent leurs Seigneuries, une objection à un permis assorti d'un droit qui vise tant la réglementation du commerce que l'augmentation des recettes. Il serait difficile dans le cas des permis de cabarets et d'auberges de dire que la réglementation du commerce n'était pas au moins aussi importante que l'augmentation des recettes. Et, si les permis concernant les commerces mentionnés sont valides, leurs Seigneuries ne voient aucune raison pour laquelle les mots «autres licences ou permis» utilisés au par. 92(9) ne suffiraient pas à justifier la mesure législative en question. [Je souligne.]

Leurs Seigneuries étaient également d'avis que de tels droits avaient été adoptés de façon valide en vertu des pouvoirs des provinces en ce qui concerne la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (par. 92(16)), à la p. 722:

[TRADUCTION] Les dispositions contestées peuvent également, selon leurs Seigneuries, s'appuyer sur les motifs que le juge en chef Martin a accueillis dans son jugement

they are fees for services rendered by the Province, or by its authorized instrumentalities, under the powers given by s. 92 (13.) and (16.).

The Privy Council upheld the impugned fees because they were levied to cover the expenses incurred by the Board in administering the schemes, thereby furthering the objectives of the Act. It did so primarily, apparently, on the ground that it constituted a valid exercise of provincial legislative jurisdiction under s. 92(9) but also on the ground that the fees were instrumentalities to legislation which, in pith and substance, related to the regulation of particular businesses entirely within the province. It is noteworthy that Lord Atkin made no reference to the *Crystal Dairy* decision rendered only a few years earlier. The Privy Council therefore repeated what had been implied in *Reed* years before, namely that the imposition of a levy could constitute legislation under heads of jurisdiction other than ss. 92(2) or 92(9) if, in pith and substance, it related to any other legislative jurisdiction exclusively granted to the provinces at Confederation.

Shannon, supra, was followed by this Court in *Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee*, [1944] S.C.R. 349. At issue was the constitutional validity of assessments imposed on employees through payroll deductions to finance a scheme for developing labour standards. Kerwin J., as he then was, wrote the Court's unanimous reasons. He found that should such assessments be characterized as taxes, they were direct in their incidence and thus supportable under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. He added, at p. 359:

... in any event, it may be justified as a fee for services rendered by the Province or by its authorized instrumentalities under the powers given provincial legislatures by section 92 (13) and 92 (16) of the *British North America*

ment sur le renvoi — à savoir qu'il s'agit de droits relatifs à des services que la province ou ses intermédiaires autorisés ont rendus en vertu des pouvoirs conférés par les par. 92(13) et (16).

Le Conseil privé a confirmé la constitutionnalité des droits contestés parce qu'ils avaient été perçus pour couvrir les dépenses engagées par la commission dans l'administration des régimes, ce qui contribuait à la réalisation des objectifs de la loi. Il a rendu cette décision principalement, semble-t-il, pour le motif que cela constituait un exercice valide de la compétence législative des provinces en vertu du par. 92(9), mais également pour le motif que les droits étaient des intermédiaires de la loi qui, de par leur caractère véritable, avaient trait à la réglementation d'entreprises spécifiques situées entièrement dans les limites de la province. Il convient de noter que lord Atkin n'a pas mentionné l'arrêt *Crystal Dairy* rendu seulement quelques années plus tôt. Le Conseil privé a donc répété ce qui était implicite dans l'arrêt *Reed* rendu des années auparavant, à savoir qu'une mesure législative imposant un droit pouvait relever d'autres domaines de compétence que les par. 92(2) ou 92(9) si, de par son caractère véritable, elle se rapportait à une autre compétence législative attribuée exclusivement aux provinces lors de la Confédération.

L'arrêt *Shannon*, précité, a été suivi par notre Cour dans *Ontario Boys' Wear Ltd. c. The Advisory Committee*, [1944] R.C.S. 349. Le litige portait sur la constitutionnalité de cotisations imposées à des employés au moyen de retenues à la source en vue du financement d'un régime visant à élaborer des normes de travail. Le juge Kerwin, plus tard Juge en chef, a rédigé les motifs unanimes de la Cour. Il a conclu que, si elles étaient qualifiées de taxes, de telles cotisations étaient directes quant à leur incidence et elles pouvaient se justifier en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a ajouté, à la p. 359:

[TRADUCTION] ... de toute façon, elle peut se justifier en tant que droit relatif à des services que la province ou ses intermédiaires autorisés ont rendus en vertu des pouvoirs que confèrent aux législatures provinciales les par.

Act. Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board, [1938] A.C. 708.

It is noteworthy that the Court made no mention of s. 92(9), characterizing the fees as relating, in pith and substance, to property and civil rights or matters of a purely local or private nature in the province.

105

In *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, the Governor General in Council referred to this Court certain questions as to the validity of a marketing scheme similar to that at issue in the *Crystal Dairy* case, *supra*, in that it provided for expenses levies as well as adjustment levies. The details of the various sets of reasons rendered are summarized by Iacobucci J. in *Allard*, *supra*, at pp. 401-402, and I shall not repeat them. Suffice it to say that this Court upheld the validity of the expenses levies under ss. 92(9), 92(13) and 92(16) and, in doing so, referred to the *Lawson* and *Shannon* decisions. The adjustment levies, however, were struck down, the Court following in that regard the Privy Council's decision in *Crystal Dairy*.

106

Similar issues arose in subsequent cases before this Court, but with the exception of two, they contain no further insight into the nature, source and scope of the provincial power to levy "regulatory charges", whether direct or not. I shall, therefore, confine my discussion to the two cases mentioned.

107

In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, this Court was asked to assess the constitutionality of a marketing scheme providing for expenses levies as well as adjustment levies that were very similar to those struck down by the Privy Council in the *Crystal Dairy* case. The crucial difference between the two schemes was that the former had been enacted by Parliament, and not by a province, as had been the case in *Crystal Dairy*. The relevant discussion appears in the reasons of Laskin C.J. Though he wrote minority reasons, his comments on this issue were concurred in

92(13) et (16) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708.

Il convient de noter que la Cour n'a pas mentionné le par. 92(9) et a considéré que les droits se rapportaient, de par leur caractère véritable, à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

Dans *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour certaines questions relativement à la validité d'un régime de commercialisation semblable à celui qui était en cause dans l'arrêt *Crystal Dairy*, précité, en ce sens qu'il prévoyait des prélèvements pour les dépenses ainsi que des prélèvements d'ajustement. Les différents motifs ont été résumés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Allard*, précité, aux pp. 401 et 402, et je ne les reprendrai pas. Qu'il suffise de dire que notre Cour a confirmé la validité des prélèvements pour les dépenses en vertu des par. 92(9), (13) et (16) et, pour ce faire, elle s'est reportée aux arrêts *Lawson* et *Shannon*. Les prélèvements d'ajustement ont toutefois été déclarés invalides, la Cour ayant suivi à cet égard l'arrêt *Crystal Dairy* du Conseil privé.

Des arrêts rendus ultérieurement par notre Cour, ont traité de questions similaires mais, sauf deux, ils ne contiennent pas d'autres éclaircissements sur la nature, la source et l'étendue du pouvoir des provinces de percevoir des «redevances fixées par règlement», qu'elles soient directes ou non. Je limiterai donc mon examen aux deux arrêts mentionnés.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, on demandait à notre Cour d'évaluer la constitutionnalité d'un régime de commercialisation prévoyant des prélèvements pour les dépenses ainsi que des prélèvements d'ajustement qui ressemblaient grandement à ceux que le Conseil privé a déclaré invalides dans l'arrêt *Crystal Dairy*. La différence déterminante entre les deux régimes était que le premier avait été adopté par le Parlement, et non par une province, comme cela avait été le cas dans l'arrêt *Crystal Dairy*. L'analyse pertinente figure

by Pigeon J., who wrote for the majority. Laskin C.J. was of the view that the pith and substance of the impugned scheme related to intraprovincial trade and commerce, a matter within exclusive provincial legislative jurisdiction, and that both types of levies were consequently *ultra vires* Parliament. He wrote, at p. 1234:

The authorization of levies in respect of local marketing purports to put in place a cardinal feature of the marketing plan as it operates intraprovincially. If the levies are to be characterized as taxes, they are being applied here not as having any integrity of their own, as is the norm in taxation (albeit there are eddying consequences of tax measures), but as elements of a marketing scheme which Parliament could not itself prescribe, namely, a scheme of intraprovincial marketing. In short, the so-called taxes do not themselves reflect the pith and substance of the marketing plan of which they are part but rather take their colour from the scheme. Beyond this, it is, in my opinion, a mistaken view to regard the various types of levies associated with marketing schemes as species of taxes; they are integral to the operation of the schemes and are, in the context thereof, related either to their administration or to their price mechanisms designed to make the schemes tolerable and equitable for those compulsorily brought within their ambit. [Emphasis added.]

Laskin C.J.'s reasoning was as follows. First dealing with expenses levies, he held that the Privy Council's position in *Crystal Dairy* in this regard had been considerably qualified by the later Privy Council decision in *Shannon* and this Court's decisions in *Reference re Farm Products Marketing Act, supra*, and *Ontario Boys' Wear Ltd., supra*. At p. 1238, he added:

It is, at any rate, now clear not only from the *Shannon* case but from judgments of this Court, beginning with *Ontario Boys' Wear Ltd. v. Advisory Committee*, and extending through the *Willis* case, to *Reference re Farm Products Marketing Act of Ontario, supra*, that an expenses levy may validly be imposed by provincial legislation upon regulated producers and sellers to cover the cost of administering a provincial marketing

dans les motifs du juge en chef Laskin. Bien qu'il ait rédigé des motifs minoritaires, ses remarques sur la question ont entraîné l'adhésion du juge Pigeon, qui écrivait pour la majorité. Le Juge en chef Laskin était d'avis que le caractère véritable du régime contesté avait trait au commerce intraprovincial, domaine relevant de la compétence législative exclusive des provinces, et que les deux types de prélevements excédaient par conséquent la compétence du Parlement. Il a dit, à la p. 1234:

L'autorisation d'imposer des redevances à l'égard de l'organisation du marché local aboutit à mettre en place un aspect essentiel du plan de commercialisation dans son fonctionnement intra-provincial. Si l'on doit qualifier les redevances de taxes, on les applique ici non comme valant en elles-mêmes, comme c'est la norme en matière de taxation (encore que les mesures fiscales entraînent des remous), mais comme des éléments d'un régime de commercialisation que le Parlement ne pouvait lui-même prescrire, c'est-à-dire un régime de commercialisation intra-provinciale. En bref, les préputées taxes ne reflètent pas elles-mêmes le caractère véritable du plan de commercialisation dont elles font partie, mais tirent plutôt leur caractère du régime. Au surplus, il est, à mon avis, erroné de considérer les divers types de redevances qui accompagnent les régimes de commercialisation comme des sortes de taxes; elles font partie intégrante du fonctionnement de ces régimes et ont trait, dans ce contexte, soit à leur administration soit à leurs mécanismes de prix destinés à rendre les régimes tolérables et équitables pour ceux qui y sont obligatoirement soumis. [Je souligne.]

Le raisonnement du juge en chef Laskin était le suivant. Traitant d'abord des prélevements pour les dépenses, il a conclu que la position adoptée par le Conseil privé dans l'arrêt *Crystal Dairy* à cet égard avait été grandement nuancée par l'arrêt *Shannon* rendu ultérieurement par le Conseil privé et par les arrêts *Reference re Farm Products Marketing Act* et *Ontario Boys' Wear Ltd.*, précités, rendus par notre Cour. Il a ajouté, à la p. 1238:

De toute façon, il ressort maintenant clairement tant de l'arrêt *Shannon* que des décisions de cette Cour, depuis l'arrêt *Ontario Boys' Wear Ltd. c. Advisory Committee* jusqu'au *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act de l'Ontario*, précité, en passant par l'arrêt *Willis*, qu'une contribution aux dépenses peut valablement être imposée par une loi provinciale à des producteurs et vendeurs réglementés pour couvrir les frais d'adminis-

scheme. It may be regarded as a "fee for services" to use the phrase of Kerwin J., as he then was, in the *Ontario Boys' Wear* case, *supra*, at p. 359 and supportable under s. 92(13)(16) of the *British North America Act*, that is as an element of a valid regulatory scheme. It is quite clear from all of this that the *Crystal Dairy* case has been effectively overruled in respect of the validity of provincially authorized expenses or administration levies. [Emphasis added.]

stration d'un régime provincial de commercialisation. On peut la considérer comme des «honoraires pour services rendus» selon la formule du juge Kerwin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Ontario Boys' Wear*, précité, à la p. 359 et l'appuyer sur les par. 13 et 16 de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, c'est-à-dire en tant qu'élément d'un régime valide de réglementation. De tout ceci, il résulte manifestement que l'arrêt *Crystal Dairy* a été effectivement écarté sur la question de la validité des contributions aux dépenses ou aux frais d'administration autorisées par une province. [Je souligne.]

It is noteworthy that Laskin C.J. made no mention of the provincial licensing power under s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, his conclusion was that expenses levies aimed at covering the expenses incurred in the administration of a given regulatory scheme were enacted under the provincial power under which such scheme was enacted. They were, therefore, not, in pith and substance, legislation aimed at raising revenue under s. 92(2), but rather legislation relating, in pith and substance, to the matter of the scheme itself.

Il convient de noter que le juge en chef Laskin n'a aucunement fait allusion au pouvoir des provinces de délivrer des permis prévus au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a plutôt conclu que les prélèvements pour les dépenses visant à couvrir les dépenses engagées dans l'administration d'un régime de réglementation donné avaient été édictés conformément au pouvoir provincial en vertu duquel ce régime avait été adopté. Ils ne constituaient donc pas, de par leur caractère véritable, une mesure législative visant à prélever un revenu en vertu du par. 92(2), mais plutôt une mesure législative ayant trait, de par son caractère véritable, à l'objet du régime lui-même.

Laskin C.J. then addressed the constitutionality of the adjustment levies. Adjustment levies had been struck down by the Privy Council in *Crystal Dairy*, *supra*, and its reasoning was subsequently applied by this Court in *Reference re Farm Products Marketing Act*, *supra*. After proceeding to a detailed analysis of the relevant cases on the issue, he decided that *Crystal Dairy* had been wrongly decided and that there were compelling reasons to overrule the Privy Council's decision. He had this to say, at p. 1256:

I think it is time that there was an end to making the validity of intraprovincial marketing schemes turn on fine distinctions between what is truly price fixing and what are adjustment levies, when in both situations the thrust of the regulatory scheme is to provide for orderly marketing and to equalize the position and the returns of producers or vendors, or both, by pooling production and controlling marketing through licensing and through quotas. [Emphasis added.]

Le juge en chef Laskin a ensuite abordé la constitutionnalité des prélèvements d'ajustement. Le Conseil privé les avait abolis dans l'arrêt *Crystal Dairy*, précité, et notre Cour a appliqué son raisonnement par la suite dans *Reference re Farm Products Marketing Act*, précité. Après avoir analysé en détail la jurisprudence sur la question, le juge en chef Laskin a statué que l'arrêt *Crystal Dairy* était mal fondé et qu'il existait des raisons impérieuses de renverser la décision du Conseil privé. Il a dit ce qui suit à ce propos, à la p. 1256:

Je pense qu'il est temps de cesser de faire dépendre la validité des régimes de commercialisation intra-provinciale de distinctions subtiles entre ce qui constitue de la véritable fixation des prix et ce qui constitue des contributions d'ajustement, alors que dans les deux cas le but du régime de réglementation est de stabiliser le marché et d'égaliser la situation et les recettes des producteurs ou des vendeurs, ou des deux, en mettant en commun la production et en contrôlant le marché au moyen de permis et de contingents. [Je souligne.]

Here again, it is clear that Laskin C.J. was of the opinion that levies imposed in such a context were not, in pith and substance, of the nature of taxes imposed in order to the raising of a revenue within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, but rather related, in pith and substance, to the regulation of trade and commerce.

Following upon these cases, Iacobucci J. in *Allard*, *supra*, held that provinces could validly impose charges which were indirect in their incidence if those were "ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme" (p. 405). That language was taken from the reasons of Bull J.A. in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681, where the British Columbia Court of Appeal upheld a scheme similar to that at issue in *Allard*. The relevant passage from Bull J.A.'s reasons appears at p. 685:

It appears to me that the principle that emerges from the authorities is that taxation which can be characterized as other than direct, and hence not falling within the ambit of provincial legislation by s. 92(2) of the B.N.A. Act, may still be within the scope of provincial competency if contemplated by, and fairly authorized under, another head such as here — s. 92(9). In my view, the key lies in the question as to what is the primary and real purpose, or pith and substance, of the legislation — is the levy or tax (whether direct or indirect by nature) merely ancillary, or adhesive, to the licensing scheme of regulating or prohibiting a trade, or is it essentially a fiscal imposition, or taxation, under a form of disguise or a colourable concept? [Emphasis added.]

On reviewing the key cases on the matter, it is clear that the courts have, over the years, recognized the provinces' power to enact legislation providing for the imposition of levies which were indirect in their incidence when such levies could not be characterized as "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes" as contemplated by s. 92(2) because they related, in pith and substance, to another head of power granted exclusively to provincial legislatures by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. In that sense, I do

Encore une fois, il est évident que le juge en chef Laskin était d'avis que les redevances imposées dans un tel contexte n'étaient pas, de par leur caractère véritable, de la nature de taxes imposées en vue de prélever un revenu au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais avaient trait, de par leur caractère véritable, à la réglementation des échanges et du commerce.

110

Dans la foulée de ces arrêts, le juge Iacobucci a conclu, dans l'arrêt *Allard*, précité, que les provinces pouvaient valablement imposer des redevances qui étaient indirectes quant à leur incidence si celles-ci étaient «accessoires ou rattaché[e]s à un régime de réglementation provincial valide» (p. 405). Cette expression est tirée des motifs du juge Bull dans *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la validité constitutionnelle d'un régime semblable à celui qui était en cause dans l'arrêt *Allard*. Le passage pertinent des motifs du juge Bull figure à la p. 685:

[TRADUCTION] Selon moi, le principe qui émerge de la jurisprudence est que la taxation qui peut être qualifiée de non directe et qui, par conséquent, n'est pas visée par la législation provinciale selon le par. 92(2) de l'A.A.N.B., peut encore relever de la compétence provinciale si elle est prévue et nettement autorisée par un autre domaine de compétence comme en l'espèce — le par. 92(9). À mon avis, la solution repose dans la question de savoir quel est le but réel et principal, ou le caractère véritable, de la loi — le prélèvement ou la taxe (de nature directe ou indirecte) est-il simplement accessoire ou rattaché à un régime de permis qui réglemente ou interdit un commerce ou est-il essentiellement une imposition fiscale ou une taxation sous une forme déguisée ou selon un concept spéciieux? [Je souligne.]

111

De l'examen des arrêts de principe sur la question, il ressort clairement qu'au fil des ans les tribunaux ont reconnu le pouvoir des provinces d'adopter des lois prévoyant l'imposition de droits qui étaient indirects quant à leur incidence lorsque ces droits ne pouvaient pas être qualifiés de «taxation [...] en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» comme le prévoit le par. 92(2) parce qu'ils avaient trait, de par leur caractère véritable, à un autre domaine de compétence attribué exclusivement aux législatures provinciales par

not think that the Constitution specifically contemplates a provincial power regarding "regulatory charges". Provinces can impose indirect levies if, in doing so, they are legislating under a different head of power than their s. 92(2) taxing power — for example, property and civil rights (s. 92(13)), the administration of justice (s. 92(14)) or matters of local or private nature (s. 92(16)) — and, consequently, outside the scope of the limitation to direct taxes imposed by that provision. Thus, the analysis is no different from the traditional analysis courts have undertaken when dealing with judicial review on federal grounds. Courts will identify the pith and substance of a given piece of legislation providing for the imposition of a levy; they will seek to find its dominant purpose or true character. Legislation aimed, in pith and substance, at raising revenue, will be subject to the requirement of directness provided for in s. 92(2). Legislation not relating, in pith and substance, to taxation as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, will therefore not be subject to the directness requirement provided for in that section.

l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En ce sens, je ne crois pas que la Constitution accorde expressément un pouvoir aux provinces en matière de «redevances de nature réglementaire». Les provinces peuvent imposer des droits indirects si, ce faisant, elles légifèrent en vertu d'un domaine de compétence autre que leur pouvoir de taxation prévu au par. 92(2) — par exemple, la propriété et les droits civils (par. 92(13)), l'administration de la justice (par. 92(14)) ou les matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)) — et, par conséquent, hors de la portée de la restriction relative au caractère direct des taxes imposée par cette disposition. Ainsi, cette analyse ne diffère pas de l'analyse traditionnelle que les tribunaux effectuent lorsqu'ils sont saisis d'une demande de contrôle judiciaire relativement au partage des pouvoirs. Les tribunaux dégageront le caractère véritable d'une loi donnée qui prévoit l'imposition d'un droit; ils chercheront à découvrir son but principal ou sa nature véritable. Une loi visant, de par son caractère véritable, à prélever un revenu sera assujettie à l'exigence relative au caractère direct prévue au par. 92(2). La loi qui, de par son caractère véritable, n'a pas trait à la taxation au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sera donc pas assujettie à cette exigence.

Such an approach is also consistent with cases where federal legislation was challenged on the basis that the imposition of a levy — that, the federal authorities submitted, had been enacted pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* — amounted to regulation of a matter within exclusive provincial jurisdiction. Courts have always first identified what the federal legislation providing for the imposition of a levy related to, in pith and substance, and then concluded whether it related to a head of jurisdiction within exclusive federal or provincial jurisdiction. Such is the approach adopted by Laskin C.J. in *Reference re Agricultural Products Marketing Act, supra* (see also, *inter alia: Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.); and *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41 (P.C.); also of relevance

Cette démarche est aussi analogue à celle adoptée dans les décisions traitant de lois fédérales contestées pour le motif que l'imposition d'un droit — qui, selon les autorités fédérales, avait été adoptée conformément au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — équivalait à la réglementation d'une matière relevant de la compétence exclusive des provinces. Les tribunaux ont toujours déterminé en premier lieu à quoi se rapportait, de par son caractère véritable, la loi fédérale prévoyant l'imposition d'un droit; et ensuite si cette loi avait trait à un domaine relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral ou des provinces. C'est la démarche qu'a adoptée le juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité (voir également, entre autres: *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1924] A.C. 222 (C.P.), *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for*

is *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (where the Privy Council upheld, as relating to taxation under s. 92(2) — and not as relating to banks — a provincial statute providing for a tax on banks)).

A similar approach was followed by this Court in *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004. That case involved a challenge by the province of Alberta to the constitutional validity of a levy Parliament sought to impose on certain natural gas owned, produced and exported by the Crown in right of Alberta. The Attorney General for Alberta argued that, pursuant to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, such natural gas was shielded from the impugned levy. This Court was of the view that the exemption provided for in s. 125 was limited to taxation, i.e., levies enacted pursuant to, in that case, Parliament's legislative authority under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. That prompted an analysis of the pith and substance of the legislation providing for the imposition of the levy. This Court disposed of the appeal in favour of the Attorney General for Alberta on the ground that the impugned legislation related, in pith and substance, to taxation. The majority wrote, at p. 1072:

A tax on the transit of goods from inside to outside the country may be imposed for the purpose of raising money or for the purpose of regulating trade or both. Even if the tax is aimed at export, provincial property is protected under s. 125 unless the federal legislation is regulatory. Thus, if the levy here in question were regarded as aimed at exports it would be necessary also, for the appeal to succeed, to conclude that it not be "taxation" in the sense of the foregoing discussion. There is to the proposed tax no aspect of the regulation of trade and commerce that would support its imposition under head 2 of s. 91 of the B.N.A. Act. [Emphasis added.]

British Columbia, [1930] A.C. 111 (C.P.); et *In re The Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41 (C.P.); est également pertinent l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (où le Conseil privé a confirmé, comme ayant trait à la taxation en vertu du par. 92(2) — et non pas aux banques — une loi provinciale prévoyant une taxe sur les banques)).

113

Notre Cour a adopté une démarche similaire dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004. Il s'agissait d'une contestation par la province d'Alberta de la constitutionnalité d'une taxe que le Parlement voulait imposer sur du gaz naturel appartenant à la Couronne du chef de l'Alberta, que celle-ci produisait et destinait à l'exportation. Le procureur général de l'Alberta a soutenu que l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soustrayait ce gaz naturel du champ d'application de la taxe contestée. Notre Cour était d'avis que l'exemption prévue à l'art. 125 se limitait à la taxation, c.-à-d. aux prélèvements établis dans cette affaire dans l'exercice du pouvoir législatif que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement. Cela a entraîné une analyse du caractère véritable de la loi qui prévoyait ce prélèvement. Notre Cour a tranché le pourvoi en faveur du procureur général de l'Alberta pour le motif que la loi contestée avait trait, de par son caractère véritable, à la taxation. Les juges formant la majorité ont déclaré à ce propos, à la p. 1072:

Une taxe sur le transport de marchandises de l'intérieur à l'extérieur du pays peut être imposée pour recueillir des deniers ou pour réglementer le commerce, ou à ces deux fins. Même si la taxe vise les exportations, les biens provinciaux jouissent de la protection de l'art. 125, à moins que la loi fédérale n'ait une fonction de réglementation. Donc, si on considérait que la taxe en question a pour objet les exportations, il serait également nécessaire, pour que le pourvoi soit accueilli, de conclure qu'il ne s'agit pas de «taxation» au sens de l'analyse qui précède. La taxe proposée ne comporte aucun aspect de la réglementation des échanges et du commerce, qui lui permet de s'appuyer sur le par. 91(2) de l'A.A.N.B. [Je souligne.]

The majority further held (at pp. 1073-74):

In cases considering tax measures, it may be difficult to find a single "pith and substance" of legislation. A fiscal instrument may be chosen precisely because it can kill two birds with one stone, regulating the industry while raising revenue. The legislation may have, in the argot of the cases, a "double aspect". A subject which in one aspect and for one purpose may fall within one constitutional head of power may in another aspect and for other purposes fall within another head: see *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.) at p. 130. This is perhaps just another way of saying that a measure is supportable under two different heads of power. In most cases, it is enough to place a matter within either s. 91 or s. 92. The concept of a "double aspect" therefore finds currency in cases dealing with a federal power on one hand, and a provincial power on the other; see for example cases on highway traffic offences: *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238. It is seldom necessary to assign a particular head of power if a matter clearly falls within several heads of s. 91 or s. 92. In the present case, however, a specific assignment is necessary

Such an analysis will not save a tax which is in pith and substance only a revenue-raising mechanism, but which may exhibit ancillary regulatory characteristics.

The majority then turned to an analysis of the levy at issue in that case and dealt with the argument of the Attorney General of Canada that it related, in pith and substance, to regulation of trade and commerce. It went on, at pp. 1074-76:

The Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., (1944 revised with corrections 1973) defines "to regulate" as "To control, govern, or direct by rule or regulations; to subject to guidance or restrictions. . . To adjust, in respect of time, quantity, etc., with reference to some standard or purpose". In relation to "regulation of trade and commerce", this definition and common sense would suggest a restraint upon or channelling of economic behaviour in pursuit of policy goals. The proposed tax in this case, when viewed in light of other legislation touching the natural gas industry, has no such regulatory effect on behaviour. By its very comprehensiveness, the tax belies any purpose of modifying or

Ils ont ajouté (aux pp. 1073 et 1074):

Lorsqu'il est question de mesures fiscales, il peut être difficile de trouver dans une loi un seul «caractère véritable». Une mesure fiscale peut être choisie précisément parce qu'elle peut faire d'une pierre deux coups, c'est-à-dire réglementer une industrie tout en produisant un revenu. La loi peut revêtir, pour reprendre l'expression utilisée dans les arrêts, un «double aspect». Une matière qui, à un égard et à une fin, relève d'un pouvoir constitutionnel peut, à un autre égard et à d'autres fins, relever d'un autre pouvoir: voir l'arrêt *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130. Ce n'est peut-être là qu'une autre façon de dire qu'une mesure peut s'appuyer sur deux pouvoirs distincts. Dans la plupart des cas, cela est suffisant pour qu'une question relève soit de l'art. 91, soit de l'art. 92. La notion du «double aspect» se rencontre donc couramment dans les arrêts où il est question d'un pouvoir fédéral d'une part et d'un pouvoir provincial d'autre part; voir par exemple les arrêts portant sur des infractions à un code de la route: *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238. Il est rarement nécessaire, si une affaire relève manifestement de plusieurs pouvoirs énoncés à l'art. 91 ou à l'art. 92, de lui appliquer un pouvoir particulier. C'est toutefois ce qu'il faut faire en l'espèce

On ne saurait par une telle analyse légitimer une taxe qui n'est véritablement qu'une mesure destinée à produire un revenu, mais qui peut, de façon accessoire, présenter les caractéristiques d'une réglementation.

Les juges formant la majorité ont ensuite procédé à une analyse de la taxe en cause dans cette affaire et examiné l'argument du procureur général du Canada selon lequel cette taxe se rapportait, de par son caractère véritable, à la réglementation des échanges et du commerce. Ils ont ajouté, aux pp. 1074 à 1076:

The Shorter Oxford English Dictionary, 3^e éd., (1944, révisé avec corrections 1973) définit ainsi le verbe «*to regulate*» (réglementer): [TRADUCTION] «contrôler, régir ou diriger au moyen de règles ou de règlements; soumettre à une directive ou à des restrictions . . . Ajuster, quant à la durée, à la quantité, etc., par rapport à une norme ou à un objet quelconque». Appliqués à la «réglementation des échanges et du commerce», cette définition et le bon sens laisseraient supposer une limitation ou canalisation du comportement économique en vue de réaliser des objectifs fixés par le gouvernement. La taxe proposée en l'espèce, considérée en fonction d'autres lois applicables à l'industrie du gaz naturel, ne

directing the allocation of gas to particular markets. Nor does the tax purport to regulate who distributes gas, how the distribution may occur, or where the transactions may occur.

The quantity, movement and price of natural gas are carefully regulated under the present legislation and remain unaffected by the tax. The *Petroleum Administration Act*, S.C. 1974-75-76, c. 47, and the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, together provide a complete scheme for the regulation of the export of natural gas. The volume of gas authorized for export as well as its price are established by orders pursuant to those Acts. The *National Energy Program 1980* notes that trade in the major forms of energy has been closely regulated by federal agencies for many years (No. 1). The effect of the tax is to reduce the revenue or "net backs" received by producers or marketers of natural gas.

The cases reviewed also demonstrate the uncertainty respecting the scope of the provincial power regarding licences contemplated in s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. However, I need not deal with this question extensively. As I mentioned earlier, this Court has accepted that s. 92(9) was somewhat redundant as not constituting a source of provincial legislative jurisdiction relating to regulatory charges truly independent of that ensuing from the other heads enumerated in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*; see *Allard, supra*, at pp. 404-5.

In summary, the power of a province to adopt legislation providing for the imposition of levies which are indirect in their incidence stems from the other heads of power over which it has exclusive legislative authority under the *Constitution Act, 1867*. Where the adoption of a levy constitutes, in pith and substance, regulation of a matter falling within heads of jurisdiction other than taxation in order to the raising of revenue (s. 92(2)),

comporte pas cet effet de réglementation sur le comportement. La portée même de la taxe la rend incompatible avec toute intention de modifier ou de régir la distribution du gaz sur des marchés précis. La taxe n'a pas non plus pour effet de déterminer qui peut distribuer le gaz, comment la distribution peut s'effectuer ou l'endroit où les opérations peuvent avoir lieu.

Les textes législatifs actuellement en vigueur réglementent de façon minutieuse la quantité, le transport et le prix du gaz naturel, et la taxe n'a aucune incidence sur ces sujets. La *Loi sur l'administration du pétrole*, S.C. 1974-75-76, chap. 47, et la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, chap. N-6, fournissent ensemble un régime complet de réglementation de l'exportation du gaz naturel. Des ordonnances rendues en application de ces lois fixent le volume de gaz qui peut être exporté et son prix. On fait remarquer dans *Le Programme énergétique national 1980* que les échanges des principaux types d'énergie sont étroitement réglementés depuis plusieurs années par des organismes fédéraux (nº 1). La taxe a pour effet de réduire les recettes ou les «revenus nets» que touchent les producteurs de gaz naturel ou ceux qui le commercialisent.

Les arrêts examinés montrent également l'incertitude existant quant à l'étendue du pouvoir des provinces en matière de permis, qui est prévu au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, il n'y a pas lieu de traiter cette question en profondeur. Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a reconnu que le par. 92(9) est quelque peu redondant, car il ne constitue pas une source de compétence législative des provinces en matière de redevances de nature réglementaire qui soit vraiment indépendante de celle découlant des autres domaines de compétence énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir l'arrêt *Allard*, précité, aux pp. 404 et 405.

En résumé, le pouvoir d'une province d'adopter une loi prévoyant l'imposition de droits qui sont indirects quant à leur incidence découle des autres domaines à l'égard desquels elle a une compétence législative exclusive en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque l'adoption d'un droit constitue, de par son caractère véritable, une réglementation d'une matière relevant de domaines de compétence autres que la taxation en vue de préle-

the requirement that such levy be direct in its incidence will not apply. I now turn to the analysis of the pith and substance of the impugned legislation before us in this appeal, the EDC scheme.

The EDC Scheme Relates, in Pith and Substance, to "Taxation . . . in Order to the Raising of a Revenue" (Section 92(2))

116 My colleague Iacobucci J. has characterized the EDC scheme as "ancillary to a valid regulatory scheme for the provision of educational facilities as a component of land use planning" (see para. 50) and "part of a comprehensive and integrated regulatory scheme, namely, the entirety of planning, zoning, subdivision and development of land in the province" (see para. 57). He first emphasizes the fact that the scheme operates so as to "limit recoupment to the actual costs involved in providing educational facilities occasioned by new development" (see para. 55). He then deals with various arguments put forward by the appellants and comes to the conclusion that there was a sufficient relationship between school construction and the regulation of land development to characterize EDCs as "regulatory charges".

117 The identification of the pith and substance of a law involves an analytical process conducted according to the approach carefully described by Sopinka J. in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-88. As he explained, at p. 482, the analysis "necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect", but courts also "'will look beyond the direct legal effects to inquire into the social or economic purposes which the statute was enacted to achieve', its background and the circumstances surrounding its enactment . . . and, in appropriate cases, will consider evidence of the second form of 'effect', the actual or predicted practical effect of the legislation" (p. 483).

118 I have no doubt that the EDC scheme relates, in pith and substance, to "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. I come to this

ver un revenu (par. 92(2)), la restriction à la taxation directe ne s'appliquera pas. Je passe maintenant à l'analyse du caractère véritable des mesures législatives contestées devant nous dans le présent pourvoi, à savoir le régime des REE.

Le régime des REE a trait, de par son caractère véritable, à la «taxation [...] en vue de prélever un revenu» (par. 92(2))

Mon collègue le juge Iacobucci a qualifié le régime des REE d'«accessoire à un régime valide de réglementation de la fourniture d'installations d'enseignement dans le cadre de l'aménagement du territoire» (par. 50) et de «partie d'un régime de réglementation étendu et intégré, savoir l'ensemble de l'aménagement du territoire, du zonage, du lotissement et de l'exploitation foncière dans la province» (par. 57). Il souligne d'abord le fait que le régime vise à «limiter le recouvrement aux coûts réels engendrés par la fourniture d'installations d'enseignement rendues nécessaires par les nouvelles exploitations» (par. 55). Il examine ensuite les divers arguments avancés par les appelantes et arrive à la conclusion qu'il existe un lien suffisant entre la construction d'écoles et la réglementation de l'aménagement foncier pour que les REE soient qualifiées de «redevances fixées par règlement».

La détermination du caractère véritable d'une loi doit se faire suivant la démarche minutieusement décrite par le juge Sopinka dans *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 481 à 488. Comme il l'a expliqué, à la p. 482, l'analyse «commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique», mais les tribunaux «ne tiennent pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser», de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée [...] et, dans les cas qui s'y prêtent, [ils prennent] en considération la deuxième forme d'«effet», l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif» (p. 483).

Je ne doute nullement que le régime des REE se rapporte, de par son caractère véritable, à la «taxation [...] en vue de prélever un revenu» au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

conclusion for two principal reasons: first, by inquiring into the impugned piece of legislation itself, and second by considering the mischief the scheme was intended to remedy. I also disagree with Iacobucci J. that it is "much easier" than in *Allard, supra*, to find that the EDC scheme is ancillary to a valid regulatory scheme to the point where it does not relate, in pith and substance, to taxation. Finally, the fact that the legislative scheme specifically provides for the use the school boards will make of the money levied and that the amount that can be levied is carefully limited to that purpose is, in itself, irrelevant to the characterization of the matter of the legislation.

The EDC scheme was enacted by the Legislature of Ontario as Part III of the *Development Charges Act, 1989*, S.O. 1989, c. 58, and related regulations. It provides for delegation to school boards of the authority to enact by-laws providing for the imposition of EDCs in a carefully detailed manner and the spending of the money levied on the construction of new educational facilities in an equally detailed manner. The scheme itself reveals no feature other than the raising of a revenue in order to finance the local share of growth-related capital expenditures while providing for specific ways in which such revenues will be spent by school boards. This is consistent with the objective pursued by the Legislature of Ontario and the mischief it sought to remedy through the enactment of the EDC scheme. As all parties to this litigation acknowledged, the EDC scheme was enacted by the Legislature of Ontario as a consequence of the reduction made at the same time of provincial grants regarding growth-related capital expenditures. In sum, it gave to local school boards the means to raise the revenue taken away through cutbacks in provincial grants. Therefore, one easily understands that the scheme was aimed at filling the gap left in educational funding in Ontario as a result of the provincial government's decision.

J'arrive à cette conclusion de deux façons: premièrement, en procédant à une analyse de la loi contestée elle-même et, deuxièmement, en prenant en considération le problème que le régime était censé solutionner. De plus, je ne suis pas d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que c'est «beaucoup plus facile» que dans l'arrêt *Allard*, précité, de conclure que le régime des REE est accessoire à un régime de réglementation valide au point qu'il ne se rapporte pas, de par son caractère véritable, à la taxation. En dernier lieu, le fait que le régime législatif prévoit expressément l'utilisation que les conseils scolaires feront des fonds perçus et que le montant qui peut être perçu est soigneusement limité à cette fin n'a pas de rapport en soi avec la qualification de la matière visée par la loi.

Le régime des REE a été adopté par la législature de l'Ontario dans le cadre de la partie III de la *Loi sur les redevances d'exploitation, 1989*, S.O. 1989, ch. 58, et ses règlements d'application. Il délègue aux conseils scolaires le pouvoir d'adopter des règlements prévoyant d'une manière détaillée l'imposition de REE et, d'une manière tout aussi détaillée, l'utilisation des fonds ainsi perçus pour la construction de nouvelles installations d'enseignement. Le régime lui-même ne comporte aucune caractéristique autre que le prélèvement d'un revenu en vue du financement de la part locale des dépenses en immobilisations liées à la croissance, tout en prévoyant précisément comment les sommes perçues seront dépensées par les conseils scolaires. Cela est conforme à l'objectif poursuivi par la législature de l'Ontario et le problème qu'elle cherchait à solutionner par l'adoption du régime des REE. Ainsi que toutes les parties au présent litige l'ont reconnu, le régime des REE a été adopté par la législature de l'Ontario à la suite de la réduction à la même époque des subventions provinciales concernant les dépenses en immobilisations liées à la croissance. En somme, il a donné aux conseils scolaires locaux le moyen de percevoir le revenu supprimé par la diminution des subventions provinciales. On peut donc facilement comprendre que le régime visait à combler le manque à gagner dans le financement de l'enseignement en Ontario découlant de la décision du gouvernement provincial.

120

The situation in this appeal is to be distinguished from that in *Allard*, *supra*. In that case, this Court unanimously found that volumetric gravel removal fees imposed by municipalities pursuant to ss. 930(1) and 930(2) of the British Columbia *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, had been properly enacted under a combination of ss. 92(9), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. The enabling provisions could not, as Iacobucci J. noted, be dissociated from other provisions of the *Municipal Act* relating to roads, road repair and gravel removal and the whole of those provisions related, in pith and substance, to the regulation of roads, road repair and gravel removal in such a way that the impugned fees formed an integral part of the scheme. At p. 408, Iacobucci J. explained that this relationship was made even more evident by an examination of the impugned by-laws themselves. In this regard, this Court expressly adopted (see p. 409) the characterization proposed by the British Columbia Court of Appeal in *LaFarge*, *supra*, at p. 686, of predecessor provisions to the impugned by-laws as constituting "a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade". It is thus necessary to refer to the reasoning adopted by the British Columbia Court of Appeal in that case to fully understand the position taken by our Court in *Allard*. At pp. 686-87, Bull J.A. referred to the objective pursued and the mischief the British Columbia legislature intended to remedy through the adoption of the provisions at issue and wrote:

Il faut distinguer les circonstances du présent pourvoi de celles de l'arrêt *Allard*, précité. Dans cette affaire, notre Cour a jugé à l'unanimité que les droits volumétriques imposés par les municipalités pour l'enlèvement du gravier conformément aux par. 930(1) et 930(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, de la Colombie-Britannique avaient été dûment adoptés en vertu de l'application combinée des par. 92(9), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions habilitantes ne pouvaient pas, comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci, être dissociées d'autres dispositions de la *Municipal Act* relatives aux routes, à leur réparation et à l'enlèvement de gravier, et toutes ces dispositions avaient trait, de par leur caractère véritable, à la réglementation des routes, de leur réparation et de l'enlèvement de gravier de façon telle que les droits contestés faisaient partie intégrante du régime. À la page 408, le juge Iacobucci a expliqué que ce lien devenait encore plus évident à la suite d'un examen des règlements contestés eux-mêmes. À cet égard, notre Cour a adopté expressément (voir p. 409) la qualification des dispositions antérieures aux règlements contestés, proposée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *LaFarge*, précité, à la p. 686, et selon laquelle il s'agissait d'un [TRADUCTION] ««code complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre»». Il faut donc se reporter au raisonnement adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire pour bien comprendre la position prise par notre Cour dans l'arrêt *Allard*. Aux pages 686 et 687, le juge Bull parle de l'objectif poursuivi et du tort que la législature de la Colombie-Britannique voulait réparer par l'adoption des dispositions en cause:

[TRADUCTION] Pour déterminer le caractère véritable du texte législatif contesté, il semble nécessaire de vérifier quel créneau occupe le règlement, et cela suppose à son tour que l'on tienne compte des circonstances entourant son adoption. Les faits peuvent se résumer brièvement en deux points principaux. Premièrement, l'enlèvement de gravier et d'autres substances des huit ou neuf carrières ou gravières situées dans la municipalité par un convoi permanent de camions de dix tonnes soulevait non seulement le mécontentement des habitants du voisinage concerné, mais aussi les questions des

In order to determine the true pith and substance of the impugned enactment, it seems requisite to ascertain into which slot the bylaw falls, and this, in turn, involves consideration of the circumstances surrounding its enactment. The facts can be shortly summarized into two principal categories. The first is that the removal of gravel and other substances from the eight or nine quarries or gravel pits in the Municipality by a continuous train of ten-ton trucks raised not only the displeasure of the inhabitants in the affected neighbourhoods, but past and prospective outlays of large sums of public funds

for road provision and maintenance as well as regulatory expenses. The second, the other side of the coin, is that 15¢ imposed by way of permit fee for each cubic yard removed creates a heavy burden on permit holders, and greatly increases their costs of doing business. It comes down to a fee of one dollar for each loaded ten-ton truck removing gravel away from the pits through the appellant's thorough-fares.

The bylaw being amended constitutes a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade, including the provision of the performance bonds and operational plans and surveys, obviously directed to safety and environmental control. In the light of the public problems and expenses resulting from the extended operation of the business in the Municipality, I am unable to conclude that the amending bylaw No. 2041, 1971, although completely changing, as it does, the basis of the permit fee and increasing it enormously, has become divorced from the licensing and regulatory concept and, in effect, has become a disguised taxation of an indirect nature. In my view, heavy as the fee may be, the levy is still ancillary and incidental, and intended so to be, to the regulatory licensing of a trade or business.

As was the case in *Allard*, the fee discussed by the British Columbia Court of Appeal in *LaFarge* formed an integral part of a legislative scheme aimed at regulating the gravel removing business in pursuance of various policy goals to the point where it had no integrity of its own, taking its "colour from the scheme" itself, to use Laskin C.J.'s words in *Reference re Agricultural Products Marketing Act, supra*, at p. 1234.

Finally, I emphasize that the fact that the Ontario Legislature specifically provided for the use that was to be made of the funds levied through EDCs and that the amount of money that could be levied and the way it could be spent were carefully restricted to that purpose, is not, in itself, determinative in characterizing the matter of the scheme. This issue necessitates a clarification of precisely what the "costs of regulation" — a phrase used by my colleague Iacobucci J. in his reasons — refers to. This Court's review of the cases in *Allard*,

importants débours passés et éventuels de fonds publics pour la construction et l'entretien de routes ainsi que celle des dépenses d'ordre réglementaire. Deuxièmement, c'est l'envers de la médaille, les 15 cents imposés au moyen du droit de permis sur chaque verge cube enlevée inflige un fardeau onéreux aux titulaires de permis et augmente grandement leurs frais d'affaires. Cela revient à un droit d'un dollar pour chaque camion de dix tonnes chargé qui utilise les voies publiques de l'appelante pour enlever du gravier des carrières.

Le règlement modifié constitue un code complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre, y compris la fourniture de garanties de bonne exécution ainsi que les inspections et les plans opérationnels, visant manifestement la sécurité et le contrôle de l'environnement. Compte tenu des dépenses et problèmes publics résultant de l'exploitation accrue de ce commerce dans la municipalité, je ne puis conclure que le règlement modificateur n° 2041, 1971, bien qu'il ait changé complètement le fondement du droit de permis et l'ait augmenté considérablement, s'est éloigné de la notion de délivrance de permis et de prise de règlement et, en fait, est devenu une taxation déguisée de nature indirecte. À mon avis, aussi élevé que puisse être le droit de permis, il est encore accessoire, et est censé l'être, à la délivrance par règlement d'un permis d'exercice d'un commerce.

Comme c'était le cas dans l'arrêt *Allard*, le droit examiné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *LaFarge* faisait partie intégrante d'un régime législatif visant à réglementer le commerce de l'enlèvement de gravier dans le cadre de différents objectifs de principe au point où il n'avait aucune valeur propre et où il tirait son «caractère du régime» même, pour utiliser les termes adoptés par le juge en chef Laskin dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, à la p. 1234.

En dernier lieu, je tiens à souligner que le fait que la législature de l'Ontario a expressément prévu l'usage qui devait être fait des fonds perçus au moyen des REE et que le montant d'argent qui pouvait être perçu et la façon dont il pouvait être dépensé ont été soigneusement limités à cet usage n'est pas, en soi, déterminant pour ce qui est de la qualification de la matière visée par le régime. Cette question exige que l'on précise exactement ce que l'on entend par l'expression les «coûts de la réglementation» — utilisée par mon collègue le

supra (see pp. 398 *et seq.*) demonstrates that the expression "costs of regulation" was developed and adopted in cases that dealt, in the context of the constitutional validity of provincial marketing schemes, with the constitutionality of "expenses levies" to describe the expenses incurred by marketing boards responsible for administering the scheme in issue. Such levies were consistently (the only exception is the Privy Council's decision in the *Crystal Dairy* case which, as we have seen, was finally overruled by this Court in 1978) characterized as being ancillary and adhesive to the marketing scheme they were aimed at financing to the point that they related, in pith and substance, to the same matter as that of the impugned schemes to which they related. However, I cannot agree that those authorities are to be interpreted, and the expression "costs of regulation" to be defined, in such a way that as long as a province specifically provides for the use that will be made of the funds levied, and that the amount that will be permitted to be levied and the use that will be made of that money are carefully limited to such purposes and that this purpose is one of exclusive provincial legislative jurisdiction (such as the building of schools), the legislation providing for such levy will then necessarily relate, in pith and substance, to the matter to which such purpose relates.

juge Iacobucci dans ses motifs. L'examen de la jurisprudence effectué par notre Cour dans l'arrêt *Allard*, précité (pp. 398 et suiv.), montre que l'expression «coûts de la réglementation» a été élaborée et adoptée dans des arrêts traitant, dans le contexte de la constitutionnalité de régimes provinciaux de commercialisation, de celle des «prélèvements pour les dépenses», pour décrire les dépenses des commissions de commercialisation chargées de l'administration du régime en cause. Ces prélèvements ont été constamment (la seule exception étant l'arrêt du Conseil privé *Crystal Dairy*, qui, comme nous l'avons vu, a été renversé en fin de compte par notre Cour en 1978) qualifiés d'accessoires et de rattachés au régime de commercialisation qu'ils visaient à financer au point qu'ils avaient trait, de par leur caractère véritable, à la même matière que celle des régimes contestés auxquels ils se rapportaient. Toutefois, je ne puis être d'accord pour dire que ces décisions doivent être interprétées, et l'expression «coûts de la réglementation» être définie, de telle sorte que, tant qu'une province prévoit expressément l'usage qui devra être fait des fonds perçus et que le montant qu'il sera permis de percevoir et l'usage qui sera fait de cet argent sont soigneusement limités à cette fin et que celle-ci relève de la compétence législative exclusive des provinces (telle que la construction d'écoles), la loi prévoyant un prélèvement aura nécessairement trait, de par son caractère véritable, à la matière à laquelle l'usage qui en sera fait se rapporte.

The adoption of such a position would be completely at odds with the structure of the Constitution and with the previous jurisprudence of this Court. The general power for the raising of revenues for provincial purposes by taxation was accorded to provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, which limits them to direct taxation. That limitation serves a number of fundamental constitutional policies already identified. The courts have, it is true, upheld levies of money under regulatory powers in s. 92 where these constitute, in substance, a manner of regulating a specific activity. Examples are pooling arrangements, which are obviously an integral aspect of some regulatory schemes, expenses levies imposed on

L'adoption d'une telle position irait à l'encontre de la structure de la Constitution et de la jurisprudence antérieure de notre Cour. Le pouvoir général de prélever un revenu à des fins provinciales au moyen de la taxation a été attribué aux provinces par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui le limite à la taxation directe. Cette limitation répond à un certain nombre de politiques constitutionnelles fondamentales déjà mentionnées. Les tribunaux, il est vrai, ont confirmé la validité de la perception de sommes d'argent effectuée en vertu des pouvoirs de réglementation prévus à l'art. 92 lorsqu'elle constitue, en substance, une façon de réglementer une activité précise. À titre d'exemples, mentionnons les dispositifs de

persons engaged in a particular activity, as occurred in the provincial marketing cases, or charges for services rendered to persons specifically benefitting from a regulated activity and intended to pay the costs of such services, e.g., the type of fees envisaged by the Privy Council in *Reed, supra*. The *Allard* case falls within this general description, but as I elsewhere indicated in dealing with *LaFarge, supra*, on which *Allard* is based, the case lies at the outer edges of the concept of regulatory charges (see my book, *supra*, at pp. 159-60). It is important, however, to refer to a number of aspects in the scheme that underlined its regulatory aspects. Not only was the money levied to be used for purposes specifically provided for in the legislation; it was also required to pay the costs incurred in constructing and maintaining roads which were essential to the regulated activities and it was levied upon the persons who took part in those very activities. The imposition of fees to pay costs integral to this activity was in those circumstances viewed by this Court as being in essence regulatory charges. These fees did not amount to a mere cloak for raising money for other purposes.

What we have here is a quite different scheme, one that would extend the concept of regulatory charge beyond the limits of its logic. The persons called upon to pay the EDCs are owners of land upon which construction, mostly housing, is to be undertaken, the levies to be used to build schools the local school board may consider necessary for the children who will live in the houses. An EDC seems to me to have all the earmarks of a tax as identified by previous decisions of this Court — a compulsory levy imposed by law by a public body for a public purpose. It is, as I earlier noted, in pith and substance, a tax. It is not aimed at regulating the construction of houses or other buildings. It is not an integral part of the activity in which those

mise en commun de ressources, qui font manifestement partie intégrante de certains régimes de réglementation, les prélèvements pour les dépenses imposés aux personnes qui se livrent à une activité particulière, comme dans les affaires concernant les régimes de commercialisation provinciaux, ou les redevances pour services rendus imposées aux personnes qui bénéficient expressément d'une activité réglementée et destinée à payer les coûts de tels services, p. ex. le genre de droits envisagés par le Conseil privé dans l'arrêt *Reed*, précité. L'arrêt *Allard* entre dans cette description générale, mais, comme je l'ai indiqué ailleurs relativement à l'arrêt *LaFarge*, précité, sur lequel est fondé l'arrêt *Allard*, ce cas se trouve à la limite du concept des redevances de nature réglementaire (voir mon livre, *op. cit.*, aux pp. 159 et 160). Il est important, cependant, de se reporter à certains traits du régime qui soulignaient ses aspects réglementaires. Non seulement les sommes étaient perçues pour servir à des fins prévues expressément dans la loi, mais elles étaient également requises pour financer les coûts de la construction et de l'entretien de routes qui étaient essentielles aux activités réglementées et elles étaient perçues auprès des personnes qui participaient à ces activités mêmes. Les droits imposés pour payer les frais faisant partie intégrante de cette activité ont, dans ces circonstances, été considérés par notre Cour comme étant en soi des redevances de nature réglementaire. Ils n'équivalaient pas à un simple moyen détourné pour percevoir des fonds à d'autres fins.

Nous sommes en présence ici d'un régime tout à fait différent, qui étendrait la notion de redevance de nature réglementaire au-delà des limites de sa logique. Les personnes à qui les REE sont imposées sont les propriétaires de terrains sur lesquels sera entreprise la construction de logements, en grande partie, et les redevances seront utilisées pour la construction d'écoles que le conseil scolaire local peut juger nécessaires pour les enfants habitant ces maisons. Une REE me semble avoir toutes les caractéristiques d'une taxe, que notre Cour a déjà établies dans des arrêts antérieurs — un prélèvement obligatoire imposé par la loi par un organisme public dans un but d'intérêt public. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, elle

engaged are regulated. Rather it is expressly aimed at raising a revenue for another purpose, building schools. Regulatory charges have thus far been tied, as they must constitutionally be, to the regulation of particular activities. The levy certainly does not regulate those engaged in the construction of houses. Nor does it regulate the building of schools; it simply collects monies from those constructing houses for the purpose of building schools. I am not, of course, blind to the fact that housing developments will put pressure on school boards in the area to build new schools to accommodate the children who will come to these new areas, but that is a matter of legislative choice, a choice dictated by many other considerations as well, such as the kind and quality of the educational services. This is not a case, like *Allard*, *supra*, where the activity engaged in by the persons against whom a levy was raised (operators of gravel pits), causes the community to incur additional expenditures in constructing and maintaining roads required by the performance of the activity regulated. What dictates the need for schools is not so much that there is construction, but that there are children who need to be educated. That does not result from the fact that residences are constructed — rather construction of residences, like schools, result from the fact that an increasing population requires these facilities. The schools and residences would generally be required wherever they were built. All the construction dictates is where these residences are built. The legislative choice of permitting local school boards to impose levies to pay these additional costs for schooling on landowners who construct residences in their area, rather than imposing the costs on taxpayers generally, seems perfectly legitimate. And it is equally legitimate that the construction industry (which apparently owns the bulk of the land) should bear its share of the costs since it benefits economically from the development. That, in fact, is all the EDCs have done. A portion of the costs originally borne by taxpayers throughout the province are now being borne by the landowners in the

constitue de par son caractère véritable, une taxe. Elle ne vise pas à réglementer la construction de maisons ou autres bâtiments. Elle ne fait pas partie intégrante de l'activité à laquelle se livrent ceux qui sont réglementés. Elle vise plutôt expressément à percevoir des sommes d'argent à une autre fin, soit la construction d'écoles. Les redevances de nature réglementaire ont jusqu'ici été liées, comme elles doivent l'être sur le plan constitutionnel, à la réglementation d'activités spécifiques. La redevance ne réglemente certainement pas ceux qui se livrent à la construction de maisons. Elle ne réglemente pas non plus la construction d'écoles; elle sert uniquement à percevoir des fonds de ceux qui construisent des maisons, en vue de la construction d'écoles. Bien évidemment, je n'ignore pas que les exploitations à des fins domiciliaires inciteront les conseils scolaires de la région à construire de nouvelles écoles devant servir les enfants qui viendront habiter dans ces nouveaux quartiers, mais c'est une question de choix législatif, un choix dicté par beaucoup d'autres considérations, comme le genre et la qualité des services d'enseignement. Il ne s'agit pas d'un cas, comme dans l'arrêt *Allard*, précité, où l'activité à laquelle se livraient les personnes à qui un droit était imposé (les exploitants de gravières) oblige la collectivité à engager des dépenses supplémentaires pour la construction et l'entretien des routes requises pour l'exécution de l'activité réglementée. Ce qui dicte le besoin en écoles, ce n'est pas tant qu'il y ait de la construction mais qu'il y ait des enfants qui ont besoin d'instruction. Cela ne découle pas du fait que des résidences sont construites — mais plutôt que la construction de résidences, comme d'écoles, résulte du fait qu'une population croissante requiert ces installations. Les écoles et les résidences seraient généralement requises là où elles ont été construites. Tout ce que la construction dicte est l'endroit où ces résidences sont construites. Il semble parfaitement légitime que le législateur choisisse de permettre aux conseils scolaires d'imposer aux propriétaires de terrains qui construisent des résidences dans leur secteur des redevances pour couvrir ces coûts supplémentaires d'enseignement, plutôt que d'en faire supporter les frais par les contribuables en général. Et il est également légitime que l'industrie de la construction

area engaged in. They are not being regulated in doing so; they are being taxed.

To extend the concept of regulatory charges in the manner proposed would virtually deprive the distinction between taxation and regulation of all meaning. A skillful draftsman (or, in this case, counsel) could easily find ways to combine interrelated activities into global schemes and impose "regulatory charges" on a person engaged in any of these activities to pay for the costs of other activities. There is nothing necessarily pernicious about this as a policy choice, of course. This is not an uncommon way of imposing taxation. But when money is raised by provincial taxation it is subject to the limitation to direct taxation. Regulatory powers are not subject to this restriction. The many reasons already identified demonstrate that the restriction to direct taxation represents an important component of the constitutional arrangements agreed upon by the framers of the Constitution in 1867. This, and the underlying policies that support it, strongly militate against this Court permitting provincial legislatures imposing levies that are in their incidence indirect through legislation cloaked as regulatory schemes, which can only rest in pith and substance on taxation as contemplated by s. 92(2) as interpreted over the years by the Privy Council and this Court. The particular scheme with which we are here concerned does not, it is true, affect these policies. That is because it happens to relate to land, but I see no reason on the basis of the logic used to justify this scheme, why it should not be used in relation to other

(qui est apparemment propriétaire de la majeure partie des terrains) doive supporter sa part des coûts puisqu'elle bénéficie de ces exploitations sur le plan économique. C'est, en réalité, tout ce que les REE ont fait. Une partie des coûts supportés à l'origine par les contribuables partout dans la province sont maintenant supportés par les propriétaires des terrains du secteur concerné. Ces derniers ne sont pas de ce fait réglementés; ils sont taxés.

124

Etendre la notion de redevances de nature réglementaire de la façon proposée enlèverait pratiquement toute signification à la distinction entre la taxation et la réglementation. Un rédacteur habile (ou, dans le cas présent, un conseiller juridique) pourrait facilement trouver des moyens de combiner des activités interreliées dans des régimes globaux et imposer des «redevances de nature réglementaire» à une personne se livrant à l'une de ces activités pour couvrir les coûts d'autres activités. Naturellement, cette démarche n'a rien de nécessairement pernicieux en tant que choix de principe. Ce n'est pas une façon inhabituelle d'imposer une taxe. Mais lorsque la perception se fait au moyen d'une taxe provinciale, elle est assujettie à la restriction à la taxation directe. Les pouvoirs de réglementation ne sont pas assujettis à cette restriction. Les nombreuses raisons déjà signalées montrent que la restriction à l'égard de la taxation directe constitue une composante importante du compromis constitutionnel auquel sont parvenus les rédacteurs de la Constitution en 1867. Cet état de choses et les politiques sur lesquelles il se fonde nécessitent que notre Cour évite de confirmer la validité de prélèvements par les législatures provinciales qui, quant à leur incidence, sont indirects et font partie de mesures législatives déguisées en régime de réglementation, alors que, de par leur caractère véritable, ils constituent de la taxation au sens du par. 92(2) selon l'interprétation donnée au cours des ans par le Conseil privé et notre Cour. Le régime particulier qui nous concerne en l'espèce ne touche pas, il est vrai, à ces politiques. Il en est ainsi parce qu'il a trait à des terrains, mais je ne vois aucune raison, selon le fondement logique utilisé pour justifier ce régime, pour laquelle il ne pourrait être utilisé en rapport avec d'autres

schemes, and thereby offend against the constitutional policies just mentioned.

125 Thus, I am of the view that the EDC scheme constitutes taxation. EDCs are not regulatory charges because they relate, in pith and substance, to "Taxation . . . in order to the raising of a Revenue" as contemplated by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, it is necessary to now turn to the issue of direct taxation to determine whether the scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario.

EDCs Are Direct Taxes as Contemplated by Section 92(2)

126 As I noted at the outset, I am of the view that the EDC scheme is *intra vires* the Legislature of Ontario as a direct tax within the meaning of the *Constitution Act, 1867*. I do so because it is a tax on land, a type of tax that has always been regarded as a quintessential example of a direct tax. It bears all the usual hallmarks of a land tax. It is imposed on the owner, and it is collectable against the land itself; see, for example, *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87.

127 The reason why land taxes have always been characterized as direct taxes for the purposes of s. 92(2) is, as the Privy Council noted in *City of Halifax v. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, because they were so perceived by the framers of the Constitution. Viscount Cave, L.C., at pp. 124-25, made this very clear in a passage referred to by my colleague Iacobucci J., at para. 45:

The framers of that Act evidently regarded taxes as divisible into two separate and distinct categories — namely, those that are direct and those which cannot be so described, and it is to taxation of the former character only that the powers of a Provincial government are made to extend. From this it is to be inferred that the distinction between direct and indirect taxes was well known before the passing of the Act; and it is undoubtedly the fact that before that date the classification was

régimes et enfreindre ainsi les politiques constitutionnelles qui viennent d'être mentionnées.

Je suis donc d'avis que le régime des REE constitue de la taxation. Les REE ne sont pas des redevances de nature réglementaire parce qu'elles ont trait, de par leur caractère véritable, à la «taxation [...] en vue de prélever un revenu» conformément au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, il est nécessaire de passer maintenant à la question de la taxation directe pour déterminer si le régime relève de la compétence de la législature de l'Ontario.

Les REE sont des taxes directes envisagées au sens du paragraphe 92(2)

Comme je l'ai fait remarquer au début, je suis d'avis que le régime des REE relève de la compétence de la législature de l'Ontario en tant que taxe directe au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. J'arrive à cette conclusion parce qu'il s'agit d'une taxe foncière, type de taxe qui a toujours été considéré comme le meilleur exemple d'une taxe directe. Les REE comportent toutes les caractéristiques habituelles d'une taxe foncière. Elles sont imposées au propriétaire, et sont perçevables sur le bien-fonds même; voir par exemple l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87.

Comme l'a précisé le Conseil privé dans l'arrêt *City of Halifax c. Estate of J. P. Fairbanks*, [1928] A.C. 117, les taxes foncières ont toujours été qualifiées de taxes directes pour les fins du par. 92(2) parce qu'elles étaient ainsi perçues par les rédacteurs de la Constitution. Le vicomte Cave, lord chancelier, aux pp. 124 et 125, dans un passage que cite mon collègue le juge Iacobucci, au par. 45, le mentionne très clairement:

[TRADUCTION] Les rédacteurs de cette loi ont de toute évidence considéré que les taxes pouvaient être divisées en deux catégories distinctes, soit celles qui sont directes et celles qui ne peuvent se décrire ainsi — et que c'est à la première catégorie seulement que s'étendent les pouvoirs des gouvernements provinciaux. On peut en déduire que la distinction entre taxes directes et taxes indirectes était bien connue avant l'adoption de la loi; avant cette date, les hommes d'État et les économis-

familiar to statesmen as well as to economists, and that certain taxes were then universally recognized as falling within one or the other category. Thus, taxes on property or income were everywhere treated as direct taxes; and John Stuart Mill himself, following Adam Smith, Ricardo and James Mill, said that a tax on rents falls wholly on the landlord and cannot be transferred to any one else. . . . When therefore the Act of Union allocated the power of direct taxation for Provincial purposes to the Province, it must surely have intended that the taxation, for those purposes, of property and income should belong exclusively to the Provincial legislatures, and that without regard to any theory as to the ultimate incidence of such taxation. [Emphasis added.]

(See also *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545.)

My colleague Iacobucci J. acknowledges in his reasons that land taxes have consistently been considered as direct taxes within the meaning of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, regardless of their general incidence, since the Privy Council's decision in *Fairbanks, supra*. However, he finds that EDCs are not true or traditional land taxes. In his opinion, land taxes are (a) imposed on land, (b) against the owner of the land and (c) assessed as a percentage of the value of the land or as a fixed charge per acre. He finds that EDCs could not be characterized as land taxes for the following reasons (at para. 48). First, the purpose of the EDC scheme is "not taxation of land, but rather, taxation imposed in order to defray the costs of infrastructure necessitated by new residential development". Secondly, "it is not the ownership of land *qua* land that is the object and purpose of the tax, but rather, the costs of infrastructure associated with new development upon land". Finally, "[t]he assessment of the tax is not based upon the value of the land, but rather, is based on the impact development will have in terms of creating a need for educational services". Once again, with respect, I must express my disagreement with the position adopted by my colleague.

tes étaient indiscutablement au fait de cette classification, et certaines taxes étaient alors universellement reconnues comme entrant dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi la taxe foncière ou l'impôt sur le revenu étaient partout considérés comme des taxes directes; John Stuart Mill lui-même, à la suite d'Adam Smith, de Ricardo et de James Mill, disait qu'une taxe sur la rente portait exclusivement sur le propriétaire, qui ne pouvait en rejeter le fardeau sur qui que ce soit. [. . .] Ainsi, lorsque aux termes de l'Acte d'Union le pouvoir d'imposer des taxes directes à des fins provinciales a été attribué à la province, il était certainement entendu que l'imposition, à ces fins, d'une taxe foncière ou d'un impôt sur le revenu devait relever exclusivement des législatures provinciales et ce, indépendamment de toute théorie sur l'incidence ultime de ces taxes. [Je souligne.]

(Voir aussi *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545.)

Mon collègue le juge Iacobucci reconnaît dans ses motifs que, depuis l'arrêt *Fairbanks*, précité, du Conseil privé, les taxes foncières ont toujours été considérées comme des taxes directes au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, quelle que soit leur incidence générale. Cependant, il a conclu que les REE ne sont pas des taxes foncières véritables ou traditionnelles. À son avis, les taxes foncières sont a) imposées à l'égard d'un terrain, b) au propriétaire de ce terrain, et c) calculées en fonction d'un pourcentage de la valeur du terrain, ou selon un taux fixe à l'acre. Il considère que les REE ne peuvent être qualifiées de taxes foncières pour les motifs suivants (au par. 48). Premièrement, le régime des REE ne vise pas à «imposer les terrains mais bien à financer le coût des infrastructures rendues nécessaires par les nouvelles exploitations à des fins résidentielles». Deuxièmement, «ce n'est pas en soi la propriété du terrain qui est l'objet de la taxe, mais plutôt les coûts d'infrastructure afférents à la nouvelle exploitation». Enfin, «[l]e calcul de la taxe n'est pas basé sur la valeur du terrain, mais sur les répercussions qu'aura l'exploitation sur le besoin de services d'enseignement». De nouveau, en toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la position adoptée par mon collègue.

129

My colleague's approach invites consideration on two different levels. The first involves the narrow question of what the courts have held to constitute a land tax over the years. I shall, for convenience, deal with this question on the basis of the authorities first. The issue cannot, however, be fully understood, without consideration of much broader issues. For what my colleague seeks to do is to construe a tax imposed on a landowner and collectable against the land as an indirect tax because there will be a tendency for the incidence of the tax to be passed on to subsequent purchasers of the property given the fact that the land is taxed only on owners who engage in development of the land and that the majority of them are builders who are building for sale. This raises the broader issues to which I have alluded. It invites consideration of the constitutional policies underlying the division of taxes into direct and indirect, and more specifically the circumstances in which it is appropriate simply to have recourse to the broad categories of taxes contemplated by the framers of the Constitution, rather than those where it may best serve their underlying purposes to apply Mill's test which is concerned with classifying direct and indirect taxation on the basis of the incidence of such taxes. As mentioned, I shall first deal with the narrow issue.

L'analyse de mon collègue commande un examen en deux points. Premièrement, il faut examiner la question restreinte de savoir ce que les tribunaux ont considéré comme une taxe foncière au fil des ans. Par souci de commodité, j'examinerai cette question en me fondant tout d'abord sur la jurisprudence. Cependant, cette question ne peut être pleinement comprise sans l'examen de questions beaucoup plus générales. Car, ce que mon collègue cherche à faire, c'est d'interpréter une taxe imposée à un propriétaire foncier et perçevable sur le bien-fonds comme étant une taxe indirecte parce que l'incidence de cette taxe aura tendance à être reportée sur les acheteurs subséquents compte tenu du fait que le bien-fonds n'est taxable que pour les propriétaires qui l'exploitent et qu'il s'agit dans la majorité des cas de constructeurs qui construisent pour la vente. Cela soulève les questions générales auxquelles je viens de faire allusion et appelle un examen des politiques constitutionnelles sur lesquelles est fondée la classification des taxes en taxes directes et indirectes, plus particulièrement des circonstances dans lesquelles il convient d'avoir simplement recours aux catégories générales de taxes envisagées par les rédacteurs de la Constitution, plutôt qu'à celles dont les fins sous-jacentes seraient mieux servies par l'application du critère de Mill, aux termes duquel la taxation est directe ou indirecte selon l'incidence de la taxe. Comme je l'ai mentionné, j'examinerai tout d'abord la question restreinte.

The Land Tax Cases

130

To begin with, the courts have invariably defined land taxes in a manner consistent with that set forth at the beginning of this section, i.e., one imposed on land or on the owner of land; see, for example, *Rattenbury v. Land Settlement Board*, [1929] S.C.R. 52, at p. 73; and *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at pp. 258-59. I have found no authority to support the other requirements added by my colleague Iacobucci J. While the best known examples of land taxes are the ordinary municipal rates and taxes, they are by no means confined to these, and a wide variety of taxes have been held to be taxes on land because

La jurisprudence sur la taxe foncière

Il faut tout d'abord préciser que les tribunaux ont toujours défini les taxes foncières d'une façon compatible avec celle exposée au début de la présente section, c.-à-d., une taxe imposée sur un bien-fonds ou à son propriétaire; voir par exemple *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52, à la p. 73, et *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, aux pp. 258 et 259. Je n'ai trouvé aucune jurisprudence à l'appui des autres exigences ajoutées par mon collègue le juge Iacobucci. Bien que les exemples de taxes foncières les plus connues soient les taxes municipales ordinaires, ce ne sont pas les seules, et toute une

they were imposed on land or its owner, whatever their ultimate incidence might be thought to be.

I shall mention only a few of the cases, beginning with the *Fairbanks* case itself. The tax there was a specific levy on land in respect of businesses conducted on the property by their tenants, although it was abundantly clear that the landlords would recoup themselves against the tenants. If my colleague's approach is correct, I do not see why the Privy Council would not have treated that tax as, in substance, a business tax which was intended ultimately to be paid by the tenants. That indeed is what this Court had done in that case; see [1926] S.C.R. 349. But the Privy Council reversed this decision. At p. 126, Viscount Cave, L.C., had this to say about the matter:

The authorities cited by Newcombe J. show the use made by this Board of Mill's definition in determining whether a new or special tax, such as a stamp duty, a licence duty or a percentage on turnover, should be classed as direct or indirect; but, with the possible exception of *Cotton v. The King*, which seems to have turned on its own facts, they do not afford any instance in which a tax otherwise recognized as direct has been held to be indirect for the purposes of the British North America Act by reason of any theory as to its ultimate incidence. [Emphasis added.]

The Privy Council's approach in *Fairbanks* has been followed ever since. Thus, while this Court, in the *Esquimalt and Nanaimo Railway Co.* case, *supra*, held a tax on land essentially based on the market value of the timber thereon to be indirect because of the obvious tendency of the tax to be passed on to the purchasers of the timber, the Privy Council reversed that decision because it was a land tax. So too in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, the Saskatchewan *Mineral Taxation Act*, 1948, S.S. 1948, c. 24, which imposed a tax on minerals in producing areas of the province at a rate based on the fair market value of the minerals, was held valid as a land tax. Again, in *R. v. Churchill*

gamme de taxes ont été considérées comme étant des taxes foncières du fait qu'elles étaient imposées sur le bien-fonds ou à son propriétaire, quelle que soit l'incidence ultime qu'on leur ait imputée.

Je ne mentionnerai que quelques arrêts, à commencer par l'arrêt *Fairbanks* lui-même. Dans cet arrêt, la taxe était un droit spécifique sur un bien-fonds relativement à des entreprises exploitées par des locataires, mais il était fort clair que les propriétaires répercutaient la taxe sur les locataires. Si l'analyse de mon collègue est correcte, je ne vois pas comment le Conseil privé n'aurait pas considéré cette taxe comme essentiellement une taxe d'affaires devant finalement être payée par les locataires. C'est en fait ce que notre Cour avait statué; voir [1926] R.C.S. 349, décision que le Conseil privé a infirmée. À la page 126, le vicomte Cave, lord chancelier, a affirmé relativement à cette question:

[TRADUCTION] La jurisprudence citée par le juge Newcombe illustre l'utilisation que notre Conseil a faite de la définition de Mill pour déterminer si une taxe nouvelle ou spéciale, comme un droit de timbre, un droit de licence ou un pourcentage du chiffre d'affaires, devrait être considérée comme directe ou indirecte; cependant, à la seule exception possible de l'arrêt *Cotton c. The King* — qui semble avoir été tranché sur le fondement de ses propres faits — la jurisprudence ne comporte aucun cas où une taxe normalement considérée comme directe aurait été jugée indirecte pour les fins de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en raison d'une théorie fondée sur son incidence ultime. [Je souligne.]

L'analyse adoptée par le Conseil privé dans *Fairbanks* a toujours été suivie par la suite. En conséquence, même si notre Cour a statué, dans *Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, précité, qu'une taxe foncière essentiellement fondée sur la valeur marchande du bois d'œuvre était indirecte parce qu'il existait une tendance évidente à la reporter sur les acheteurs du bois, le Conseil privé a infirmé cette décision parce qu'il s'agissait d'une taxe foncière. De même, dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, précité, notre Cour a jugé valide en tant que taxe foncière une taxe sur les minéraux imposée par la *Mineral Taxation Act*, 1948 de la Saskatchewan, S.S. 1948, ch. 24, dans les régions produc-

(1972), 29 D.L.R. (3d) 368 (B.C.S.C.), McIntyre J., later of this Court, held that a fee imposed on operators of mobile home parks calculated in terms of the number of units in a park was a tax on land and so historically a direct tax. That fee would clearly have a tendency to be passed on to the unit holders. It can scarcely be said, as my colleague does, that these are "traditional" land taxes. As in the present case, they are based on specific uses of the land that make it very likely that the taxes will be recouped by the landowner against others. Indeed, in all the cases I have examined, taxes against land or its owner have invariably been held to be direct. This approach was most recently confirmed by this Court in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*. There Dickson J., as he then was, dissenting but on this point speaking for a unanimous Court (see Martland J.'s reasons, at p. 558), had this to say, at p. 583:

Clearly, direct and indirect taxation are terms of historical reference, and although there is no reason to believe that the B.N.A. Act is not a document of evolving meaning, not limited to its original inspiration, jurisprudence, in so far as concerns particular forms of taxation like income or property taxes, has captured the historical spirit of "direct" and "indirect" taxation and preserved it. [Emphasis added.]

133

The only taxes in the cases I have found that could arguably have been considered as land taxes that were held to be indirect were taxes that were viewed by the courts as being in substance export taxes or other taxes on commodities produced from the land and entering into the general stream of commerce; see *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713. The impact on interprovincial and international trade, and the extraterritorial implications generally, of such commodity taxes are obvious, a point that I find is telling, and I shall expand on it later. At this stage, I simply observe that that is not the case

trices de la province, et dont le taux était fondé sur la juste valeur marchande des minéraux. De même, dans *R. c. Churchill* (1972), 29 D.L.R. (3d) 368 (C.S.C.-B.), le juge McIntyre, plus tard membre de notre Cour, a jugé qu'un droit frappant les exploitants de parcs de maisons mobiles, calculé en fonction du nombre d'unités dans le parc, était une taxe foncière et donc, historiquement, une taxe directe. Il existait clairement une tendance à reporter ce droit sur les détenteurs des unités. On ne peut guère affirmer, comme le fait mon collègue, qu'il s'agit de taxes foncières «traditionnelles». Comme en l'espèce, il s'agit de droits fondés sur des usages spécifiques d'un bien-fonds, qui font que le propriétaire les reportera fort probablement sur autrui. En fait, dans tous les cas que j'ai examinés, les taxes foncières ou celles qui frappent les propriétaires ont invariablement été considérées comme des taxes directes. Cette analyse a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident mais exposant l'opinion unanime de notre Cour sur ce point (voir les motifs du juge Martland, à la p. 558), a affirmé ceci à la p. 583:

Il est clair que l'expression taxation directe et indirecte a une connotation historique et bien qu'il n'y ait aucune raison de croire que l'A.A.N.B. n'est pas un document dont le sens évolue, qui n'est pas limité à son inspiration originale, la jurisprudence, pour autant qu'elle porte sur des formes particulières de taxation comme l'impôt sur le revenu ou les taxes sur la propriété, a capté le sens historique de taxation «directe» et «indirecte» et l'a conservé. [Je souligne.]

Les seules taxes qui dans la jurisprudence auraient peut-être pu selon moi être qualifiées de taxes foncières, mais qui ont été jugées indirectes, étaient des taxes que les tribunaux ont considérées pour l'essentiel comme des taxes à l'exportation ou autres taxes sur les marchandises produites à partir d'un bien-fonds et destinées à entrer dans le circuit général du commerce; voir *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713. L'incidence de ces taxes sur les marchandises sur le commerce interprovincial et international et leurs répercussions extraterritoriales générales sont évidentes, point que je trouve signi-

here; the burden of a land tax cannot be passed on to persons operating outside the province. I note parenthetically that I am using the word "commodity" here in its ordinary commercial sense of articles of trade (see *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995)) as it has invariably been used in this area of law, as contrasted with land; see, for example, *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 258.

The Purposes of Provincial Limitation to Direct Taxation

I mentioned earlier that the categorization of export taxes as indirect taxation was telling. That is because, in my view, it reflects a broader reality. As I see it, the primary, if not the only, rationale now underlying the prohibition of indirect taxation imposed on the provinces by s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* is that the direct effect of their taxation measures must be confined within their territory, and in considering the validity of a given tax by reference to its incidence this should be taken into account. This may, at first blush, appear to ignore the insistence of many of the participants in the Confederation debates that the provinces, because of the revenues arising out of the public domain, would have little need to resort to taxation and that if they did, transparency and accountability would be promoted by their being confined to direct taxation. These protestations in an era of *laissez faire* should not, however, blind us to the manner in which the enactment was drafted and the nature of governmental bodies being established or, importantly, what the framers understood as being comprised within the term direct taxation. As I mentioned earlier, the type of taxes they contemplated as direct taxes, land taxes for example, were seen to have predominantly local impact, while those seen as indirect, such as customs and excise, had an obvious tendency to have extraterritorial impact. Moreover, s. 92(2) expressly limited provincial taxes to the province,

fictif et que j'examinerai davantage plus loin. Pour le moment, je tiens tout simplement à faire remarquer que ce n'est pas le cas en l'espèce; le fardeau d'une taxe foncière ne peut être reporté sur des personnes qui agissent à l'extérieur de la province. Entre parenthèses, je tiens à mentionner que j'utilise le terme «marchandise» (*commodity*) dans son sens commercial ordinaire (voir *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995)) comme il a toujours été utilisé dans ce domaine du droit, par opposition au bien-fonds; voir par exemple *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 258.

Les motifs pour lesquels les provinces sont restreintes à la taxation directe

J'ai mentionné plus haut que le fait que l'on qualifie les taxes à l'exportation de taxation indirecte est significatif. À mon avis, ceci est le reflet d'une réalité plus globale. Selon moi, la principale justification actuellement, voire la seule, de l'interdiction qui est faite aux provinces d'imposer des taxes indirectes aux termes du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est que l'effet direct de leurs mesures fiscales doit être circonscrit aux limites de leur territoire; en conséquence, il y aurait lieu de tenir compte de ce facteur dans l'examen de la validité d'une taxe donnée par rapport à son incidence. De prime abord, on peut sembler ne pas tenir compte du fait que beaucoup de participants aux débats confédératifs ont insisté sur le fait que les provinces, en raison des recettes qu'elles pouvaient tirer du domaine public, n'auraient pas vraiment besoin de recourir à la taxation, et qu'elles devaient, si elles s'en servaient, être limitées au champ de la taxation directe, ce qui favoriserait ainsi la transparence et la responsabilité. Cependant, ces protestations à une époque de *laissez-faire* ne devraient pas nous empêcher d'examiner la façon dont la disposition a été rédigée ni la nature des organismes gouvernementaux qui étaient établis ou, ce qui est important, ce que les rédacteurs considéraient comme une taxe directe. Comme je l'ai déjà mentionné, le type de taxes qu'ils considéraient comme des taxes directes, les taxes foncières par exemple, avaient principale-

and, as Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992)) explained in the passage of his treatise cited by my colleague, at para. 38, the limitation to direct taxation has prevented provinces from doing indirectly what they could not do directly, since an indirect tax, while being technically levied initially "within the province" as contemplated by s. 92(2), could ultimately be borne by persons outside the province. What is more, as I indicated earlier and will again discuss shortly, this approach is wholly consistent with the basic structure of the Constitution.

ment un effet local, alors que les taxes qu'ils considéraient comme des taxes indirectes, comme les douanes et l'accise, avaient de toute évidence tendance à avoir un effet extraterritorial. En outre, le par. 92(2) limitait expressément les taxes provinciales à la province et, comme le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992)) l'explique dans l'extrait de son traité que cite mon collègue, au par. 38, cette restriction en matière de taxation directe a empêché les provinces de faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement puisqu'une taxe indirecte, qui serait techniquement perçue à l'origine «dans les limites de la province» comme le prévoit le par. 92(2), pourrait finalement être assumée par des personnes à l'extérieur de la province. Qui plus est, comme je l'ai déjà indiqué et comme je l'examinerai de nouveau un peu plus loin, cette analyse est tout à fait compatible avec la structure fondamentale de la Constitution.

135

At all events, since 1867, the federation has evolved immensely on every level. In particular, provincial activities have expanded immeasurably, requiring the provinces to develop new sources of taxation, endeavours to which the courts responded favourably. In the course of this development, as everyone now agrees, some of the earlier rationales advanced by the framers have become obsolete and, in interpreting s. 92(2) and defining the scope of the prohibition of indirect taxation, courts have gradually become more and more conscious of this reality. First, social and political changes have greatly increased the role provinces had in the federation by rendering increasingly important — and costly — the exclusive legislative responsibilities conferred on them by the *Constitution Act, 1867*. Secondly, the negative perception towards indirect means of taxation has effectively disappeared over the years. Professor Magnet in "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, at p. 533, has this to say:

Quoi qu'il en soit, depuis 1867, la fédération a beaucoup évolué à tous les points de vue. Plus particulièrement, les activités provinciales ont pris une ampleur sans pareil, les provinces se voyant contraintes à trouver de nouvelles sources de taxation, ce à quoi les tribunaux ont répondu favorablement. Au cours de cette évolution, comme tout le monde le reconnaît maintenant, certaines des premières justifications avancées par les rédacteurs sont devenues désuètes et les tribunaux, dans l'interprétation du par. 92(2) et de la portée de l'interdiction en matière de taxation indirecte, sont devenus progressivement de plus en plus conscients de cette réalité. Premièrement, les changements sociaux et politiques ont grandement accru le rôle des provinces dans la fédération en rendant de plus en plus importantes — et coûteuses — les responsabilités législatives exclusives que la *Loi constitutionnelle de 1867* leur a conférées. Deuxièmement, les sentiments négatifs à l'égard des moyens indirects de taxation ont effectivement disparu au fil des ans. Voici à ce sujet les propos du professeur Magnet dans «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, à la p. 533:

[TRADUCTION] La répartition constitutionnelle régionale des pouvoirs de taxation au Canada répondait à des

The regional constitutional distribution of taxation powers in Canada addressed problems which have

become historically obsolete. This allocation reflected the view that the provincial legislatures were economically subordinate bodies entrusted with legislative responsibilities deemed insignificant. This has ceased to be the case entirely, in fact and in theory. A review of the constitutional cases by which the provincial taxation powers were expanded in order to take account of political reality is a history of gradual widening.

To this effect, I would also refer to the passage from Dickson J. (as he then was) in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd., supra*, cited by my colleague, where he held, at pp. 582-83:

There can be no doubt that by the words "direct and indirect taxation" the Fathers of Confederation contemplated certain distinct categories of taxation, as well as a general test of directness. Only certain of such categories, such as income and property taxes, were to be available to the Legislatures. There were two reasons for this. The first was based on arcane political economy. It was thought that a direct tax would be more perceived than an indirect tax. The effect was thought to provide for greater scrutiny and resistance by the electorate with a resulting parsimony in public expenditure. The second reason proved wrong from the start. It was thought that provincial activities would be limited and revenue needs would be slim; the Legislatures, therefore, would have no necessity to resort to most tax pools.

It is important to note that, a few paragraphs later, he added the following, at p. 584, which made clear that he was of the opinion that both rationales identified earlier had become obsolete in a modern Canada:

By nineteenth century political economy, any element of indirectness was a stigma as tending to obfuscate the actions of the Legislature. That consideration is of minor importance today.

More recently, in *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, my colleague Gonthier J., writing for the Court, emphasized the fact that limiting the provinces' available taxation means to direct taxes had the important effect of avoiding extraterritorial repercussions in language that left

problèmes qui sont devenus historiquement désuets. Cette répartition traduisait l'idée que les législatures provinciales étaient des organismes économiquement subordonnés auxquels avaient été conférées des responsabilités législatives jugées négligeables. Cela n'est plus du tout le cas, tant dans les faits qu'en théorie. L'examen des arrêts constitutionnels ayant élargi les pouvoirs de taxation des provinces, en réponse à la réalité politique, révèle que cet élargissement s'est fait de façon graduelle.

À cet effet, je tiens aussi à reproduire l'extrait des motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, que cite mon collègue; le juge Dickson avait alors affirmé aux pp. 582 et 583:

Il n'est pas douteux que par l'expression «taxation directe et indirecte», les Pères de la Confédération ont envisagé certaines catégories particulières de taxation aussi bien qu'un critère général d'application. Les législatures étaient censées n'avoir accès qu'à certaines catégories, telles l'impôt sur le revenu et les taxes foncières, pour deux motifs. Le premier était fondé sur une théorie ésotérique d'économie politique. On pensait qu'un impôt direct serait plus évident qu'un impôt indirect, qu'il susciterait la vigilance et une plus grande résistance de l'électoralat et qu'ainsi on aboutirait à minimiser les dépenses publiques. Le second motif s'est avéré erroné dès le début. On pensait que les activités des provinces seraient limitées et leurs besoins financiers peu importants; par conséquent, les législatures n'auraient donc aucun besoin de recourir à la plupart des sources communes d'impôts.

Il est important de faire remarquer que, quelques paragraphes plus loin, à la p. 584, le juge Dickson a fait les commentaires suivants, qui établissent clairement qu'à son avis les deux justifications mentionnées étaient devenues désuètes dans un Canada moderne:

Au 19^e siècle, tout élément pouvant être qualifié d'indirect était stigmatisé par l'économie politique comme un obstacle à la validité d'une loi d'une législature. Cette considération est d'importance mineure aujourd'hui.

Plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, mon collègue le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour, a souligné que limiter les moyens de taxation dont disposent les provinces au champ de la taxation directe avait l'importante conséquence

little doubt that this rationale had superseded other historical considerations, at pp. 727-28:

In approaching new taxes, the constitutional fate of which is unknown, it is not without interest to refer to an important effect of the s. 92(2) limitation to direct taxation. In addition to the historical desire to promote transparency and accountability, one finds a concern in the case law and literature regarding taxation of persons outside the province by indirect means or taxation which interferes with interprovincial or international trade. The prohibition against excise taxes and customs duties clearly achieves this latter purpose. As my colleague La Forest J. noted in his study of the taxation power under the Canadian Constitution, "the person who ultimately pays an excise tax may have no other connection with the province benefiting from the tax than that the product was originally produced or manufactured there" (G. V. La Forest, *The Allocation of the Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 202).

My review of the jurisprudence interpreting s. 92(2) has revealed that apart from excise taxes, import duties, or taxes of a similar nature and the two more general limitations highlighted in the preceding paragraph, the provinces have come to enjoy considerable freedom in constructing their tax systems.

137 Gonthier J.'s reference to interprovincial and international trade are linked to what I have said earlier about the relation of the provincial taxing power to the basic structure of the Constitution. The framers of the Constitution, no doubt, thought the provinces would have little need to resort to their taxing power, but they nonetheless accorded a power that, even in those days, was very broad. So when the provinces became far more important governmental entities than could have been anticipated in a *laissez faire* era, the courts quite naturally — and consistently with both the Constitution, and social and political realities — interpreted the scope of provincial taxing power expansively. But they were far from ignoring a number of basic policies flowing from the very structure of the federation which have to do with the extraterritorial

d'éviter les répercussions extraterritoriales; il s'exprimait alors en des termes qui laissaient peu de doutes que cette justification avait relégué à l'arrière-plan ces autres considérations historiques, aux pp. 727 et 728:

Dans l'examen de nouvelles taxes, dont le sort constitutionnel est inconnu, il est intéressant de souligner un effet important de la limite imposée par le par. 92(2) à la taxation directe. Outre la volonté historique de favoriser la transparence et l'imputabilité, on trouve dans la jurisprudence et la doctrine une préoccupation concernant la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des taxes ou des moyens indirects entravant le commerce interprovincial ou international. L'interdiction de percevoir des taxes d'accise et des droits de douane en est une expression. Comme le fait remarquer mon collègue le juge La Forest dans son étude sur le pouvoir de taxation en vertu de la Constitution canadienne, [TRADUCTION] «il se peut que le seul lien que la personne qui paie en fin de compte une taxe d'accise ait avec la province bénéficiaire de cette taxe soit que le bien y a été produit ou fabriqué à l'origine» (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 202).

Mon examen de la jurisprudence portant sur l'interprétation du par. 92(2) fait ressortir que mis à part les taxes d'accise, les droits de douane ou taxes semblables et les deux restrictions plus générales mentionnées dans le paragraphe précédent, les provinces en sont venues à jouir d'une liberté considérable dans l'établissement de leurs régimes fiscaux.

La mention du commerce interprovincial et international par le juge Gonthier se rapporte à ce que j'ai déjà dit au sujet de la relation entre le pouvoir provincial de taxation et la structure fondamentale de la Constitution. De toute évidence, les rédacteurs de la Constitution croyaient que les provinces n'auraient pas à avoir recours souvent à leur pouvoir de taxation, mais ils leur ont néanmoins conféré un pouvoir qui, même pour l'époque, était très général. Alors, lorsque les provinces sont devenues des entités gouvernementales beaucoup plus importantes qu'on n'aurait pu le prévoir à une époque de *laissez-faire*, les tribunaux ont tout naturellement — et en conformité avec la Constitution et les réalités sociales et politiques — donné une interprétation large au pouvoir provincial de taxation. Mais, ce faisant, ils étaient loin d'ignorer un

application of provincial taxes. I elsewhere indicated how the courts had in their interpretation of direct and indirect taxation fostered the basic underpinnings of the federation. At p. 94 of my book, *supra*, I wrote:

Generally, Mill's test in the hands of the courts is concerned with form, not substance. But it has nonetheless served a number of substantive functions. Through its use the courts have effectively prevented the provinces from erecting tariff barriers against one another; they have supported a national market. Section 121 of the British North America Act, which was intended by the draftsman, but not in the original Quebec scheme, to perform this function might, if broadly construed, have been too restrictive of federal and provincial power. The courts could afford to interpret it narrowly by using the limitation to direct taxation to achieve the same result. The limitation to direct taxation also has had the effect of prohibiting taxes whose object must be to tax persons who are outside the province and who have no economic interest in the province in respect of the activity or property taxed. This explains the courts' consistent attacks on export taxes, whatever form they might take. And it also explains the courts' persistence in striking down estate taxes making the executor primarily responsible. Finally, as the Fathers contemplated, a direct tax is often in such a form that it is clearly brought home to the taxpayer that he is being taxed.

In that passage, my remarks are expressed in terms of Mill's test. But the policies served are wholly consistent with what occurs in respect of the categories of taxes the framers had specifically in mind. For example, property taxes have predominantly local impact, but customs and excise taxes have immediately obvious extraterritorial implications. Not surprisingly, then, when Mill's test proved unequal to the task of properly balancing the broad constitutional policies I have described, the courts returned to the less precise method of categorizing taxes the framers had contemplated. In an age when the courts (and notably

certain nombre de principes fondamentaux relatifs à la structure même de la fédération qui traitent de l'application extraterritoriale des taxes provinciales. J'ai indiqué ailleurs comment, dans leur interprétation de la taxation directe et indirecte, les tribunaux avaient mis l'accent sur les fondements de la fédération. À la page 94 de mon ouvrage, *op. cit.*, j'écris:

[TRADUCTION] En règle générale, lorsqu'ils appliquent le critère de Mill, les tribunaux sont préoccupés par la forme et non par le fond. Cependant, ce critère a néanmoins rempli de nombreuses fonctions sur le plan du fond. Par l'application de ce critère, les tribunaux ont en fait empêché les provinces d'ériger entre elles des barrières tarifaires; ils ont appuyé un marché national. L'article 121 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, qui devait, selon ses rédacteurs, mais non dans le plan initial du Québec, accomplir cette fonction, aurait bien pu trop restreindre les pouvoirs fédéraux et provinciaux s'il avait reçu une interprétation large. Les tribunaux pouvaient se permettre d'interpréter étroitement cette disposition en se servant de la restriction en matière de taxation directe pour atteindre le même résultat. Cette restriction a aussi eu pour effet d'interdire l'établissement de taxes dont l'objet était d'imposer des personnes se trouvant à l'extérieur de la province et n'ayant aucun intérêt économique dans la province relativement à l'activité ou aux biens taxés. C'est ce qui explique pourquoi les tribunaux attaquent continuellement les taxes à l'exportation, quelle que soit leur forme. Et ceci explique aussi pourquoi les tribunaux persistent à annuler les taxes successoriales qui rendent l'exécuteur principalement responsable de leur paiement. Enfin, comme l'ont prévu les Pères de la Confédération, une taxe directe revêt souvent une forme qui fait qu'elle est clairement exigée du contribuable qui est imposé.

Dans ce passage, mes remarques sont formulées en fonction du critère de Mill. Cependant, les politiques sous-jacentes sont tout à fait compatibles avec ce qui se passe relativement aux catégories de taxes que les rédacteurs avaient spécifiquement à l'esprit. Par exemple, les taxes foncières ont principalement une incidence locale, mais les droits de douane et les taxes d'accise entraînent immédiatement des répercussions extraterritoriales évidentes. Alors, il n'est pas étonnant que, lorsque le critère de Mill s'est avéré ne pas être à la hauteur pour pondérer adéquatement les grandes politiques constitutionnelles que j'ai décrites, les tribunaux

the Privy Council) expressed their views in technical terms without reference to underlying policies, our Court was at times misled regarding the course it should follow (see, for example, the *Fairbanks* case, *supra*). Over time, however, the direction has become clear enough, and the time has now come when courts should no longer exercise similar reticence in describing policy directions that underlie constitutional interpretation.

The Interplay Between Mill's Test and the Categories Test

139

I noted earlier that the courts have not yet carefully examined the interaction between the "categories" approach and Mill's test. It is important to do so here because of my colleague's attempt by the use of Mill's test to transform what in all other respects falls within the category of a land tax, and so converts a direct tax into an indirect tax. With respect, this seems to me to be wholly inconsistent with the trend of the jurisprudence and the constitutional policies that underlie it. Clearly, it does not serve the major policy grounds today supporting the limitation of the provinces to direct taxes. Obviously, there are no significant extraprovincial implications to land taxes. Their impact is local. Nor does it serve the policy adopted by the courts of expansively interpreting the ambit of provincial taxing powers to meet the needs of the important legislative functions for which they now bear responsibility. If the provinces' legislative functions were not costly in 1867, that is certainly not the case today, and as will become apparent, the courts have striven to so interpret s. 92(2) as to afford them adequate sources of revenues to meet their needs.

aient recommencé à appliquer la méthode moins précise qui consiste à catégoriser les taxes qu'avaient prévue les rédacteurs. À une époque où les tribunaux (et surtout le Conseil privé) exprimaient leur point de vue en termes formalistes sans mention des politiques sous-jacentes, notre Cour a parfois été induite en erreur quant à la voie à suivre (voir par exemple l'arrêt *Fairbanks*, précité). Toutefois, avec le temps, cette voie est devenue suffisamment claire, et le moment est venu pour les tribunaux de ne plus faire preuve du même genre de réticence à décrire les politiques qui sous-tendent l'interprétation constitutionnelle.

La corrélation entre le critère de Mill et le critère des catégories

J'ai déjà mentionné que les tribunaux n'ont pas encore examiné à fond la corrélation entre l'analyse fondée sur les «catégories» et le critère de Mill. Il est important de le faire en l'espèce parce que mon collègue tente, par l'utilisation du critère de Mill, de transformer ce qui, à tous les autres points de vue, se classe dans la catégorie des taxes foncières, et de convertir ainsi une taxe directe en taxe indirecte. En toute déférence, cela me semble tout à fait incompatible avec la tendance de la jurisprudence et les politiques constitutionnelles sur lesquelles elle se fonde. Cette tentative ne sert manifestement pas les principaux motifs qui appuient de nos jours le fait que les provinces soient limitées au champ de la taxation directe. De toute évidence, les taxes foncières n'ont aucune répercussion extraprovinciale importante. Leur incidence est locale. Cette tentative ne sert pas non plus la politique adoptée par les tribunaux, selon laquelle il y a lieu d'interpréter largement la portée des pouvoirs de taxation des provinces pour que celles-ci puissent s'acquitter des importantes fonctions législatives dont elles ont maintenant la responsabilité. Si les fonctions législatives des provinces n'étaient pas coûteuses en 1867, ce n'est certainement plus le cas aujourd'hui et, comme on pourra s'en rendre compte, les tribunaux se sont efforcés d'interpréter le par. 92(2) de façon à ce qu'elles aient des revenus suffisants pour répondre à leurs besoins.

As I mentioned earlier, the framers hoped that the provinces would have sufficient funds to perform their functions from revenues from the public domain. However (as they did in the case of Parliament, which they thought could raise sufficient funds from customs alone, but to which they accorded power to raise money by any mode or system of taxation), they gave to the provinces ample means of raising money by direct taxation. Contemporary sources reveal that even in those days the meaning of direct taxation was broad, including several categories of taxes comprising in addition to property taxes, death duties and income taxes within its compass. What it clearly did not include were customs duties and excise and other taxes that could in the course of trade virtually automatically be passed on to others. Such taxes would not only interfere with Parliament's major sources of revenue, but equally important would evidently have direct impact on taxpayers outside the province and have serious implications for interprovincial and international trade as well as generally on the national economic entity the framers had sought to create.

The concepts of direct and indirect taxation were familiar to statesmen of the day who considered certain well-known categories of taxes to fall within one or the other of these rubrics. These understandings were reflected by the courts in the earliest decisions on the subject; see *Attorney-General for Quebec v. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090 (P.C.). However, the courts did not confine themselves to these broad understandings but consulted the works of various economists whose works must have been familiar to the framers. Preeminent among these was John Stuart Mill, and beginning with the case of *Bank of Toronto v. Lambe*, *supra*, his formulation of the concepts was for a considerable period almost exclusively referred to. In *Principles of Political Economy*, *supra*, Mill wrote:

140

Comme je l'ai déjà mentionné, les rédacteurs espéraient que les provinces auraient suffisamment de fonds pour s'acquitter de leurs fonctions au moyen des revenus tirés du domaine public. Cependant (comme ils l'ont fait pour le Parlement, qui, selon eux, pouvait tirer suffisamment de fonds des seules douanes, et auquel ils ont conféré le pouvoir de percevoir des sommes d'argent par tous modes ou systèmes de taxation), ils ont donné aux provinces suffisamment de moyens de prélever des revenus par la taxation directe. Les ouvrages contemporains révèlent que même à cette époque la taxation directe avait un sens large et incluait plusieurs catégories de taxes comprenant notamment, outre les taxes foncières, les droits successoraux et les impôts sur le revenu. La taxation directe n'a de toute évidence jamais inclus les droits de douane et les taxes d'accise ni les autres taxes qui, dans le cours du commerce, pouvaient presque automatiquement être reportées sur autrui. Non seulement ces taxes feraient obstacle aux principales sources de revenus du Parlement, mais, fait également important, elles auraient manifestement une incidence directe sur des contribuables à l'extérieur de la province et entraîneraient des conséquences graves sur le commerce interprovincial et international et sur l'ensemble de l'entité économique nationale que les rédacteurs avaient cherché à créer.

141

Les hommes d'État de l'époque étaient au courant des concepts de taxation directe et de taxation indirecte et ils étaient d'avis que certaines catégories de taxes bien connues se rangeaient sous l'une ou l'autre de ces rubriques. Les premières décisions judiciaires sur le sujet reflètent cette connaissance: voir *Attorney-General for Quebec c. Queen Insurance Co.* (1878), 3 A.C. 1090 (C.P.). Cependant, les tribunaux ne se sont pas limités à cette connaissance générale et ils ont consulté les ouvrages de divers économistes, que les rédacteurs devaient connaître. L'ouvrage de John Stuart Mill a joué un rôle préminent, et sa formulation des concepts, à partir de l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe*, précité, a été pendant longtemps pratiquement la seule à être invoquée. Dans *Principles of Political Economy*, *op cit.*, Mill a écrit:

§ 1. Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another: such as the excise or customs. The producer or importer of a commodity is called upon to pay tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price.

142

In *Lambe*, Lord Hobhouse made it clear that Mill's test should not be used to follow the incidence of a tax as economists do, but that this task should be pursued in accordance with the "common understanding of men" as sufficiently reflecting the views of the framers. But in *Cotton v. The King*, [1914] A.C. 176 (P.C.), it was categorically stated that the test to be used was substantially that of Mill and that test was generally regarded as the sole test until the late 1920s. It must be observed, however, that the courts were then engaged in dealing with new types of taxes that did not fit, or fit comfortably, within the few categories specifically adverted to by the framers. It would have been possible, no doubt, to invent new categories. But it was quite natural to rely on more refined formulations familiar to the framers, and notably those of Mill, as they had from the beginning. As the provinces' needs for revenues expanded, the courts responded favourably to the fiscal necessity this imposed on them. At the same time, it was essential that they confine the provinces' fiscal power as much as possible within their territory, as the broad categories of taxation contemplated by the framers had done.

143

The greater refinements of Mill's test permitted the courts greater flexibility in accommodating the competing policies of acceding the provinces ample power to tax while restraining them to their territorial scope. Thus a tax on an estate was indi-

[TRADUCTION] § 1. Les taxes sont directes ou indirectes. La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre, c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane. Le producteur ou l'importateur d'un bien doit payer une taxe sur ce bien non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs du bien auxquels on suppose qu'il fera supporter le fardeau de la taxe en augmentant ses prix.

Dans l'arrêt *Lambe*, lord Hobhouse a précisé que le critère de Mill ne devrait pas être utilisé pour déterminer l'incidence d'une taxe comme le font les économistes, mais plutôt conformément à une compréhension commune, de façon suffisamment fidèle à celle des rédacteurs. Cependant, dans l'arrêt *Cotton c. The King*, [1914] A.C. 176, le Conseil privé a catégoriquement affirmé que le critère à utiliser était essentiellement celui de Mill, et c'est ce critère qui a généralement été considéré comme le seul applicable jusqu'à la fin des années 1920. Il y a toutefois lieu de préciser que les tribunaux étaient à cette époque appelés à se prononcer sur de nouveaux types de taxes qui ne s'inséraient pas, ou s'inséraient mal, dans les quelques catégories auxquelles s'étaient expressément reportés les rédacteurs. Il aurait certainement été possible d'inventer de nouvelles catégories. Mais, il était tout à fait normal pour les tribunaux de se fier à des formulations plus raffinées connues des rédacteurs, tout particulièrement celles de Mill, comme ils l'avaient toujours fait depuis le début. Face à l'accroissement des besoins des provinces, les tribunaux ont répondu favorablement aux mesures fiscales que cette situation leur imposait. Et, ce faisant, ils devaient le plus possible confiner l'exercice du pouvoir fiscal des provinces à l'intérieur de leur territoire, comme l'avaient fait les grandes catégories de taxation prévues par les rédacteurs.

Le plus grand raffinement du critère de Mill offrait aux tribunaux davantage de souplesse pour composer avec le conflit entre accorder aux provinces de vastes pouvoirs de taxation et en restreindre en même temps l'exercice dans les limites

rect because it would be passed on to the beneficiary and could thus be effectively imposed on an extraprovincial taxpayer; see *Cotton's case, supra*. Placing all estate taxes in a single category would have brought the underlying policies of the courts into conflict. However, by using Mill's test to trace the incidence of a particular taxing scheme, the courts could work an accommodation between these policies. Thus a tax imposed on a beneficiary in the province (what we now call succession duty) was imposed directly on the taxpayer and would have no extraprovincial effect, so it was held to be a direct tax; see *Alleyn v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215. Similarly, commodity taxes which had previously been imposed on the manufacturer or seller, and so traditionally viewed as indirect, could be reframed as taxes on a purchaser to fall within Mill's test, and this too was accepted by the Privy Council; see *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550.

When, however, the Privy Council was faced with the tax in *Fairbanks*, a land tax, where the use of Mill's test would have served neither of the competing constitutional policies sought to be advanced by the courts, the Privy Council turned to the categories test to uphold the tax, and for some time afterwards the categories test appeared to be the sole test to identify whether a tax was direct or indirect. (The cases are collected in my book at pp. 89-90.) But this was an overreaction. Viscount Cave, L.C., in the passage from *Fairbanks* cited earlier, had indicated that Mill's test was appropriate for taxes falling outside the settled categories. Consequently, when the categories test again appeared to become too restrictive and served neither of the underlying but competing constitutional policies of providing the provinces adequate scope to raise revenue while preserving the essential structure of the federation, the Privy Council returned to Mill's formula; see *ibid.* But, the categories test was never abandoned, and, as the cases cited earlier demonstrate, this has been

de leur territoire. Ainsi, une taxe successorale était considérée comme indirecte parce qu'elle serait reportée sur le bénéficiaire et qu'elle pouvait en fait être exigée d'un contribuable à l'extérieur de la province; voir l'arrêt *Cotton*, précité. Classer toutes les taxes successorales dans une seule catégorie aurait mis en conflit les politiques sous-jacentes des tribunaux. Cependant, en se servant du critère de Mill pour déterminer l'incidence d'un régime fiscal particulier, les tribunaux pouvaient composer avec ces politiques. Par exemple, une taxe imposée à un bénéficiaire dans une province (ce que nous appelons aujourd'hui les droits successoraux) était imposée directement au contribuable et n'avait pas d'effet extraprovincial. On a donc statué qu'il s'agissait d'une taxe directe; voir *Alleyn c. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215. De même, une taxe sur les marchandises, auparavant imposée au fabricant ou au vendeur et donc traditionnellement considérée comme indirecte, pouvait être reformulée pour la qualifier de taxe imposée à l'acheteur de façon à répondre au critère de Mill, ce qui a également été accepté par le Conseil privé; voir *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550.

Toutefois, dans le cas de la taxe dans l'arrêt *Fairbanks*, une taxe foncière, relativement à laquelle l'utilisation du critère de Mill n'aurait servi ni l'une ni l'autre des politiques constitutionnelles contradictoires que les tribunaux cherchaient à promouvoir, le Conseil privé s'est servi du critère des catégories pour maintenir la taxe et, pendant un certain temps, ce critère semble avoir été le seul à être utilisé pour déterminer si une taxe était directe ou indirecte. (Ces arrêts sont présentés dans mon ouvrage aux pp. 89 et 90.) Ce fut là une réaction excessive. Le vicomte Cave, lord chancelier, dans l'extrait de l'arrêt *Fairbanks* que j'ai cité, avait indiqué que le critère de Mill était celui qu'il fallait appliquer dans le cas des taxes non comprises dans les catégories établies. Par conséquent, lorsque le critère des catégories parut de nouveau devenir trop restrictif et ne plus servir ni l'une ni l'autre des politiques constitutionnelles sous-jacentes mais conflictuelles consistant à accorder aux provinces suffisamment de latitude au chapitre du prélèvement de revenus et à préserver en même

especially so of land taxes which this Court has in recent years frequently and invariably held to be direct. That is scarcely surprising. Given the broad and expansive activities now pursued by the provinces under the Constitution, it would be odd to restrict their power to raise revenues within the province where such taxes have no extraterritorial impact. Land taxes, which have always been looked upon as typically direct, are of this kind. To restrict their use by the device of applying Mill's formula to them would fly in the face of the cases to which I have already referred. In *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, *supra*, Dickson J., at p. 583, indicated that the framers' views concerning these settled categories must be respected. There are sound policy grounds for doing so. The use of Mill's formula in cases falling outside the traditional categories serves the same underlying policies. Mill's formula and the categories test have both been used at various times to broaden provincial taxing power wherever this could be done without offending the other policies that underlie our constitutional structure. This is what Dickson J. had in mind in the passage from *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, just mentioned, when he indicated that while the *Constitution Act, 1867* should be an evolving document, the traditional categories of direct and indirect taxation had captured the meaning of direct and indirect taxation, and it has consequently been preserved.

temps la structure essentielle de la fédération, le Conseil privé s'est de nouveau servi de la formule de Mill; voir *ibid.* Cependant, le critère des catégories n'a jamais été abandonné, et, comme le démontrent les arrêts déjà cités, ceci est tout particulièrement vrai dans le cas des taxes foncières, que notre Cour a invariablement qualifié de taxes directes à maintes reprises au cours des dernières années. Cela n'est guère étonnant. Étant donné les activités générales et de grande envergure que poursuivent actuellement les provinces dans le cadre de la Constitution, il serait étrange de restreindre les pouvoirs qu'elles possèdent de prélever des revenus dans les limites de la province lorsque la taxe en question n'a aucune incidence extraterritoriale. C'est notamment le cas des taxes foncières, que l'on a toujours qualifiées de directes. Restreindre le recours à ce type de taxe par application de la formule de Mill irait à l'encontre des arrêts que j'ai déjà mentionnés. Dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, précité, le juge Dickson, à la p. 583, a fait remarquer qu'il faut respecter le point de vue des rédacteurs relativement à ces catégories établies. Il existe des motifs de principe valables de le faire. L'utilisation de la formule de Mill dans les cas non visés par les catégories traditionnelles sert les mêmes politiques sous-jacentes. La formule de Mill et le critère des catégories ont tous deux été utilisés à diverses époques pour élargir les pouvoirs de taxation des provinces lorsqu'il était possible de le faire sans aller à l'encontre des autres politiques qui sous-tendent notre structure constitutionnelle. C'est ce que le juge Dickson avait à l'esprit dans l'extrait de *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.*, que je viens de mentionner, lorsqu'il a indiqué que, même si la *Loi constitutionnelle de 1867* devait être un document dont le sens évolue, les catégories traditionnelles de taxes directes et indirectes ont capté le sens de la taxation directe et indirecte, et il a été conservé par la suite.

À mon avis, les tribunaux devraient tenir compte du fait que la restriction au champ de la taxation directe, à laquelle sont assujetties les provinces, se justifie de nos jours surtout par les effets potentiellement extraterritoriaux de la taxation indirecte. Comme lord Sankey la décrit de façon si éloquente

described it in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, is a “living tree capable of growth and expansion within its natural limits”. This well-known metaphor illustrates the principle recognized by this Court on many occasions that the interpretation of constitutional instruments, such as the *Constitution Act, 1867* or the *Charter*, can and should be adapted to changes in Canadian society; see, *inter alia*, Estey J.’s comments in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 365-66, and *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466, in the context of taxation powers. Professor Hogg, *supra*, has observed that this principle has permitted progressive constitutional development in the face of immense changes, without constitutional amendment. As he put it, at pp. 413-14:

The doctrine of progressive interpretation is one of the means by which the Constitution Act, 1867 has been able to adapt to the changes in Canadian society. What this doctrine stipulates is that the general language used to describe the classes of subjects (or heads of power) is not to be frozen in the sense in which it would have been understood in 1867. . . . [T]he words of the Act are to be given a “progressive interpretation”, so that they are continuously adapted to new conditions and new ideas.

The idea underlying the doctrine of progressive interpretation is that the *Constitution Act, 1867*, although undeniably a statute, is not a statute like any other: it is a “constituent” or “organic” statute, which has to provide the basis for the entire government of a nation over a long period of time. An inflexible interpretation, rooted in the past, would only serve to withhold necessary powers from the Parliament or Legislatures. It must be remembered too that the *Constitution Act, 1867*, like other federal constitutions, differs from an ordinary statute in that it cannot easily be amended when it becomes out of date, so that its adaptation to changing conditions must fall to a large extent upon the courts.

dans l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, notre Constitution est [TRADUCTION] «un arbre susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles». Cette métaphore bien connue illustre le principe, que notre Cour a reconnu à maintes reprises, selon lequel l’interprétation des textes constitutionnels, comme la *Loi constitutionnelle de 1867* ou la *Charte*, peut et devrait suivre l’évolution de la société canadienne; voir entre autres les commentaires du juge Estey dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 365 et 366, et *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Cie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466, dans le contexte des pouvoirs de taxation. Le professeur Hogg, *op. cit.* a fait remarquer que ce principe a permis une évolution constitutionnelle progressiste face à d’importants changements, sans qu’il soit nécessaire de modifier la Constitution. Comme il l’affirme aux pp. 413 et 414:

[TRADUCTION] La théorie de l’interprétation progressiste est l’un des moyens par lesquels la Loi constitutionnelle de 1867 a pu s’adapter aux changements dans la société canadienne. Selon cette doctrine, les termes généraux employés pour décrire les catégories de sujets (ou chefs de pouvoir) ne doivent pas être figés dans le sens qu’ils avaient en 1867. [. . .] [L]es termes de la Loi doivent recevoir une «interprétation progressiste» pour qu’ils continuent de s’adapter aux nouvelles conditions et aux nouvelles idées.

L’idée sur laquelle repose la doctrine de l’interprétation progressiste est que la Loi constitutionnelle de 1867, même si elle est incontestablement un texte législatif, n’est pas une loi comme une autre: elle est une loi «constitutive» ou «organique» qui doit fournir la base pour tout ce qui concerne le gouvernement d’une nation pendant une longue période. Une interprétation rigide, figée dans le passé, ne servirait qu’à priver le Parlement ou les législatures de pouvoirs essentiels. Il faut se rappeler également que la Loi constitutionnelle de 1867, à l’instar de toute autre constitution fédérale, diffère d’une loi ordinaire en ce qu’elle ne peut être facilement modifiée lorsqu’elle devient désuète, de sorte qu’il incombe en grande partie aux tribunaux de l’adapter aux changements.

146

In this area, the courts were sometimes able to meet new challenges by using traditional formulas — the categories test — but where this proved impossible, they had no hesitation in bringing Mill's test into play. But this did not require them to abandon the traditional formulas where these more fully met constitutional requirements. Thus as my colleague Iacobucci J. explains in his reasons, the EDCs' incidence may well be indirect within the meaning of the definition proposed by John Stuart Mill and accepted in substance by the Privy Council and this Court over the years. However, it is clear that EDCs cannot have any extra-territorial effect, because the only persons to whom they can be passed on by the builders are the buyers of the newly built structures, and that, of course, will necessarily occur within the boundaries of the province of Ontario. It would be counterproductive to apply Mill's test to taxes of this kind, and the courts have consistently refused to do so. To do otherwise would fly against the purposive manner in which a Constitution must be interpreted. Determining the constitutional validity purely on the basis of pure technicalities or formalistic approaches must be avoided. One should not lose sight of the underlying reason why provinces are confined to having recourse to direct means of taxation. At the end of the day, this approach has the merit of focusing the constitutional analysis on substance rather than on form and furthering the constitutional values of the prohibition imposed on provinces regarding indirect taxation as they stand in a modern Canada.

Dans ce domaine, les tribunaux ont parfois été en mesure de répondre à de nouvelles contestations en utilisant des formules traditionnelles — le critère des catégories — mais dans les cas où il s'avérait impossible de le faire, ils n'hésitaient pas à recourir au critère de Mill. Cependant, ils ne devaient pas pour autant abandonner les formules traditionnelles si celles-ci répondaient mieux aux exigences constitutionnelles. En conséquence, comme mon collègue le juge Iacobucci l'explique dans ses motifs, l'incidence des REE pourrait bien être indirecte au sens de la définition proposée par John Stuart Mill, que le Conseil privé et notre Cour ont acceptée pour l'essentiel au fil des ans. Toutefois, il est clair que les REE ne peuvent pas avoir d'effet extraterritorial parce que les seules personnes sur lesquelles elles peuvent être reportées sont les acheteurs de nouvelles constructions, ce qui se produira de toute évidence dans les limites de la province d'Ontario. Il ne servirait à rien d'appliquer le critère de Mill aux taxes de ce type, et les tribunaux ont toujours refusé de le faire. Le contraire irait à l'encontre de l'analyse fondée sur l'objet qui doit servir à l'interprétation d'une constitution. Il faut éviter de déterminer la validité constitutionnelle à partir de pures subtilités ou d'analyses formalistes. Il ne faut pas oublier la raison sous-jacente pour laquelle les provinces ne peuvent avoir recours qu'à un mode direct de taxation. En fin de compte, une telle méthode a l'avantage d'axer l'analyse constitutionnelle sur le fond plutôt que sur la forme, et de servir ainsi les valeurs constitutionnelles à la base de l'interdiction imposée aux provinces en matière de taxation indirecte, telles qu'elles existent dans un Canada moderne.

Conclusion

147

It is for these reasons that I would dismiss the appeal. The parties have agreed that there should be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties ont convenu qu'il n'y aurait pas d'ordonnance quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent the York Region Board of Education: Keel Cottrelle, Toronto.

Procureurs de l'intimé le conseil scolaire de la région de York: Keel Cottrelle, Toronto.

Solicitors for the respondent the York Region Roman Catholic Separate School Board: Miller, Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intimé le conseil d'écoles catholiques séparées de la région de York: Miller, Thomson, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the intervener the Ontario Public School Boards' Association: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Separate School Trustees' Association: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Ontario Separate School Trustees' Association: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Solicitors for the interveners Carlota Guzman and Tony Ciccone: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenants Carlota Guzman et Tony Ciccone: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners Charlotte Pope and Doris Seto: Gardiner, Roberts, Toronto.

Procureurs des intervenantes Charlotte Pope et Doris Seto: Gardiner, Roberts, Toronto.