

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

**Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Newfoundland
and Labrador and Canadian Labour
Congress** *Intervenors*

**INDEXED AS: REFERENCE RE EMPLOYMENT
INSURANCE ACT (CAN.), SS. 22 AND 23**

Neutral citation: 2005 SCC 56.

File No.: 30187.

2005: January 11; 2005: October 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Unemployment insurance — Maternity benefits and parental benefits — Whether provisions of federal employment insurance statute relating to maternity benefits and parental benefits intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), 92(16) — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.

The government of Quebec submitted questions concerning the constitutional validity of ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act* to the Court of Appeal. In essence, these provisions allow a woman who is not working because she is pregnant, and a person who is absent from the workplace to care for a newborn or an adopted child, to receive employment insurance benefits. The Court of Appeal issued an opinion to the effect that ss. 22 and 23 are unconstitutional because the matters to which they apply are under provincial jurisdiction.

Held: The appeal should be allowed. Sections 22 and 23 of the *Employment Insurance Act* are constitutional.

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador et Congrès du travail du
Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR
L'ASSURANCE-EMPLOI (CAN.), ART. 22 ET 23**

Référence neutre : 2005 CSC 56.

N° du greffe : 30187.

2005 : 11 janvier; 2005 : 20 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Assurance-chômage — Prestations de maternité et prestations parentales — Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-emploi relatives aux prestations de maternité et aux prestations parentales relèvent-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), 92(16) — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.

Le gouvernement du Québec a soumis à la Cour d'appel des questions concernant la constitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. En substance, ces dispositions permettent à une femme qui ne travaille pas en raison de sa grossesse et à une personne qui s'absente de son travail pour prendre soin d'un nouveau-né ou d'un enfant placé chez elle en vue de son adoption de recevoir des prestations d'assurance-emploi. La Cour d'appel a émis l'opinion que les art. 22 et 23 sont inconstitutionnels parce que les matières touchées par ces dispositions relèvent de la compétence provinciale.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les articles 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* sont constitutionnels.

It was open to Parliament to enact ss. 22 and 23 based on the jurisdiction assigned to it by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* in relation to unemployment insurance. The provision of income replacement benefits during maternity leave and parental leave does not trench on the provincial jurisdiction over property and civil rights and may validly be included in the *Employment Insurance Act*. [3] [77]

The context in which the provision relating to maternity benefits was enacted, and its language and effect show that the pith and substance of the benefits is the replacement of the employment income of insured women whose earnings are interrupted when they are pregnant. As can be seen from the context in which the first unemployment insurance legislation was enacted, Parliament's intention was to curb the problem of unemployment. Although many workers, including pregnant women, were originally excluded, special benefits were instituted, after women had entered the labour market in large numbers, to compensate for the interruption of their earnings that resulted from pregnancy. It is quite clear from the text of the provision that benefits are paid to a woman who loses her employment income because of her pregnancy if she held insurable employment during the period required by the Act. Also, the primary effect of the measure is to replace, in part, employment income. Although the secondary effect is to enable women to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families, this secondary effect does not divert the measure from its purpose or its primary effect; rather, it is a natural consequence of them. The right to take time off work is not granted in the *Employment Insurance Act*; it derives from other legislation, or from an agreement between the employer and employee. Support for families and the ability to care for children are only one of the effects of the measure, and are not its pith and substance. [26] [29] [33-35]

The provision relating to maternity benefits represents a valid exercise of the federal jurisdiction over unemployment insurance. In a case such as this, where a specific power (unemployment insurance) has been detached from a more general provincial power (property and civil rights), the specific power cannot be evaluated in relation to the general power, because any evolution would then be regarded as an encroachment. Rather, it is necessary to consider the essential elements of the power and to ascertain whether the impugned measure is consistent with the natural evolution of that power. In the instant case, the pith and substance of the maternity benefits is consistent with the essence of the

Le Parlement pouvait adopter les art. 22 et 23 en se fondant sur la compétence que lui confère le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'assurance-chômage. Les prestations de remplacement du revenu pendant le congé de maternité et le congé parental n'empiètent pas sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et peuvent valablement être intégrées à la *Loi sur l'assurance-emploi*. [3] [77]

Le contexte de la disposition relative aux prestations de maternité, son texte et son effet révèlent que le caractère véritable des prestations est le remplacement du revenu d'emploi des femmes assurées qui subissent une interruption de gains à l'occasion d'une grossesse. Le contexte d'adoption de la première loi sur l'assurance-chômage indique que le Parlement cherchait à enrayer le problème du chômage. Bien qu'initialement de nombreux travailleurs aient été exclus, notamment les femmes enceintes, des prestations spéciales ont été prévues après l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail pour pourvoir à l'interruption de gains qu'elles subissaient en raison de leur grossesse. Il ressort aussi clairement du texte de la disposition que les prestations sont accordées à une femme privée de revenu d'emploi en raison de sa grossesse lorsqu'elle a exercé un emploi assurable pendant la période prescrite par la loi. Également, l'effet primaire de la mesure est de remplacer partiellement le revenu d'emploi. Même si l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période leur permettant de prendre soin de leur famille, cet effet secondaire ne détourne pas la mesure de son objet ou de son effet primaire. Il en est plutôt la conséquence naturelle. Le droit de s'absenter du travail n'est pas accordé par la *Loi sur l'assurance-emploi*. Il découle d'autres mesures législatives ou d'une entente entre l'employeur et l'employée. Le soutien des familles et le fait de prendre soin des enfants ne sont qu'un des effets de la mesure, ils n'en constituent pas le caractère véritable. [26] [29] [33-35]

La disposition relative aux prestations de maternité constitue un exercice valable de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage. Dans un cas où, comme en l'espèce, la compétence particulière (assurance-chômage) a été détachée d'une compétence provinciale plus générale (propriété et droits civils), il n'est pas possible d'évaluer la compétence particulière en fonction de la compétence générale, puisque toute évolution serait vue comme un empiètement. Il faut plutôt se reporter aux éléments essentiels du pouvoir conféré et vérifier si la mesure contestée s'insère dans son évolution naturelle. Dans la présente affaire, le caractère véritable des prestations de maternité

federal jurisdiction over unemployment insurance, namely the establishment of a public insurance program that is based on the concept of social risk and the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market by paying income replacement benefits in the event of an interruption of employment. The decision to offer women the possibility of receiving income replacement benefits when they are off work due to pregnancy is therefore a social policy decision that is not incompatible with the concept of risk in the realm of insurance. Furthermore, to limit a public unemployment insurance plan, from a constitutional perspective, to cases in which contributors are actively seeking employment or are available for employment would amount to denying its social function. The social nature of unemployment insurance requires that Parliament be able to adapt the plan to the new realities of the workplace. An interruption of employment due to maternity can no longer be regarded as a matter of individual responsibility. Women's connection to the labour market is well established, and their inclusion in the expression "unemployed persons" is as natural an extension as the extension involving other classes of insured persons who lose their employment income. [37] [39] [48] [56] [66] [68]

Finally, parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child. It can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*. The inclusion of this type of benefits in the unemployment insurance plan is an extension of the plan that is made necessary by the equality rights of adoptive parents and natural parents. [73] [75]

Cases Cited

Referred to: *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General*

s'inscrit dans l'essence de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, qui est de mettre en place un programme public d'assurance fondé sur la notion de risque social visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail par le versement des indemnités de remplacement du revenu en cas d'interruption d'emploi. La décision d'offrir aux femmes la possibilité de bénéficier d'un revenu de remplacement lorsqu'elles s'absentent en raison de leur grossesse relève d'une décision de politique sociale qui n'est pas incompatible avec la notion de risque en matière d'assurance. De plus, ce serait nier la fonction sociale d'un régime public d'assurance-chômage que de le limiter constitutionnellement aux cas où les cotisants recherchent activement un emploi ou sont disponibles à cette fin. Le caractère social de l'assurance-chômage dicte que le Parlement puisse adapter le régime aux nouvelles réalités du travail. L'interruption d'emploi due à la maternité ne peut plus être considérée comme une responsabilité individuelle. Le lien des femmes avec le marché de l'emploi est établi et leur intégration sous le vocable de chômeuses est une extension aussi naturelle que celle touchant d'autres catégories d'assurés qui perdent leur revenu d'emploi. [37] [39] [48] [56] [66] [68]

Enfin, les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant. Ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'inclusion de ce type de prestations dans le régime d'assurance-chômage constitue une extension nécessaire du régime, ce qui permet de respecter les droits à l'égalité des parents adoptifs et des parents naturels. [73] [75]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*,

for *Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, aff'd *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335; *Dick v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243; *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 81.4, 81.10.
Act to amend the Unemployment Insurance Act and the Employment and Immigration Department and Commission Act, S.C. 1990, c. 40, s. 14.
Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3), S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5.
Civil Code of Lower Canada, arts. 176, 177.
Constitution Act, 1867, ss. 91(2A), 92(13), (16).
Court of Appeal Reference Act, R.S.Q., c. R-23, s. 1.
Employment and Social Insurance Act, S.C. 1935, c. 38.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 22, 23.
National Employment Commission Act, 1936, S.C. 1936, c. 7, preamble.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 36.
Unemployment Insurance Act, 1940, S.C. 1940, c. 44, First Schedule, Part II.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 30(1).
Unemployment Insurance Commission Regulations, 1949, SOR/49-524, s. 5A [ad. SOR/50-515, Schedule A, s. II].

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 Campeau, Georges. *From UI to EI: Waging War on the Welfare State*. Translated by Richard Howard. Vancouver: UBC Press, 2005.
 Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. *Report of Commission of Inquiry on*

[1977] 2 R.C.S. 996; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335; *Dick c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243; *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 176, 177.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), 92(13), (16).
Loi de 1940 sur l'assurance-chômage, S.C. 1940, ch. 44, première annexe, partie II.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30(1).
Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration, L.C. 1990, ch. 40, art. 14.
Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 22, 23.
Loi sur la Commission nationale de placement, 1936, S.C. 1936, ch. 7, préambule.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 36.
Loi sur le placement et les assurances sociales, S.C. 1935, ch. 38.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 81.4, 81.10.
Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, art. 1.
Règlements de la Commission d'assurance-chômage, 1949, DORS/49-524, art. 5A [aj. DORS/50-515, annexe A, art. II].

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
 Campeau, Georges. *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi : L'histoire du régime canadien et de son détournement*. Montréal : Boréal, 2001.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration.

- Unemployment Insurance*. Ottawa: The Commission, 1986.
- Canada. Committee of Inquiry into the *Unemployment Insurance Act*. *Report of the Committee of Inquiry into the Unemployment Insurance Act*. Ottawa: Queen's Printer, 1962.
- Canada. Department of Labour. *Unemployment insurance in the 70's*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1970.
- Canada. Employment and Immigration Canada. *Unemployment Insurance in the 1980s*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1981.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 9, December 3, 1970, p. 9 : 28.
- Canada. House of Commons. Sub-committee on Equality Rights. *Equality for All*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.
- Canada. *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme*. Ottawa: Queen's Printer, 1968.
- Canada. Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, vol. II. Ottawa: Queen's Printer, 1940.
- Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: The Commission, 1970.
- Frémont, Jacques. "Assurance-chômage, maternité et adoption: les récentes modifications et leur validité" (1982-83), 17 *R.J.T.* 497.
- Issalys, Pierre, et Gaylord Watkins. *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission*. Study prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1977.
- Ledoux, Simon. *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage*. Montréal: Faculté des études supérieures, Université de Montréal, octobre 1991.
- Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1994, "unemployment insurance".
- Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2003, "chômage", "chômé", "chômeur".
- Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, fascicule n° 9, 3 décembre 1970, p. 9 : 29.
- Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1985.
- Canada. Comité d'enquête relatif à la *Loi sur l'assurance-chômage*. *Rapport du Comité d'enquête relatif à la Loi sur l'assurance-chômage*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1962.
- Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage*. Ottawa : La Commission, 1986.
- Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa : La Commission, 1970.
- Canada. Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces. *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, vol. II. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1940.
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *L'Assurance-chômage dans les années 1980*. Ottawa : Emploi et Immigration Canada, 1981.
- Canada. Ministère du Travail. *L'assurance-chômage au cours des années 70*. Ottawa : Emploi et Immigration Canada, 1970.
- Canada. *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1968.
- Frémont, Jacques. « Assurance-chômage, maternité et adoption : les récentes modifications et leur validité » (1982-83), 17 *R.J.T.* 497.
- Issalys, Pierre, et Gaylord Watkins. *Les prestations d'assurance-chômage : une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage*. Étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1977.
- Ledoux, Simon. *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage*. Montréal : Faculté des études supérieures, Université de Montréal, octobre 1991.
- Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. Springfield, Mass. : Merriam-Webster Inc., 1994, « unemployment insurance ».
- Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « chômage », « chômé », « chômeur ».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Pelletier and Morin J.J.A.), [2004] R.J.Q. 399, 245 D.L.R. (4th) 515, 31 C.C.E.L. (3d) 167, [2004] CLLC ¶240-004, [2004] Q.J. No. 277 (QL), on a reference re the constitutionality of ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act*. Appeal allowed.

Claude Joyal and René Leblanc, for the appellant.

Dominique Rousseau and Pierre Christian Labeau, for the respondent.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Steven M. Barrett and Charlene Wiseman, for the intervener the Canadian Labour Congress.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 DESCHAMPS J. — Does Parliament have the constitutional authority to grant maternity benefits and parental benefits to individuals who take time off work to give birth to or care for a child?

2 In response to an application by the government of Quebec for an opinion under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, s. 1, the Court of Appeal found ss. 22 and 23 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“EIA”), which provide for the payment of benefits during maternity leave and parental leave, to be unconstitutional. (These provisions are reproduced in the Appendix.) In the opinion of the Court of Appeal, the matters to which those provisions apply are under provincial jurisdiction.

3 The Attorney General of Canada appealed to this Court pursuant to s. 36 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. For the reasons set out below, I am of the opinion that it was open to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Pelletier et Morin), [2004] R.J.Q. 399, 245 D.L.R. (4th) 515, 31 C.C.E.L. (3d) 167, [2004] CLLC ¶240-004, [2004] J.Q. n° 277 (QL), relativement à un renvoi sur la constitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l’assurance-emploi*. Pourvoi accueilli.

Claude Joyal et René Leblanc, pour l’appelant.

Dominique Rousseau et Pierre Christian Labeau, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Barbara Barrowman*, pour l’intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Steven M. Barrett et Charlene Wiseman, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le Parlement a-t-il l’autorité constitutionnelle d’accorder des prestations de maternité et des prestations parentales aux personnes qui interrompent leur emploi pour donner naissance ou prendre soin d’un enfant?

À la suite d’une demande d’opinion formulée par le gouvernement du Québec en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d’appel*, L.R.Q., ch. R-23, art. 1, la Cour d’appel a conclu à l’inconstitutionnalité des art. 22 et 23 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« LAE »), qui prévoient le paiement de prestations pendant un congé de maternité et un congé parental. (Ces dispositions sont reproduites en annexe.) Selon la Cour d’appel, les matières touchées par ces dispositions relèvent de la compétence provinciale.

Le procureur général du Canada se pourvoit devant la Cour en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Parlement

Parliament to enact ss. 22 and 23 EIA based on the jurisdiction assigned to it by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* in relation to unemployment insurance.

1. Constitutional Questions and Positions of the Parties

The Chief Justice stated the constitutional questions in the same way as did the Government of Quebec in its order in council No. 244-2002, by which it sought the reference:

1. Does s. 22 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Does s. 23 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?
3. Is s. 22 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
4. Is s. 23 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

The text of the impugned provisions is appended to these reasons. In essence, the provisions allow a woman who is not working because she is pregnant, and a person who is absent from the workplace to care for a newborn or an adopted child, to receive employment insurance benefits.

The Attorney General of Quebec argues that [TRANSLATION] “the purpose of [maternity benefits and parental] benefits is to support families and to help parents care for their child when the

pouvait adopter les art. 22 et 23 LAE en se fondant sur la compétence que lui confère le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'assurance-chômage.

1. Les questions constitutionnelles et les positions des parties

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles de la même manière que l'a fait le gouvernement du Québec dans son décret n° 244-2002 demandant le renvoi :

1. L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
4. L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le texte des dispositions contestées est reproduit en annexe. En substance, ces dispositions permettent à une femme qui ne travaille pas en raison de sa grossesse et à une personne qui s'absente de son travail pour prendre soin d'un nouveau-né ou d'un enfant placé chez elle en vue de son adoption de recevoir des prestations d'assurance-emploi.

Le procureur général du Québec plaide que « l'objet des prestations de maternité et des prestations parentales consiste à soutenir les familles [et] à aider les parents à prendre soin de leur enfant

4

5

6

child is born or adopted, in a context in which both the labour market and the social realities that stem from it are in a state of flux” (respondent’s factum, at para. 20). From this perspective, the benefits in issue are, in pith and substance, a social security and assistance measure that trenches on the province’s jurisdiction over property and civil rights or over matters of a purely local nature under s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. In the submission of the Attorney General of Quebec, the purpose of the benefits is different from the purpose of the EIA, which is to establish a plan for insurance against the risk of unemployment.

7

The Attorney General of Canada submits that [TRANSLATION] “the essential characteristic of . . . [maternity benefits and parental] benefits is that they provide temporary income for pregnant women or parents who have paid premiums and held insurable employment for the required number of hours and have lost their employment income because of a pregnancy or in order to care for a child” (appellant’s factum, at para. 32). In the submission of the Attorney General of Canada, neither the purpose nor the effect of the provisions is to create a plan for maternity leave or parental leave.

2. Analysis

2.1 *Principles of Interpretation*

8

It is rare that all the subjects dealt with in a statute fall entirely under a single head of power. As a result, disputes relating to the division of powers arise frequently. Because a decision regarding the scope of the powers assigned by the *Constitution Act, 1867* has undeniable social and political consequences, the Court approaches the task assigned to it by the law with considerable circumspection. The Court has developed an analytical framework to guide it in making its decision. It must first seek to determine the pith and substance, or dominant characteristic, of the statute or provision and then identify the head of power to which that characteristic is most closely related: *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *Reference re*

à la naissance ou lors de l’adoption et ce, dans le contexte de l’évolution du marché du travail et des réalités sociales qui en découlent » (mémoire de l’intimé, par. 20). Selon cette conception, le caractère véritable des prestations contestées est celui d’une mesure d’aide et de sécurité sociale qui empiète sur la compétence en matière de propriété et de droits civils ou en matière purement locale attribuée aux provinces par les par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon le procureur général du Québec, l’objet des prestations est distinct de celui de la LAE, qui est d’instaurer un régime d’assurance contre le risque de chômage.

Le procureur général du Canada, quant à lui, affirme que « la caractéristique essentielle [des] prestations [de maternité et des prestations parentales] est d’assurer un revenu temporaire aux femmes enceintes ou aux parents qui ont payé des cotisations et occupé un emploi assurable pendant le nombre d’heures requis et qui perdent leur revenu d’emploi en raison d’une grossesse ou pour prodiguer des soins à un enfant » (mémoire de l’appelant, par. 32). Selon le procureur général du Canada, les dispositions n’ont ni pour objet ni pour effet de créer un régime de congé de maternité ou de congé parental.

2. Analyse

2.1 *Principes d’interprétation*

Rares sont les cas où toutes les matières dont traite une loi relèvent entièrement d’une seule rubrique de compétence. Fréquentes sont donc les contestations portant sur le partage des pouvoirs. Comme la décision sur la portée des pouvoirs attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867* emporte des conséquences sociales et politiques indiscutables, c’est avec une grande prudence que la Cour se plie à l’exercice que la loi lui impose. Pour la guider dans sa décision, la Cour a élaboré une grille d’analyse. Le tribunal recherche d’abord le caractère véritable ou la caractéristique dominante de la loi ou de la disposition et détermine ensuite à quelle rubrique de compétence cette caractéristique se rapporte le plus : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S.

Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31. Since each level of government may legislate in relation to the matters within its jurisdiction, it did not take the Privy Council long to recognize that the classes set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are not watertight compartments, and to set forth the “double aspect” doctrine: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130, and *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at pp. 107-8 and 116-17. The power of one level of government to legislate in relation to one aspect of a matter takes nothing away from the power of the other level to control another aspect within its own jurisdiction. If, however, the statute or provision intrudes into a field of jurisdiction that does not belong to the authority that enacted it, the court must determine whether it is nonetheless valid because it is part of a valid legislative scheme and is sufficiently integrated into that scheme: *Kitkatla*, at para. 58; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

At the first stage of the analysis, in order to identify the head of power, the Court takes a progressive approach to ensure that Confederation can be adapted to new social realities. The Court has on numerous occasions cited the “living tree” metaphor, and we need not revisit it here: *Reference re Same-Sex Marriage*, at para. 29. While the debates or correspondence relating to the constitutional amendment are relevant to the analysis as regards the context, they are not conclusive as to the precise scope of the legislative competence. They reflect, to a large extent, the society of the day, whereas the competence is essentially dynamic: *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996, at p. 1006. In giving them predominant weight, the Quebec Court of Appeal adopted an original intent approach to interpreting the Constitution rather than the

292, 2005 CSC 20; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31. Comme chaque ordre de gouvernement peut légiférer sur les matières qui relèvent de sa compétence, très tôt le Conseil privé a reconnu que les catégories énoncées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas des compartiments étanches et a énoncé la théorie du double aspect : *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), p. 130, et *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 107-108 et 116-117. Le pouvoir d’un ordre de gouvernement de légiférer sur un aspect d’une matière n’enlève rien au pouvoir de l’autre ordre de régir un autre aspect qui relève de la compétence de cet autre ordre. Si, cependant, la loi ou la disposition empiète sur un champ de compétence ne relevant pas de l’autorité qui a légiféré, le tribunal vérifie si elle est tout de même valide parce qu’elle fait partie d’un régime législatif valide et y est suffisamment intégrée : *Kitkatla*, par. 58; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

À la première étape de l’analyse, pour déterminer la rubrique de compétence, la Cour adopte une approche évolutive de façon à ce que le pacte confédératif puisse répondre aux réalités nouvelles. La Cour a d’ailleurs employé à de nombreuses reprises la métaphore de l’arbre vivant et il n’y a pas lieu d’y revenir à nouveau : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 29. Les débats ou les échanges de correspondance entourant la modification constitutionnelle sont pertinents pour l’analyse quant au contexte, mais ils ne peuvent dicter l’étendue exacte de la compétence législative. En effet, ils reflètent en grande partie la société de l’époque, alors que la compétence est, elle, essentiellement dynamique : *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996, p. 1006. En leur accordant une importance primordiale, la Cour d’appel

progressive approach the Court has taken for a number of years.

10 A progressive interpretation cannot, however, be used to justify Parliament in encroaching on a field of provincial jurisdiction. To derive the evolution of constitutional powers from the structure of Canada is delicate, as what that structure is will often depend on a given court's view of what federalism is. What are regarded as the characteristic features of federalism may vary from one judge to another, and will be based on political rather than legal notions. The task of maintaining the balance between federal and provincial powers falls primarily to governments. If an issue comes before a court, the court must refer to the framers' description of the power in order to identify its essential components, and must be guided by the way in which courts have interpreted the power in the past. In this area, the meaning of the words used may be adapted to modern-day realities, in a manner consistent with the separation of powers of the executive, legislative and judicial branches.

11 Some heads that set forth narrow powers leave little room for interpretation. Other, broader, heads result in legislation that can have several aspects.

12 In the instant case, the Attorney General of Quebec does not dispute that the EIA considered as a whole, or more specifically the regular benefits, come within Parliament's jurisdiction over unemployment insurance (s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*). The only issue is the constitutionality of maternity benefits and parental benefits.

13 Although four separate constitutional questions were stated, a single approach will apply to the entire analysis. It is therefore important to begin by determining what the pith and substance or dominant characteristic of the impugned provisions is before identifying the head of power to which the matter relates.

du Québec a adopté une approche originaliste à l'égard de l'interprétation de la Constitution, plutôt que l'approche évolutive à laquelle la Cour a adhéré depuis nombre d'années.

Le recours à une interprétation évolutive ne peut cependant pas justifier un empiètement par le Parlement sur un champ de compétence provinciale. Il est délicat de fixer les limites à l'évolution de la compétence constitutionnelle en se fondant sur la structure du Canada. Cette notion fait souvent appel à la conception qu'un tribunal donné peut se faire du fédéralisme. Les repères du fédéralisme peuvent varier d'un juge à l'autre et reposent sur des notions politiques plutôt que juridiques. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux relève avant tout des gouvernements. Si le débat est judiciairisé, les tribunaux doivent se reporter à la description de la compétence faite par les constituants pour en dégager les composantes essentielles, en étant guidés par l'interprétation jurisprudentielle. En ce domaine, le sens des mots utilisés peut être adapté à la réalité moderne dans le respect de la séparation des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires.

Certaines rubriques énonçant des compétences étroites prêtent peu à interprétation. D'autres, plus larges, donnent lieu à des mesures législatives qui sont susceptibles de comporter plusieurs aspects.

En l'occurrence, le procureur général du Québec ne conteste pas que la LAE, prise dans son ensemble, ou plus spécifiquement, que les prestations régulières relèvent de la compétence du Parlement en matière d'assurance-chômage (par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Seule est en cause la constitutionnalité des prestations de maternité et des prestations parentales.

Quatre questions constitutionnelles distinctes ont été formulées, mais une seule démarche dicte toute l'analyse. Il importe donc de dégager d'abord le caractère véritable ou la caractéristique dominante des dispositions contestées avant de déterminer à quel chef de compétence la matière se rapporte.

The earliest parental benefits resulted from an extension of the maternity benefits that had been adopted more than ten years earlier. I must begin with an analysis of maternity benefits. The determination of the pith and substance of maternity benefits will necessarily have an impact on the determination of the pith and substance of parental benefits.

2.2 *Pith and Substance of Maternity Benefits*

The pith and substance or essential characteristic of a provision may be revealed by the provision's purpose or effects: *Kitkatla*, at para. 53. The purpose of a provision is the goal pursued by Parliament in enacting it. To consider the effect of a provision is to examine its practical or legal consequences: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.). These two tests for determining pith and substance, namely purpose and effect, will be examined in turn.

2.2.1 Purpose of Maternity Benefits

The purpose of a provision may be identified from its context or be set out in the enactment itself. To identify the purpose, it is often helpful to identify the problem Parliament was seeking to remedy. The context in which a statute is enacted thus often provides information that is relevant to the review of the provision. I will begin the analysis with the *Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44 ("UIA, 1940"), which did not provide for maternity benefits, before examining the context in which maternity benefits were introduced, and then the text of the impugned provision.

2.2.1.1 *Context in Which the UIA, 1940 Was Enacted*

In the late 1930s, Parliament considered unemployment to be the most urgent national problem: *National Employment Commission Act, 1936*, S.C. 1936, c. 7, preamble, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 534. From this

Les premières prestations parentales résultent d'un élargissement des prestations de maternité adoptées plus de dix ans auparavant. Il convient d'analyser d'abord les prestations de maternité, car leur caractère véritable influera nécessairement sur celui des prestations parentales.

2.2 *Caractère véritable des prestations de maternité*

Le caractère véritable ou la caractéristique essentielle d'une disposition peut ressortir de l'examen de son objet ou de ses effets : *Kitkatla*, par. 53. L'objet d'une disposition est le but poursuivi par le législateur lors de son adoption. L'étude de l'effet d'une disposition consiste à examiner ses conséquences pratiques ou juridiques : *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.). Ces deux critères de détermination, l'objet et l'effet, seront analysés tour à tour.

2.2.1 Objet des prestations de maternité

L'objet d'une disposition peut se dégager de son contexte ou être exprimé dans le texte même. Pour le déterminer, il est souvent utile de cerner le problème que le législateur cherchait à corriger. Le contexte de l'adoption d'une loi apporte donc souvent des informations pertinentes pour l'étude du texte. Je commencerai l'analyse avec la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44 (« LAC de 1940 »), qui ne prévoyait pas de prestations de maternité, pour ensuite examiner le contexte de l'introduction des prestations de maternité puis le texte de la disposition contestée.

2.2.1.1 *Le contexte de l'adoption de la Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*

À la fin des années 30, le Parlement considère que le problème national le plus urgent est le chômage : *Loi sur la Commission nationale de placement, 1936*, S.C. 1936, ch. 7, préambule, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S.

14

15

16

17

perspective, it enacted the first unemployment insurance legislation: *Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38. However, that Act was declared to be unconstitutional because it related to a matter within the competence of the provinces: *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, aff'd *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.). In 1940, an amendment to the *Constitution Act, 1867* gave Parliament jurisdiction over unemployment insurance. The UIA, 1940 was then enacted. It essentially restated the provisions of the *Employment and Social Insurance Act* that had been declared unconstitutional a few years earlier. It provided for the payment of benefits to unemployed persons who were capable of and available for work, but unable to find employment.

18

Over the years, numerous amendments were made to the original Act, generally to expand qualifying conditions, increase benefits and eliminate inequities, but the Court found in 1988 that the basic thrust had remained constant: *Hills*, at p. 535. The amendments were designed. In *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at p. 10, Wilson J. said that the overall purpose of the Act was to make benefits available to the unemployed. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41, La Forest J., quoting the words of Lacombe J., who was on the panel of the Federal Court of Appeal in that case, described the purpose of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which seems no different from the purpose of the current Act, as follows:

... to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market.

In *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, Gonthier J. added that the purpose behind unemployment insurance benefits

looks to the past, present and future. Benefits are contingent on qualifying employment in the past. They are

513, p. 534. Dans cet esprit, le Parlement adopte la première loi sur l'assurance-chômage : *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38. Cette loi est cependant déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle relève de la compétence des provinces : *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (C.P.). En 1940, une modification à la *Loi constitutionnelle de 1867* confère compétence au Parlement en matière d'assurance-chômage. La LAC de 1940 est alors adoptée. Elle reprend en substance les dispositions de la *Loi sur le placement et les assurances sociales* déclarée inconstitutionnelle quelques années plus tôt. Elle prévoit le versement de prestations aux chômeurs aptes au travail et disponibles pour travailler, mais incapables de trouver un emploi.

Au fil des ans, de nombreuses modifications sont apportées à la loi originale, généralement pour assouplir les conditions d'admissibilité, pour augmenter les prestations et pour éliminer les injustices, mais en 1988, la Cour juge que l'objectif premier demeure inchangé : *Hills*, p. 535. Dans *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, p. 10, la juge Wilson dit que le but général de la loi est de procurer des prestations aux chômeurs. Dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 41, le juge La Forest, citant les propos du juge Lacombe, qui siégeait alors à la Cour d'appel fédérale dans cette affaire, décrivait ainsi l'objectif de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qui ne semble pas différer de celui de la loi actuelle :

... d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail.

Dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, le juge Gonthier ajoutait que l'objet des prestations d'assurance-chômage était

orienté vers le passé, le présent et l'avenir. L'admissibilité aux prestations dépend de l'exercice, dans le passé,

meant to provide income and security for the present, in lieu of the employment income which has been lost. However, the benefits also look to the future, enabling the recipient to find a new job without hardship and with a sense of security. [p. 895]

The first express provisions regarding women attest to the social mores of the day: women were expected to be supported by their husbands, and to stop working after they were married. A regulatory provision disqualified women for a period of two years after they were married, unless they met a long series of conditions: *Unemployment Insurance Commission Regulations, 1949*, SOR/49-524, s. 5A (ad. SOR/50-515, Schedule A, s. II). It is worth noting that in 1950, women in Quebec could neither contract (art. 177 of the *Civil Code of Lower Canada*) nor appear in judicial proceedings (art. 176) without their husbands' consent or assistance. Very little value was placed in women's work. In a report recommending that the eligibility criteria for pregnant women and mothers of young children be made more restrictive, the following statement was made:

By reason of the ability of some married women who are not the sole support of their household to work in industry or not work, as they choose, they have an unique ability to move into and out of the labour force at will.

(*Report of the Committee of Inquiry into the Unemployment Insurance Act* (November 1962) (Gill Report), at p. 133)

While working was not exactly regarded as a whim for a woman whose husband was working, it was considered to be optional and unusual at the time. From this perspective, it is easy to understand why women's claims for benefits were looked on as suspect.

2.2.1.2 *Context in Which Maternity Benefits Were Adopted*

By the 1960s, profound changes were under way that would have a dramatic impact on Canadian society. Technological developments, the

d'un emploi donnant droit aux prestations. Ces prestations visent à fournir un revenu et une sécurité pour le présent, en remplacement du revenu d'emploi perdu. Cependant, les prestations sont également orientées vers l'avenir en ce qu'elles permettent au bénéficiaire de trouver un nouvel emploi, sans souffrir de privations et tout en éprouvant un sentiment de sécurité. [p. 895]

Les premières dispositions explicites à l'égard des femmes témoignent des mœurs de l'époque : on s'attendait à ce que les femmes soient entretenues par leur mari et qu'elles arrêtent de travailler après leur mariage. Un règlement les excluait pour une période de deux ans suivant leur mariage à moins qu'elles ne remplissent toute une série de conditions : *Règlements de la Commission d'assurance-chômage, 1949*, DORS/49-524, art. 5A (aj. DORS/50-515, annexe A, art. II). Il n'est pas inutile de rappeler qu'en 1950, la femme ne pouvait, au Québec, ni contracter (art. 177 du *Code civil du Bas Canada*) ni ester en justice (art. 176) sans le consentement ou l'assistance de son mari. Leur travail était loin d'être valorisé. Dans un rapport recommandant le resserrement des critères d'admissibilité des femmes enceintes ou ayant des enfants en bas âge, on lit :

Étant donné le choix qu'ont certaines femmes mariées, qui ne sont pas l'unique soutien de famille, de travailler dans l'industrie ou de s'en abstenir, il leur est particulièrement facile de se joindre à la population active ou d'en sortir à leur gré.

(*Rapport du Comité d'enquête relatif à la Loi sur l'assurance-chômage* (novembre 1962) (Rapport Gill), p. 140)

Sans être tout à fait considéré comme un caprice, le travail, pour une femme dont le mari travaille, est alors perçu comme optionnel et inusité. Dans ce contexte, il est aisé de comprendre que les demandes de prestations des femmes aient paru suspectes.

2.2.1.2 *Contexte d'adoption des prestations de maternité*

Dans les années 60, des changements profonds sont en cours. Ils bouleversent la société canadienne. Les développements technologiques,

increasing incidence of part-time work and the entry of women into the labour market in large numbers prompted public discussion about the new challenges that were now an inherent part of the labour market. Despite this evolution of the labour market, some categories of employment, such as hospital workers, teachers and federal and provincial public servants, were excluded from the plan. Economic insecurity was no longer the exclusive preserve of the most impoverished members of society. On the question of how women were treated, the *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme* (1968) (Cousineau Report), which was published only six years after the Gill Report, observed (at p. 28):

The Labour Force Participation Rate of married women between 20 and 65 grew from 22.5% in 1961 to 30.5% in 1967. This is due to a number of factors which we cannot explore here but the consequence of such an increased labour force participation of the females is to render the procedures discriminating against women in the operations of the present system, most objectionable. It has been possible up to now to postulate a tenuous attachment to the labour force on the part of married women and their lower "registered" unemployment rate would seem to support the view that married women exit from labour force activities in some substantial proportion when they become unemployed. However, there are reasons to believe that "women become more firmly attached to the labour force". Consequently, there will be a need to adapt the unemployment compensation system to deal with it.

21

The government came to understand that a number of provisions had become anachronistic. The UIA, 1940 was completely revised. In the White Paper entitled *Unemployment Insurance in the 70's* (1970), at pp. 19 and 22, the proposed maternity benefits were described as follows:

Under the existing legislation, an insured person is entitled to benefits (1) if he has experienced an interruption of earnings and is therefore unemployed, (2) if he is capable and available for work, and (3) if he is unable to find suitable employment.

The proposed plan retains the three main conditions for eligibility listed above. However, it expands

l'augmentation de l'incidence du travail à temps partiel et l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail provoquent une réflexion sur les nouveaux défis inhérents au marché du travail. Malgré cette évolution du marché du travail, certaines catégories d'emplois, par exemple employés d'hôpitaux, enseignants, fonctionnaires fédéraux et provinciaux, sont exclues du régime. L'insécurité économique n'est plus l'apanage des plus pauvres. Quant au traitement réservé aux femmes, le *Report of the Study for Updating the Unemployment Insurance Programme* (1968) (Rapport Cousineau), publié seulement six ans après le Rapport Gill, note d'ailleurs (p. 28) :

[TRADUCTION] Le taux de participation à la main-d'œuvre des femmes mariées âgées de 20 à 65 ans est passé de 22,5 % en 1961 à 30,5 % en 1967. Cet accroissement est dû à un certain nombre de facteurs que nous ne pouvons aborder dans le présent rapport, mais il a pour effet de rendre tout à fait contestables les mesures discriminatoires envers les femmes prises dans le cadre du régime actuel. Jusqu'à ce jour, on a pu postuler l'existence d'un lien ténu entre les femmes mariées et le marché du travail, et leur faible taux de chômage « officiel » confirmerait qu'elles quittent la population active dans une grande proportion lorsqu'elles se retrouvent sans emploi. Cependant, des motifs portent à croire que « les femmes s'intègrent plus durablement à la population active ». Il faudra donc adapter le régime d'indemnisation des chômeurs en fonction de cette nouvelle réalité.

Le gouvernement prend conscience du caractère anachronique de plusieurs dispositions. La LAC de 1940 est complètement revue. Dans le livre blanc *L'assurance-chômage au cours des années 70* (1970), p. 19 et 22, les prestations de maternité projetées sont décrites :

En vertu de la législation actuelle, un assuré a le droit de toucher des prestations (1) s'il est privé de ses gains parce qu'il est en chômage (2) s'il est capable de travailler et disponible pour travailler et (3) s'il ne peut trouver un emploi approprié.

Le régime proposé retient les trois principales conditions énoncées pour l'ouverture du droit aux prestations.

interruption of earnings to include maternity, retirement and sickness. . . .

The new special benefits remove the anomalies from the present Act concerning these three groups and provide them with benefits based on a realistic appraisal of what their particular interruption of earnings means in the context of the work force of today.

The report of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration, which was tabled after the White Paper was considered, also contains comments regarding the purpose of the new maternity and sickness benefits (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration*, Issue No. 9, December 3, 1970, at p. 9 : 28):

These additional benefits represent an adjustment in the economic security system to recognize the contingencies generated by a world in which women are a large portion of the labour force and in which a major segment of the population has no protection against interruption of earnings due to sickness.

As is apparent from this brief historical overview, the fact that women were initially discriminated against can be attributed primarily to the fact that they were not regarded as full participants in the labour market. The entry of large numbers of women into the labour market led to an awareness of their role and of the very real loss of income they suffered when their work was interrupted as a result of pregnancy. This is the context in which maternity benefits were adopted: *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (“UIA, 1971”), s. 30(1).

The purpose of the extension was to give women who had contributed to the plan the right to receive income replacement benefits. The new benefits were intended to provide pregnant women with economic and social security on a temporary basis while at the same time helping them to return to the labour market. In addition to the purely economic income replacement aspect, maternity

Toutefois, il donne plus d’ampleur à la notion de « privation des gains » en prévoyant le versement de prestations de maternité, de maladie et de retraite . . .

L’établissement des prestations spéciales supprime les anomalies auxquelles la Loi actuelle donne lieu relativement à ces trois catégories de personnes et permet de leur offrir une aide pécuniaire établie d’après ce que signifie effectivement la « privation des gains » dans le monde du travail d’aujourd’hui.

Le rapport du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration déposé après l’étude du livre blanc contient aussi des commentaires sur l’objet des nouvelles prestations de maternité et de maladie (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, fascicule n° 9, 3 décembre 1970, p. 9 : 29) :

Une telle mesure aidera à corriger le système de sécurité économique et à remédier aux contingences d’un monde où la population active comprend un grand nombre de femmes, et où une proportion importante de citoyens ne jouit d’aucune protection contre l’interruption des gains résultant de la maladie.

Il ressort de ce bref survol historique que, si les femmes ont initialement fait l’objet d’un traitement discriminatoire, cela est principalement attribuable au fait qu’elles n’étaient pas considérées comme faisant partie intégrante du marché du travail. Leur arrivée massive a provoqué une prise de conscience de leur rôle et du caractère réel de la perte de revenus subie pendant l’interruption de travail due à la grossesse. C’est dans ce contexte que les prestations de maternité ont été adoptées : *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (« LAC de 1971 »), par. 30(1).

L’élargissement a pour but de reconnaître aux femmes qui ont contribué au régime le droit de recevoir des prestations de remplacement du revenu. Les nouvelles prestations visent à assurer la sécurité économique et sociale des femmes enceintes de manière temporaire tout en les aidant à retourner sur le marché du travail. En plus de l’aspect purement économique relié au

22

23

24

benefits, like regular benefits, would ensure continued employability and reintegration into the labour market.

2.2.1.3 *Text of the Provision*

25 The text of the provision may sometimes include a clear statement of Parliament's purpose. In the case at bar, the provision, stripped of its technical aspects, reads as follows:

(1) [B]enefits are payable to a . . . claimant [who has 600 or more hours of insurable employment in her qualifying period and] who proves her pregnancy [even if she cannot prove that she was capable of or available for work].

. . .

(3) Where . . . any allowances, money or other benefits are payable to the claimant for that pregnancy under a provincial law, the benefits payable to the claimant under this Act shall be reduced or eliminated as prescribed.

26 It can be seen from the text that benefits are paid to a woman who loses her employment income because of her pregnancy if she held insurable employment during the period required by the EIA. The primary purpose is to provide women in this position with income replacement benefits.

2.2.2 Effect of the Provision

27 A measure may have effects that go beyond the initial aim. Those effects can be used to assess its constitutional validity. For instance, in *Saumur*, legislation relating to the administration of streets was held to be unconstitutional because its preponderant effect showed that it was operating as a censorship mechanism. Thus, the effect of the law cannot be disregarded.

28 In the instant case, the effect of the provision is to enable insured pregnant women to have access to financial resources at a time when they are not receiving their employment income.

remplacement du revenu, les prestations de maternité, tout comme les prestations régulières, assurent le maintien de l'employabilité et le rattachement au marché du travail.

2.2.1.3 *Texte de la disposition*

Le texte de la disposition peut parfois énoncer clairement l'objet recherché par le législateur. En l'espèce, dépouillée de ses aspects techniques, la disposition est ainsi libellée :

(1) [D]es prestations sont payables à la prestataire [qui a exercé un emploi assurable pendant au moins six cents heures au cours de sa période de référence et] qui fait la preuve de sa grossesse [même si elle ne peut démontrer qu'elle était capable de travailler ou disponible à cette fin].

. . .

(3) Lorsque [. . .] des allocations, prestations ou autres sommes lui sont payables pour cette grossesse en vertu d'une loi provinciale, les prestations qui lui sont payables en vertu de la présente loi sont réduites ou supprimées tel qu'il est prévu par règlement.

Il ressort du texte que les prestations sont accordées à une femme privée de revenu d'emploi en raison de sa grossesse lorsqu'elle a exercé un emploi assurable pendant la période prescrite par la LAE. Le but primaire est de permettre à ces femmes de toucher une prestation de remplacement du revenu.

2.2.2 Effet de la disposition

Une mesure peut entraîner des effets qui débordent le but initial. Ces effets peuvent servir à mesurer sa validité constitutionnelle. Ainsi, dans *Saumur*, une mesure législative sur le contrôle des rues a été déclarée inconstitutionnelle parce que, d'après son effet prédominant, elle était utilisée comme moyen de censure. L'effet de la loi ne peut donc pas être ignoré.

En l'occurrence, l'effet de la disposition est de permettre aux femmes enceintes assurées de bénéficier de ressources pécuniaires à un moment où elles sont privées de leur revenu d'emploi.

However, these resources also make it possible for them to take time off work for physiological reasons associated with their pregnancies, and to take care of their families for longer periods than if they were compelled to return to work early because they were impecunious. The primary effect is therefore to replace, in part, these women's employment income, but the secondary effect is to enable them to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families.

The broadening of maternity benefits put the emphasis on the function of replacing income so that women could care for their children. When the UIA, 1971 was enacted, s. 30(1) provided for the payment of benefits during a 15-week period straddling the delivery date. The fact that benefits would be paid only for the weeks on either side of that date suggests a connection between the benefits and the physical limitations associated with pregnancy. There are a number of sources in which it is argued that at the time when maternity benefits were introduced, the principal justification for the recommendations in favour of adopting such a plan was the mother's physical inability to work during the period before and after the birth of the child: J. Frémont, "Assurance-chômage, maternité et adoption: les récentes modifications et leur validité" (1982-83), 17 *R.J.T.* 497, at p. 503; P. Issalys and G. Watkins, *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission* (1977), at p. 11; Employment and Immigration Canada, *Unemployment Insurance in the 1980s* (1981), at p. 67; Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970), at p. 84. In *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 190, Ritchie J. quoted the following comment by Collier J., who was sitting as an Umpire:

I do not know the purpose of the legislators in injecting s. 46 into the 1971 legislation. It was suggested that, pre-1971, there was an assumption that women eight weeks before giving birth and for six weeks after, were, generally speaking, not capable of nor available for work

Cependant, grâce à ces ressources, elles peuvent aussi s'absenter de leur travail pour des motifs physiologiques liés à la grossesse et pour prendre soin de leur famille pour une période plus longue que si elles étaient astreintes à un retour précoce en raison de leur indigence. L'effet primaire est donc de remplacer partiellement le revenu d'emploi, mais l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période pour prendre soin de leur famille.

L'élargissement des prestations de maternité a mis l'accent sur la fonction de remplacement du revenu pour prendre soin des enfants. En effet, lors de l'adoption de la LAC de 1971, le par. 30(1) prévoyait le versement de prestations pendant les 15 semaines entourant l'accouchement. Le fait que les prestations n'aient été versées que pendant les semaines entourant l'accouchement laisse croire qu'elles étaient reliées aux limitations physiques dues à la grossesse. Plusieurs sources soutiennent qu'au moment de l'introduction des prestations de maternité, la justification principale des recommandations en faveur d'un tel régime était l'incapacité physique de la mère de travailler durant la période entourant la naissance de l'enfant : J. Frémont, « Assurance-chômage, maternité et adoption : les récentes modifications et leur validité » (1982-83), 17 *R.J.T.* 497, p. 503; P. Issalys et G. Watkins, *Les prestations d'assurance-chômage : une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage* (1977), p. 12; Emploi et Immigration Canada, *L'assurance-chômage dans les années 1980* (1981), p. 73; Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada* (1970), p. 95. Dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, p. 190, le juge Ritchie cite les propos du juge Collier en sa qualité de juge-arbitre :

Je ne sais ce qui a motivé les législateurs à inclure l'article 46 dans la loi de 1971. Il a été avancé qu'avant 1971, on prenait pour acquis qu'au cours de la période de huit semaines avant l'accouchement et de six semaines après, les femmes n'étaient en général pas capables de travailler ni disponibles à cette fin

29

30

31 However, a look at how these benefits have been used over the years reveals that the weeks women chose to be absent were based on the childcare function rather than on a real inability to work caused by physical incapacity: report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, *Equality for All* (1985) (Boyer Report), ch. 2, at p. 10. In fact, there are few people who would still venture to say that, other than in exceptional cases, women are incapable of working as a result of being pregnant, although it is recognized that they are physically unable to work during a brief period before and after the delivery date.

32 The flexibility introduced into the rules, which allow women to choose the weeks when they receive benefits, shows that the function of replacing income during the period when mothers are caring for their children has become more important than it was when the original provisions were enacted. It would not be possible to observe this accentuated secondary effect, however, if women were not entitled to receive income replacement benefits in the first place. The secondary effect is therefore not unrelated to the purpose of the provision and does not pervert the intention behind it.

33 Parliament's intention is to replace interrupted earnings, and that is the primary effect of the measure. The fact that the primary effect corresponds to the actual purpose is neither conclusive nor unusual. If the effect were not consistent with the purpose, the legislation would be problematic. An analysis of the effect becomes informative if the secondary effects show that the legislation has been diverted from its stated goal. That is not the case here. While women can receive income replacement benefits, they may do so only when they are absent from work due to pregnancy. The right to take time off work is not granted in the EIA; it derives from other legislation, or from an agreement between the employer and employee. The secondary effect therefore does not divert the measure from its purpose or its primary effect; rather, it is a natural consequence of them.

Or, l'étude de l'utilisation, au cours des ans, de ces prestations indique que c'était la fonction garde et soin des enfants, plutôt que l'inaptitude réelle causée par une incapacité physique, qui dictait le choix des semaines d'absence : rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous* (1985) (Rapport Boyer), ch. 2, p. 10. D'ailleurs, peu de personnes osent encore dire que, sauf exception, la grossesse rend les femmes incapables de travailler. Toutefois, leur incapacité physique pour une brève période entourant l'accouchement est reconnue.

L'assouplissement des règles qui permettent aux femmes de choisir les semaines pendant lesquelles elles reçoivent des prestations montre que la fonction de remplacement du revenu pendant que les mères prennent soin de leurs enfants revêt une plus grande importance que lors de l'adoption des premières dispositions. Cet effet secondaire amplifié ne pourrait cependant être observé si la femme n'était pas admissible, en premier lieu, aux prestations de remplacement du revenu. L'effet secondaire n'est donc pas étranger au but de la mesure et n'en pervertit pas l'objet.

Le législateur cherche à remplacer le revenu interrompu et c'est là l'effet premier de la mesure. Que l'effet primaire corresponde au but recherché n'est ni déterminant ni inusité. Si l'effet ne rejoignait pas le but recherché, la législation serait problématique. L'analyse de l'effet devient révélatrice lorsqu'il ressort des effets secondaires que la loi est détournée de son but avoué. Tel n'est pas le cas en l'occurrence. Les femmes peuvent bénéficier de prestations de remplacement de leur revenu, mais seulement lorsqu'elles s'absentent de leur travail en raison de leur grossesse. Le droit de s'absenter n'est pas accordé par la LAE. Il découle d'autres mesures législatives ou d'une entente entre l'employeur et l'employée. L'effet secondaire ne détourne donc pas la mesure de son objet ou de son effet primaire, il en est plutôt la conséquence naturelle.

2.2.3 Conclusion Regarding the Provision's Pith and Substance

As can be seen from the context in which the first unemployment insurance legislation was enacted, Parliament's intention was to curb the problem of unemployment. Benefit amounts were not very high, and many workers, including pregnant women, were excluded. After women entered the labour market in large numbers, special benefits were instituted to compensate for the interruption of their earnings that resulted from pregnancy. The context in which the provision was enacted, and its language and effect, bring to light the pith and substance, or essential characteristic, of the benefits: they replace the employment income of insured women whose earnings are interrupted when they are pregnant.

The argument of the Attorney General of Quebec, that the purpose of maternity benefits is to support families and to enable women to care for their children at the time of birth, cannot be accepted. No period of leave is granted by the EIA. Maternity leave is governed by other legislation or by arrangements between employers and employees. Although support for families and the ability to care for children may be one of the effects of the measure, that is not its pith and substance. The fundamental objective of the maternity benefits plan is to protect the workers' incomes from the time when they lose or cease to hold their employment to the time when they return to the labour market.

2.3 *Identification of the Head of Power*

Once the pith and substance of a provision has been determined, the head of power to which the pith and substance relates must be identified. The Attorney General of Quebec contends that the provision falls within Quebec's jurisdiction over social matters, because of its connection with property and civil rights and matters of a merely local or private nature (ss. 92 (13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*). The Attorney

2.2.3 Conclusion sur le caractère véritable de la disposition

Le contexte d'adoption de la première loi sur l'assurance-chômage permet de voir que le Parlement cherchait à enrayer le problème du chômage. Les prestations étaient peu élevées et de nombreux travailleurs étaient exclus, notamment les femmes enceintes. Après l'arrivée massive de celles-ci sur le marché du travail, des prestations spéciales ont été prévues pour pourvoir à l'interruption de gains qu'elles subissaient en raison de leur grossesse. Le contexte de la disposition, son texte et son effet mettent en lumière le caractère véritable, la caractéristique essentielle des prestations : elles remplacent le revenu d'emploi des femmes assurées qui subissent une interruption de gains à l'occasion d'une grossesse.

L'argument du procureur général du Québec selon lequel les prestations de maternité ont comme objet de soutenir les familles et de permettre aux femmes de prendre soin de leur enfant lors de la naissance ne peut être retenu. Aucun congé n'est accordé par la LAE. Les congés de maternité sont régis par d'autres lois ou par des arrangements entre employeurs et employés. Si le soutien des familles et le fait de prendre soin des enfants sont un des effets de la mesure, ils n'en constituent pas le caractère véritable. L'objectif fondamental du régime des prestations de maternité est de protéger le revenu des travailleuses entre le moment où elles perdent leur emploi ou cessent de l'occuper et celui où elles retournent sur le marché du travail.

2.3 *Détermination de la rubrique de compétence*

Une fois le caractère véritable d'une disposition défini, il faut déterminer la rubrique de compétence à laquelle il se rapporte. Le procureur général du Québec prétend que la disposition relève de sa compétence en matière sociale en raison de son lien avec la propriété et les droits civils et les matières purement locales ou privées (par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Le procureur général du Canada invoque sa

34

35

36

General of Canada relies on Parliament's jurisdiction over unemployment insurance. In order to understand the context in which the question arises, it will be helpful to review how Parliament came to be given jurisdiction in relation to unemployment insurance. Although the context is not conclusive, this review will assist in identifying the essential elements that may or must be adapted to contemporary needs. I will then analyse the objections raised by the Attorney General of Quebec, who contends that the provisions are inconsistent with the concepts of insurance and unemployment.

2.3.1 Background

37

When the Privy Council declared the *Employment and Social Insurance Act* to be unconstitutional, there was no doubt that, *prima facie*, measures relating to insurance, and in particular measures relating to contracts of employment, were in relation to property and civil rights and were within the exclusive competence of the provincial legislatures:

There can be no doubt that, *prima facie*, provisions as to insurance of this kind, especially where they affect the contract of employment, fall within the class of property and civil rights in the Province, and would be within the exclusive competence of the Provincial Legislature. . . .

. . . .

In the present case, their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid.

(*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, at pp. 365 and 367)

Because the UIA, 1940 essentially reiterated the provisions of the *Employment and Social Insurance Act*, it cannot be denied that it affected contracts of employment or insurance relating to those contracts. This means that when the Constitution was amended, a portion of the jurisdiction over property and civil rights was detached so that the

compétence en matière d'assurance-chômage. Pour situer la question dans son contexte, il est pertinent de rappeler comment le Parlement en est venu à se faire octroyer compétence en matière d'assurance-chômage. Même si le contexte n'est pas déterminant, ce rappel aidera à dégager les éléments essentiels qui peuvent ou doivent être adaptés aux besoins contemporains. J'analyserai ensuite les objections du procureur général du Québec, qui soutient que les dispositions sont contraires aux notions d'assurance et de chômage.

2.3.1 Mise en contexte

Pour le Conseil privé, lors de la déclaration d'inconstitutionnalité de la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, il n'y avait aucun doute qu'à première vue, les mesures concernant l'assurance, particulièrement celles relatives aux contrats de travail, visaient la propriété et les droits civils et étaient du ressort exclusif des législatures provinciales :

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir de doute que, de prime abord, les dispositions relatives à une assurance de ce genre, surtout lorsqu'elles visent le contrat de travail, tombent dans la catégorie de la propriété et des droits civils de la province et sont du ressort exclusif de la législature provinciale. . .

. . . .

Dans le cas actuel, leurs Seigneuries, comme la majorité de la Cour suprême, jugent que, par sa nature même, cette loi est une loi d'assurance qui touche aux droits civils des patrons et employés dans chaque province, et que, à ce titre, elle est invalide.

(*Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, p. 365 et 367)

Comme la LAC de 1940 reprend en substance les dispositions de la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, il est indéniable qu'elle touche le contrat de travail ou l'assurance s'y rattachant. C'est dire que, lors de la modification constitutionnelle, on a détaché une partie du champ de la compétence sur la propriété et les droits civils

aspects relating to unemployment insurance could be assigned to Parliament.

There can be no doubt that a public unemployment insurance plan, in addition to the fact that it concerns insurance relating to contracts of employment, is also a social measure. Characterizing it in this way does not mean, however, that it can be associated exclusively with any one head of power. The term “social measure” has a number of aspects that may be associated just as validly with property and civil rights as with unemployment insurance. For instance, no one would deny that employment insurance benefits paid to workers who are laid off as a result of bankruptcy are in the nature of unemployment insurance. The measure, which affects property and civil rights, is undeniably social in nature, but it is also in the nature of unemployment insurance. To begin the analysis by classifying the maternity benefits provision as a social measure and to conclude from this that it is a matter under provincial jurisdiction is tantamount to evading a review of the scope of the constitutional amendment. The question that must be asked in order to determine the head of power to which maternity benefits relate is whether the provision, in pith and substance, falls within the jurisdiction assigned by the constitutional amendment.

The Attorney General of Quebec submits that the jurisdiction over unemployment insurance is limited by the parameters defined in the early legislation. Under those Acts, to be entitled to benefits, insured persons had to have lost their employment involuntarily, and had to be capable of and available for work. In so arguing, the Attorney General of Quebec equates the field of jurisdiction assigned by s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867* to the initial exercise of the federal power. This approach is inappropriate in more than one respect, the most obvious being that the eligibility requirements established in the scheme of the UIA, 1940 may be modified, provided that the scheme still represents a valid exercise of the jurisdiction over unemployment insurance. Thus, no one would think of questioning the right to modify the eligibility requirements to calculate insurable periods in hours rather than weeks. Such a

pour conférer au Parlement les aspects liés à l'assurance-chômage.

Que le régime public d'assurance-chômage concerne non seulement une assurance se rattachant au contrat de travail, mais aussi une mesure sociale ne fait aucun doute. Cette qualification ne permet cependant pas un rattachement exclusif avec une rubrique de compétence. Le vocable « mesure sociale » comporte plusieurs aspects qui peuvent être valablement associés tout aussi bien à la propriété et aux droits civils qu'à l'assurance-chômage. Ainsi, personne ne contestera que les prestations d'assurance-emploi versées aux travailleurs licenciés à la suite d'une faillite relèvent de l'assurance-chômage. La mesure, qui touche à la propriété et aux droits civils, a indéniablement un caractère social, mais elle relève aussi de l'assurance-chômage. Débuter l'analyse en classant la disposition sur les prestations de maternité comme mesure sociale et en conclure qu'il s'agit d'une matière de compétence provinciale équivaut à escamoter l'étude de la portée de la modification constitutionnelle. La question qu'il faut poser pour déterminer à quelle rubrique se rapporte les prestations de maternité est de savoir si le caractère véritable de cette disposition relève de la compétence conférée par la modification constitutionnelle.

Le procureur général du Québec soutient que la compétence en matière d'assurance-chômage est limitée par les paramètres définis lors des premières lois. En vertu de ces lois, pour avoir droit aux prestations, les assurés devaient avoir perdu leur emploi de façon involontaire et ils devaient être aptes au travail et disponibles pour travailler. Par cet argument, le procureur général du Québec assimile le champ de compétence conféré par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'exercice initial de la compétence fédérale. Cette approche est inappropriée à plus d'un égard, le plus évident étant que les conditions d'admissibilité établies dans le régime de la LAC de 1940 peuvent être modifiées à condition que le régime constitue toujours un exercice valable de la compétence en matière d'assurance-chômage. Ainsi, nul ne songerait à mettre en doute le droit de modifier les conditions d'admissibilité pour compter le

modification would plainly make the scheme more accessible to part-time workers, but it would in no way change the fundamental nature of unemployment insurance. The question is therefore not the way in which Parliament initially exercised its jurisdiction, but the scope of its jurisdiction over unemployment insurance.

40 While the views of the framers are not conclusive where constitutional interpretation is concerned, the context in which the amendment was made is nonetheless relevant. If the objectives of the framers are taken as a starting point, it will be easier to determine the scope of the jurisdiction that was transferred, and then to determine how it may be adapted to contemporary realities.

2.3.2 Circumstances of the Transfer of Jurisdiction

41 In a letter sent to each of the provincial premiers on November 5, 1937, then Prime Minister W. L. Mackenzie King asked whether their provinces would agree to jurisdiction over unemployment insurance being assigned to Parliament. The letter contains an outline of the justification cited by the federal government at that time:

My dear Premier:

My colleagues and I are convinced that a national system of unemployment insurance would contribute materially to individual security and industrial stability throughout Canada, and would assist in mitigating the distress incident to any recurrence of widespread unemployment.

A strong recommendation with respect to national control of employment offices, based upon a full investigation of the unemployment situation throughout the Dominion, has been submitted to the government by the National Employment Commission. We share the opinion that a national employment service within federal jurisdiction is a necessary complement of any plan of national unemployment insurance.

On May 13, 1940, Quebec agreed to the federal request.

temps assurable en heures plutôt qu'en semaines. Une telle modification rend certes le régime plus accessible aux travailleurs à temps partiel, mais elle ne change en rien le fondement même de l'assurance-chômage. La question porte donc non sur la façon dont le Parlement a exercé initialement sa compétence mais sur l'étendue de la compétence en matière d'assurance-chômage.

Si les vues des constituants ne sont pas déterminantes en matière d'interprétation constitutionnelle, le contexte de la modification est tout de même pertinent. En prenant comme point de départ les objectifs visés par les constituants, il est plus facile de cerner l'étendue de la compétence transférée pour ensuite déterminer comment elle peut être adaptée aux réalités contemporaines.

2.3.2 Circonstances du transfert de compétence

Dans une lettre adressée le 5 novembre 1937 à chacun des premiers ministres provinciaux, le premier ministre fédéral de l'époque, W. L. Mackenzie King, leur demande si leur province consent à ce que la compétence en matière d'assurance-chômage soit confiée au Parlement. Cette lettre contient les jalons de la justification alors invoquée par le gouvernement fédéral :

[TRADUCTION]

Monsieur le Premier ministre,

Mes collègues et moi sommes convaincus qu'un régime national d'assurance-chômage contribuerait sensiblement à la sécurité des citoyens et à la stabilité de l'industrie partout au Canada, et soulagerait la misère résultant de tout nouvel épisode de chômage généralisé.

La Commission nationale de placement a présenté au gouvernement une recommandation ferme concernant la gestion nationale des bureaux d'emploi, fondée sur une analyse complète de la situation du chômage à la grandeur du Dominion. Nous estimons qu'un service national de l'emploi relevant de la compétence fédérale est le complément nécessaire de tout régime national d'assurance-chômage.

Le 13 mai 1940, le Québec acquiesce à la demande fédérale.

The Prime Minister's letter highlights two pieces of information that are relevant to our analysis. First, it had become important not only to curb the destitution caused by unemployment, but also to put an end to unemployment by organizing a return to work. Employment offices were seen as a protective measure that was just as important as the payment of benefits.

In essence, the purpose of the transfer of jurisdiction was to equip Canada with the tools it needed to mitigate the effects of anticipated unemployment by providing certain classes of unemployed persons with benefits and by setting up job search centres. The transfer of jurisdiction was to be a tool for internal organization involving both short-term relief measures, namely benefits, and medium-term measures, namely job placement services for the unemployed.

Parliament continued to exercise its jurisdiction over unemployment insurance for the benefit of Canadians even after the period of unemployment that followed the war. The nature of unemployment has changed as prevailing conditions in Canada, and the needs of Canadians, have changed. Parliament must adapt its actions to new circumstances, in a manner consistent with the limits resulting from the constitutional division of powers. In a case such as this, where a specific power has been detached from a more general power, the specific power cannot be evaluated in relation to the general power, because any evolution would then be regarded as an encroachment. Rather, it is necessary to consider the essential elements of the power and to ascertain whether the impugned measure is consistent with the natural evolution of that power.

2.3.3 Essential Elements of Unemployment Insurance

On the one hand, no constitutional head of power is static. On the other hand, the evolution of society cannot justify changing the nature of a power assigned by the Constitution to either level of government. These two statements are not contradictory. As Professors H. Brun and G. Tremblay write:

La lettre du premier ministre met en lumière deux informations utiles pour l'analyse. D'abord, il devenait important non seulement d'enrayer l'indigence causée par le chômage, mais également de mettre fin au chômage en organisant le retour au travail. Les bureaux de placement étaient vus comme une mesure de protection aussi importante que les prestations.

Dans son essence, la compétence recherchée visait à doter le Canada des outils nécessaires pour pallier les effets du chômage anticipé en fournissant des prestations à certaines catégories de chômeurs et en organisant des centres de recherche d'emploi. Le transfert de compétence se voulait un outil d'organisation interne, faisant appel à des mesures de secours à court terme, soit les prestations, et des mesures à moyen terme, soit le placement des chômeurs.

Le Parlement a continué d'exercer sa compétence en matière d'assurance-chômage au profit des Canadiens même après la période de chômage qui a suivi la guerre. Le chômage évolue avec les conditions qui prévalent au Canada et avec les besoins des Canadiens. L'action du Parlement doit être adaptée aux nouvelles conditions dans le respect des limites imposées par le partage constitutionnel des pouvoirs. Dans un cas où, comme en l'espèce, la compétence particulière a été détachée d'une compétence plus générale, il n'est pas possible d'évaluer la compétence particulière en fonction de la compétence générale, puisque toute évolution serait vue comme un empiètement. Il faut plutôt se reporter aux éléments essentiels du pouvoir conféré et vérifier si la mesure contestée s'insère dans son évolution naturelle.

2.3.3 Éléments essentiels de l'assurance-chômage

D'une part, aucune rubrique constitutionnelle n'est statique. D'autre part, l'évolution de la société ne peut justifier une dénaturation du pouvoir accordé par la Constitution à l'un ou à l'autre ordre de gouvernement. Les deux concepts ne sont pas contradictoires. Comme le signalent les professeurs H. Brun et G. Tremblay :

42

43

44

45

[TRANSLATION] Ultimately, however, there is no inconsistency between dynamic interpretation and adherence to the original intent of the framers: in order for something to evolve, it must have a starting point. See *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at pp. 180-87. To determine the original intent of the framers, it is obviously necessary to start with a generous reading of the words they used, taken in their strictly legal context. That context may also be expanded by having regard to elements “extrinsic” to it that are more historical than legal in nature. [Emphasis added.]

(*Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 207-8)

46 In constitutional interpretation, the essential elements of a power are determined by adopting a generous reading of the words used, taken in their strictly legal context. The interpretation may also be expanded by having regard to relevant historical elements.

47 The jurisdiction over unemployment insurance must be interpreted progressively and generously. It must be considered in the context of a measure that applies throughout Canada and the purpose of which, according to the intention of the framers of the constitutional amendment, is to curb the destitution caused by unemployment and provide a framework for workers' re-entry into the labour market.

48 With these principles and objectives in mind, four characteristics that are essential to a public unemployment insurance plan can be identified:

- (1) It is a public insurance program based on the concept of social risk
- (2) the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market
- (3) by paying temporary income replacement benefits
- (4) in the event of an interruption of employment.

49 These four characteristics do not take into account the way a plan may have been

En définitive, toutefois, il n'y a pas d'incompatibilité entre l'interprétation dynamique et le respect de l'intention première du constituant : pour évoluer, il faut partir de quelque part. Voir le *Renvoi : circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, 180-187. La recherche de l'intention originaire du constituant doit évidemment se faire d'abord à partir d'une lecture généreuse des termes qu'il a utilisés, pris dans leur contexte proprement juridique. Ce contexte peut aussi être élargi, par la prise en considération d'éléments qui lui sont « extrinsèques », qui ont une portée historique plus que juridique. [Je souligne.]

(*Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 207-208)

L'interprète constitutionnel détermine les éléments essentiels d'une compétence en donnant une interprétation libérale aux termes utilisés, pris dans leur contexte proprement juridique. Il pourra aussi élargir l'interprétation en tenant compte des éléments historiques pertinents.

La compétence en matière d'assurance-chômage doit recevoir une interprétation évolutive et généreuse. Elle doit être replacée dans le contexte d'une mesure pan-canadienne destinée, selon le désir des auteurs de la modification constitutionnelle, à enrayer l'indigence causée par le chômage et à encadrer le rattachement des chômeurs au marché du travail.

Ayant à l'esprit ces principes et objectifs, il est possible de dégager les quatre caractéristiques essentielles suivantes d'un régime public d'assurance-chômage :

- (1) Il s'agit d'un programme public d'assurance fondé sur la notion de risque social
- (2) visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail
- (3) par le versement d'indemnités temporaires de remplacement du revenu
- (4) en cas d'interruption d'emploi.

Ces quatre caractéristiques ne tiennent pas compte des mesures de mise en œuvre qui

implemented over the years, but allow changes in the labour market to be taken into consideration. Thus, the social risks associated with unemployment may vary from one period to another, and the way that the needs of the plan are calculated may be revised. Social policy choices are part of the exercise of the jurisdiction. They do not define what it is.

Having defined the essential characteristics of a public unemployment insurance plan, I will now address two specific objections raised by the Attorney General of Quebec. He submits, first, that maternity benefits are granted in respect of a voluntary absence from work and cannot be regarded as relating to insurance. He also asserts that the individuals who receive maternity benefits are not unemployed, because they are not available for work.

2.3.4 Maternity Benefits as an Insurance Measure

In *Martin Service Station*, at p. 1004, Beetz J. accepted that Parliament's jurisdiction over unemployment insurance is qualified by an insurance aspect. Citing that principle, the Attorney General of Quebec submits that an interruption of work due to maternity cannot be insured against, because no risk is involved. He defines a risk as [TRANSLATION] "a fortuitous event the materialization [of which cannot] depend exclusively on the will of the parties, and in particular on the will of the insured".

While I do not dispute that this narrow definition of the word "risk" is often used in private insurance plans, I am of the view that it cannot be used to exclude maternity from any unemployment insurance plan.

The Attorney General's argument based on the absence of risk reflects the arguments addressed by this Court in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at pp. 1237-38. In that case, the Court had to decide whether pregnancy could

pourraient être prises au cours des ans, mais permettent de prendre en considération l'évolution du marché de l'emploi. Ainsi, les risques sociaux reliés au chômage peuvent varier d'une époque à une autre et le calcul des besoins du régime peut être modifié. Les choix de politiques sociales relèvent de l'exercice de la compétence. Ils n'en constituent pas les balises.

Ayant défini les caractéristiques essentielles d'un régime public d'assurance-chômage, j'aborderai maintenant deux objections spécifiques soulevées par le procureur général du Québec. Il soutient d'abord que les prestations de maternité sont accordées pour une absence volontaire du travail et ne peuvent être considérées comme relevant de l'assurance. Il fait aussi valoir qu'elles ne sont pas accordées à des personnes qui sont en chômage parce qu'elles ne sont pas disponibles pour travailler.

2.3.4 Les prestations de maternité comme mesure d'assurance

Le juge Beetz, dans *Martin Service Station*, p. 1004, accepte que la compétence du Parlement en matière d'assurance-chômage soit limitée par un aspect d'assurance. Prenant appui sur cet énoncé, le procureur général du Québec soutient que l'interruption de travail en raison de la maternité ne peut correspondre à une assurance parce que la notion de risque en est absente. Il retient comme définition de risque ce qui est « un événement fortuit [dont la] concrétisation ne [peut] dépendre exclusivement de la volonté des parties et spécialement de celle de l'assuré ».

Sans contester que cette définition étroite soit souvent celle qui est donnée au mot « risque » dans les régimes privés d'assurance, je suis d'avis qu'elle ne permet pas d'exclure la maternité de tout régime d'assurance-chômage.

L'argument du procureur général fondé sur l'absence de risque rejoint ceux dont la Cour traite dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1237-1238. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la grossesse pouvait être

50

51

52

53

be covered by an insurance plan even though it did not involve an accident or illness. The employer submitted that it was excluded because it was a voluntary condition. The employer's argument was not accepted. Dickson C.J. wrote the following:

It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work. It is to state the obvious to say that pregnancy is of fundamental importance in our society. Indeed, its importance makes description difficult. To equate pregnancy with, for instance, a decision to undergo medical treatment for cosmetic surgery — which sort of comparison the respondent's argument implicitly makes — is fallacious. If the medical condition associated with procreation does not provide a legitimate reason for absence from the workplace, it is hard to imagine what would provide such a reason. Viewed in its social context pregnancy provides a perfectly legitimate health-related reason for not working and as such it should be compensated by the Safeway plan. In terms of the economic consequences to the employee resulting from the inability to perform employment duties, pregnancy is no different from any other health-related reason for absence from the workplace. [pp. 1237-38]

54

In our times, having a child is often the result of a deliberate act decided on by one or both parents. There are many facets to pregnancy, however. Despite all the technological progress that has been made, conception does not result from a mathematical calculation that can be used to determine when or even if it will occur. In addition, the benefit derived from procreation extends beyond the benefit to the parents. Children are one of society's most important assets, and the contribution made by parents cannot be overstated. If pregnancy may be regarded as an insurable risk in private insurance plans, as was held in *Brooks*, then *a fortiori* it may be so regarded in a public plan.

55

The approach taken by the Attorney General of Quebec therefore disregards the collective impact of the parents' decision and the social role of a public insurance plan. Apart from the fact that it is perfectly legitimate for a commercial insurer to agree to insure pregnant women against the loss of employment income, it must be acknowledged that the public nature of the unemployment

couverte par un régime d'assurance même s'il ne s'agit pas d'un accident ou d'une maladie. Selon l'employeur, elle en était écartée parce qu'il s'agit d'un état voulu. Son argument n'a pas été retenu. Le juge en chef Dickson s'exprime ainsi :

Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d'établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l'intimée fait pourtant implicitement dans son argumentation. Si l'état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s'absenter du travail, il est difficile d'en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du travail. [p. 1237-1238]

La décision d'avoir un enfant relève souvent à notre époque d'un acte délibéré d'un ou des deux parents. La grossesse revêt cependant des facettes multiples. La conception ne résulte pas d'une opération mathématique permettant d'en assurer le moment ou même le succès, et ce, malgré tous les progrès technologiques. De plus, le bénéfice découlant de la procréation dépasse celui des parents. Les enfants sont l'un des actifs les plus importants de la société et l'apport des parents ne saurait être trop valorisé. Si la grossesse peut être considérée comme un risque assurable dans les régimes privés d'assurance, comme cela a été décidé dans *Brooks*, à plus forte raison peut-il en être ainsi dans un régime public.

L'approche du procureur général du Québec fait donc fi de l'impact collectif de la décision des parents et du rôle social de l'assurance publique. Au-delà du fait qu'il est parfaitement légitime pour un assureur commercial d'accepter d'assurer les femmes enceintes contre la perte de revenus d'emploi, il faut constater que la qualité publique du régime d'assurance-chômage justifie plus encore

insurance plan provides even greater justification for the decision to have all contributors assume together the risk of the loss of women's earnings that is associated with maternity. Just as the marginalization of seasonal workers cannot justify excluding them, as was suggested in the Gill Report, at p. 12, protection against the loss of earnings that results from maternity is a social policy decision. Even though some people may see a tenuous connection with the concept of insurable risk in the strict sense, the jurisdiction in relation to unemployment is in the nature of social insurance. This means that the concept of risk may be understood in the social, and not the actuarial, sense. S. Ledoux provides a helpful analysis of the main characteristics of a social insurance plan and the concept of risk that applies to such a plan in *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage* (1991), at p. 76:

[TRANSLATION] Social insurance is the application, on a much larger scale, of the principle of pooling that has long been the basis of insurance. Social insurance [is] a special technique of organizing provision collectively by securing contributions from various groups for a need that cannot be left safely to individuals' or families' own resources. [L. C. Marsh, *Report on Social Security for Canada* (1943), at pp. 10 and 15] The primary objective of social insurance is therefore to reduce individuals' economic insecurity by promising them compensation in relation to social risks. [L. Poulin Simon, *Les assurances sociales pour une sécurité du revenu des salariés* (1981), at p. 7] [Emphasis added.]

The decision to offer women the possibility of receiving income replacement benefits when they are off work due to pregnancy is therefore a social policy decision that is not incompatible with the concept of risk in the realm of insurance, and that can moreover be harmoniously incorporated into a public unemployment insurance plan.

2.3.5 Maternity Benefits as an Unemployment Protection Measure

The Attorney General of Quebec also argues that pregnancy cannot be characterized as an

la décision de faire reposer sur la collectivité des cotisants le risque de perte de gains des femmes lié à la maternité. Tout comme la marginalisation des travailleurs saisonniers ne peut justifier leur mise à l'écart comme le suggérait le Rapport Gill, p. 12-13, la protection contre la perte de gains due à la maternité relève d'une décision de politique sociale. Même si certains peuvent voir un rattachement ténu avec la notion de risque assurable, au sens strict de cette notion, la compétence en matière de chômage relève de l'assurance sociale. Par conséquent, la notion de risque peut être comprise au sens social et non actuariel. L'auteur S. Ledoux, dans *L'influence du droit constitutionnel dans l'émergence et l'évolution du droit aux prestations de maternité, d'adoption et parentales au sein de la Loi sur l'assurance-chômage* (1991), p. 76, fait à ce sujet une analyse utile des caractéristiques principales d'un régime d'assurance sociale et de la notion de risque propre à ce type de régime :

L'assurance sociale est l'application, sur un plan beaucoup plus large, du principe de la mise en commun qui depuis longtemps est le fondement de l'assurance. L'assurance sociale [est] une méthode particulière d'organisation de la sécurité sur le plan collectif, en obtenant de divers groupes des contributions pour faire face à un besoin, dont on ne peut sans danger laisser la charge aux ressources des individus ou des familles. [L. C. Marsh, *Rapport sur la sécurité sociale au Canada* (1943), p. 10-11 et 17] L'assurance sociale a donc comme objectif principal de réduire l'insécurité économique des individus en leur promettant une compensation en cas de risques sociaux. [L. Poulin Simon, *Les assurances sociales pour une sécurité du revenu des salariés* (1981), p. 7] [Je souligne.]

La décision d'offrir aux femmes la possibilité de bénéficier d'un revenu de remplacement lorsqu'elles s'absentent en raison de leur grossesse relève donc d'une décision de politique sociale qui n'est pas incompatible avec la notion de risque en matière d'assurance et qui, de plus, s'intègre harmonieusement à un régime public d'assurance-chômage.

2.3.5 Les prestations de maternité comme mesure de protection contre le chômage

Le procureur général du Québec plaide aussi que la grossesse ne peut être qualifiée de situation

unemployment situation because a pregnant woman is not capable of and available for work. This argument cannot be accepted either.

58 The Depression and war that led to the realization that a national unemployment insurance plan was necessary ended a long time ago, but unemployment itself endures. The nature of unemployment has changed, however. The unemployment that was foreseen in the 1930s was expected to result from the end of war-related production activities. It was conjunctural unemployment. But unemployment can also relate to the period between the time when a person loses one job and the time when he or she is hired for another job, apart from any structural constraint in a particular industry. This situation is described as frictional unemployment: G. Campeau, *From UI to EI: Waging War on the Welfare State* (2005), at p. 32. Although it was of course the conjunctural unemployment associated with the Depression and the war that led to the adoption of unemployment insurance measures, there has never been any doubt that frictional unemployment can also give rise to an entitlement to benefits.

59 The labour market also experiences technological unemployment, that is, unemployment brought about by technological change. Whether unemployment is conjunctural, structural, frictional or technological, the interruption of employment will undeniably be regarded as an unemployment situation regardless of the nature of the unemployment.

60 The eligibility requirements for benefits under the UIA, 1940 have been expanded to take the new realities into account. Availability for employment does not necessarily mean that there are realistic chances of finding employment. Seasonal unemployment provides a clear illustration of this reality. While the first legislation excluded all employment in agriculture, forestry, fishing and hunting (UIA, 1940, First Schedule, Part II), there can now be no question regarding the public plan's support in relation to these economic activities, which are vital to Canada but

de chômage parce que la femme enceinte n'est pas apte au travail et disponible pour travailler. Cet argument ne peut non plus être retenu.

La dépression et la guerre qui ont donné lieu à la prise de conscience de la nécessité d'un régime national d'assurance-chômage sont terminées depuis longtemps, mais le chômage, lui, persiste. Sa nature a cependant évolué. Le chômage anticipé dans les années 30 devait résulter de la fin des activités de production liées à la guerre. Il s'agissait d'un chômage ponctuel. Mais le chômage peut aussi désigner la période écoulée entre la fin d'un emploi et le réengagement dans un autre emploi en dehors de toute contrainte structurelle dans une industrie donnée. On qualifie cette situation de chômage frictionnel : G. Campeau, *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi : L'histoire du régime canadien et de son détournement* (2001), p. 71. Certes, le chômage ponctuel lié à la dépression et à la guerre a provoqué la mise en place de mesures en matière d'assurance-chômage, mais il n'a jamais été mis en doute que le chômage frictionnel pouvait aussi donner droit aux prestations.

Le marché du travail connaît aussi le chômage technologique, c'est-à-dire celui provoqué par les changements technologiques. Que le chômage soit ponctuel, structurel, frictionnel, conjoncturel ou technologique, il est incontestable que l'interruption d'emploi sera considérée comme une situation de chômage, et ce, quelle que soit la nature du chômage.

Les conditions d'admissibilité aux prestations prévues par la LAC de 1940 ont été élargies, compte tenu des réalités nouvelles. La disponibilité pour un emploi ne veut pas nécessairement dire qu'il y ait des possibilités réalistes d'en trouver un. Le cas du chômage saisonnier illustre bien cette réalité. Alors que la première loi écartait tout emploi dans l'agriculture, la sylviculture, les pêcheries et la chasse (LAC de 1940, première annexe, partie II), le soutien du régime public ne saurait maintenant être remis en question pour ces activités économiques, vitales pour

are subject to constraints over which employers and employees have no control.

The expressions “unemployed person”, “unemployed” and “unemployment” have a variety of meanings. For example, according to the *Nouveau Petit Robert* (2003), at p. 431, a “*chômeur*” [unemployed person] is a person who is involuntarily deprived of employment; the word “*chômé*” [unemployed] relates to a requirement to stop working; and the word “*chômage*” [unemployment], in its ordinary sense, means an interruption of work resulting from a lack of employment. However, that dictionary also gives a more modern definition, which refers simply to an interruption of work. *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (10th ed. 1994), at p. 1290, defines the expression “unemployment insurance” as follows: “social insurance against involuntary unemployment that provides unemployment compensation for a limited period to unemployed workers”.

The ordinary meaning fits easily into the early unemployment insurance legislation. Stable, permanent employment was indeed the rule at that time. However, the eligibility rules in those statutes do not define the limits of Parliament’s jurisdiction. Today, interruptions of employment have multiple causes. Lengthy layoffs, when a worker is entitled to be recalled, and temporary or part-time employment are only a few examples of situations indicating a need to reflect on the concept of unemployment. The idea of a “lack of employment” or of a situation being involuntary is not a reliable guide. The modern meaning, which simply requires that there be an interruption of employment, is a better reflection of the contemporary reality of the workplace and more readily incorporates the meaning given to the other words that derive from the same root.

Furthermore, some new kinds of benefits have been considered by the courts, and in each case this Court has interpreted the provisions liberally. For example, a provision that discriminated against fishers was held to be invalid: *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335.

le Canada, mais assujetties à des contraintes sur lesquelles employeurs et employés n’ont aucun contrôle.

Les mots « chômeur », « chômé » ou « chômage » ont plusieurs acceptions. Par exemple, selon le *Nouveau Petit Robert* (2003), p. 431, un chômeur est une personne qui se trouve involontairement privée d’emploi; le mot « chômé » renvoie à une obligation de cesser le travail; le mot « chômage », dans son sens courant, signifie une interruption du travail en raison d’un manque d’emploi. Cet ouvrage donne cependant aussi un sens plus moderne qui évoque simplement l’interruption de travail. Le *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (10^e éd. 1994), p. 1290, définit ainsi l’expression [TRADUCTION] « assurance-chômage » (*Unemployment Insurance*) : « assurance sociale contre la perte d’emploi involontaire prévoyant le versement de prestations à un travailleur sans emploi pendant une période donnée ».

Le sens courant s’intègre bien au cadre des premières lois sur l’assurance-chômage. Il est vrai qu’à l’époque, la norme était celle de l’emploi stable et permanent. Les règles d’admissibilité de ces lois ne définissent cependant pas les limites de la compétence du Parlement. Les interruptions d’emploi ont maintenant des causes multiples. Les mises à pied prolongées où le travailleur bénéficie d’un droit de rappel et le travail temporaire ou à temps partiel ne sont que quelques exemples de la nécessité d’une réflexion sur la notion de chômage. Les notions de « manque d’emploi » ou de situation involontaire ne constituent pas un guide fiable. Le sens moderne, qui requiert simplement la notion d’interruption d’emploi, correspond mieux à la réalité contemporaine des milieux de travail et englobe plus aisément la signification donnée aux autres mots comportant la même racine.

Certains nouveaux cas de prestations ont d’ailleurs fait l’objet d’examen judiciaire et, dans chaque cas, la Cour leur a donné une portée large. Ainsi, une disposition discriminatoire envers les pêcheurs a été jugée invalide : *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335. Dans

61

62

63

In another case, teaching contracts were construed so as not to interfere with an entitlement to maternity benefits: *Dick v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243.

64 A review of the circumstances surrounding the inclusion of interruptions of employment due to illness offers a helpful parallel. The possibility of making benefits available to contributors who were sick was studied prior to the enactment of the UIA, 1940: *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1940) (Rowell-Sirois Report), vol. II, at pp. 25, 31 and 40. This suggests at the very least that, despite the fact that the contributor would not be available for work, such benefits did not at the time appear to be anti-nomonic to unemployment insurance. From this perspective, the obligations to seek employment and to be capable of working are regarded as mechanisms for screening applications and providing an incentive to return to the labour market, and not as essential characteristics of the constitutional power.

65 The requirement that a claimant seek or be available for employment, which is inapplicable in the case of maternity benefits, is sometimes unrealistic. For example, seasonal workers or people working in remote regions will often be unsuccessful if they seek work during their periods of interruption of earnings. The nature of unemployment varies from one period to another, from one region to another and from one group to another, but the reality remains the same. These are workers who are not receiving their employment income.

66 The extent of the protection required by Canadian society changes with the needs of the labour force. A growing portion of the labour force is made up of women, and women have particular needs that are of concern to society as a whole. An interruption of employment due to maternity can no longer be regarded as a matter of individual responsibility. Women's connection to the labour market is well established, and their inclusion in the expression "unemployed persons" is as natural an extension as the extension involving other classes of insured persons who lose their

une autre affaire, les contrats d'enseignement ont été interprétés de façon à ne pas préjudicier aux prestations de maternité : *Dick c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243.

La revue des circonstances de l'inclusion de l'interruption d'emploi pour cause de maladie offre un parallèle intéressant. Des études ont été menées préalablement à l'adoption de la LAC de 1940 sur la possibilité de faire bénéficier les cotisants malades des prestations : *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces* (1940) (Rapport Rowell-Sirois), vol. II, p. 25, 31 et 41. Cela indique à tout le moins que, malgré l'indisponibilité du cotisant, ces prestations ne paraissaient pas à l'époque antinomiques avec l'assurance-chômage. Dans cette optique, l'obligation de chercher un emploi et celle d'être apte sont vues comme des mécanismes de filtrage des demandes et d'incitation au retour sur le marché du travail et non comme des caractéristiques essentielles de la compétence constitutionnelle.

La condition de recherche d'un emploi ou de disponibilité pour un emploi, écartée dans le cas des prestations de maternité, est d'ailleurs parfois illusoire. Ainsi, pour certains travailleurs saisonniers ou des personnes œuvrant dans des régions éloignées, la recherche pendant leur période d'interruption de gains est souvent infructueuse. La nature du chômage varie selon l'époque, les régions et les groupes visés, mais la réalité demeure la même. Ce sont des travailleurs privés de leurs revenus d'emploi.

L'étendue de la protection requise par la société canadienne change avec les besoins de la population active. Celle-ci est composée d'une part grandissante de femmes et ces dernières ont des besoins particuliers qui concernent toute la société. L'interruption d'emploi due à la maternité ne peut plus être considérée comme une responsabilité individuelle. Le lien des femmes avec le marché de l'emploi est établi et leur intégration sous le vocable de chômeuses est une extension aussi naturelle que celle touchant d'autres catégories d'assurés qui perdent leur revenu d'emploi. Ce serait nier la

employment income. To limit a public unemployment insurance plan, from a constitutional perspective, to cases in which contributors are actively seeking employment or are available for employment would amount to denying its social function. The social nature of unemployment insurance requires that Parliament be able to adapt the plan to the new realities of the workplace. Some eligibility requirements derive from the essence of the unemployment concept, while other requirements are, rather, mechanisms that reflect a social policy choice linked to the implementation of the plan.

2.3.6 Conclusion with Respect to the Identification of the Head of Power

The Attorney General of Quebec submits that the social program under which maternity benefits are paid is, in pith and substance, a measure to assist families. While that is an undeniable effect, it is not the pith and substance of the program. The EIA governs the entitlement to benefits: it entitles pregnant women to receive benefits when they sustain an interruption of earnings. However, not all the various aspects of interruptions of work associated with maternity relate to unemployment insurance. Maternity leave is not governed by the EIA. Parliament does not grant female workers either maternity leave or job security. Because the provinces have a general power in relation to civil rights, it is the provinces that are responsible for establishing most of the rules that are needed to protect the jobs of pregnant women. Those rules are provided for in provincial statutes, and are often incorporated into individual contracts of employment and collective labour agreements. Standards of this nature are provided for in the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 81.4.

In pith and substance, maternity benefits are a mechanism for providing replacement income during an interruption of work. This is consistent with the essence of the federal jurisdiction over unemployment insurance, namely the establishment of a public insurance program the purpose of which is to preserve workers' economic security and ensure their re-entry into the labour market by

fonction sociale d'un régime public d'assurance-chômage que de le limiter constitutionnellement aux cas où les cotisants recherchent activement un emploi ou sont disponibles à cette fin. Le caractère social de l'assurance-chômage dicte que le Parlement puisse adapter le régime aux nouvelles réalités du travail. Certaines conditions d'admissibilité relèvent de l'essence de la notion de chômage alors que d'autres conditions sont plutôt des mécanismes qui reflètent un choix de politique sociale lié à la mise en œuvre du régime.

2.3.6 Conclusion sur la détermination de la rubrique de compétence

Le procureur général du Québec affirme que le caractère véritable du programme social de prestations de maternité est d'aider les familles. Si c'est là un effet indéniable, ce n'est pas le caractère véritable. La LAE régit le droit aux prestations : elle fait bénéficier les femmes enceintes de prestations lorsqu'elles subissent une interruption de revenus. Les différentes facettes des interruptions de travail liées à la maternité ne relèvent cependant pas toutes de l'assurance-chômage. Les congés de maternité ne sont pas régis par la LAE. Le Parlement n'accorde aux travailleuses ni congé de maternité ni sécurité d'emploi. Comme les provinces disposent de la compétence générale en matière de droits civils, c'est à elles que revient la responsabilité d'établir la plupart des balises requises pour la protection de l'emploi des femmes enceintes. Ces règles font l'objet de lois provinciales et sont souvent incorporées dans les contrats individuels et collectifs de travail. De telles normes sont d'ailleurs prévues dans la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 81.4.

Le caractère véritable des prestations de maternité est de pourvoir au remplacement du revenu lors d'une interruption de travail. Il s'inscrit dans l'essence de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, qui est de mettre en place un programme public d'assurance visant à préserver la sécurité économique des travailleurs et le rattachement au marché du travail par le

paying income replacement benefits in the event of an interruption of employment.

2.4 *Are Parental Benefits of the Same Nature as Maternity Benefits?*

69 The parental benefits program arose out of a recommendation made by a task force established by the then Minister of Employment and Immigration, and was first implemented in 1984 out of a concern for fairness to adoptive parents (*Unemployment Insurance in the 1980s*, at p. 70; *Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5).

70 The purpose of benefits for adoptive parents is to enable the parents to care for the child who has been placed with them for adoption. Here again, the EIA does not govern parental leave. It merely allows parents who are absent from work for this purpose to receive income replacement benefits.

71 The program was extended to all parents in response to the judgment of the Federal Court in *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.): *Act to amend the Unemployment Insurance Act and the Employment and Immigration Department and Commission Act*, S.C. 1990, c. 40, s. 14. In that decision, Strayer J. described the discrimination faced by natural parents on the birth of their children. While adoptive parents were able to take time off work and receive benefits to care for their children, natural parents were denied that choice. Strayer J. regarded the distinction as unjustified discrimination against natural parents in relation to adoptive parents. The decision was appealed to the Federal Court of Appeal and this Court on other issues, but the finding that the provision was discriminatory was not contested.

72 This unjustified distinction had in fact already been noted, specifically in relation to natural fathers, in the Boyer Report, at p. 9, which

versement des indemnités de remplacement du revenu en cas d'interruption d'emploi.

2.4 *Les prestations parentales sont-elles de même nature que les prestations de maternité?*

Fruit d'une recommandation d'un groupe de travail formé par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque, le programme des prestations pour parents a d'abord été mis en œuvre en 1984 dans un souci d'équité envers les parents adoptifs (*L'assurance-chômage dans les années 1980*, p. 77; *Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5).

Les prestations pour parents adoptifs ont comme objet de permettre à ces parents de prendre soin de leur enfant placé chez eux en vue de son adoption. Ici encore, la LAE ne régit pas le congé parental. Il permet seulement aux parents qui s'absentent de leur travail à cette fin de bénéficier de prestations de remplacement de leur revenu.

Le programme est étendu à tous les parents à la suite du jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.) : *Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration*, L.C. 1990, ch. 40, art. 14. Le juge Strayer y fait état de la discrimination subie par les parents naturels à la naissance de leur enfant. Alors que les parents adoptifs pouvaient s'absenter de leur travail et bénéficier de prestations pour prendre soin de leur enfant, les parents naturels étaient écartés de ce choix. Le juge Strayer voit dans cette distinction une discrimination injustifiée à l'égard des parents naturels par rapport aux parents adoptifs. L'affaire est portée en appel devant la Cour d'appel fédérale et devant notre Cour sur d'autres points, mais la conclusion concernant le caractère discriminatoire de la disposition n'a pas été contestée.

Cette distinction injustifiée avait d'ailleurs déjà été notée, plus particulièrement à l'égard des pères naturels, dans le Rapport Boyer, p. 9, qui voyait

considered their exclusion to be the most obvious flaw. The question was also addressed in the *Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance* (1986) (Forget Report), at p. 123, in which the exclusion was characterized as “surprising”.

I see no reason why parental benefits should be characterized differently from maternity benefits. In both cases, the benefits relate to the function of the reproduction of society. The status of adoptive parent carries with it all the rights and obligations of a natural parent. All parents have equal obligations. At a time when society is stressing the responsibility of both parents, they cannot be treated unequally. Such an approach would be anachronistic. Because of the discrimination that would occur if benefits were not paid to both natural parents and adoptive parents, parental benefits must be permitted. The inclusion of this type of benefits in the unemployment insurance plan is an extension of the plan that is made necessary by the equality rights that are also an integral part of our Constitution.

As in the case of maternity benefits, the right of claimants to take time off work is governed not by the EIA, but by provincial legislation: *Act respecting labour standards*, s. 81.10.

I therefore find that parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child, and that it can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*.

3. Conclusion

The evolution of the scope of a constitutional head of power cannot result in encroachment on a power assigned to another level of government. A

dans l'exclusion de ceux-ci la lacune la plus évidente. Le *Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage* (1986) (Rapport Forget), p. 132, a aussi examiné la question et a qualifié cette exclusion d'étonnante.

Je ne vois pas de raison pour laquelle les prestations parentales seraient caractérisées de façon différente des prestations de maternité. Dans les deux cas, elles sont liées à la fonction de reproduction de la société. Le statut de parent adoptif confère tous les droits et obligations du parent naturel. Tous les parents ont des obligations égales. À une époque où la société met l'accent sur la responsabilisation des deux parents, ils ne peuvent être traités de façon inégale. Une telle vision serait anachronique. En raison de la discrimination qui découlerait de l'absence de prestations pour les parents naturels et les parents adoptifs, les prestations parentales doivent être permises. L'inclusion de ce type de prestations dans le régime d'assurance-chômage constitue une extension nécessaire du régime, ce qui permet de respecter les droits à l'égalité, partie intégrante de notre Constitution.

Tout comme pour les prestations de maternité, le droit des prestataires de s'absenter de leur travail n'est pas régi par la LAE, mais par des dispositions provinciales : *Loi sur les normes du travail*, art. 81.10.

J'estime donc que les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant et que ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

3. Conclusion

L'évolution de la portée d'une rubrique de compétence constitutionnelle ne peut engendrer un empiètement sur un champ conféré à un autre ordre

73

74

75

76

review of the historical and legal contexts makes it possible to identify the essential characteristics onto which new realities can be grafted.

77

The evolution of the role of women in the labour market and of the role of fathers in child care are two social factors that have had an undeniable economic impact on individuals who are active participants in the labour market. A generous interpretation of the provisions of the Constitution permits social change to be taken into account. The provincial legislatures have jurisdiction over social programs, but Parliament also has the power to provide income replacement benefits to parents who must take time off work to give birth to or care for children. The provision of income replacement benefits during maternity leave and parental leave does not trench on the provincial jurisdiction over property and civil rights and may validly be included in the EIA.

78

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, with costs, and answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does s. 22 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Question 2: Does s. 23 of the *Employment Insurance Act* encroach upon provincial legislative competence and, more particularly, provincial legislative competence over property and civil rights and matters of a merely local or private nature under ss. 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

de gouvernement. La prise en considération des contextes historique et juridique permet de dégager les caractéristiques essentielles sur lesquelles peuvent se greffer les réalités nouvelles.

L'évolution du rôle des femmes sur le marché du travail et celle du rôle du père dans le soin des enfants sont deux facteurs sociaux qui ont un impact économique indéniable sur les personnes actives sur le marché du travail. L'interprétation généreuse des termes de la Constitution permet de prendre en considération ces changements sociaux. Les législatures provinciales ont compétence pour régir les programmes sociaux, mais le Parlement a aussi compétence pour permettre aux parents qui doivent s'absenter du travail de bénéficier de prestations de remplacement du revenu pour l'accouchement ou le soin des enfants. Les prestations de remplacement du revenu pendant le congé de maternité et le congé parental n'empiètent pas sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et peuvent valablement être intégrées à la LAE.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, le tout avec dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

Question 1 : L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Question 2 : L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* empiète-t-il sur la compétence des provinces, plus particulièrement la compétence relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Question 3: Is s. 22 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Question 4: Is s. 23 of the *Employment Insurance Act ultra vires* the Parliament of Canada and, more particularly, does it exceed the Parliament of Canada's legislative competence over unemployment insurance under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

APPENDIX

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, as it read at the time of the reference:

22. (1) [Pregnancy] Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy.

(2) [Weeks for which benefits may be paid] Subject to section 12, benefits are payable to a major attachment claimant under this section for each week of unemployment in the period

(a) that begins the earlier of

- (i) eight weeks before the week in which her confinement is expected, and
- (ii) the week in which her confinement occurs; and

(b) that ends 17 weeks after the later of

- (i) the week in which her confinement is expected, and
- (ii) the week in which her confinement occurs.

(3) [Limitation] When benefits are payable to a claimant for unemployment caused by pregnancy and any allowances, money or other benefits are payable to the claimant for that pregnancy under a provincial law, the benefits payable to the claimant

Question 3: L'article 22 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

Question 4: L'article 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada, plus particulièrement la compétence relative à l'assurance-chômage en vertu du paragraphe 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

ANNEXE

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, telle qu'elle se lisait à l'époque du renvoi :

22. (1) [Grossesse] Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à la prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse.

(2) [Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées] Sous réserve de l'article 12, les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire de la première catégorie pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

a) commence :

- (i) soit huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement,
- (ii) soit, si elle est antérieure, la semaine de son accouchement;

b) se termine dix-sept semaines après :

- (i) soit la semaine présumée de son accouchement,
- (ii) soit, si elle est postérieure, la semaine de son accouchement.

(3) [Restrictions] Lorsque des prestations sont payables à une prestataire en raison de chômage causé par sa grossesse et que des allocations, prestations ou autres sommes lui sont payables pour cette grossesse en vertu d'une loi provinciale, les prestations qui lui sont

under this Act shall be reduced or eliminated as prescribed.

(4) [Application of section 18] For the purposes of section 13, the provisions of section 18 do not apply to the two week period that immediately precedes the period described in subsection (2).

(5) [Earnings deducted] If benefits are payable under this section to a major attachment claimant who receives earnings for a period that falls in a week in the period described in subsection (2), the provisions of subsection 19(2) do not apply and, subject to subsection 19(3), all those earnings shall be deducted from the benefits paid for that week.

(6) [Extension of period] If a child who is born of the claimant's pregnancy is hospitalized, the period during which benefits are payable under subsection (2) shall be extended by the number of weeks during which the child is hospitalized.

(7) [Limitation] The extended period shall end no later than 52 weeks after the week of confinement.

23. (1) [Parental benefits] Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more newborn children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides.

(2) [Weeks for which benefits may be paid] Subject to section 12, benefits under this section are payable for each week of unemployment in the period

(a) that begins with the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption; and

(b) that ends 52 weeks after the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption.

(3) [Repealed, S.C. 2000, c. 14, s. 4]

(4) [Division of weeks of benefits] If two major attachment claimants are caring for a child referred to in subsection (1), weeks of benefits payable under this section may be divided between the major attachment claimants.

payables en vertu de la présente loi sont réduites ou supprimées tel qu'il est prévu par règlement.

(4) [Application de l'article 18] Pour l'application de l'article 13, l'article 18 ne s'applique pas à la période de deux semaines qui précède la période visée au paragraphe (2).

(5) [Rémunération à déduire] Si des prestations sont payables à une prestataire de la première catégorie en vertu du présent article et que celle-ci reçoit une rémunération pour une période tombant dans une semaine comprise dans la période visée au paragraphe (2), le paragraphe 19(2) ne s'applique pas et, sous réserve du paragraphe 19(3), cette rémunération est déduite des prestations afférentes à cette semaine.

(6) [Prolongation de la période] La période durant laquelle des prestations sont payables en vertu du paragraphe (2) est prolongée du nombre de semaines d'hospitalisation de l'enfant dont la naissance est à l'origine du versement des prestations.

(7) [Restriction] La période prolongée en vertu du paragraphe (6) ne peut excéder les cinquante-deux semaines qui suivent la semaine de l'accouchement.

23. (1) [Prestations parentales] Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.

(2) [Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées] Sous réserve de l'article 12, les prestations visées au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

a) commence la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont réellement placés chez le prestataire en vue de leur adoption;

b) se termine cinquante-deux semaines après la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont ainsi placés.

(3) [Abrogé L.C. 2000, ch. 14, art. 4]

(4) [Paiement aux deux prestataires de la première catégorie] Lorsque deux prestataires de la première catégorie prennent soin d'un enfant visé au paragraphe (1), les semaines de prestations payables en vertu du présent article peuvent être partagées entre eux.

(5) [Deferral of waiting period] A major attachment claimant who makes a claim for benefits under this section may have his or her waiting period deferred until he or she makes another claim for benefits in the same benefit period, otherwise than under section 22 or this section, if

(a) the claimant has already made a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child and has served the waiting period;

(b) another major attachment claimant has made a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child and that other claimant has served or is serving his or her waiting period;

(c) another major attachment claimant is making a claim for benefits under section 22 or this section in respect of the same child at the same time as the claimant and that other claimant elects to serve the waiting period; or

(d) the claimant or another major attachment claimant meets the prescribed requirements.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

(5) [Report du délai de carence] Le prestataire de la première catégorie qui présente une demande de prestations au titre du présent article peut faire reporter l'obligation de purger son délai de carence à toute autre demande de prestations éventuellement présentée au cours de la même période de prestations et qui ne viserait pas des prestations prévues à l'article 22 ou au présent article si, selon le cas :

a) il a déjà présenté une demande de prestations au titre de l'article 22 ou du présent article relativement au même enfant et a purgé son délai de carence;

b) un autre prestataire de la première catégorie a présenté une demande de prestations au titre de l'article 22 ou du présent article relativement au même enfant et est en train de purger ou a déjà purgé son délai de carence;

c) un autre prestataire de la première catégorie présente une telle demande relativement au même enfant au même moment que lui et choisit de purger son délai de carence;

d) lui-même ou un autre prestataire de la première catégorie répond aux exigences prévues par règlement.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appellant : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.