

2006 FC 1482
T-2277-03

2006 CF 1482
T-2277-03

Canadian Association of Broadcasters (the Plaintiff Association), Group TVA Inc., CTV Television Inc., The Sports Network Inc., 2953285 Inc. (o.b.a. Discovery Channel Canada), Le Réseau des Sports (RDS) Inc., The Comedy Network Inc., 1163031 Ontario Inc., (o.b.a. OutDoor Life Network), Canwest Mediaworks Inc., Global Television Network Quebec Limited Partnership, Prime TV, General Partnership, CHUM Limited, CHUM Ottawa Inc., CHUM Television Vancouver Inc., and Pulse24 General Partnership (the Corporate Plaintiffs) (*Plaintiffs*)

L'Association canadienne des radiodiffuseurs (l'association demanderesse), Groupe TVA Inc., CTV Television Inc., The Sports Network Inc., 2953285 Inc. (s/n Discovery Channel Canada), Le Réseau des Sports (RDS) Inc., The Comedy Network Inc., 1163031 Ontario Inc., (s/n OutDoor Life Network), Canwest Mediaworks Inc., Société en commandite Global Television Network Québec, Prime TV, General Partnership, CHUM Limited, CHUM Ottawa Inc., CHUM Television Vancouver Inc., et Pulse24 General Partnership (les sociétés demanderesse) (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

T-276-04

T-276-04

Vidéotron Ltée, Vidéotron (Régional) Ltée, and CF Cable TV Inc. (*Plaintiffs*)

Vidéotron Ltée, Vidéotron (Régional) Ltée, et CF Cable TV Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF BROADCASTERS v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ASSOC. CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS C. CANADA (C.F.)

Federal Court, Shore J.—Ottawa, November 20-28, December 14, 2006.

Cour fédérale, juge Shore—Ottawa, 20 au 28 novembre, 14 décembre 2006.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Tax versus regulatory charge—Plaintiffs seeking declaration fees imposed by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) under Part II of Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997 in fact tax, and as such ultra vires Broadcasting Act, s. 11 (enabling provision) — Part II licence fees exhibiting five hallmarks of tax — Not intended to cover costs of regulating broadcast system — Amounts collected: grossly exceed cost of regulatory scheme, deposited in Consolidated Revenue Fund, intended to raise revenue for general public purpose — Part II licence fees therefore tax, ultra vires Broadcasting Act, s. 11.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Taxe ou redevance de nature réglementaire — Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire portant que les droits imposés par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) en application de la partie II du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion sont, en fait, une taxe, et sont donc ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion (la disposition habilitante) — Les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d'une taxe — Ils ne visent pas à permettre le recouvrement des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion — Les revenus générés sont complètement disproportionnés au coût du régime de réglementation, ils ont été déposés dans le Trésor et ils sont destinés à une fin générale d'intérêt public — Les droits de

Broadcasting — Fees levied under Part I of Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997 (Part I licence fees) to recover regulatory, administrative costs of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) with respect to broadcasting — Fees levied under Part II of Regulations (Part II licence fees) not intended to recover such costs — Part II licence fees deposited in Consolidated Revenue Fund for general revenue purposes — Revenues generated by these fees grossly disproportionate to Industry Canada's actual, properly estimated costs of managing broadcasting spectrum — Part II fees ultra vires authority conferred on CRTC by Broadcasting Act, s. 11 to establish fee schedules.

Restitution — Plaintiffs seeking declaration for return of moneys paid under Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997, s. 11 on basis charges imposed under that section ultra vires Broadcasting Act, s. 11 — Plaintiffs not entitled to recovery of moneys paid prior to declaration of invalidity — Principles, considerations underlying this rule, such as protection of treasury, reasonable expectations of parties, Canadian taxpayer, reviewed.

The plaintiffs were seeking a declaration that section 11 of the *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997* is *ultra vires* the authority conferred on the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by section 11 of the *Broadcasting Act* to establish schedules of “fees,” on the basis that the charges imposed by section 11 of the Regulations are in fact a tax. The plaintiffs also sought a further declaration for the return of the moneys paid pursuant to that section.

The Regulations came into effect on April 1, 1997. Licence fees under Part I of the Regulations (Part I licence fees) are based on a formula that takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC's regulatory costs on a pro-rated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption. The purpose of Part I licence fees is to recover the regulatory and administrative costs of the CRTC with respect to broadcasting. Licence fees under Part II of the Regulations (Part II licence fees) are levied in addition to Part I licence fees. They are not intended to cover

licence de la partie II sont donc une taxe et sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion.

Radiodiffusion — Les droits perçus en application de la partie I du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion (les droits de licence de la partie I) visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) dans le domaine de la radiodiffusion — Les droits perçus en application de la partie II du Règlement (les droits de licence de la partie II) ne visent pas à permettre le recouvrement de ces coûts — Les droits de licence de la partie II sont déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales — Les revenus générés par ces droits sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés d'Industrie Canada pour gérer le spectre attribué pour la radiodiffusion — Les droits de licence de la partie II sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion, qui autorise le CRTC à fixer des tarifs de droits.

Restitution — Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire pour le remboursement des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion au motif que les redevances imposées à cet article sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion — Les demanderesse n'ont pas droit à la remise des sommes versées avant la déclaration d'invalidité — Examen des principes et des motifs qui sous-tendent cette règle, notamment la protection du Trésor public ainsi que les attentes raisonnables des parties et du contribuable canadien.

Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire portant que l'article 11 du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion* est *ultra vires* de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui autorise le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) à fixer des tarifs de « droits », au motif que les redevances imposées à l'article 11 du Règlement sont, en fait, une taxe. De plus, les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire additionnel pour le remboursement des sommes versées conformément à cet article.

Le Règlement est entré en vigueur le 1^{er} avril 1997. Les droits de licence prévus à la partie I du Règlement (les droits de licence de la partie I) reposent sur une formule dans laquelle il est tenu compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de la réglementation du CRTC, ces droits étant calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable. Les droits de licence de la partie I visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du CRTC dans le domaine de la radiodiffusion. Les droits de licence prévus à la

the CRTC's costs of regulating the broadcasting industry, and are not calculated on the basis of what it costs to operate the CRTC. Broadcasters required to pay Part II licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level. Part II licence fees are entirely deposited into the Consolidated Revenue Fund (CRF), and do not go into a specified purpose account within the CRF.

Held, section 11 of the Regulations is *ultra vires* the authority conferred on the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act*, but the declaration to that effect was suspended for a maximum of nine months; the plaintiffs are not entitled to the return of the moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations.

The Part II licence fees exhibit the five hallmarks of a tax: (1) they are compulsory and enforceable by law (e.g. *Broadcasting Act*, s. 11(4)); (2) they are imposed under the authority of the legislature (*Broadcasting Act*, s. 11; Regulations); (3) they are levied by a public body (the CRTC); (4) they are intended for a public purpose (they are deposited in the CRF) and, (5) there is no reasonable nexus between the amount of the licence fee and the cost of administering the corresponding regulatory scheme.

In particular, with respect to hallmark 4, Part II licence fees are collected by the CRTC and deposited into the CRF to be used for general revenue purposes. There is no specific allocation of the moneys to the CRTC, to Industry Canada or to any specific department or agency or purpose. As such, they are not used to finance a regulatory scheme. In any event, the revenues generated are grossly disproportionate to Industry Canada's actual or properly estimated costs of managing the spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (broadcasting spectrum). Part II licence fees are also not a charge for a specific service (i.e. a user fee). Some of the operations from which they are collected do not make use of the broadcasting spectrum, and the amount of the fee collected does not vary by the amount of the broadcasting spectrum used.

Furthermore, as to hallmark 5, Part II licence fees are calculated as a percentage of gross revenue from broadcasting activities, not on broadcast spectrum usage. The cost of regulating licensee use of broadcast spectrum does not vary according to a licensee's revenues. There is thus no

partie II du Règlement (les droits de licence de la partie II) sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I. Ils ne visent pas à permettre le recouvrement par le CRTC des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion et ils ne sont pas calculés en fonction des coûts de fonctionnement du CRTC. Les entreprises de radiodiffusion qui sont obligées d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 % de l'excédent du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion sur la franchise applicable. Les droits de licence de la partie II sont entièrement déposés dans le Trésor; ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor.

Jugement : l'article 11 du Règlement outrepassé l'autorité conférée au CRTC par l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, mais l'application de ce jugement déclaratoire a été suspendue pour une période d'au plus neuf mois; les demanderessees n'ont pas droit à la remise des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement.

Les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d'une taxe. En effet, il s'agit d'un prélèvement : 1) obligatoire et exigé par la loi (p. ex. le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion*); 2) imposé sous l'autorité de la législature (article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*; Règlement); 3) perçu par un organisme public (le CRTC); 4) destiné à une fin d'intérêt public (les droits sont déposés dans le Trésor) et 5) n'ayant aucun rapport raisonnable entre le montant du droit de licence et le coût d'administration du régime de réglementation correspondant.

Plus particulièrement, pour ce qui est de la quatrième caractéristique, les droits de licence de la partie II sont recouverts par le CRTC et déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales. Aucune somme précise n'est assignée au CRTC ou à Industrie Canada, ou encore à une fin, à un organisme gouvernemental ou à un ministère précis. En tant que tels, ils ne servent pas au financement d'un régime de réglementation. Quoi qu'il en soit, les revenus générés sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés d'Industrie Canada pour gérer le spectre attribué pour la radiodiffusion (le spectre de la radiodiffusion). En outre, les droits de licence de la partie II ne constituent pas un paiement pour un service particulier (c.-à-d. des frais d'utilisation). Certaines entreprises desquelles les droits de licence de la partie II sont recouverts n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion et le montant recouvré ne varie pas en fonction du degré d'utilisation du spectre de la radiodiffusion.

Qui plus est, pour ce qui est de la cinquième caractéristique, les droits de licence de la partie II sont calculés en tant que pourcentage du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion et non de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Le coût de réglementation de l'utilisation du

demonstrable connection between the quantum of Part II licence fees collected and any associated regulatory scheme. The fee structure is intended to raise revenue well in excess of any reasonable regulatory need or purpose.

The Crown's threefold rationale for the Part II licence fees was not supported by the evidentiary record. (1) The Part II licence fees are not a payment for Industry Canada's costs of managing the broadcasting spectrum. Industry Canada has its own separate regulatory scheme under which it licenses the use of radio frequency spectrum under the *Radiocommunication Act*. (2) Nor are they a payment for the privilege of using broadcasting spectrum. The publicly stated intention for the enactment of the Regulations reiterates a focus upon maintaining revenues and does not articulate a justification of the charges based on some notion of imposing a charge for a "privilege." Furthermore, not all activities licensed by the CRTC use broadcasting spectrum. For example, pay and specialty, conventional cable and direct-to-home satellite undertakings employ optical fibre or dedicated coaxial cables, fixed satellites or microwave links, which do not utilize broadcasting spectrum. (3) Part II licence fees are also not a payment for the privilege of broadcasting for commercial benefit. Many broadcasters carry on business for commercial benefit without being required to pay such licence fees (only undertakings with revenues over the specified exemption amount and with more than 2,000 subscribers pay licence fees). Also, no studies were conducted by the Crown to determine what the market value of the privilege of holding a broadcasting licence or using broadcasting spectrum might be, nor did any reviews of the relationship between the Part II licence fee revenues and the value that may be attributed by broadcasters for that licence exist as of March 2005. In any event, the CRTC has not been authorized by the *Broadcasting Act* to impose a fee for a privilege or to extract economic rent.

The Part II licence fees are therefore a tax. However, the plaintiffs were not entitled to a return of the moneys paid. Money paid to Her Majesty the Queen in accordance with legislation later found to be invalid is not recoverable by a fee-payer. The effect of the relevant legislative scheme remains in force until it is declared to be invalid. Chief among

spectre de la radiodiffusion par le titulaire d'une licence ne varie pas en fonction de ses recettes. Il n'existe donc aucun lien démontrable entre le montant des droits de licence de la partie II qui est recouvré et tout régime associé de réglementation. La structure tarifaire vise à permettre de percevoir un revenu de beaucoup supérieur à tout besoin ou à toute fin réglementaire raisonnable.

La preuve n'était pas les trois objectifs avancés par la Couronne à l'égard des droits de licence de la partie II. 1) Les droits de licence de la partie II ne sont pas un paiement associé aux coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion par Industrie Canada. Celle-ci a son propre régime distinct de réglementation en vue de gérer l'utilisation du spectre de fréquences radiophoniques et d'accorder des licences à cet égard en vertu de la *Loi sur la radiocommunication*. 2) Il ne s'agit pas non plus d'un paiement associé au privilège lié à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. L'intention exprimée en public pour édicter le Règlement met encore une fois l'accent sur le maintien des revenus et n'énonce pas de justification à l'appui des redevances fondée sur l'idée selon laquelle la redevance est imposée en échange d'un « privilège ». De plus, le spectre de la radiodiffusion n'est pas utilisé pour toutes les activités visées par une licence accordée par le CRTC. Par exemple, les exploitants de services payants et spécialisés et les entreprises de distribution par câble ou qui utilisent des satellites de radiodiffusion directe emploient des câbles à fibres optiques, des câbles coaxiaux dédiés, une liaison par satellite ou une liaison hertzienne, qui ne font pas appel au spectre de la radiodiffusion. 3) Enfin, les droits de licence de la partie II ne constituent pas un paiement associé au privilège se rattachant à la radiodiffusion en raison de ces avantages commerciaux. Bon nombre de radiodiffuseurs exploitent leur entreprise à des fins commerciales sans être tenus d'acquitter ces droits de licence (seules les entreprises dont les recettes sont en sus de la franchise précisée ou qui ont plus de 2000 abonnés paient des droits de licence). En outre, la Couronne n'a mené aucune étude en vue de déterminer la valeur marchande du privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion ou en vue de déterminer ce que pourrait être le privilège lié à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion et, en mars 2005, aucun examen du rapport existant entre les revenus tirés des droits de licence de la partie II et la valeur que les radiodiffuseurs pouvaient attribuer à une licence n'avait été effectué. Quoi qu'il en soit, la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à imposer un droit pour un privilège ou à obtenir un loyer économique.

Les droits de licence de la partie II sont donc une taxe. Cependant, les demandesses n'avaient pas droit à la remise des sommes versées. Celui qui paie certains frais à Sa Majesté la Reine conformément à une loi qui est par la suite jugée invalide ne peut pas recouvrer les sommes versées. Ce régime continue à s'appliquer tant que la Cour ne déclare pas que le

the reasons behind this rule is the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government (*Air Canada v. British Columbia*). Public considerations also play a role in denying the recovery of any money paid prior to a declaration that the fees are an *ultra vires* tax. The reasonable expectations of the parties, and more importantly, of the Canadian taxpayer is that the burden of a mistake as to the viability of the intended legislative scheme should not be simply shifted from one group of taxpayers to another. In any event, the importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires notice before a fund-raising scheme may be put in jeopardy.

régime légal pertinent est invalide. Les motifs justifiant cette règle sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l'impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d'adopter le moyen inefficace qui consiste à l'imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d'une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales (*Air Canada c. Colombie-Britannique*). Les considérations d'ordre public ont également un rôle lorsqu'il s'agit de refuser le recouvrement d'une somme versée avant qu'il soit déclaré que les droits en cause sont une taxe *ultra vires*. Les attentes raisonnables des parties et, ce qui est encore plus important, du contribuable canadien, veulent que le fardeau d'une erreur quant à la viabilité du régime légal envisagé ne passe pas simplement d'un groupe de contribuables à un autre. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il est important de maintenir la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances de l'État exige clairement qu'un avis soit donné avant qu'un régime de financement soit mis en danger.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.).
- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", "broadcasting undertaking", "distribution undertaking", "programming undertaking", (2), 3, 11.
- Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, SOR/97-144, ss. 7, 8, 9, 10, 11.
- Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, s. 25.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 53.
- Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, s. 7.
- Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1, s. 19.
- Department of Social Development Act*, S.C. 2005, c. 35, s. 20.
- General Radio Regulations, Part I*, SOR/58-46, s. 5 (as am. by SOR/60-495, s. 1).
- Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, s. 48.
- Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, s. 24.
- Produce Marketing Act*, S.B.C. 1926-27, c. 54.
- Radio Act*, R.S.C. 1952, c. 233, s. 3.
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), 6(1) (as am. *idem*, s. 4).
- Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 53.
- Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, art. 25.
- Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31, art. 24.
- Loi sur la radio*, S.R.C. 1952, ch. 233, art. 3.
- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), 6(1) (mod., *idem*, art. 4).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », « entreprise de radiodiffusion », « radiodiffusion », (2), 3, 11.
- Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.
- Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 7.
- Loi sur le ministère de l'Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, art. 19.
- Loi sur le ministère du Développement social*, L.C. 2005, ch. 35, art. 20.
- Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 48.
- Produce Marketing Act*, S.B.C. 1926-27, ch. 54.
- Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*, DORS/97-144, art. 7, 8, 9, 10, 11.

Règlement général sur la radio, Partie I, DORS/58-46, art. 5 (mod. par DORS/60-495, art. 1).

Règlement sur la radiocommunication, DORS/96-484.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Air Canada v. British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; (1998), 40 O.R. (3d) 160; 165 D.L.R. (4th) 1; [2000] 1 C.T.C. 284; 23 E.T.R. (2d) 1; 231 N.R. 55; 114 O.A.C. 55; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; (1999), 176 D.L.R. (4th) 276; [1999] 9 W.W.R. 517; 129 B.C.A.C. 1; 67 B.C.L.R. (3d) 1; [1999] 4 C.N.L.R. 277; 246 N.R. 201; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361; *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*; *Peel (Regional Municipality) v. Ontario*, [1992] 3 S.C.R. 762; (1992), 98 D.L.R. (4th) 140; 12 M.P.L.R. (2d) 229; 144 N.R. 1; 59 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education, [1996] 2 S.C.R. 929; (1996), 137 D.L.R. (4th) 449; 35 M.P.L.R. (2d) 1; 4 R.P.R. (3d) 1; 201 N.R. 81; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.); 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 446; (2006), 271 D.L.R. (4th) 678; 352 N.R. 177; 2006 FCA 252.

CONSIDERED:

Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada (2006), 50 Admin. L.R. (4th) 35; 353 N.R. 12; 2006 FCA 208; affg (2005), 50 Admin. L.R. (4th) 26; 2005 FC 1217; *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication v. Procureur Général du Canada*, [1964] Ex. C.R. 627; 63 DTC 1335; *revd Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396; 66 DTC 5492; *Licence renewal for a cable distribution undertaking at Sherbrooke* (6 November 2003), Broadcasting Decision CRTC 2003-550; *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (S.C.); *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Air Canada c. Colombie-Britannique, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*; *Peel (Municipalité régionale) c. Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York, [1996] 2 R.C.S. 929; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.); 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 446; 2006 CAF 252.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada, 2006 CAF 208; conf. 2005 CF 1217; *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication c. Procureur Général du Canada*, [1964] R.C.É. 627; inf. par *Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60; *Renouvellement de la licence d'une entreprise de distribution par câble à Sherbrooke* (6 novembre 2003), Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550; *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (C.S.); *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R. (4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S.

(4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, [2006] 2 F.C.R. 199; (2005), 260 D.L.R. (4th) 45; 338 N.R. 268; 2005 FCA 283; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Department of Finance)* (2005), 285 N.B.R. (2d) 201; 254 D.L.R. (4th) 715; 8 B.L.R. (4th) 182; 2005 G.T.C. 510; 2005 NBCA 56; revd in part, [2007] 1 S.C.R. 3; (2007), 309 N.B.R. (2d) 255; 25 B.L.R. (4th) 1; 2007 DTC 5029; 2007 G.T.C. 1399; 2007 SCC 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

REFERRED TO:

Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City) (2001), 52 O.R. (3d) 593; 196 D.L.R. (4th) 304 (C.A.); *R. v. Breault* (2001), 235 N.B.R. (2d) 337; 198 D.L.R. (4th) 669; 154 C.C.C. (3d) 440; 2001 NBCA 16; *St. Francis Xavier Univeristy (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (N.S.S.C.); *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148; 2001 BCSC 1265; *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors*, [2005] UKHL 41; *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL); *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629; (2004), 237 D.L.R. (4th) 385; 43 B.L.R. (3d) 163; 9 E.T.R. (3d) 163; 186 O.A.C. 128; 319 N.R. 38; 2004 SCC 25; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472; (2002), 209 D.L.R. (4th) 549; 49 C.R. (5th) 95; 92 C.R.R. (2d) 63; 27 M.P.L.R. (3d) 1; 282 N.R. 365; 2002 SCC 14.

AUTHORS CITED

Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997, Public Notice CRTC 1997-32, 20 March 1997.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1997-98 Estimates: Part III—Expenditure Plan*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1998-99 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1999-2000 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *2000-2001 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.

559; 2002 CSC 42; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, [2006] 2 R.C.F. 199; 2005 CAF 283; *Kingstreet Investments Ltée c. Nouveau Brunswick (Ministère des Finances)* (2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201; 2005 NBCA 56; inf. en partie, [2007] 1 R.C.S. 3; (2007), 309 R.N.-B. (2^e) 255; 2007 DTC 5041; 2007 CSC 1; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

DÉCISIONS CITÉES :

Urban Outdoor Trans Ad c. Scarborough (City) (2001), 52 O.R. (3d) 607 (C.A.); *R. c. Breault* (2001), 235 R.N.-B. (2^e) 337; 2001 NBCA 16; *St. Francis Xavier Univeristy (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (C.S.N.-É.); *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148; 2001 BCSC 1265; *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors*, [2005] UKHL 41; *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL); *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629; 2004 CSC 25; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472; 2002 CSC 14.

DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1998-1999 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1999-2000 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 2000-2001 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du

- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *2005-2006 Estimates: Part III—Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
- Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23rd ed. by Sir William McKay. London: LexisNexis UK, 2004.
- Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.
- Exemption order respecting cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers; and Amendment to the *Broadcasting Distribution Regulations*, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39, 14 June 2004.
- Exemption order respecting cable systems having fewer than 2,000 subscribers, Public Notice CRTC 2001-121, 7 December 2001.
- Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.
- Lovell, John. "From Now On: Temporal Issues in Constitutional Adjudication" (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1.
- New Zealand. House of Representatives. *Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*, 25 July 1989.
- Proposed incentives for English-language Canadian television drama—Call for comments, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-32, 6 May 2004.
- Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations, Public Notice CRTC 1996-149, 22 November 1996.
- Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations: Erratum—Definition of Fee Revenue, Public Notice CRTC 1996-149-1, 29 November 1996.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *Cost Recovery and Charging Policy*, 1997.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *External Charging Policy*, August 2003.
- Treasury Board of Canada Secretariat. Office of the Comptroller General. *Guide to the Costing of Outputs in the Government of Canada*, February 1989.
- Conseil du Trésor du Canada.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 2005-2006 : Partie III— Rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
- Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23rd ed. by Sir William McKay. London : LexisNexis UK, 2004.
- Industrie Canada. Gestion du spectre et Politique des télécommunications. Circulaire d'information sur les radiocommunications (CIR-42). *Guide pour le calcul des droits de licence*, mai 2003.
- Lovell, John. « From Now On : Temporal Issues in Constitutional Adjudication » (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1.
- Mesures proposées pour encourager la production d'émissions télévisées dramatiques canadiennes de langue anglaise—Appel d'observations, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-32, 6 mai 2004.
- New Zealand. House of Representatives. *Report of the Regulations Review Committee : Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*, 25 July 1989.
- Ordonnance d'exemption des entreprises de distribution de radiodiffusion par câble desservant entre 2 000 et 6 000 abonnés et modification au *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39, 14 juin 2004.
- Ordonnance d'exemption pour les entreprises de câblodistribution de moins de 2 000 abonnés, Avis public CRTC 2001-121, 7 décembre 2001.
- Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, Avis public CRTC 1966-149, 22 novembre 1996.
- Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Erratum—Définition de recettes désignées, Avis public CRTC 1996-149-1, 29 novembre 1996.
- Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion, Avis public CRTC 1997-32, 20 mars 1997.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. Bureau du Contrôleur général. *Guide pour l'établissement des coûts des extrants au Gouvernement du Canada*, février 1989.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur le recouvrement des coûts et la tarification*, 1997.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur les frais d'utilisation externe*, août 2003.

APPLICATION for a declaration that charges imposed under section 11 of the *Broadcasting Licence*

DEMANDE sollicitant un jugement déclaratoire portant que les redevances imposées à l'article 11 du

Fee Regulations are in fact a tax and as such are *ultra vires* the authority conferred upon the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act*, and that the moneys paid by the plaintiffs pursuant to section 11 of the Regulations be returned to them. Application allowed with respect to the first declaration, but not the second.

APPEARANCES:

Barbara A. McIsaac, Q.C., Benjamin Mills and Howard Fohr for plaintiffs.
Frederick B. Woyiwada, R. Jeff Anderson, Francisco Couto and Alexander Pless for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

SHORE J.:

OVERVIEW

[1] In history, the respect for the separation of powers has been, and is, the very essence of democracy.

[2] Whether a judgment is to endure or not remains in question but the separation of powers does not, if democracy is to endure.

[3] Within the context of a democracy, in a departure from a constitutional provision, without avail from the relevant branch of government that would be responsible for its correction, a constitutional necessity may arise for specific and limited judicial action, not judicially propelled activism; in such a context, all else would be an excuse for judicial usurpation, bearing its own responsibility and consequences.

Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion sont, en fait, une taxe et qu'elles outrepassent l'autorité conférée au CRTC par l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* et que les sommes que les demanderesse ont versées conformément à l'article 11 du Règlement leur soient remises. Demande accueillie à l'égard du premier jugement déclaratoire, mais pas à l'égard du deuxième.

ONT COMPARU :

Barbara A. McIsaac, c.r., Benjamin Mills et Howard Fohr pour les demanderesse.
Frederick B. Woyiwada, R. Jeff Anderson, Francisco Couto et Alexander Pless pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l., Ottawa, pour les demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

LE JUGE SHORE :

APERÇU

[1] Le respect de la séparation des pouvoirs a toujours constitué l'essence même de la démocratie; il en va encore de même.

[2] Un jugement subsistera ou non, mais si l'on veut assurer le maintien de la démocratie, il ne doit pas y avoir de doute que la séparation des pouvoirs subsistera.

[3] Dans le contexte d'une démocratie, lorsque l'on déroge à une disposition constitutionnelle sans avoir recours à la branche pertinente de l'État qui serait chargée de corriger la situation, il peut être nécessaire sur le plan constitutionnel de prendre des mesures judiciaires précises et restreintes, mais il ne peut être question de militantisme judiciaire; dans un tel contexte, toute autre chose ne serait qu'un prétexte pour une

[4] It is for a court to interpret the law, recognizing that it is for the constitution with its supremacy undiminished to delineate how far each jurisdiction extends; thus, the court recognizes the powers of each branch of government, always, recalling the limits of its own jurisdiction and, thereby, its own responsibility to adhere to the restraints by which it must abide.

[5] Therefore, it is for the appropriate branch of government to be given a reasonable time period to correct the situation in regard to the impugned Part II licence fee Regulations, judged *ultra vires*; and not for the Court to do so on its own.

INTRODUCTION

[6] One of the most fundamental principles of Canadian law is that taxes must be levied only with the authority of Parliament. This principle was first enunciated in the Bill of Rights 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, I Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.)] and is now enshrined in section 53 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. The imposition of taxes must be by a Ways and Means resolution. Fees on the other hand can be treated differently.

Levies upon an industry for purposes beneficial to that industry are regarded as not covered by the rules of financial procedure and so do not require authorization by Ways and Means resolution. The same applies to fees reasonably charged for the provision of services. . . . Modern legislation, however, frequently makes provision for the imposition of other types of fees or payment which, although not taxes in a strict sense, have enough of the characteristics of taxation to require to be treated as 'charges upon the people' and therefore to be authorized by a Ways and Means resolution moved by a Minister. . . . The following are examples of the circumstances in which a Ways and Means resolution will normally be required:

usurpation judiciaire du pouvoir, ce qui comporterait une responsabilité et des conséquences particulières.

[4] Il appartient aux tribunaux judiciaires d'interpréter la loi, mais il appartient à la constitution, sans aucune diminution de sa suprématie, de définir l'étendue de chaque compétence; les tribunaux reconnaissent donc les pouvoirs de chaque branche de l'État, en tenant toujours compte des limites de leur propre compétence et, partant, de la responsabilité qui leur incombe de respecter les restrictions qui leur sont imposées.

[5] Par conséquent, il importe de donner à la branche appropriée de l'État un délai raisonnable pour corriger la situation en ce qui concerne la partie II du Règlement qui est contestée et jugée *ultra vires*; les tribunaux judiciaires ne sauraient remédier à la situation de leur propre chef.

INTRODUCTION

[6] L'un des principes les plus fondamentaux du droit canadien veut qu'une taxe ne soit perçue qu'avec l'autorisation du Parlement. Ce principe a d'abord été énoncé dans le Bill of Rights de 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, I Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.)]; il est maintenant garanti par l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. L'imposition d'une taxe doit se faire au moyen d'une résolution de voies et moyens. Les droits, d'autre part, peuvent être traités différemment.

[TRADUCTION] Les prélèvements exigés d'une industrie à des fins utiles à cette industrie sont considérés comme n'étant pas régis par les règles de procédure financières et il n'est donc pas nécessaire de les autoriser au moyen d'une résolution de voies et moyens. Il en va de même pour les droits raisonnables exigés pour la prestation de services [. . .] Toutefois, de nos jours, les lois prévoient souvent l'imposition d'autres types de droits ou de paiements qui, même s'il ne s'agit pas de taxes au sens strict, comportent un nombre suffisant des caractéristiques propres à la taxation pour devoir être considérés comme des « redevances exigées de la population » et qui, par conséquent, doivent être autorisés au moyen d'une résolution de voies et moyens présentée par un ministre [. . .] Voici des

(1) Where the primary, or a significant, purpose of imposing the payment is to raise revenue, over and above the cost of any service to which the payment is related, and in particular where no defined limit is set to the payment: for example, provision requiring the holders of broadcasting licences to make payments (of unspecified amounts) in respect of those licences. [Footnote omitted.]

(Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23rd ed. by Sir William McKay, ed. London: LexisNexis U.K., 2004, at pages 897 and 899.)

[7] If the Crown claims that a levy is a fee, and not a tax, it is incumbent on the Crown to lead some evidence in support of its position. All of the evidence before this Court supports the conclusion that Part II fees are a tax. None of the evidence supports the conclusion that they are properly a fee.

[8] These levies are not connected to activities related to the Canadian broadcasting system, but are in fact a “leakage” out of the regulatory scheme into government coffers for general public purposes. If Part II licence fees were not collected, would the Canadian broadcasting regulatory scheme even be affected? No.

[9] If the obligation to pay Part II licence fees was eliminated, all of the elements of public policy and the regulatory scheme would still be left in place—Part I licence fees, Canadian content requirements, contributions to the Canadian Television Fund, independent funds and FACTOR [Foundation to Assist Canadian Talent on Records], mandatory expenditures on Canadian programming and community programming, simultaneous substitution, transfer of ownership or control benefits payments, etc. (See, e.g. CRTC Performance Report (March 31, 2001) at Exhibit B, Tab 35 (pages 18-20); Exhibit B, Tab 15 (paragraph 10), Tab 15 (paragraph 11), Tab 20 (paragraphs 12-15). See also examples cited in Exhibit P-12 (affidavit of

exemples de cas dans lesquels une résolution de voies et moyens est normalement nécessaire :

(1) Lorsque le but primordial, ou un but important, de l'imposition du paiement est de percevoir un revenu, en sus du coût de tout service auquel se rapporte le paiement, en particulier lorsqu'aucune limite précise n'est établie pour ce paiement : par exemple, une disposition obligeant les titulaires de licences de radiodiffusion à faire des paiements (de montants non précisés) à l'égard de ces licences. [Note en bas de page omise.]

(Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23^e éd., rédigé par Sir William McKay, éditeur. Londres, LexisNexis U.K., 2004, aux pages 897 et 899.)

[7] Si la Couronne affirme qu'un montant est prélevé à titre de droit plutôt qu'à titre de taxe, il lui incombe de soumettre une preuve à l'appui de sa position. Or, toute la preuve mise à la disposition de la Cour étaye la conclusion selon laquelle les droits de la partie II constituent une taxe. Aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'il s'agit à vrai dire de droits.

[8] Ces prélèvements ne sont pas liés aux activités se rapportant au système canadien de radiodiffusion, mais s'échappent en fait du régime de réglementation pour aller grossir les coffres de l'État, et ce, pour une fin générale d'intérêt public. Si les droits de licence de la partie II n'étaient pas recouverts, cela aurait-il une incidence sur le régime canadien de réglementation de la radiodiffusion? Non.

[9] Si l'obligation d'acquitter les droits de licence de la partie II était éliminée, tous les aspects du régime public et du régime de réglementation seraient encore présents—droits de licence de la partie I, exigences relatives au contenu canadien, contributions au Fonds canadien de télévision, aux fonds indépendants et à la FACTOR [Foundation to Assist Canadian Talent on Records], dépenses obligatoires afférentes à la programmation canadienne et à la programmation communautaire, substitution de signaux identiques, transfert de propriété ou contrôle des contributions, et ainsi de suite. (Voir par exemple le Rapport sur le rendement du CRTC (31 mars 2001), pièce B, onglet 35 (pages 18 à 20); pièce B, onglet 15 (paragraphe 10),

Gerry W. Wall sworn August 31, 2006) as well as the testimony of John Traversy, November 21, 2006.)

[10] If the Part II licence fees obligation were removed, the migration of over \$100 million/year out of the broadcasting system and into general government revenues would end. There is no reasonable nexus between the charges and the regulatory scheme. Part II licence fees are not a “regulatory charge.” They are a tax.

JUDICIAL PROCEDURES

[11] The Canadian Association of Broadcasters *et al.* (CAB plaintiffs) seek a declaration that section 11 of the *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, SOR/97-144 (Regulations), is *ultra vires* the authority conferred on the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by section 11 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, to establish schedules of “fees.” The position of the CAB plaintiffs is that the charges imposed by section 11 of the Regulations are, in fact and in law, taxes and not fees.

[12] If this Court finds that the charges are a tax, the Federal Court of Appeal has already ruled, on a preliminary question of law, that section 11 of the Regulations would be *ultra vires* the authority conferred by section 11 of the *Broadcasting Act* (*Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada* (2006), 50 Admin. L.R. (4th) 35 (F.C.A.)).

[13] Therefore, the threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees.

[14] The CAB plaintiffs seek a further declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations.

onglet 15 (paragraphe 11), onglet 20 (paragraphe 12 à 15). Voir également les exemples mentionnés dans la pièce P-12 (affidavit de Gerry W. Wall fait le 31 août 2006) ainsi que le témoignage de John Traversy du 21 novembre 2006.)

[10] Si l’obligation relative aux droits de licence de la partie II était supprimée, la fuite d’un montant annuel de plus de 100 millions de dollars du système de radiodiffusion au Trésor prendrait fin. Il n’existe aucun rapport raisonnable entre les redevances et le régime de réglementation. Les droits de licence de la partie II ne sont pas une « redevance de nature réglementaire ». Il s’agit d’une taxe.

PROCÉDURES JUDICIAIRES

[11] L’Association canadienne des radiodiffuseurs *et al.* (les demanderesse membres de l’ACR) sollicitent un jugement déclaratoire portant que l’article 11 du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*, DORS/97-144 (le Règlement) est *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, qui autorise le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) à fixer des tarifs de « droits ». Selon la position prise par les demanderesse membres de l’ACR, les redevances imposées à l’article 11 du Règlement sont, en fait et en droit, des taxes plutôt que des droits.

[12] Si la Cour conclut que ces redevances sont une taxe, la Cour d’appel fédérale a déjà statué, sur une question de droit préliminaire, que l’article 11 du Règlement serait *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, par lequel le pouvoir est conféré (*Assoc. canadienne des radiodiffuseurs. c. Canada*, 2006 CAF 208).

[13] Par conséquent, la question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou s’il s’agit de droits.

[14] Les demanderesse membres de l’ACR sollicitent un jugement déclaratoire additionnel pour le remboursement des sommes versées conformément à l’article 11 du Règlement.

FACTS

[15] Paragraph 11(1)(a) of the *Broadcasting Act* states:

11. (1) The Commission may make regulations

(a) with the approval of the Treasury Board, establishing schedules of fees to be paid by licensees of any class;

(b) providing for the establishment of classes of licensees for the purposes of paragraph (a);

(c) providing for the payment of any fees payable by a licensee, including the time and manner of payment;

(d) respecting the interest payable by a licensee in respect of any overdue fee; and

(e) respecting such other matters as it deems necessary for the purposes of this section.

[16] Pursuant to this authority, the CRTC has established the Regulations. Part I of the Regulations (sections 7 to 10) provides for a “Part I Licence Fee” (described below) and Part II of the Regulations (section 11) provides for a “Part II Licence Fees.” Both Part I and Part II licence fees are payable on an annual basis by broadcasting licensees that are not otherwise exempt.

(a) Part I Licence Fees

[17] Part I licence fees are based on a formula which takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC’s regulatory costs on a prorated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption.

[18] The formula for the calculation of Part I licence fees is described in detail in paragraphs 32-40 of the agreed statement of facts.

(b) Part II Licence Fees

[19] Part II licence fees are levied in addition to Part I licence fees. Broadcasters required to pay Part II

LES FAITS

[15] L’alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. (1) Le Conseil peut, par règlement :

a) avec l’approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie;

b) à cette fin, établir des catégories de titulaires de licences;

c) prévoir le paiement des droits à acquitter par les titulaires de licences, y compris les modalités de celui-ci;

d) régir le paiement d’intérêt en cas de paiement tardif des droits;

e) prendre toute autre mesure d’application du présent article qu’il estime nécessaire.

[16] Conformément à ce pouvoir, le CRTC a pris le Règlement. La partie I du Règlement (articles 7 à 10) traite des « droits de licence de la partie I » (ci-dessous décrits) et la partie II du Règlement (article 11) traite des « droits de licence de la partie II ». Les droits de licence de la partie I et de la partie II sont payables chaque année par les titulaires de licences de radiodiffusion qui n’en sont pas par ailleurs exemptés.

a) Droits de licence de la partie I

[17] Les droits de licence de la partie I sont basés sur une formule dans laquelle il est tenu compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de la réglementation du CRTC, ces droits étant calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable.

[18] La formule par laquelle les droits de licence de la partie I sont calculés est décrite en détail aux paragraphes 32 à 40 de l’exposé conjoint des faits.

b) Droits de licence de la partie II

[19] Les droits de licence de la partie II sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I. Les

licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level.

[20] The formula for the calculation of Part II licence fees is described in detail in paragraphs 43-51 of the agreed statement of facts.

[21] Part II licence fees are entirely deposited into the Consolidated Revenue Fund (CRF), and Part II licence fees do not go into a specified purpose account within the CRF.

[22] The following facts are agreed to by the parties by way of the agreed statement of facts.

[23] The CRTC has collected the following amounts of Part II licence fees in each of the following years:

- i. \$62.9 million in 1997-1998;
- ii. \$69.7 million in 1998/1999;
- iii. \$75.1 million in 1999/2000;
- iv. \$81.6 million in 2000/2001;
- v. \$88 million in 2001/2002;
- vi. \$92.6 million in 2002/2003;
- vii. \$102.5 million in 2003/2004; and
- viii. \$107.2 million in 2004/2005.

Industry Canada and The Broadcasting Spectrum

(a) Industry Canada

[24] Industry Canada is charged with the task of managing all radio spectrum, including spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (broadcasting spectrum). Industry Canada issues broadcasting certificates that accompany the broadcasting licences issued by the CRTC where the use of broadcasting

entreprises de radiodiffusion qui sont obligées d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 p. 100 de l'excédent du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion sur la franchise applicable.

[20] La formule de calcul des droits de licence de la partie II est décrite en détail aux paragraphes 43 à 51 de l'exposé conjoint des faits.

[21] Les droits de licence de la partie II sont entièrement déposés dans le Trésor; ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor.

[22] Dans l'exposé conjoint des faits, les parties conviennent des faits ci-après énoncés.

[23] Le CRTC a recouvré les montants suivants, au titre des droits de licence de la partie II, au cours de chacune des années mentionnées ci-dessous :

- i. 62,9 millions de dollars en 1997-1998;
- ii. 69,7 millions de dollars en 1998-1999;
- iii. 75,1 millions de dollars en 1999-2000;
- iv. 81,6 millions de dollars en 2000-2001;
- v. 88 millions de dollars en 2001-2002;
- vi. 92,6 millions de dollars en 2002-2003;
- vii. 102,5 millions de dollars en 2003-2004;
- viii. 107,2 millions de dollars en 2004-2005.

Industrie Canada et le spectre de la radiodiffusion

a) Industrie Canada

[24] Industrie Canada est chargée de gérer tout le spectre de la radio, notamment le spectre consacré à la radiodiffusion (le spectre de la radiodiffusion). Industrie Canada délivre des certificats de radiodiffusion qui sont joints aux licences de radiodiffusion délivrées par le CRTC dans les cas où il faut utiliser le spectre de la

spectrum is required. No additional fee is charged to a broadcasting licensee by Industry Canada for the broadcasting certificate.

[25] The costs incurred by Industry Canada with respect to its management of broadcasting spectrum are estimated as being:

- i. \$13.0 million in 1998/1999;
- ii. \$12.0 million in 1999/2000;
- iii. \$12.0 million in 2000/2001;
- iv. \$9.8 million in 2001/2002;
- v. \$10.0 million in 2002/2003;
- vi. \$10.3 million in 2003/2004; and
- vii. \$10 million in 2004/2005.

[26] Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum do not vary according to the gross revenues earned by broadcast licence holders.

(b) Use of broadcasting spectrum

[27] Not all broadcasting activities licensed by the CRTC use broadcasting spectrum. Only licensees, whose broadcasting licence may be identified by reference to a specific call sign, for example "CJOH-TV," utilize a transmitter operating in broadcasting spectrum as the primary means for signal distribution.

[28] Traditional radio and television broadcasting undertakings transmit unencrypted digital or analog signals that may be received by the general public *via* consumer-level receiving devices, utilizing broadcasting spectrum.

[29] Pay and specialty (P&S) undertakings are similar to conventional radio and television broadcasting stations except that they mostly do not distribute their programs freely to the general public, nor does the P&S

radiodiffusion. Industrie Canada n'exige aucun droit additionnel du titulaire d'une licence de radiodiffusion pour le certificat de radiodiffusion.

[25] Les coûts estimatifs engagés par Industrie Canada pour la gestion du spectre de la radiodiffusion sont les suivants :

- i. 13 millions de dollars en 1998-1999;
- ii. 12 millions de dollars en 1999-2000;
- iii. 12 millions de dollars en 2000-2001;
- iv. 9,8 millions de dollars en 2001-2002;
- v. 10 millions de dollars en 2002-2003;
- vi. 10,3 millions de dollars en 2003-2004;
- vii. 10 millions de dollars en 2004-2005.

[26] Les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion ne varient pas en fonction des revenus bruts réalisés par les titulaires de licences de radiodiffusion.

b) Utilisation du spectre de la radiodiffusion

[27] Le spectre de la radiodiffusion n'est pas utilisé pour toutes les activités de radiodiffusion visées par une licence accordée par le CRTC. Seuls les titulaires de licences dont la licence de radiodiffusion peut être identifiée en utilisant un indicatif précis, par exemple « CJOH-TV », se servent d'un transmetteur utilisant le spectre de la radiodiffusion comme principal moyen de distribution des signaux.

[28] Les entreprises traditionnelles de radiodiffusion et de télédiffusion transmettent des signaux non codés en mode numérique ou analogique que le grand public peut recevoir au moyen d'appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion.

[29] Les services payants et spécialisés sont semblables aux postes habituels de radiodiffusion et de télédiffusion, sauf qu'en général ces services ne distribuent pas leurs émissions gratuitement au grand

licensee itself operate transmitters that distribute programs to consumer-level receiving devices utilizing broadcasting spectrum. Instead, these services route their programs to distribution undertakings, such as conventional cable or direct-to-home (DTH) satellite systems, which add them to the program line ups they offer to paying subscribers.

[30] A P&S undertaking's programming licence is issued by the CRTC but no corresponding broadcasting certificate from Industry Canada is required.

[31] In sending their programs to the distribution undertakings, P&S operators typically employ optical fibre cables, dedicated coaxial cables, fixed satellites or microwave links. Sending programs *via* fibre or coaxial cables does not utilize broadcasting spectrum (or any form of electromagnetic spectrum). Where microwave or fixed satellite links are employed for program routing, the spectrum used is not broadcasting spectrum and separate licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those systems.

[32] Conventional cable undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee. These undertakings distribute programs *via* a combination of optical fibre and coaxial cable; consequently, they do not use any broadcasting spectrum in regard to that portion of their distribution that is connected directly to subscribers.

[33] DTH undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee. DTH undertakings distribute programs *via* satellite signals provided by a satellite operator, such as Telesat Canada. Such systems do not use broadcasting spectrum.

public, et le titulaire d'une licence de service payant et spécialisé n'exploite pas lui-même de transmetteurs qui distribuent les émissions à des appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion. Ces services acheminent plutôt leurs émissions vers des entreprises de distribution, comme les entreprises habituelles de distribution par câble ou des entreprises qui utilisent des satellites de radiodiffusion directe (SRD), qui les ajoutent à la gamme des émissions qu'ils offrent aux abonnés moyennant le paiement de certains frais.

[30] La licence d'entreprise de programmation des services payants et spécialisés est délivrée par le CRTC, mais il n'est pas nécessaire d'obtenir un certificat de radiodiffusion correspondant d'Industrie Canada.

[31] Pour faire parvenir leurs émissions aux entreprises de distribution, les exploitants de services payants et spécialisés emploient habituellement des câbles à fibres optiques, des câbles coaxiaux dédiés, une liaison par satellite stationnaire ou une liaison hertzienne. La distribution d'émissions au moyen de câbles à fibres optiques ou de câbles coaxiaux ne se fait pas au moyen du spectre de la radiodiffusion (ou d'une forme quelconque de spectre électromagnétique). Lorsqu'une liaison hertzienne ou par satellite stationnaire est employée pour l'acheminement des émissions, le spectre utilisé n'est pas le spectre de la radiodiffusion et les titulaires de licences de ces systèmes versent des droits de licence distincts à Industrie Canada.

[32] Les entreprises habituelles de distribution par câble fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Ces entreprises distribuent leurs émissions au moyen d'une combinaison de câbles à fibres optiques et de câbles coaxiaux; par conséquent, elles n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion pour la partie de leur distribution qui est directement reliée aux abonnés.

[33] Les entreprises de SRD fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Ces entreprises distribuent leurs émissions au moyen de signaux satellite fournis par un exploitant de service par satellite, comme Télésat

They use “fixed-satellite” or “broadcasting-satellite” electromagnetic spectrum that is licensed to the satellite operator, not to the DTH licensees.

[34] Multi-point distribution system (MDS) undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee, by transmitting encrypted digital signals containing up to 100 individual television and radio programming channels, which are received by authorized subscribers using proprietary receiving devices generally provided by the MDS licensees.

[35] MDS transmissions utilize broadcasting spectrum (electromagnetic spectrum that has been allocated for terrestrial broadcasting services by Industry Canada). The distribution undertaking licence is issued by the CRTC. A corresponding broadcasting certificate, specifying the licensee’s authorized technical operating parameters, is issued by Industry Canada. No fees are charged for these certificates.

[36] Network undertakings are operations where control over all or any of the programs or program schedules of one or more distribution undertakings or programming undertaking is delegated to other undertakings or persons, called “affiliates.”

[37] Most network programs are delivered *via* fixed satellite or microwave links; however optical fibre cables and dedicated coaxial cables may also be employed. The latter two delivery means do not employ electromagnetic spectrum. Where microwave links or fixed satellite links, which do not utilize broadcasting spectrum, are employed for program delivery, spectrum licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those technical systems.

Canada. De tels systèmes n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion. Ils utilisent un spectre électromagnétique pour « satellite stationnaire » ou pour « satellite de radiodiffusion » qui fait l’objet d’une licence attribuée à l’exploitant d’un service par satellite plutôt qu’aux titulaires de licences de SRD.

[34] Les entreprises qui exploitent un système de distribution multipoint (SDM) fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Elles transmettent des signaux numériques codés contenant jusqu’à 100 chaînes de télévision et de radio, que les abonnés autorisés captent à l’aide d’appareils récepteurs exclusifs généralement fournis par les titulaires de licences de SDM.

[35] Les transmissions du SDM utilisent le spectre de la radiodiffusion (le spectre électromagnétique qu’Industrie Canada a consacré aux services terrestres de radiodiffusion). La licence d’entreprise de distribution est attribuée par le CRTC. Un certificat de radiodiffusion correspondant, précisant les paramètres techniques d’exploitation autorisés du titulaire de licence, est délivré par Industrie Canada. Aucun droit n’est exigé pour ces certificats.

[36] Les entreprises de réseau sont des entreprises dans lesquelles le contrôle de tout ou partie des émissions ou de la programmation d’une entreprise de distribution ou de programmation ou de plusieurs entreprises de distribution ou de programmation est délégué à d’autres entreprises ou personnes « affiliées ».

[37] La plupart des émissions de réseau sont distribuées par satellite stationnaire ou par liaison hertzienne, mais des câbles à fibres optiques et des câbles coaxiaux dédiés peuvent également être employés. Les deux derniers moyens de distribution n’utilisent pas le spectre électromagnétique. Lorsqu’une liaison hertzienne ou une liaison par satellite stationnaire, qui n’utilise pas le spectre de la radiodiffusion, est employée pour la distribution des émissions, les titulaires de licences de ces systèmes techniques versent des droits de licence de spectre à Industrie Canada.

Background to Part II fees

[38] The Regulations establishing the Part I/Part II licence fee regime came into effect on April 1, 1997.

[39] On November 22, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149 [Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations]; on November 29, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149-1 [Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations: Erratum—Definition of Fee Revenue]; and on March 20, 1997 the CRTC issued Public Notice CRTC 1997-32 [Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997].

[40] Public Notice CRTC 1996-149 stated that effective April 1, 1996, the Treasury Board had granted the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity, whereby Parliament authorized the CRTC to apply revenues towards costs directly incurred for specific activities. Under the revised fee structure, it was proposed that each licensee would pay to the Commission a Part I licence fee payable 30 days following the date of the invoice, and a Part II licence fee payable on or before November 30 annually.

[41] Public Notice CRTC 1996-149 stated:

The intent of the revised fee structure is to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis, over a period of three years. Furthermore, assuming that its funding base remains stable, the Commission projects that the licence fees payable by each undertaking would approximate the amount that would be assessed under the current system.

[42] Public Notice CRTC 1997-32, which was issued with the draft regulations, stated:

The proposed regulations were drafted by the Commission in response to the Treasury Board's decision to grant the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity. As a result of this decision, the Commission will henceforth require that a portion of the licence fees be paid as of 1 April each year to finance the Commission's operating expenditures.

Historique relatif aux droits de la partie II

[38] Le Règlement établissant le régime de droits de licence de la partie I et de la partie II est entré en vigueur le 1^{er} avril 1997.

[39] Le 22 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149 [Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion], le 29 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149-1 [Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Erratum—Définition de recettes désignées], et le 20 mars 1997, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1997-32 [Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion].

[40] L'avis public CRTC 1996-149 disait qu'à compter du 1^{er} avril 1996, le Conseil du Trésor avait autorisé le CRTC à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion, le Parlement autorisant le CRTC à imputer aux recettes les frais directement engagés dans ces activités particulières. Selon la structure tarifaire révisée, il était prévu que chaque titulaire de licence verserait au Conseil les droits de licence de la partie I dans les 30 jours suivant la date de la facture et les droits de licence de la partie II au plus tard le 30 novembre de chaque année.

[41] L'avis public CRTC 1996-149 était libellé comme suit :

La structure tarifaire révisée vise à créer un système qui, par rapport à la structure actuelle, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie. De plus, en supposant que sa base de financement demeure stable, le Conseil prévoit que les droits de licence payables par chaque entreprise équivalraient au montant calculé dans le système actuel.

[42] L'avis public CRTC 1997-32, qui a été publié avec le projet de règlement, était libellé comme suit :

Le Conseil a rédigé son projet de règlement suite à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. En raison de cette décision, le Conseil exigera désormais qu'une partie des droits de licence soit acquittée au 1^{er} avril de chaque année, afin de financer ses dépenses de fonctionnement.

The Commission's intent in drafting the proposed new regulations was to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on both an industry-wide and individual undertaking basis over the period of the next three years, assuming that the Commission's approved funding level remains stable.

[43] After the initial proposal of the new fee structure in Public Notice CRTC 1996-149, the CRTC had received comments recommending that a cap be established to ensure that the sum of the Part I and Part II fees be no greater than the then-current rate of 1.8% of all revenues that exceed the exemption amount. The CRTC disregarded these comments.

The Commission does not consider the suggestion for a cap on licence fees to be appropriate, as this would limit its spending flexibility. The Commission notes in this regard that spending flexibility under the vote-netting authority may be required from time to time in order to finance one-time unanticipated costs incurred in any given year. In such circumstances, fees in excess of those that would have been assessed under the old regulations may be required.

In approving the Fee Regulations, Treasury Board provided the Commission with limited authority for exceeding authorized funding levels. This was instituted to ensure that any one-time expenditures incurred by the Commission in excess of approved funding levels, and assessed to the broadcasters, would be minimal. The Commission notes that, under the new fee structure, any permanent adjustment to the Commission's funding levels would continue to require Treasury Board and Parliamentary approvals.

[44] In disregarding the comments raised at the time regarding a cap on the sum of the Part I and Part II fees, the CRTC specifically recognized that the Treasury Board had provided the CRTC with limited authority for exceeding authorized funding levels.

[45] The CRTC has greatly exceeded this limited authority by collecting Part II fees which are greatly in excess of the costs which are themselves covered by the Part I fees. The CRTC has collected \$25.8 million in Part I fees for 2004/2005 and an additional \$107.2

Lorsqu'il a rédigé le projet de règlement, le Conseil a voulu créer, par rapport à la structure des droits en place, un système suivant lequel l'industrie et chaque entreprise paieraient à peu près le même montant de droits sur une période incluant les trois prochaines années, en prenant pour acquis la stabilité du niveau de financement approuvé.

[43] Après avoir énoncé le projet initial relatif à la nouvelle structure tarifaire dans l'avis public CRTC 1996-149, le CRTC avait reçu des observations dans lesquelles on recommandait l'établissement d'un plafond garantissant que la somme des droits de la partie I et de la partie II ne soit pas supérieure au taux qui existait alors, soit 1,8 p. 100 des recettes en sus de la franchise. Le CRTC n'a pas tenu compte de ces observations :

De l'avis du Conseil, le plafond proposé pour les droits de licence n'est pas approprié, étant donné qu'il limiterait sa latitude sur le plan des dépenses. À ce propos, il fait remarquer qu'il arrive parfois qu'une latitude sur le plan des dépenses suivant la méthode du crédit net soit nécessaire pour financer des frais imprévus non récurrents dans une année donnée. Dans ces cas, il se pourrait que les droits soient supérieurs à ceux qui auraient été facturés en vertu de l'ancien règlement.

Lorsqu'il a approuvé le règlement sur les droits de licence, le Conseil du Trésor a donné au Conseil l'autorisation restreinte de dépasser les niveaux de financement autorisés et ce, afin de minimiser les dépenses non récurrentes engagées par le Conseil en sus des niveaux de financement approuvés, et évalués pour les radiodiffuseurs. Le Conseil signale que, suivant la nouvelle structure des droits, tout rajustement permanent des niveaux de financement du Conseil continueraient [*sic*] d'exiger l'approbation du Conseil du Trésor et du Parlement.

[44] En ne faisant aucun cas des commentaires formulés à ce moment-là au sujet d'un plafond sur la somme des droits de la partie I et de la partie II, le CRTC a expressément reconnu que le Conseil du Trésor lui avait donné l'autorisation restreinte de dépasser les niveaux de financement autorisés.

[45] Le CRTC a grandement excédé ce pouvoir restreint en recouvrant des droits de la partie II qui sont de beaucoup supérieurs aux coûts, qui sont eux-mêmes couverts par les droits de la partie I. Le CRTC a recouvré 25,8 millions de dollars au titre des droits de la

million in Part II fees for the same 2004/2005 period. The Part II fees for 2004/2005 are 415% over and above the Part I fees collected by the CRTC under the Treasury Board's limited authority to exceed cost recovery (paragraphs 38 and 52 of agreed statement of facts, Tab 5, trial record).

[46] The genuine purpose of the Part II fee is revenue raising:

The importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires "Notice" before a fund raising scheme such as the one at bar may be put in jeopardy.

(Defendant's table of principle (*sic*) cases & authorities, November 10, 2006, summary for *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, page 10, item ii.)

Principles to apply when Parliament empowers the Crown to charge fees by regulation

[47] At trial, during the cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz on the Nordicity Group Ltd. report, the plaintiffs produced Exhibit P-11. The document comprises three documents originally provided to the plaintiffs by way of the defendant's June 23, 2004 affidavit of documents filed in T-276-04.

[48] The document, Exhibit P-11, was listed in Schedule I to the affidavit of documents of Mr. Ian Ironside who stated that:

(a) he had been authorized to make the affidavit on behalf of the defendant;

(b) he had made a diligent search of the defendant's records and had made appropriate inquiries of others to inform himself in order to make the affidavit;

partie I pour l'exercice 2004-2005 et un montant additionnel de 107,2 millions de dollars, au titre des droits de la partie II, pour la même période 2004-2005. Les droits de la partie II pour l'exercice 2004-2005 sont de 415 p. 100 supérieurs aux droits de la partie I recouvrés par le CRTC en vertu de l'autorisation restreinte donnée par le Conseil du Trésor de dépasser le montant lui permettant de recouvrer ses coûts (paragraphes 38 et 52 de l'exposé conjoint des faits, onglet 5, dossier d'instruction).

[46] Les droits de la partie II visent en fait à percevoir des revenus :

[TRADUCTION] Le fait qu'il est important d'assurer la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances du gouvernement exige clairement qu'un « avis » soit donné avant qu'un régime de perception de revenus tel que celui qui est ici en cause puisse être mis en danger.

(Tableau des principaux arrêts et ouvrages de doctrine de la défenderesse, 10 novembre 2006, résumé de l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, page 10, article ii.)

Principes à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement

[47] À l'instruction, lorsque M. Dustin Chodorowicz a été contre-interrogé au sujet du rapport de Nordicity Group Ltd., les demanderesse ont produit la pièce P-11. Le document comprend trois documents d'abord remis aux demanderesse au moyen de l'affidavit de documents en date du 23 juin 2004 de la défenderesse, déposé dans le dossier T-276-04.

[48] Le document, pièce P-11, était mentionné dans l'annexe I jointe à l'affidavit de documents de M. Ian Ironside, qui a déclaré ce qui suit :

a) il avait été autorisé à faire l'affidavit pour le compte de la défenderesse;

b) il avait étudié attentivement les dossiers de la défenderesse et il avait consulté d'autres personnes pour se renseigner avant de faire l'affidavit;

(c) the affidavit disclosed, to the full extent of his knowledge, information and belief, all of the documents relevant to any matter in issue in the action and that were, at that time, in the defendant's possession, power or control and that were but are no longer in the defendant's possession, power or control;

(d) he had listed and described in Schedule 1 all of the relevant documents, or bundles of relevant documents, that were, at that time, in the defendant's possession, power or control and for which no privilege was claimed.

[49] The last document listed in Schedule 1 to that affidavit of documents was described as "En liasse, note of Sept 29, 1993 to Anita Biguzs and documents from the 1998 Third Commonwealth Conference on delegated Legislation (appendix 6 entitled "*Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the constitutional principles to apply when Parliament empowers the Crown to charge fees by regulation*" and appendix 7 entitled "Fees and taxes: The distinction and its implications")".

[50] This document was presented to Mr. Chodorowicz on cross-examination on November 16, 2006 and produced as Exhibit P-11. Appendix 6 of the document was a New Zealand House of Representatives, 1989 document entitled *Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*:

8.3 We think that the fee fixing in these circumstances can quickly become nothing more than a revenue gathering exercise which may bear little or no resemblance at all to the value of the service actually provided. The temptation to move to greater than cost recovery might well be hard to resist, especially when a cross subsidy situation presents itself. Some safeguards seem desirable.

8.4 We accept that there will be occasions when a substantial fee is entirely proper. Indeed, that fee could be far greater than cost recovery. If a privilege has been granted to one individual or group to the exclusion of others, then the issue is more of

c) l'affidavit divulguait, au mieux de sa connaissance et de sa croyance, tous les documents qui avaient trait à une question en litige dans l'action et qui avaient été en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la défenderesse mais qui ne l'étaient plus maintenant;

d) il avait énuméré et décrit à l'annexe 1 tous les documents pertinents, ou liasses de documents pertinents, qui étaient à ce moment-là en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la défenderesse, et à l'égard desquels aucun privilège de non-divulgaration n'était revendiqué.

[49] Le dernier document mentionné à l'annexe 1 accompagnant l'affidavit de documents était décrit comme suit : [TRADUCTION] « En liasse, note du 29 septembre 1993 adressée à Anita Biguzs et documents de la troisième Conférence du Commonwealth de 1998 sur la législation déléguée (appendice 6 intitulé « *Rapport du Comité d'examen des règlements : Enquête sur les principes constitutionnels à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement* » et appendice 7 intitulé « *Droits et taxes : Distinction et effets* ») ».

[50] Ce document a été présenté à M. Chodorowicz lorsque celui-ci a été contre-interrogé le 16 novembre 2006 et il a été produit sous la cote P-11. L'appendice 6 accompagnant le document était un document de 1989 de la Chambre des représentants de la Nouvelle-Zélande, intitulé [TRADUCTION] *Rapport du Comité d'examen des règlements : Enquête sur les principes constitutionnels à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement* :

[TRADUCTION] 8.3 Nous croyons que la fixation de droits dans ces conditions peut rapidement devenir tout simplement une mesure de perception du revenu qui correspond peu ou qui ne correspond pas du tout à la valeur du service réellement fourni. Il pourrait bien être difficile de résister à la tentation de faire plus que de recouvrer ses coûts, en particulier lorsqu'il y a interfinancement. Il semble souhaitable de prévoir certaines garanties.

8.4 Nous reconnaissons que dans certains cas, il est tout à fait approprié d'exiger des droits élevés. De fait, ces droits pourraient être de beaucoup supérieurs au montant permettant le recouvrement des coûts. Si un privilège a été accordé à une

a commercial contractual matter. This was the rationale of the decision of the Court in the *Mt Cook National Park Board v. Mt Cook Motels Ltd* (1972) NZLR 481. But where there is greater than cost recovery there is, in our opinion, a greater obligation to inform the paying public.

...

8.6 We do not find it satisfactory that the public are generally unaware that they are paying greater than cost recovery. We think that where this happens the public has a right to know and further to know why it is considered necessary.

[51] The New Zealand Committee recommended that an explanatory note should accompany legislation to state whether the expected revenue will or will not exceed cost recovery.

9.4 We favour a certification procedure for both primary and subordinate legislation. When any legislative instrument actually quantifies a fee then it should be accompanied by an explanatory note which should state whether the expected revenue for the following 12 month period will, or will not, exceed cost recovery.

9.5 In the rather unusual event that a bill introduced to the House itself quantifies fees, then the explanatory note to the Bill should contain this statement. When, as is more common, a regulation or Order in Council is promulgated which quantifies fees, then there should be a similar explanatory note which would provide the same information.

9.6 We have in mind that such a certificate would read as follows:

“Certified that the estimated revenue from the fees payable pursuant to clause (—) in the next twelve monthly period (will/will not) exceed cost recovery calculated using the relevant formula set out in the “Guidelines on Costing and Charging for Public Sector Goods and Services” issued by the Audit Office.”

9.7 In the event that the explanatory note indicates that the revenue will exceed cost recovery, then we believe that the certificate should then go on to provide:

a) an explanation why that is thought necessary in that particular case and,

personne ou à un groupe à l'exclusion des autres, la question qui se pose est alors davantage d'une nature contractuelle commerciale. Tel était le fondement de la décision de la cour dans l'affaire *Mt Cook National Park Board v. Mt Cook Motels Ltd* (1972) NZLR 481. Cependant, lorsqu'un montant supérieur aux coûts à recouvrer est recueilli, il existe à notre avis une obligation plus lourde d'en informer le public payeur.

[. . .]

8.6 À notre avis, il est inadmissible que le public ne sache en général pas qu'il verse un montant supérieur au montant des coûts à recouvrer. Nous croyons qu'en pareil cas, le public a le droit d'être au courant de la chose et de savoir pourquoi cela est considéré comme nécessaire.

[51] Le Comité de la Nouvelle-Zélande a recommandé qu'une note explicative accompagnant le texte législatif indique si le revenu prévu dépassera le montant des coûts à recouvrer :

[TRADUCTION] 9.4 Nous sommes en faveur d'une procédure d'attestation tant pour la législation principale que pour la législation subordonnée. L'instrument législatif qui fixe en fait le montant d'un droit devrait être accompagné d'une note explicative indiquant si le revenu prévu pour la période de 12 mois à venir dépassera le montant des coûts à recouvrer.

9.5 Dans le cas plutôt inhabituel où un projet de loi présenté à la Chambre fixe le montant des droits, la note explicative accompagnant le projet de loi devrait l'indiquer. Dans les cas plus communs où un règlement ou un décret qui fixe le montant des droits est promulgué, il devrait y avoir une note explicative similaire donnant le même renseignement.

9.6 Selon nous, une telle attestation devrait être libellée comme suit :

« Il est attesté que le revenu estimatif tiré des droits exigibles conformément à la clause (—) au cours de la période de douze mois à venir dépassera (ou ne dépassera pas) le montant des coûts à recouvrer, calculés à l'aide de la formule pertinente énoncée dans les « Lignes directrices relatives à la détermination des coûts des biens et services du secteur public et à leur tarification » publiées par le Bureau de la vérification ».

9.7 Dans le cas où la note explicative indique que le revenu dépassera le montant des coûts à recouvrer, nous croyons que l'attestation devrait en outre renfermer :

a) une explication des raisons pour lesquelles cela est jugé nécessaire dans ce cas particulier;

b) an estimate of the excess over cost expressed as a percentage.

9.8 This certification procedure should be followed whether the fee is being imposed for the first time or an existing fee is being reviewed.

[52] The Treasury Board of Canada had and has similar expectations. (Treasury Board of Canada's February 1, 1989 *Guide to the Costing of Outputs in the Government of Canada*, documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Volume 1, Tab 8; Treasury Board of Canada's August 2003 *External Charging Policy*, documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Volume 1, Tab 18.)

[53] In similar fashion, the CRTC in Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32 attempts to quantify the excess and to reassure those subject to the charges that the excess is limited in light of the limited grant of authority obtained from the Treasury Board. No explanation is provided in Public Notice CRTC 1996-149 or in Public Notice CRTC 1997-32 for the 415% fund-raising scheme.

[54] In addition to the certificate mentioned above, the New Zealand Committee recommended that Parliament retain control over the power to impose fees, effectively endorsing the "no taxation without representation" principle. The Committee recommended:

11.1 . . . that the House reaffirm its right to require the Crown to seek the prior authority of Parliament to extract from the public any money for the purposes of the Crown where the extraction is compulsory, for public purposes, and is enforceable by law;

[55] This echoes the September 9, 2005 order of Justice James Hugessen, affirmed by the Federal Court of Appeal (*Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada* (2005), 50 Admin. L.R. (4th) 26 (F.C.); affirmed on appeal (2006), 50 admin. L.R. (4th) 35 (F.C.A.)).

b) une estimation du montant en sus des coûts, exprimé sous forme de pourcentage.

9.8 Cette procédure d'attestation devrait être suivie dans tous les cas et ce, que le droit soit imposé pour la première fois ou qu'il s'agisse d'un droit existant qui est révisé.

[52] Le Conseil du Trésor du Canada avait et a des attentes similaires. (*Guide pour l'établissement des coûts des extrants au Gouvernement du Canada* de février 1989 du Conseil du Trésor du Canada, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 8; *Politique sur les frais d'utilisation externe*, août 2003 du Conseil du Trésor du Canada, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 18.)

[53] De la même façon, dans l'avis public CRTC 1996-149 et dans l'avis public CRTC 1997-32, le CRTC tente de mesurer l'excédent et de rassurer ceux qui sont touchés que l'excédent est restreint, compte tenu de l'autorisation restreinte obtenue du Conseil du Trésor. Aucune explication n'est fournie dans l'avis public 1996-149 ou dans l'avis public 1997-32 au sujet du régime de financement représentant 415 p. 100 des coûts.

[54] En plus de l'attestation susmentionnée, le Comité de la Nouvelle-Zélande a recommandé que le Parlement conserve la maîtrise du pouvoir d'imposer des droits, et a en fait approuvé le principe selon lequel « il ne peut y avoir de taxation sans représentation ». Le Comité a fait la recommandation suivante :

[TRADUCTION] 11.1 [. . .] que la Chambre réaffirme son droit d'obliger la Couronne à demander au préalable au Parlement l'autorisation d'obtenir du public toute somme aux fins de la Couronne lorsque le prélèvement est obligatoire, à des fins d'intérêt public, et exigé par la loi;

[55] Cela est conforme à l'ordonnance rendue par le juge James Hugessen le 9 septembre 2005, laquelle a été confirmée par la Cour d'appel fédérale (*Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada*, 2005 CF 1217 conf. par 2006 CAF 208).

[56] In so doing, the New Zealand Committee echoed the four criteria set out in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. A fifth criterion—the need for a reasonable nexus between the quantum charged and the cost of the service provided—was recognized by the Supreme Court of Canada in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565. As such, the comments of the Committee should be regarded as relevant and authoritative in Canada. (See also *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at paragraph 22.)

Fees and taxes: the distinction

[57] The document, Exhibit P-11, also contained a November 1989 report prepared on behalf of the Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations.

[58] The document also echoes the criteria endorsed in *Eurig*, above and *Lawson*, above when introducing the topic of delegated authority to impose taxes.

It is a frequently stated general principle that there is a presumption against the conferring by Parliament of a power to impose taxation. In other word, if Parliament wishes to give the Executive or some administrative agency the power to raise a tax by means of delegated legislation, it must do so in specific and unequivocal language. . .

(Exhibit P-11, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications” at page 9.)

[59] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations discussed the distinction between fees and taxes. Those comments are worth excerpting in some detail:

Those charged with the parliamentary scrutiny or delegated legislation serve as important guardians of the exclusive power of the legislature to raise money through taxation. Statutes providing for licensing, the issuing of permits or the provision of government services typically authorize the fixing of fees by means of delegated legislation. Indeed, the granting of a power to license may be seen to include the power to exact a reasonable fee to defray the administrative costs entailed in

[56] Ce faisant, le Comité de la Nouvelle-Zélande a repris les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. Un cinquième critère—le fait qu’il doit y avoir un rapport raisonnable entre la somme exigée et le coût du service fourni—a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565. Cela étant, les commentaires du Comité devraient être considérés comme pertinents et faisant autorité au Canada. (Voir également *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, au paragraphe 22.)

Droits et taxes : La distinction

[57] Le document produit sous la cote P-11 renfermait également un rapport en date du mois de novembre 1989 préparé pour le compte du Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation.

[58] Le document reprend également les critères approuvés dans les arrêts *Eurig* et *Lawson*, précités, lorsqu’il est question du pouvoir délégué d’imposer des taxes :

[TRADUCTION] Selon un principe général fréquemment mentionné, il existe une présomption à l’encontre de l’octroi par le Parlement d’un pouvoir d’imposition. En d’autres termes, si le Parlement veut conférer à l’exécutif ou à un organisme administratif le pouvoir de percevoir une taxe au moyen de la législation déléguée, il doit le faire en des termes clairs et précis [. . .]

(Pièce P-11, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », à la page 9.)

[59] Le Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation a traité de la distinction à faire entre les droits et les taxes. Il vaut la peine de citer plus ou moins au complet ces commentaires :

[TRADUCTION] Les personnes qui sont responsables de l’examen parlementaire de la législation déléguée ont la tâche importante d’agir comme gardiens du pouvoir exclusif que possède la législature de percevoir de l’argent au moyen de la taxation. Les lois qui prévoient l’octroi de licences ou de permis ou la prestation de services gouvernementaux autorisent habituellement la fixation de droits au moyen de la législation déléguée. De fait, l’octroi du pouvoir d’accorder

issuing the permit or licence. It may be however, that this power is exercised in a manner such that the resulting fees are more properly characterized as being the nature of a tax. Such an exercise of power must then be seen to be *ultra vires*.

The law, in theory at least, clearly recognizes a distinction between “fees” and “taxes”. Generally, a tax is said to be a compulsory payment imposed to raise revenue for a public purpose. By way of contrast, a fee may be defined as a charge for the services of public officers or for the use of a privilege or exercise of a right under government control. Thus, the distinction between a “fee” and a “tax” would appear to relate to the purpose underlying the imposition of a particular charge. Where a charge is merely intended to cover the direct cost of issuing a licence or perhaps administering the licensing scheme it will constitute a fee. Where, however, the intent is primarily to produce revenue in excess of such costs, the charge will be regarded as a tax.

(Exhibit P-11, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications” at page 9.)

[60] The latter excerpt footnotes *La Presse Ltée, La Compagnie de Publication v. Procureur Général du Canada*, [1964] Ex.C.R. 627; (1963), 63 DTC 1335; at pages 1339-1341 (DITC); [revd. *sub nom. Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*], [1967] S.C.R. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396 [hereinafter *La Presse*], as an illustration of fees limited to cost recovery. The facts adduced in *La Presse* at trial in the Exchequer Court specifically demonstrated that the fees recovered were commensurate with the rising costs of regulating broadcasting at that time and therefore had a reasonable nexus.

[61] As admitted by the defendant and as appears from Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32, the Part I licence fees perform the cost-recovery function. To that end, the application of *La Presse* to the present case is thereby exhausted and does not address or excuse the Part II fees which the defendant now seeks to retain and to keep collecting.

des licences peut être considéré comme comprenant le pouvoir d'exiger un droit raisonnable pour couvrir les coûts administratifs associés à l'octroi d'un permis ou d'une licence. Toutefois, il se peut que ce pouvoir soit exercé de telle façon que les droits y afférents peuvent d'une façon plus appropriée être considérés comme étant de la nature d'une taxe. Il faut alors considérer l'exercice de ce pouvoir comme *ultra vires*.

Le droit, en théorie du moins, établit clairement une distinction entre les « droits » et les « taxes ». En général, on dit qu'une taxe est un paiement obligatoire imposé aux fins de la perception d'un revenu à des fins publiques. Par contre, un droit peut être défini comme une redevance pour les services d'agents publics ou pour l'utilisation d'un privilège ou l'exercice d'un droit régi par le gouvernement. Par conséquent, la distinction entre un « droit » et une « taxe » semble découler du but sous-tendant l'imposition d'une redevance particulière. Lorsqu'une redevance vise simplement à couvrir le coût direct associé à l'octroi d'une licence ou peut-être à l'administration du régime y afférent, cette redevance est un droit. Toutefois, lorsque le but est principalement de générer un revenu en sus de ces coûts, la redevance sera considérée comme une taxe.

(Pièce P-11, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », à la page 9.)

[60] La décision *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication c. Procureur Général du Canada*, [1964] R.C.É. 62, aux pages 635 à 637; [inf. par *Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*], [1967] R.C.S. 60 [ci-après *La Presse*], est mentionnée en bas de page dans ce dernier passage comme exemple de droits visant strictement le recouvrement des coûts. Les faits présentés à l'instruction devant la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *La Presse* démontraient expressément que les droits recouverts étaient proportionnés aux coûts croissants qu'entraînait la réglementation de la radiodiffusion à ce moment-là et qu'il existait donc un rapport raisonnable.

[61] Comme la défenderesse l'a admis et comme le montrent l'avis public CRTC 1996-149 et l'avis public CRTC 1997-32, les droits de licence de la partie I servent au recouvrement des coûts. À cette fin, l'application de la décision *La Presse* à la présente instance n'a donc plus cours et ne vise pas ou ne justifie pas les droits de la partie II que la défenderesse cherche maintenant à conserver et à continuer de recouvrer.

[62] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations continued:

The mere fact that the fee demanded produces excess revenue is not sufficient in and of itself to support a conclusion that a given charge constitutes a tax. As noted by Lord Atkin in *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board* “(I)t cannot. . . be an objection to a licence fee that it is directed both to the regulation of trade and to the provision of revenue”. It would therefore appear that a fee may even be intended to raise revenue, provided that this is not the *primary* intent.

This is not to say that the amount imposed is not an important factor in determining whether a particular charge is a fee or a tax for revenue purposes. Obviously, where the amounts collected do not exceed the costs of administration it will be extremely difficult to argue that the purpose of the charge was to raise a net revenue. On the other hand, the greater the net excess, the stronger the inference that the charge was intended as a revenue producing mechanism.

...

Determining the purpose behind the fixing of the amount of a fee may be extremely difficult, and will often be a matter of inference. Explanatory materials and other extrinsic aids must be relied on by scrutiny committees when reviewing fees fixed by delegated legislation. This of course assumes both that explanatory materials are provided and that they have been adequately prepared. In Canada, the Special Committee on Statutory instruments recommended in its Third Report that where the power to charge fees fixed by regulation is conferred, the purpose for which the fees are charged should be clearly expressed. The Royal Commission of Inquiry into Civil Rights in Ontario also made such a recommendation. This would clearly aid in assessing the validity of a particular fee.

It was stated above that the charge levied on an ongoing basis may amount to a tax on the carrying on of a business. This introduces a third element into the equation. Keeping in mind that a licence charge may be either a fee or a tax, a distinction has also been made in law between a licence charge and a business tax. It is generally stated that a licence charge is a condition precedent, while a business tax is a condition subsequent. In other words, a licence charge may be required before a certain business or occupation can be carried on. A business tax is a charge on the occupation or business in which the license authorizes one to engage.

[62] Le Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] Le simple fait que le droit exigé produit un revenu excédentaire ne suffit pas en soi pour qu'il soit possible de conclure qu'une redevance donnée est une taxe. Comme lord Atkin l'a fait remarquer dans l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, « on ne saurait [. . .] s'opposer à un droit de licence qui vise tant à réglementer le commerce qu'à générer un revenu ». Il semble donc qu'un droit puisse même viser à permettre de percevoir un revenu, à condition que ce ne soit pas l'objectif *principal*.

Cela ne veut pas pour autant dire que le montant imposé ne constitue pas un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si une redevance particulière est un droit ou s'il s'agit d'une taxe aux fins du revenu. De toute évidence, lorsque les montants recouverts n'excèdent pas les coûts administratifs, il sera fort difficile de soutenir que la redevance visait à permettre de percevoir un revenu net. D'autre part, plus l'excédent net est élevé, plus la conclusion selon laquelle la redevance était destinée à servir de mécanisme de production d'un revenu sera forte.

[. . .]

Il peut être fort difficile de déterminer le but sous-tendant la fixation du montant d'un droit, et il s'agira souvent d'une question de déduction. Les comités d'examen doivent se fonder sur les documents explicatifs et sur d'autres instruments extrinsèques lorsqu'ils examinent les droits fixés au moyen de la législation déléguée. Bien sûr, cela suppose que les documents explicatifs sont fournis et qu'ils ont été préparés d'une façon adéquate. Au Canada, le Comité spécial sur les textes réglementaires a recommandé, dans son troisième rapport, que lorsque le pouvoir d'exiger des droits fixés par règlement est conféré, il faut clairement exprimer l'objectif visé. La Commission royale d'enquête sur les droits civils de l'Ontario a également fait une telle recommandation. Cela faciliterait clairement l'évaluation de la validité du droit en cause.

Il a ci-dessus été mentionné qu'une redevance prélevée de façon continue peut constituer une taxe sur l'exploitation d'une entreprise. Cela introduit un troisième élément dans l'équation. Étant donné qu'une redevance se rattachant à une licence peut constituer soit un droit soit une taxe, une distinction a également été faite en droit entre une redevance se rattachant à une licence et une taxe d'entreprise. On dit généralement qu'une redevance se rattachant à une licence est une condition préalable, alors qu'une taxe d'entreprise est une condition résolutoire. En d'autres termes, une redevance se rattachant à une licence peut être requise avant qu'une entreprise puisse être exploitée ou qu'une profession puisse être exercée. Une taxe d'entreprise est une redevance associée à la profession ou à l'entreprise visée par la licence.

...

The distinction between a condition precedent and a condition subsequent is extremely useful. Where the amount of the charge cannot be determined at the time of the issuing of a licence, but rather is dependent upon future circumstances, the charge in question may properly be characterized as a tax upon the activity to be carried out under the authority of the licence.

...

Fees greatly in excess of what can be regarded as a small token amount, or which have no defined limit, such as where only a formula for their calculation is provided, will require a Ways and Means resolution. Presumably the rationale here is that such charges may well result in net revenues and amount in taxation. . .

...

Modern examples of the Canadian Parliament dealing with these issues are extremely rare. Given that most fees, levies and other charges are today fixed by means of delegated legislation, this is hardly surprising. What is before Parliament will simply be a bill providing the enabling authority for the making of regulations establishing, or for the establishment of, fees. There may or may not be an indication as to whether fees are to be calculated on a cost recovery basis. In such circumstances it can only be concluded that, as noted by one Speaker in the British Parliament, "presumably the word "fees" means a comparatively small fee. If it were a large fee imposed, it would have to have some other name."

A great deal of uncertainty surrounds the principles to be applied in distinguishing a fee from a tax. Much of the blame for this can be placed on the courts' reluctance to invalidate fees, even where they are clearly intended to be revenue-producing. While admittedly it will often be difficult for those challenging a fee to adduce direct evidence to this effect, it is difficult to conceive of how a court could, for example, escape the clear implication of the imposition of a fee in an amount which that court itself described as "astounding".

(Exhibit P-11, En liasse, Appendix 7 entitled "Fees and taxes: The distinction and its implications", at pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[63] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments are contained in a document found in the defendant's possession at least as

[. . .]

La distinction entre une condition préalable et une condition résolutoire est fort utile. Lorsque le montant de la redevance ne peut pas être déterminé au moment de l'octroi d'une licence, mais qu'il dépend plutôt de circonstances futures, la redevance en question peut à proprement parler être considérée comme une taxe sur l'activité visée par la licence.

[. . .]

Les droits qui sont nettement supérieurs à ce qui peut être considéré comme un montant symbolique peu élevé, ou qui n'ont aucune limite définie, par exemple lorsque seule une formule de calcul est établie, exigeront une résolution des voies et moyens, et ce, probablement parce que de telles redevances peuvent bien générer des revenus nets et constituer de la taxation [. . .]

[. . .]

Des exemples contemporains de cas dans lesquels le Parlement canadien a traité de ces questions sont fort rares. Étant donné que la plupart des droits, des prélèvements ou des autres redevances sont de nos jours fixés au moyen de la législation déléguée, cela n'est pas du tout surprenant. Le Parlement ne disposera que d'un projet de loi autorisant la prise de règlements établissant les droits ou autorisant l'établissement de droits. Il n'est pas nécessairement précisé que les droits doivent être calculés en fonction des coûts à recouvrer. En pareil cas, il est uniquement possible de conclure, comme l'a fait remarquer un président du Parlement britannique, que « le mot "droit" s'entend probablement d'un droit relativement minime. Si un droit élevé était imposé, il devrait être désigné sous un autre nom ».

Il existe énormément d'incertitude au sujet des principes à appliquer pour distinguer un droit d'une taxe. On peut placer une bonne partie du blâme sur le fait que les tribunaux judiciaires hésitent à invalider des droits, même si ces droits visent clairement à produire un revenu. À vrai dire, il sera souvent difficile pour ceux qui contestent un droit de présenter une preuve directe en ce sens, mais on peut difficilement concevoir qu'un tribunal judiciaire puisse, par exemple, éviter l'implication claire de l'imposition d'un droit d'un montant que le tribunal lui-même a qualifié d'« exorbitant ».

(Pièce P-11, En liasse, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[63] Les commentaires formulés par le Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation figurent dans un document qui était en la

of September 29, 1993, before the CRTC's proposal of the new fee structure in Public Notice CRTC 1996-149.

possession de la défenderesse dès le 29 septembre 1993, avant que le CRTC propose la nouvelle structure tarifaire dans l'avis public 1996-149.

[64] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments were made by those parliamentary members experienced in and charged with reviewing delegated legislation and arguably reflect legitimate expectations of those within Parliament as to:

[64] Les commentaires du Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation ont été formulés par des députés fédéraux qui avaient de l'expérience en matière de législation déléguée et qui étaient chargés de l'examen de pareille législation; ils indiquaient sans doute les attentes légitimes des députés en ce qui concerne :

(a) the meaning and use of the word "fee" in legislation;

a) le sens et l'emploi du mot « droit » dans la législation;

(b) the explanatory notes accompanying the CRTC's introduction of the proposed and actual Regulations in, respectively, Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32;

b) les notes explicatives accompagnant la présentation par le CRTC du projet de règlement et du Règlement lui-même dans l'avis public CRTC 1996-149 et dans l'avis public CRTC 1997-32 respectivement;

(c) the effect of those fees once collected.

c) l'effet de ces droits une fois recouverts.

[65] The comments and expectations are all the more valid given the acknowledgement that the Treasury Board had given the CRTC only limited authority for vote-netting.

[65] Les commentaires et attentes sont d'autant plus valables étant donné qu'il était reconnu que le Conseil du Trésor n'avait donné au CRTC qu'une autorisation restreinte d'appliquer la méthode du crédit net.

[66] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments conclude with the following recommendations:

[66] Les commentaires du Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation se terminent par les recommandations suivantes :

What then are the principles which ought to be applied when seeking to characterize a charge as either a fee or a tax? It is submitted that the following guidelines are appropriate:

[TRADUCTION] Quels sont donc les principes à appliquer lorsque l'on cherche à qualifier une redevance de droit ou de taxe? Nous estimons qu'il convient d'appliquer les lignes directrices suivantes :

1. The determining factor in distinguishing between a fee and a tax is the purpose underlying the particular charge in question. As traditionally stated, fees are charged to cover the administrative costs of providing a service, issuing a permit or licence or conferring some other privilege, while a tax is imposed for a broader, more "public purpose".

1. Le facteur déterminant, lorsqu'il s'agit de faire une distinction entre un droit et une taxe, est le but sous-tendant la redevance particulière en question. Comme on le dit habituellement, les droits sont exigés en vue de couvrir les coûts administratifs associés à la prestation d'un service, à l'octroi d'un permis ou d'une licence, ou encore à l'octroi de quelque autre privilège, alors qu'une taxe est imposée à des « fins d'intérêt public » plus générales.

...

[. . .]

2. While it is acceptable to merely provide a formula for the calculation of fees, the application of such a formula should directly relate to the varying cost of providing a service,

2. On peut se contenter d'établir une formule de calcul des droits, mais l'application d'une telle formule devrait être directement liée au coût variable de la prestation d'un service,

issuing a permit or licence, or conferring a privilege. Often charges said to be fees vary greatly from individual to individual, while administrative costs are relatively constant. For example, charges may be calculated on the basis of a corporate applicant's net assets, or in relation to the value of property in respect of which a service is to be performed. Such charges should always be viewed as taxes, since the result is that one party will be subsidizing a service provided to another. Unfortunately, this point has largely been ignored by the Canadian courts. In one recent Australian case, however, it was stated by the High Court that one of the indicia to be looked to in seeking to categorize a charge as either a fee or a tax was whether the amount of the charge had a "discernable relationship with the value of what is acquired." It is submitted that this is the preferable view.

3. The notion that a licence is a condition precedent while the imposition of a business tax is a condition subsequent is extremely useful, and may be applied in situations involving the regulation of an activity. Where the amount of the charge is not determined at the time of the issuing of a licence but rather depends on some future event involving the licensed activity, for instance the quantity of a product produced or marketed, such a levy should always be viewed as being in the nature of taxation. Moreover, it is submitted that such situation should be viewed as special cases in which intent, and by extension the amount of the charge and the existence of net revenues, is wholly irrelevant.

4. It has been suggested on occasion that a charge may be severed into a fee component and a tax component. In that such an approach would have the effect of empowering the courts to fix fees in place of the authority empowered by statute to do so, it appears preferable to take the view that where a charge is found to constitute a tax, the entire charge must be seen to be *ultra vires*.

...

5. Adherence to these principles would provide the best guarantee of parliamentary control over the connection of revenues. The trend, however, is likely to continue in the opposite direction, as governments find it increasingly attractive to implement user-pay, cost-recovery schemes as an alternative to adding to the general tax burden imposed upon a citizenry that already perceives itself as being fiscally beleaguered by the cost of government. . .

de l'octroi d'un permis ou d'une licence ou encore de l'octroi d'un privilège. Il arrive souvent que les redevances qui sont censément des droits varient énormément d'une personne à l'autre, alors que les coûts administratifs sont relativement constants. Ainsi, les redevances peuvent être calculées en fonction des actifs nets de la société concernée ou en fonction de la valeur des biens à l'égard desquels un service doit être fourni. De telles redevances doivent toujours être considérées comme des taxes, étant donné qu'une personne se trouvera à subventionner un service fourni à une autre personne. Malheureusement, les tribunaux judiciaires canadiens ont généralement omis de tenir compte de la chose. Toutefois, dans un arrêt australien récent, la Haute cour a dit que, pour savoir si une redevance est un droit ou une taxe, il faut se demander si le montant de la redevance a un « rapport manifeste avec la valeur de ce qui a été acquis ». À notre avis, tel est le point de vue qu'il convient d'adopter.

3. L'idée selon laquelle une licence est une condition préalable, alors que l'imposition d'une taxe d'entreprise est une condition résolutoire, est fort utile et peut s'appliquer à des cas comportant la réglementation d'une activité. Lorsque le montant de la redevance n'est pas déterminé au moment de l'octroi d'une licence, mais dépend plutôt d'un événement futur lié à l'activité autorisée, par exemple la quantité d'une marchandise produite ou commercialisée, le prélèvement devrait toujours être considéré comme étant de la nature de la taxation. En outre, une telle situation devrait à notre avis être considérée comme un cas spécial dans lequel l'intention n'entre aucunement en ligne de compte, et par conséquent le montant de la redevance ou l'existence de revenus nets est sans pertinence.

4. Il a parfois été soutenu qu'une redevance peut être divisée entre la composante « droit » et la composante « taxe ». Étant donné qu'une telle approche aurait pour effet d'autoriser les tribunaux judiciaires à fixer des droits à la place de l'organisme autorisé par la loi à le faire, il semble préférable d'adopter le point de vue suivant : lorsqu'il est conclu qu'une redevance constitue une taxe, la redevance au complet doit être considérée comme *ultra vires*.

[. . .]

L'application stricte de ces principes donnerait la meilleure assurance possible d'un contrôle parlementaire du lien existant avec le revenu. Toutefois, la tendance ira probablement dans le sens contraire, étant donné que les gouvernements estiment qu'il est de plus en plus intéressant d'appliquer des frais d'utilisation ou des régimes de recouvrement des coûts plutôt que d'ajouter au fardeau fiscal général imposé à la population, qui estime déjà être écrasée sur le plan financier par le coût du gouvernement [. . .]

At the very least, delegated legislation prescribing fees should be accompanied by explanatory materials detailing the basis on which the amount of the fee, or the formula for its calculation, has been determined and whether fees are based on the principle of cost recovery. If a net revenue is anticipated, the expected amount thereof should be indicated. In all cases, the total anticipated amount of the fees to be collected should also be given. In Canada, this information should be contained in the Regulatory Impact Analysis Statement which is published with each regulation in the *Canada Gazette*. The purpose of which fees may be charged should be clearly expressed in the enabling legislation. Finally, enabling legislation should neither be drafted nor interpreted so as to authorize the imposition or calculation of fees on an “administrative” basis.

(Exhibit P-11, En liasse, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications”, at pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[67] The Part II licence fees do not respect any of the Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations’ recommendations outlined above. Those recommendations dovetail the criteria set out in *Eurig*, above. These recommendations were in the possession of the CRTC and were joined with the note to Ms. Anita Biguzs dated September 29, 1993 with the mention that “You might find the attached of interest. It’s going to be interesting tackling this issue.”

[68] At trial, the plaintiffs also presented the defendant’s witness, Mr. Chodorowicz, with a copy of the November 19, 1947 document discussing the introduction of the fees. The document had been omitted from the defendant’s expert’s report but admitted at trial as it was contemporaneous to the other 1947-1948 documents footnoted at footnotes 6, 7 and 8 of Nordicity Group Ltd.’s June 30, 1996 report (February 26, 1947 internal memo of A. D. Dunton, C.B.C. Chairman; September 28, 1948 letter of T.J. Allard; October 14, 1948 internal memo of H. Palmer; October 21, 1948 letter of C. P. Edwards; November 5, 1948 reply of A. D. Dunton—Nordicity Group Ltd. June 30, 1996 report, paragraphs 10-11, page 3; cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz, page 856, trial transcript).

La législation déléguée qui prescrit des droits devrait tout au moins être accompagnée de documents expliquant le fondement sur lequel repose le montant du droit, ou la formule de calcul applicable, et si les droits sont basés sur le principe du recouvrement des coûts. Si un revenu net est envisagé, le montant y afférent devrait être indiqué. Dans tous les cas, le montant total que l’on prévoit recouvrer au titre des droits devrait également être donné. Au Canada, ces renseignements devraient figurer dans le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui accompagne chaque règlement publié dans la *Gazette du Canada*. Le but dans lequel les droits peuvent être exigés devrait être clairement énoncé dans la loi habilitante. Enfin, la loi habilitante ne devrait pas être rédigée et ne devrait pas être interprétée de façon à autoriser l’imposition ou le calcul de droits sur une base « administrative ».

(Pièce P-11, En liasse, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[67] Les droits de licence de la partie II ne sont conformes à aucune des recommandations susmentionnées du Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation. Ces recommandations s’accordent avec les critères énoncés dans l’arrêt *Eurig*, précité. Elles étaient en la possession du CRTC et ont été jointes à la note en date du 29 septembre 1993 adressée à M^{me} Anita Biguzs, avec la mention suivante : [TRADUCTION] « Le document ci-joint vous intéressera peut-être. Il sera intéressant de s’attaquer à cette question. »

[68] À l’instruction, les demandresses ont également présenté au témoin de la défenderesse, M. Chodorowicz, une copie du document du 19 novembre 1947 dans lequel la question de l’établissement de droits est traitée. Le document ne figurait pas dans le rapport de l’expert de la défenderesse, mais il a été admis à l’instruction étant donné qu’il datait de la même époque que les autres documents de 1947 et de 1948 mentionnés aux notes de bas de page 6, 7 et 8 dans le rapport du 30 juin 1996 de Nordicity Group Ltd. (note de service interne du 26 février 1947 d’A. D. Dunton, président de Radio-Canada; lettre du 28 septembre 1948 de T. J. Allard; note de service interne du 14 octobre 1948 de H. Palmer; lettre du 21 octobre 1948 de C. P. Edwards; réponse en date du 5 novembre 1948 d’A. D. Dunton—rapport du 30 juin 1996 de Nordicity Group Ltd., paragraphes 10 et 11, page 3; contre-interrogatoire

[69] As noted at trial, Exhibit P-10 acknowledges the concern that the proposed fee structure would be “an invasion of the income tax field.” The defendant’s expert witness had knowledge of and possession of this letter prior to writing his report but excluded it as being irrelevant to the issues (Exhibit P-10, November 19, 1947, paragraph 2, cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz, page 856, trial transcript).

[70] Based on all the above, the Part II licence fees do qualify as taxes in fact and in law. As demonstrated on the evidence admitted by the defendant prior to trial and on the evidence adduced at trial in the case at bar, Part II licence fees exhibit the five hallmarks of a tax, as more fully set out hereinafter.

Compulsory and enforceable by law

[71] A fee or a charge will be deemed to be compulsory and therefore enforceable by law each time the payer is under the practical compulsion to pay in order to comply with his or her legal obligations (*Eurig*, above, at paragraph 17).

[72] At trial, the attention of Mr. Ronald Pittman, the defendant’s expert, was brought to Broadcasting Decision CRTC 2003-550 [*Licence renewal for a cable distribution undertaking at Sherbrooke*], Vidéotron ltée’s licence renewal for Sherbrooke, Québec given that it was a Vidéotron ltée licence for a UID within the time period he analysed for his report. The licence, like the others, links the validity of the licence with the payment of the annual licence fees.

This licence shall remain in force from 1 December 2003 until 31 August 2010 on payment of the prescribed annual licence fees.

(Broadcasting Decision CRTC 2003-550, Vidéotron ltée licence renewal for Sherbrooke, Québec, agreed

de M. Dustin Chodorowicz, page 856, transcription de l’instruction).

[69] Comme on l’a fait remarquer à l’instruction, il est reconnu, dans la pièce P-10, que l’on s’inquiète que la structure tarifaire proposée pourrait constituer [TRADUCTION] « un empiétement sur le domaine de l’impôt sur le revenu ». Le témoin expert de la défenderesse avait connaissance de cette lettre et l’avait en sa possession lorsqu’il a rédigé son rapport, mais il l’a exclue pour le motif qu’elle n’avait rien à voir avec les questions en litige (pièce P-10, 19 novembre 1947, paragraphe 2, contre-interrogatoire de M. Dustin Chodorowicz, page 856, transcription de l’instruction).

[70] Compte tenu de tout ce qui précède, les droits de licence de la partie II ont les attributs d’une taxe en fait et en droit. Comme l’a démontré la preuve admise par la défenderesse avant l’instruction et la preuve soumise à l’instruction dans la présente espèce, les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d’une taxe, comme nous l’expliquerons plus à fond ci-dessous.

Les droits sont obligatoires et exigés par la loi

[71] Un droit ou une redevance sera réputé obligatoire et, partant, exigé par la loi chaque fois que le payeur a l’obligation pratique de le verser pour s’acquitter de ses obligations légales (*Eurig*, précité, au paragraphe 17).

[72] À l’instruction, on a attiré l’attention de l’expert de la défenderesse, M. Ronald Pittman, sur la Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550 [*Renouvellement de la licence d’une entreprise de distribution par câble à Sherbrooke*], portant sur la licence de Vidéotron ltée à Sherbrooke (Québec), étant donné qu’il s’agissait d’une licence se rapportant à la période que l’expert analysait dans son rapport. La licence, comme les autres, établit un lien entre sa validité et le paiement de droits de licence annuels :

[TRADUCTION] La présente licence sera en vigueur du 1^{er} décembre 2003 au 31 août 2010 sur paiement des droits de licence annuels prescrits.

(Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550, licence de Vidéotron ltée à Sherbrooke (Québec), volume de

statement of facts, volume of the joint book of documents, Volume III, Tab 12.)

[73] With respect to this notion of “practical compulsion,” the Nova Scotia Supreme Court expressed itself in the following terms in the matter of *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1, at paragraph 22:

In respect to the criteria, and notwithstanding the respondent’s assertion there is no compulsion to access the court, it is clear there is the “practical compulsion” referred to by Justice Majors [*sic*]. Citizens wronged, or believing themselves to have been wronged, or denied, or believing themselves to have been denied rights to which they are entitled, and whether the alleged transgressor is another citizen or the state itself, apart from self help remedies, will see little alternative than to seek to have the judicial component of our Constitution affirm their rights. Self help remedies are unacceptable, and therefore there is the practical compulsion to seek redress in the courts.

[74] In *Lawson*, above, levies imposed under the *Produce Marketing Act* of British Columbia, S.B.C. 1926-27, c. 54, for the purpose of controlling and regulating the marketing of all trees, fruits, and vegetables grown in the portion of the province contained in the Act were considered to be enforceable by law for the following reasons:

Under s. 13 they can be sued for, and a certificate under the hand of the chairman of the Committee is *prima facie* evidence that the amount stated is due; and the failure of a shipper to comply with an order to pay such a levy would appear to be an offence under the Act by s. 15.

(*Lawson*, above [at page 363]; *Westbank*, above, at paragraph 35.)

[75] Applying similar reasoning in the present instance, it is clear that Part II licence fees are compulsory and enforceable by law, in so far as subsection 11(4) of the *Broadcasting Act* provides that:

l’exposé conjoint des faits du dossier conjoint de documents, volume III, onglet 12.)

[73] En ce qui concerne cette notion d’« obligation pratique », la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s’est exprimée comme suit dans la décision *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1, au paragraphe 22 :

[TRADUCTION] Quant aux critères, et malgré l’assertion du défendeur selon laquelle il n’existe aucune obligation de s’adresser aux tribunaux, l’« obligation pratique » mentionnée par le juge Major existe clairement. Les citoyens lésés, ou qui croient avoir été lésés, ou les citoyens qui se sont vu dénier ou qui croient s’être vu dénier des droits qui leur sont reconnus, peu importe que le présumé transgresseur soit un autre citoyen ou l’État lui-même, mises à part les mesures d’exécution extrajudiciaires, se verront obligés de chercher à faire confirmer leurs droits par l’ordre judiciaire. Les mesures d’exécution extrajudiciaires sont inacceptables, et par conséquent il existe une obligation pratique de chercher à obtenir réparation auprès des tribunaux.

[74] Dans l’arrêt *Lawson*, précité, les prélèvements imposés en vertu de la loi intitulée *Produce Marketing Act* [TRADUCTION] (Loi sur la mise en marché des fruits et des légumes) de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1926-1927, ch. 54, aux fins du contrôle et de la réglementation de la mise en marché de tous les arbres, fruits et légumes cultivés dans le secteur de la province visé par la Loi, ont été considérés comme exigés par la loi, et ce, pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] En vertu de l’article 13, ils peuvent faire l’objet de poursuites judiciaires et le certificat signé par le président du Comité constitue une preuve *prima facie* que le montant mentionné est dû; il semble que l’expéditeur qui ne se conformerait pas à une ordonnance lui enjoignant de verser un montant donné commettrait une infraction en vertu de l’article 15 de la Loi.

(*Lawson*, précité [à la page 363]; *Westbank*, précité, au paragraphe 35.)

[75] Si un raisonnement similaire est appliqué dans la présente espèce, il est clair que les droits de licence de la partie II sont obligatoires et exigés par la loi, dans la mesure où le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. . . .

(4) Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction.

Imposed under the authority of the legislature

[76] In the case at bar, Part II licence fees are imposed under the authority of the legislature, pursuant to section 11 of the *Broadcasting Act* and section 11 of the Regulations.

Levied by a public body

[77] The criterion that the fee be levied by a public body created by statute is also satisfied in the present instance as Part II licence fees are levied by the CRTC.

Intended for a public purpose

[78] The importance of identifying the “pith and substance” of the impugned legislation was affirmed by the Supreme Court of Canada in *Westbank*, above, at paragraph 30:

Although in today’s regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy’s primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee.

[79] These criteria of the Supreme Court of Canada give rise to the following analysis with a view to ascertaining the true legislative purpose behind Part II licence fees.

[80] The Crown has admitted that:

(a) the stated intent for the Part I/Part II licence fee structure as stated in Public Notices CRTC 1996-149 and 1997-32 was to create a system that would result in

11. [. . .]

(4) Les droits imposés au titre du présent article et l’intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

Le droit est imposé sous l’autorité de la législature

[76] En l’espèce, les droits de licence de la partie II sont imposés sous l’autorité de la législature conformément à l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* et à l’article 11 du Règlement.

Le droit est perçu par un organisme public

[77] En l’espèce, il est également satisfait au critère voulant que le droit soit prélevé par un organisme public créé par la loi étant donné que les droits de licence de la partie II sont prélevés par le CRTC.

Le droit est destiné à une fin d’intérêt public

[78] Dans l’arrêt *Westbank*, précité, au paragraphe 30, la Cour suprême du Canada a confirmé qu’il était important d’identifier le « caractère véritable » de la législation contestée :

Même si, dans l’environnement réglementaire d’aujourd’hui, plusieurs redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l’objet principal du prélèvement est : (1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, (3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d’utilisation.

[79] Les critères énoncés par la Cour suprême du Canada donnent lieu à l’analyse suivante visant à permettre de déterminer l’objet législatif véritable sous-tendant les droits de licence de la partie II.

[80] La Couronne a admis ce qui suit :

a) l’intention, en ce qui concerne la structure des droits de la partie I et de la partie II, telle qu’elle est exprimée dans les avis publics CRTC 1996-149 et 1997-32, était

approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis as had been collected by the previous fee, over a period of three years;

(b) when Part II licence fees were introduced, the CRTC had not conducted any studies to determine what the market value of the privilege of holding a broadcasting licence might be;

(c) when Part II licence fees were introduced, the CRTC had not conducted any studies to determine what the market value of the privilege of using broadcasting spectrum might be.

(d) neither the CRTC nor any other department or agency of the defendant conducted studies which would establish a definitive method to calculate the value to be attributed to either of these privileges.

(Trial record, Tabs 3 and 4.)

[81] The CRTC *1997-98 Estimates: Part III—Expenditure Plan*, which is a report to Parliament to indicate how the resources voted by Parliament have or will be spent, did not indicate to Parliament that any portion of the new Part II licence fees was to be allocated to the privilege of holding a broadcasting licence. (Documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Vol. 1, Tab 26.)

Challenge and protest by the plaintiffs

[82] By a submission to the Treasury Board under cover of a letter dated January 24, 2002, the CAB protested the payment of the Part II licence fees on behalf of all of its members.

[83] The corporate plaintiffs paid Part II licence fees under protest for the years 2001 to 2005, which protests were stated in letters sent by the respective corporate plaintiffs to the CRTC.

de créer un système qui, par rapport à la structure antérieure, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie;

b) lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, le CRTC n'avait pas effectué d'études en vue de déterminer quelle pouvait être la valeur marchande du privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion;

c) lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, le CRTC n'avait pas effectué d'études en vue de déterminer quelle pouvait être la valeur marchande du privilège se rattachant à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion;

d) ni le CRTC ni quelque autre ministère ou organisme de la défenderesse n'ont effectué d'études permettant d'en arriver à une méthode définitive de calcul de la valeur à attribuer à l'un ou l'autre de ces privilèges.

(Dossier d'instruction, onglets 3 et 4.)

[81] *Le Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses* du CRTC, qui est un rapport au Parlement visant à indiquer les modalités d'utilisation des ressources approuvées par le Parlement, n'indiquait pas que les nouveaux droits de licence de la partie II devaient être imputés au privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion. (Documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 26.)

Contestation et protestation par les demandereses

[82] Dans une présentation au Conseil du Trésor avec une lettre datée du 24 janvier 2002, l'ACR a contesté le paiement des droits de licence de la partie II pour le compte de tous ses membres.

[83] Les sociétés demandereses ont acquitté les droits de licence de la partie II sous toutes réserves pour les années 2001 à 2005, protestations qui étaient faites dans des lettres envoyées au CRTC par les sociétés demandereses respectives.

[84] Many other members of the CAB who were required to pay Part II licence fees paid them under protest for the years 2001 to 2005, which protests were stated in letters sent by those members of the CAB to the CRTC (agreed statement of facts, paragraphs 114-118, trial record, Tab 5).

ISSUES

[85] (1) The threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees.

(2) If they are taxes, the CAB Plaintiffs seek a declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations. Are they entitled to these moneys?

ANALYSIS

(1) The threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees

[86] The Regulations establishing the Part I/Part II licence fee regime came into effect on April 1, 1997. Prior to the implementation of the Part I/Part II licence fee structure, the CRTC charged broadcasters who were not otherwise exempt one fee (old fee regime). The charge under the old fee regime was generally assessed as a \$25 basic licence fee plus 1.8% of the broadcasting-related revenue above the exemption limit (trial record, Tabs 3 and 4).

[87] On November 22, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149; on November 29, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149-1; and on March 20, 1997 the CRTC issued Public Notice CRTC 1997-32 (agreed statement of facts, trial record, Tab 5, paragraph 63; Exhibit A, agreed statement of facts, volume of JBD [joint book of documents], Volume III, Tab 13-15; Exhibit C, discovery of James Stefanik, Tab K).

[88] The publicly stated intent for the Part I/Part II licence fee structure was to create a system that would

[84] Un grand nombre des autres membres de l'ACR qui étaient tenus d'acquitter les droits de licence de la partie II ont acquitté ces droits sous toutes réserves pour les années 2001 à 2005, comme ils l'ont indiqué dans des lettres envoyées au CRTC (exposé conjoint des faits, paragraphes 114 à 118, dossier d'instruction, onglet 5).

QUESTIONS EN LITIGE

[85] 1) La question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou des droits.

2) S'il s'agit de taxes, les demanderesse membres de l'ACR sollicitent un jugement déclaratoire portant que les sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement doivent leur être remises. Il s'agit de savoir si elles ont droit à ces sommes.

ANALYSE

1) La question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou des droits

[86] Le Règlement établissant le régime des droits de licence de la partie I et de la partie II a pris effet le 1^{er} avril 1997. Avant la mise en œuvre de la structure tarifaire de la partie I et de la partie II, le CRTC exigeait un seul droit des radiodiffuseurs qui n'étaient pas par ailleurs exemptés (ancien régime de droits). Selon l'ancien régime de droits, les droits s'élevaient généralement à un montant de base de 25 \$, plus 1,8 p. 100 des recettes associées à la radiodiffusion en sus de la franchise (dossier d'instruction, onglets 3 et 4).

[87] Le 22 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149, le 29 novembre 1996, il a publié l'avis public CRTC 1996-149-1, et le 20 mars 1997, il a publié l'avis public CRTC 1997-32 (exposé conjoint des faits, dossier d'instruction, onglet 5, paragraphe 63; pièce A, volume de l'exposé conjoint des faits du dossier conjoint de documents, volume III, onglets 13 à 15; pièce C, interrogatoire préalable de James Stefanik, onglet K).

[88] L'intention exprimée dans ces avis publics à l'égard de la structure tarifaire de la partie I et de la

result in approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis as had been collected by the existing fee structure, over a period of three years (exhibit A, Volume III, Tab 13; Exhibit C, Tab K, page 4).

THE REGIME ESTABLISHED BY THE REGULATIONS

[89] Section 11 of the *Broadcasting Act* states:

11. (1) The Commission may make regulations

(a) with the approval of the Treasury Board, establishing schedules of fees to be paid by licensees of any class;

(b) providing for the establishment of classes of licensees for the purposes of paragraph (a);

(c) providing for the payment of any fees payable by a licensee, including the time and manner of payment;

(d) respecting the interest payable by a licensee in respect of any overdue fee; and

(e) respecting such other matters as it deems necessary for the purposes of this section.

(2) Regulations made under paragraph (1)(a) may provide for fees to be calculated by reference to any criteria that the Commission deems appropriate, including by reference to

(a) the revenues of the licensees;

(b) the performance of the licensees in relation to objectives established by the Commission, including objectives for the broadcasting of Canadian programs; and

(c) the market served by the licensees.

(3) No regulations made under subsection (1) shall apply to the Corporation or to licensees carrying on programming undertakings on behalf of Her Majesty in right of a province.

(4) Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction.

(5) A copy of each regulation that the Commission proposes to make under this section shall be published in the *Canada Gazette* and a reasonable opportunity shall be given to licensees and other interested persons to make representations to the Commission with respect thereto.

partie II était de créer un système qui, par rapport à la structure existante, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie (pièce A, volume III, onglet 13; pièce C, onglet K, page 4).

LE RÉGIME ÉTABLI PAR LE RÈGLEMENT

[89] L'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. (1) Le Conseil peut, par règlement :

a) avec l'approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie;

b) à cette fin, établir des catégories de titulaires de licences;

c) prévoir le paiement des droits à acquitter par les titulaires de licences, y compris les modalités de celui-ci;

d) régir le paiement d'intérêt en cas de paiement tardif des droits;

e) prendre toute autre mesure d'application du présent article qu'il estime nécessaire.

(2) Les règlements d'application de l'alinéa (1) a) peuvent prévoir le calcul des droits en fonction de certains critères que le Conseil juge indiqués notamment :

a) les revenus des titulaires de licences;

b) la réalisation par ceux-ci des objectifs fixés par le Conseil, y compris ceux qui concernent la radiodiffusion d'émissions canadiennes;

c) la clientèle desservie par ces titulaires.

(3) Les règlements pris en application du paragraphe (1) ne s'appliquent pas à la Société ou aux titulaires de licences d'exploitation— pour le compte de Sa Majesté du chef d'une province— d'entreprises de programmation.

(4) Les droits imposés au titre du présent article et l'intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

(5) Les projets de règlement sont publiés dans la *Gazette du Canada*, les titulaires de licences et autres intéressés se voyant accorder la possibilité de présenter au Conseil leurs observations à cet égard.

(a) Part I Licence Fees

[90] Part I licence fees are based on a formula which takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC's regulatory costs on a prorated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption. The purpose of Part I licence fees is to recover the regulatory and administrative costs of the CRTC with respect to broadcasting, and the Crown has admitted that they do in fact fully recover such costs (Exhibit C, Tab 2, evidence of Diane Roy, November 21, 2006).

(b) Part II Licence Fees

[91] Part II licence fees are also imposed pursuant to the licence fee Regulations, and are collected by the CRTC.

[92] Part II licence fees are levied in addition to Part I licence fees, are not intended to cover the CRTC's costs of regulating the broadcasting industry, and are not calculated on the basis of what it costs to operate the CRTC.

[93] Broadcasters required to pay Part II licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level.

[94] Part II licence fees are entirely deposited into the CRF. They do not go into a specified purpose account within the CRF and are not earmarked for the CRTC, Industry Canada, or any particular project. Revenues in the CRF are used for the general purposes of the Government of Canada (Exhibit C, Tab 3).

[95] As was noted by the plaintiffs' expert Gerry Wall, Part II licence fees effectively are a "leakage" from the broadcasting scheme in Canada. The Crown's witness John Traversy admitted that the broadcaster that

a) Droits de licence de la partie I

[90] Les droits de licence de la partie I sont basés sur une formule qui tient compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de réglementation du CRTC, calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable. Les droits de licence de la partie I visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du CRTC dans le domaine de la radiodiffusion, et la Couronne a admis que ces droits permettent de fait le recouvrement de tous ces coûts (pièce C, onglet 2, interrogatoire de Diane Roy, 21 novembre 2006).

b) Droits de licence de la partie II

[91] Les droits de licence de la partie II sont également imposés conformément au Règlement sur les droits de licence et sont recouverts par le CRTC.

[92] Les droits de licence de la partie II sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I; ils ne visent pas à permettre le recouvrement par le CRTC des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion et ils ne sont pas calculés en fonction des coûts de fonctionnement du CRTC.

[93] Les radiodiffuseurs qui sont obligés d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 p. 100 de l'excédent des revenus bruts tirés des activités de radiodiffusion par l'entreprise de radiodiffusion sur la franchise applicable.

[94] Tous les droits de licence de la partie II sont déposés dans le Trésor. Ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor et ne sont pas assignés au CRTC, à Industrie Canada ou à un projet particulier. Les revenus qui sont dans le Trésor sont utilisés aux fins générales de l'État (pièce C, onglet 3).

[95] Comme l'a fait remarquer l'expert des demandesses, Gerry Wall, les droits de licence de la partie II s'échappent effectivement du régime de radiodiffusion au Canada. John Traversy, témoin de la

pays Part II licence fees cannot take the money and contribute it towards Canadian content, Canadian programming, development of Canadian talent or any similar activities (evidence of Gerry Wall, November 24, 2006, at pages 1074-1075; evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 525-526).

[96] The CRTC has collected Part II licence fees ranging from \$62.9 million in 1997-1998 to \$107.2 million in 2004-2005 (agreed statement of facts, paragraph 53).

[97] The corporate plaintiffs pay Part II licence fees. The amounts of Part II licence fees paid by a particular corporate plaintiff in a given year are reflected in the licence fee returns filed as part of Exhibit C-1. Some, but not all, of the members of the CAB, paid Part II licence fees, depending on their particular circumstances, in a given year (agreed statement of facts, paragraphs 26-29 and 54-56; Exhibit C-1, confidential annex to the joint book of documents, Volumes I and II).

Part II Licence Fees are a Tax

[98] The framework that the Supreme Court of Canada has said should be used to identify whether a levy is a tax is whether it is: (1) compulsory and enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; (4) intended for a public purpose, and has (5) no reasonable nexus between the quantum charged and the cost of the service provided or the regulatory scheme it is intended to support (*Lawson*, above; *Eurig*, above, at paragraphs 15 and 21; *Westbank*, above, at paragraph 22).

[99] A consideration of each of the *Lawson/Eurig/Westbank* factors leads to the inevitable conclusion that the Part II licence fee is a tax.

Couronne, a admis que le radiodiffuseur qui acquitte les droits de licence de la partie II ne peut pas prendre l'argent et s'en servir pour le contenu canadien, pour la programmation canadienne, pour le développement d'artistes canadiens ou pour toute activité similaire (témoignage de Gerry Wall, 24 novembre 2006, pages 1074 et 1075; témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, pages 525 et 526).

[96] Le CRTC a recouvré, au titre des droits de licence de la partie II, des montants allant de 62,9 millions de dollars en 1997-1998 à 107,2 millions de dollars en 2004-2005 (exposé conjoint des faits, paragraphe 53).

[97] Les sociétés demanderesse acquittent des droits de licence de la partie II. Les montants des droits de licence de la partie II acquittés par une société demanderesse particulière au cours d'une année donnée sont indiqués dans les rapports sur les droits de licence produits sous la cote C-1. Certains membres de l'ACR, mais pas tous les membres, acquittaient les droits de licence de la partie II, selon leur situation particulière, au cours d'une année donnée (exposé conjoint des faits, paragraphes 26 à 29 et 54 à 56; pièce C-1, annexe confidentielle du dossier conjoint de documents, volumes I et II).

Les droits de licence de la partie II sont une taxe

[98] Les facteurs qu'il faut évaluer, selon la Cour suprême du Canada, pour déterminer si un prélèvement est une taxe sont ceux de savoir si le prélèvement est : 1) obligatoire et exigé par la loi, 2) imposé sous l'autorité de la législature, 3) perçu par un organisme public, 4) destiné à une fin d'intérêt public, et 5) sans rapport raisonnable entre la somme exigée et le coût du service fourni ou du régime de réglementation qui doit être financé (*Lawson*, précité; *Eurig*, précité, aux paragraphes 15 et 21; *Westbank*, précité, au paragraphe 22).

[99] L'examen de chacun des facteurs énoncés dans les arrêts *Lawson*, *Eurig* et *Westbank* mène à la conclusion inévitable selon laquelle les droits de licence de la partie II sont une taxe.

(1) Compulsory and enforceable by law

[100] This requirement may be fulfilled if there is a legal or practical compulsion or necessity to pay the charge to comply with one's legal obligations. A charge may be compulsory and enforceable by law even where it is only paid by persons who voluntarily engage in the regulated activity or business. Charges may be enforceable by law if to remain in a business, a company is compelled to pay an annual levy if the failure to comply with the levy can result in all services provided by the government entity being cancelled, if the charge can form a lien on property, and/or if the charge can be recovered by distress or by court action (*Eurig*, above, at paragraph 17; *Pleau*, above at paragraph 22; *Air Canada*, above (Justice Bertha Wilson's dissent); *Westbank*, above, at paragraph 35; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (2001), 52 O.R. (3d) 593 (C.A.), at paragraph 30).

[101] To lawfully broadcast, a broadcaster who is not exempt must obtain a licence from the CRTC. One of the requirements is to pay the CRTC fees, including Part II licence fees. Subsection 11(4) of the *Broadcasting Act*, provides that: "Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction." If a broadcasting undertaking has revenues in excess of the exemption levels and owes Part II licence fees, the CRTC takes steps to ensure the payment of fees that are due and payable (agreed statement of facts, paragraphs 49 and 51; evidence of Diane Roy, November 21, 2006).

(2) Imposed under the authority of the legislature

[102] Charges are imposed under the authority of the legislature if they are imposed pursuant to a statutory power. Part II licence fees are imposed and collected in

1) Prélèvement obligatoire et exigé par la loi

[100] Cette exigence peut être respectée s'il existe une obligation ou une nécessité juridique ou pratique de payer la redevance en vue de se conformer à des obligations juridiques. Une redevance peut être obligatoire et exigée par la loi même si elle est uniquement payée par des personnes qui se livrent de leur plein gré à l'activité ou à l'exploitation de l'entreprise réglementée. Les redevances peuvent être exigées par la loi si, pour continuer à exercer ses activités, une entreprise est contrainte de verser un montant annuel, si l'omission de le faire peut entraîner l'annulation de tous les services fournis par l'organisme gouvernemental, si la redevance peut entraîner la création d'un privilège sur un bien, ou si la redevance peut être recouvrée par saisie-gagerie ou par voie d'action en justice (*Eurig*, précité, au paragraphe 17; *Pleau*, précité, au paragraphe 22; *Air Canada*, précité (dissidence de la juge Bertha Wilson); *Westbank*, précité, au paragraphe 35; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (2001), 52 O.R. (3d), 593 (C.A.), au paragraphe 30).

[101] Pour exercer légalement ses activités de radiodiffusion, le radiodiffuseur qui ne bénéficie pas d'une exemption doit obtenir une licence du CRTC. Selon l'une des conditions, il faut acquitter les droits imposés par le CRTC, notamment les droits de licence de la partie II. Le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit : « Les droits imposés au titre du présent article et l'intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent. » Si les recettes d'une entreprise de radiodiffusion dépassent la franchise et si l'entreprise doit un certain montant au titre des droits de licence de la partie II, le CRTC prend des mesures en vue d'assurer le paiement des droits qui sont dus et exigibles (exposé conjoint des faits, paragraphes 49 et 51; témoignage de Diane Roy, 21 novembre 2006).

2) Prélèvement imposé sous l'autorité de la législature

[102] Les redevances sont imposées sous l'autorité de la législature si elles sont imposées conformément à un pouvoir conféré par la loi. Les droits de licence de la

accordance with the Regulations purportedly enacted pursuant to section 11 of the *Broadcasting Act* (*Westbank*, above, at paragraph 36; *R. v. Breault* (2001), 235 N.B.R. (2d) 337 (C.A.), at paragraph 51).

(3) Levied by a public body

[103] A government body created by statute is a public body. The CRTC is a public authority constituted under the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, as amended (*St. Francis Xavier University (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (N.S.S.C.), at paragraphs 21-23).

(4) Intended for a public purpose

[104] If the primary purpose of the levy is to raise revenue for general purposes, it is a tax. In considering this factor, courts will characterize a levy as a tax where its primary purpose is, in pith and substance to raise revenue for general purposes; and not to charge for a service; or finance a regulatory scheme (*Westbank*, above, at paragraphs 30 and 31; *Breault*, above, at paragraphs 64-68; *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148 (B.C.S.C.), at paragraph 42, citing *Urban Outdoor*, at paragraphs 32-36).

[105] A charge which has the characteristics outlined in *Lawson/Eurig/Westbank* will be characterized as a tax unless it is imposed “primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme” (*Re: Proposed Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at page 1070).

(i) Used to raise revenue for general purposes

[106] Part II licence fees are collected by the CRTC and deposited into the CRF to be used for general revenue purposes. There is no specific allocation of the moneys to the CRTC, to Industry Canada or to any specific department or agency or purpose.

partie II sont imposés et recouverts conformément au Règlement censément édicté en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* (*Westbank*, précité, au paragraphe 36; *R. c. Breault* (2001), 235 R.N.-B. (2^e) 337 (C.A.), au paragraphe 51).

3) Prélèvement perçu par un organisme public

[103] Un organisme gouvernemental créé par une loi est un organisme public. Le CRTC est un organisme public constitué en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, dans sa forme modifiée (*St. Francis Xavier University (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (C.S.N.É.), aux paragraphes 21 à 23).

4) Prélèvement destiné à une fin d'intérêt public

[104] Si l'objet principal du prélèvement est de percevoir un revenu à des fins générales, il s'agit d'une taxe. En examinant ce facteur, les tribunaux qualifieront un prélèvement de taxe si, selon son caractère véritable, l'objet principal est de percevoir un revenu à des fins générales, plutôt que de recevoir un paiement pour un service, ou encore de financer un régime de réglementation (*Westbank*, précité, aux paragraphes 30 et 31; *Breault*, précité, aux paragraphes 64 à 68; *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148 (C.S.C.-B.), au paragraphe 42, qui cite *Urban Outdoor*, aux paragraphes 32 à 36).

[105] Une redevance qui comporte les caractéristiques énoncées dans les arrêts *Lawson, Eurig* et *Westbank* sera considérée comme une taxe, à moins d'être imposée « essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale » (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la page 1070).

i) Prélèvement visant à percevoir un revenu à des fins générales

[106] Les droits de licence de la partie II sont recouverts par le CRTC et déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales. Aucune somme précise n'est assignée au CRTC ou à Industrie Canada, ou encore à une fin, à un organisme gouvernemental ou à un ministère précis.

[107] The Court heard testimony from Mr. John Traversy that when a reduction of Part II licence fees was proposed as a possible incentive to encourage and reward the production of more English-language Canadian television drama, the CRTC did not adopt the proposal. The associated Public Notice stated that any proposal to provide lower fees if licensees fulfill certain programming objectives would “require a change to Commission regulations and approval by Treasury Board.” This is an acknowledgement that Part II licence fees are collected solely for “general revenue purposes” (evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 524-527; Exhibit P-6, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-32 dated May 6, 2004 [Proposed incentives for English-language Canadian television drama—Call for comments], at paragraphs 12 and 62-64).

(ii) Not a charge for service

[108] A user fee is charged with regard to a specific service, and the money charged is to be spent solely on providing that service. Part II licence fees clearly do not fall into this category of fee. (However, it is noteworthy that in the August 1999 letter of invitation to broadcasters regarding the CRTC’s cost recovery roundtable, the CRTC stated that CRTC “user fees” would be the subject of discussion—see Exhibit C, Tab C.) The Crown has not identified them as a user charge. Part I licence fees are used to cover the CRTC’s costs of regulating broadcasting. Part II licence fees generate significantly greater revenue than is required to manage the broadcast spectrum. They are not earmarked for return to the CRTC or to Industry Canada for the cost of administering the general regulation of broadcasting or any component thereof. As is discussed below, Part II licence fees are collected from licensees whose operations do not make use of the broadcasting spectrum and the amount of the fee collected does not vary by the amount of the broadcasting spectrum used. The Part II licence fee clearly does not constitute a user fee.

[107] La Cour a entendu le témoignage de M. John Traversy, qui a déclaré que lorsqu’une réduction des droits de licence de la partie II a été proposée comme mesure possible visant à encourager et à récompenser la production accrue d’émissions dramatiques canadiennes en langue anglaise, le CRTC n’a pas adopté la proposition. L’avis public y afférent indiquait que toute proposition prévoyant des droits moins élevés si les titulaires de licences réalisaient certains objectifs en matière de programmation « exige[ait] néanmoins une modification du Règlement du Conseil et l’approbation du Conseil du Trésor ». On reconnaît ainsi que les droits de licence de la partie II sont recouverts uniquement [TRADUCTION] « aux fins générales du revenu » (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, aux pages 524 à 527; pièce P-6, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-32, 6 mai 2004 [Mesures proposées pour encourager la production d’émissions télévisées dramatiques canadiennes de langue anglaise—Appel d’observations], aux paragraphes 12 et 62 à 64).

ii) Prélèvement ne constituant pas un paiement pour un service

[108] Des frais d’utilisation sont exigés à l’égard d’un service précis, et le montant exigé doit être uniquement consacré à la prestation de ce service. De toute évidence, les droits de licence de la partie II n’appartiennent pas à cette catégorie de droits. (Toutefois, il importe de noter que dans la lettre d’invitation envoyée aux radiodiffuseurs au mois d’août 1999 au sujet de la table ronde portant sur le recouvrement des coûts du CRTC, le CRTC disait que la question des « frais d’utilisation » serait étudiée—voir la pièce C, onglet C.) La Couronne n’a pas qualifié les droits de frais d’utilisation. Les droits de licence de la partie I servent à couvrir ce qu’il en coûte au CRTC pour réglementer la radiodiffusion. Les droits de licence de la partie II génèrent un revenu de beaucoup supérieur au montant nécessaire aux fins de la gestion du spectre de la radiodiffusion. Ils ne sont pas assignés au CRTC ou à Industrie Canada afin de compenser ce qu’il leur en coûte pour la gestion de la réglementation générale de la radiodiffusion ou d’une composante de la radiodiffusion. Comme nous le verrons ci-dessous, les droits de licence de la partie II sont recouverts de titulaires de licences qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion

dans leurs activités et le montant recouvré ne varie pas en fonction du degré d'utilisation du spectre de la radiodiffusion. De toute évidence, les droits de licence de la partie II ne sont pas des frais d'utilisation.

(iii) Not used to finance a regulatory scheme

[109] For a charge to be adhesive to a regulatory scheme there must be a relationship between the charge and the scheme itself. In contrast to this principle, Part II licence fees clearly are charged to raise revenue for general purposes.

[110] It is the position of the Crown that the regulatory scheme is the Canadian broadcasting system, and that it is “manifest” that the costs of this scheme outweigh Part II fees. However, the Crown has not provided the Court with any evidence of what these costs are. On the other hand, the evidence is that Part I licence fees recover the CRTC’s costs related to broadcasting activities. The only other evidence of any costs relating to any regulatory scheme pertains to the costs incurred by Industry Canada for broadcasting spectrum management.

[111] Even if it were assumed (and the plaintiffs do not concede this) that the CRTC has the authority to collect money to offset Industry Canada costs of managing the broadcasting spectrum, the revenues generated by Part II licence fees are grossly out of proportion to the actual or properly estimated costs. In the past seven years, Part II licence fees have exceeded the ostensible Industry Canada costs of managing the broadcast spectrum by \$539.6 million or an average of \$77.1 million annually. In 2004/2005 alone, the amount collected by the CRTC as Part II licence fees exceeded Industry Canada broadcasting spectrum management costs by \$97.2 million. In any event, the moneys are not transferred to Industry Canada, even on a notional basis, for that purpose. They accordingly cannot be regarded as a charge to cover the costs of broadcasting spectrum management.

iii) Prélèvement ne servant pas au financement d'un régime de réglementation

[109] Pour qu'une redevance se rattache à un régime de réglementation, il doit exister un rapport entre la redevance et le régime lui-même. Contrairement à ce principe, les droits de licence de la partie II sont clairement exigés aux fins de la perception d'un revenu à des fins générales.

[110] Selon la position prise par la Couronne, le régime de réglementation est le système canadien de radiodiffusion, et il est « évident » que les coûts de ce régime sont supérieurs aux droits de la partie II. Toutefois, la Couronne n'a soumis à la Cour aucune preuve au sujet de ce que sont ces coûts. D'autre part, il est établi que les droits de licence de la partie I permettent le recouvrement de ce que les activités de radiodiffusion coûtent au CRTC. Le seul autre élément de preuve concernant les coûts se rattachant à un régime de réglementation se rapporte à ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion.

[111] À supposer même (et les demanderessees ne concèdent pas la chose) que le CRTC soit autorisé à recouvrer certaines sommes afin de compenser ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion, les revenus générés par les droits de licence de la partie II sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés. Au cours des sept dernières années, les droits de licence de la partie II ont dépassé ce qu'il en coûte apparemment à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion, et ce, d'un montant de 539,6 millions de dollars, soit en moyenne 77,1 millions de dollars par année. En 2004-2005, le montant recouvré par le CRTC au titre des droits de licence de la partie II dépassait les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion d'Industrie Canada d'un montant de 97,2 millions de dollars. Quoi qu'il en soit, les sommes ne sont pas transférées à Industrie Canada, même en théorie, à cette

[112] This is in contrast to cases relied on by the Crown such as *Ontario Home Builders Association*, 620 *Connaught*, and *Mount Cook*. In each of those cases, the levy was found to be a fee because (1) the levy was either less than the overall regulatory costs of the regime to which it related or was limited to actual costs; and (2) the moneys were deposited to accounts that directly defrayed the costs of that regime (*Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at paragraphs 9, 55-56; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), at page 491; 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 446 (F.C.A.), at paragraphs 9, 44 and 58).

(5) No reasonable nexus

[113] Regulatory schemes usually involve the collection and expenditure of funds for costs properly estimated. While courts will not require that the amounts collected correspond precisely with the cost of the scheme, there must be a demonstrable and reasonable connection between them. If there is an insufficiently close relationship between the amount of the licence fee and the cost of administering the corresponding regulatory scheme, then the charge constitutes a form of taxation (*Eurig*, above, at paragraphs 15 and 21-22).

[114] Part II licence fees are calculated as a percentage of gross revenue from broadcasting activities, not on broadcasting spectrum usage. The cost of regulating licensee use of broadcasting spectrum does not vary according to a licensee's revenues. There is no demonstrable connection between the quantum of Part II licence fees collected and any associated regulatory scheme.

[115] The fee structure is intended to raise revenue well in excess of any reasonable regulatory need or

fin. Elles ne peuvent donc pas être considérées comme une redevance visant à couvrir le coût de gestion du spectre de la radiodiffusion.

[112] Cela va à l'encontre des arrêts sur lesquels la Couronne se fonde, comme *Ontario Home Builders' Association*, 620 *Connaught*, et *Mount Cook*. Dans chacun de ces cas, il a été statué que le prélèvement était un droit, et ce, pour les raisons suivantes : 1) le prélèvement était inférieur à l'ensemble des coûts de réglementation du régime auquel il se rapportait, ou encore il était limité aux coûts réels; 2) les sommes étaient déposées dans des comptes qui permettaient de couvrir directement les coûts de ce régime (*Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, aux paragraphes 9, 55 et 56; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), à la page 491; 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 446 (C.A.F.), aux paragraphes 9, 44 et 58).

5) Prélèvement n'ayant aucun rapport raisonnable

[113] Les régimes de réglementation prévoient habituellement le recouvrement et la dépense de fonds par rapport à des coûts estimatifs justifiés. Les tribunaux n'exigeront pas que les montants recouverts correspondent exactement au coût du régime, mais il doit exister un lien démontrable raisonnable entre ceux-ci. Si le rapport entre le montant du droit de licence et le coût d'administration du régime de réglementation correspondant n'est pas suffisamment étroit, la redevance constitue une forme de taxation (*Eurig*, précité, aux paragraphes 15, 21 et 22).

[114] Les droits de licence de la partie II sont calculés en tant que pourcentage du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion et non de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Le coût de réglementation de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion par le titulaire d'une licence ne varie pas en fonction de ses recettes. Il n'existe aucun lien démontrable entre le montant des droits de licence de la partie II qui est recouvert et tout régime associé de réglementation.

[115] La structure tarifaire vise à permettre de percevoir un revenu de beaucoup supérieur à tout besoin

purpose. All moneys collected as Part II licence fees are deposited directly into the general CRF. None of the moneys are retained by the CRTC or designated for any Industry Canada regulatory costs.

[116] The lack of a reasonable connection between the Part II levy and its claimed purpose is also significant in the context of the Federal Court of Appeal's decision in *620 Connaught*, above, at paragraph 35. According to Justice John Maxwell Evans, a fee for a product, right or privilege, such as a business licence fee, must equate reasonably with the cost of operating the broader regulatory framework that allows the affected party to operate as it does.

[117] Similarly, in *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R (4th) 394 (B.C.C.A.), at paragraph 35, the British Columbia Court of Appeal cited three factors as evidence that the levy in that case was a tax, not a fee: the quantum collected (a) grossly exceeded the regulatory costs of the scheme; (b) there was no serious attempt to match the amount collected with the cost of the scheme; and (c) the revenues collected were deposited in the consolidated revenue fund. The facts in the case at hand can be similarly characterized, which is further evidence that the Part II licence fees are a tax.

[118] This Court should look to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Re: Exported Natural Gas Tax*, above, at page 1077, in which it was held that because "Every major aspect of the industry is already subject to licencing, prohibitions, orders", the proposed tax added "nothing to the existing structure of regulation, save revenue" and could therefore not be characterized as a facet of the broader regulatory scheme. The primary purpose of the Part II fee is similarly to generate revenue for the general purposes of the government as a whole. It adds nothing to the regulatory structure—not even revenue.

ou à toute fin réglementaire raisonnable. Toutes les sommes recouvrées au titre des droits de licence de la partie II sont déposées directement dans le Trésor à des fins générales. Aucune de ces sommes n'est conservée par le CRTC ou désignée pour dédommager Industrie Canada de ses coûts de réglementation.

[116] L'absence de lien raisonnable entre le prélèvement de la partie II et son but allégué est également important dans le contexte de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *620 Connaught*, précitée, au paragraphe 35. Selon le juge John Maxwell Evans, la redevance à payer pour un produit, un droit ou un avantage, tel qu'un droit de permis d'exploitation, doit correspondre d'une façon raisonnable au coût de fonctionnement du régime de réglementation plus général qui permet à la personne concernée de se livrer à ses activités comme elle le fait.

[117] De même, dans l'arrêt *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R (4th) 394 (C.A. C.-B.), au paragraphe 35, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a mentionné trois facteurs comme preuve indiquant que le prélèvement dans ce cas-là était une taxe plutôt qu'un droit : a) le montant recouvré était de beaucoup supérieur aux coûts de réglementation du régime; b) il n'y avait aucune tentative sérieuse de faire correspondre le montant recouvré au coût du régime; c) les revenus recouverts étaient déposés dans le Trésor. Il en va de même pour les faits de la présente espèce, ce qui démontre encore une fois que les droits de licence de la partie II sont une taxe.

[118] La présente Cour devrait examiner le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précitée, à la page 1077, où il a été statué que, parce que « [t]ous les aspects importants de l'industrie font déjà l'objet de licences, de prohibitions, d'ordonnances », la taxe proposée n'ajoutait « rien au système actuel de réglementation, si ce n'est un revenu » et elle ne pouvait donc pas être considérée comme un aspect du régime plus général de réglementation. Les droits de la partie II visent eux aussi principalement à générer un revenu aux fins générales de l'État. Ces droits n'ajoutent rien à la structure de réglementation—pas même un revenu.

Crown's Justification for Part II Licence Fees Not Valid

[119] The Crown's first witness, Ms. Diane Roy, provided a table comparing the moneys that would hypothetically have been collected by the CRTC if the old fee regime of 1.8% of gross revenues had been left in place. The CAB plaintiffs state that this evidence is irrelevant to the question of whether Part II licence fees are a tax. It is evident that by 1996 (the year prior to the enactment of the Regulations), the revenues generated by the old fee regime at 1.8% were well in excess of the CRTC's costs related to broadcasting activity and Industry Canada broadcasting spectrum management. In 1996-1997, broadcast licence fees were \$77.9 million, while total CRTC operating costs appeared to be approximately \$34.1 million. (CRTC documents indicate that in 1996, the CRTC's costs related to broadcasting activity were approximately \$20 million—see, e.g. Exhibit C, Tab A, page 1 and chart entitled "CRTC Resource Levels (\$000)"; see also Exhibit C, Tab B ("4. Resource Plans and Financial Tables", "5. Comparative Financial Plans by Business Line", "3. Comparative Financial Performance by Business Line", "1.3 Resource Requirements by Branch and Business Line/Activity (\$000)"; A chart in the June 2003 Report of the Standing Committee on Canadian Heritage graphically illustrates how the "nexus" between CRTC costs and broadcasting licence fees that existed in 1983-1984 (\$21.8 million in broadcast licence fees vs. \$23.6 million in total CRTC operating costs, presumably attributable to both broadcasting and telecommunications regulatory activity) was lost in subsequent years.) This witness provided no evidence to assist the Court in support of the Crown's position (Exhibit C, Tab G, at page 300—Figure 8.25 "Trends in CRTC licence fees paid by the private broadcasting sector and the telecommunications sector, 1983-2001").

La justification donnée par la Couronne en ce qui concerne les droits de licence de la partie II n'est pas valable

[119] Le premier témoin de la Couronne, M^{me} Diane Roy, a présenté un tableau dans lequel on compare les sommes que le CRTC aurait recouvrées, d'une façon hypothétique, si l'ancien régime de droits, de 1,8 p. 100 du revenu brut, avait été laissé en place. Les demanderesse membres de l'ACR affirment que cette preuve n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de savoir si les droits de licence de la partie II sont une taxe. De toute évidence, en 1996 (soit l'année précédant celle au cours de laquelle le Règlement a été édicté), les revenus générés par l'ancien régime de droits, de 1,8 p. 100, étaient bien supérieurs aux coûts du CRTC associés à l'activité de radiodiffusion et à ce qu'il en coûtait à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion. En 1996-1997, les droits de licence de radiodiffusion s'élevaient à 77,9 millions de dollars, alors que les coûts de fonctionnement du CRTC semblaient s'élever en tout à environ 34,1 millions de dollars. (Les documents du CRTC indiquent qu'en 1996, les coûts du CRTC associés à l'activité de radiodiffusion étaient d'environ 20 millions de dollars—voir par exemple la pièce C, onglet A, page 1, et le tableau intitulé « Niveaux des ressources du CRTC (000 \$) »; voir également la pièce C, onglet B (« 4. Plans de ressources et tableaux financiers », « 5. Plans financiers comparatifs par secteur d'activité », « 3. Rendement financier comparatif par secteur d'activité », « 1.3 Besoins en ressources par direction générale et activité ou secteur d'activité (000 \$) »). Un tableau figurant dans le rapport du mois de juin 2003 du Comité permanent du patrimoine canadien montre bien comment le « rapport » entre les coûts du CRTC et les droits de licence de radiodiffusion existant en 1983-1984 (21,8 millions de dollars pour les droits de licence de radiodiffusion par opposition à 23,6 millions de dollars en tout pour les coûts de fonctionnement du CRTC, probablement attribuables tant à l'activité de réglementation de la radiodiffusion qu'à l'activité de réglementation des télécommunications) a disparu au cours des années ultérieures. Ce témoin n'a fourni, à l'appui de la position de la Couronne, aucune preuve susceptible d'aider la Cour (pièce C, onglet G, page 320—Figure [sic] 8.25 « Évolution des droits de licences du CRTC payés par le

[120] After the fact, the CRTC has attempted to justify Part II licence fees by referring to a “threefold rationale”, which now forms part of the Crown’s defence of the levy. The rationale for Part II licence fees that is presently stated in the CRTC’s Estimates is that the charges are:

- to earn a fair return for the Canadian public for access to, or exploitation of, a publicly owned or controlled resource (i.e. broadcasters’ use of the broadcasting spectrum);
- to recover Industry Canada costs associated with the management of the broadcasting spectrum; and
- to represent the privilege of holding a broadcasting licence for commercial benefit.

(CRTC 2005-2006 Estimates: Part III—Report on Plans and Priorities, Exhibit B, Tab 34, at page 50; see also Exhibit B, Tab 33, page 43.)

[121] However, the evidentiary record before the Court does not establish that when the Regulations were enacted in 1997 the intent of Part II licence fees was to impose charges for the “threefold rationale” stated above. In the CRTC Public Notice announcing the proposed new broadcasting licence fee regulations, only the costs of regulating the broadcasting spectrum was referenced. An internal CRTC document prepared in 1996 indicates that the key rationale for the new fee structure was to streamline the process and to ensure that the Part I fees and Part II fees would in total approximate the amount collected under the old fee structure (Exhibit A, Tab 13: Public Notice CRTC 1996-149, page 5; Exhibit C, Tab 4 and Tab A “CRTC Proposed Changes to the Broadcasting Licence Fee Regulations: Briefing Notes”).

[122] The publicly stated intention for the enactment of the Regulations reiterates a focus upon maintaining revenues and does not articulate a justification of the charges based on some notion of imposing a charge for a “privilege”:

secteur privé de la radiodiffusion et celui des télécommunications, 1983-2001 »).

[120] Le CRTC a tenté après coup de justifier les droits de licence de la partie II en mentionnant les « trois objectifs » qui font maintenant partie de la défense présentée par la Couronne à l’égard du prélèvement. Les motifs maintenant avancés dans le Budget des dépenses du CRTC pour prélever les droits sont :

- obtenir pour le public canadien un rendement équitable en rapport avec l’accès à une ressource publique ou son exploitation (l’utilisation du spectre par les radiodiffuseurs);
- recouvrer les coûts de gestion du spectre de radiodiffusion engagés par Industrie Canada;
- refléter le privilège de détenir une licence de radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux.

(Budget des dépenses 2005-2006 : Partie III—Rapport sur les plans et les priorités du CRTC, pièce B, onglet 34, à la page 50; voir également la pièce B, onglet 33, page 43.)

[121] Toutefois, la preuve mise à la disposition de la Cour n’établit pas qu’au moment où le Règlement a été édicté, en 1997, les droits de licence de la partie II visaient à imposer des prélèvements reposant sur les « trois objectifs » susmentionnés. Dans l’avis public du CRTC annonçant le projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, il était uniquement fait mention des coûts de réglementation du spectre de la radiodiffusion. Un document interne du CRTC préparé en 1996 indique que la nouvelle structure tarifaire visait principalement à simplifier le processus et à faire en sorte que les droits de la partie I et les droits de la partie II correspondent en tout à peu près au montant recouvré selon l’ancien régime de droits (pièce A, onglet 13 : Avis public CRTC 1996-149, page 5; pièce C, onglet 4 et onglet A [TRADUCTION] « Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Notes de synthèse »).

[122] L’intention exprimée en public pour édicter le Règlement met encore une fois l’accent sur le maintien des revenus et n’énonce pas de justification à l’appui des redevances fondée sur l’idée selon laquelle la redevance est imposée en échange d’un « privilège » :

(a) Public Notice CRTC 1996-149-1 (November 29, 1996) stated:

The Commission also notes that in its proposed new fee regulations, its intention is to parallel the type of fee revenue that is currently required to be reported under the existing fee regulations.

(b) Public Notice CRTC 1997-32 (March 20, 1997), which was issued with the draft Regulations, stated:

The proposed regulations were drafted by the Commission in response to the Treasury Board's decision to grant the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity. As a result of this decision, the Commission will henceforth require that a portion of the licence fees be paid as of 1 April each year to finance the Commission's operating expenditures.

The Commission's intent in drafting the proposed new regulations was to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on both an industry-wide and individual undertaking basis over the period of the next three years, assuming that the Commission's approved funding level remains stable.

...

The Commission is satisfied that the new Fee Regulations address the primary reason for their development, namely, to respond to the Treasury Board's decision granting the Commission vote-netting authority, while retaining a system that will generate an amount of revenue equivalent to that raised under the previous fee regulations. . . is not warranted at this time.

(Exhibit A, Volume 3, Tab 14 (Public Notice CRTC 1996-149-1) and Tab 15 (Public Notice CRTC 1997-32, pages 1-2); agreed statement of facts, paragraph 66.)

[123] The CRTC's Estimates are an annual report to Parliament. The CRTC's Estimates tabled immediately before and after enactment of the Regulations did not state that Part II licence fees were intended to recover moneys for the "threefold" rationale that the CRTC currently relies upon:

a) L'avis public CRTC 1996-149-1 (29 novembre 1996) était rédigé comme suit :

Le Conseil fait aussi remarquer que le projet de règlement sur les droits de licence fait en sorte que les recettes désignées soient du même type que celles dont il doit être rendu compte en vertu du règlement actuel.

b) L'avis public CRTC 1997-32 (20 mars 1997), qui a été publié avec le projet de règlement, était rédigé comme suit :

Le Conseil a rédigé son projet de règlement suite à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. En raison de cette décision, le Conseil exigera désormais qu'une partie des droits de licence soit acquittée au 1^{er} avril de chaque année, afin de financer ses dépenses de fonctionnement.

Lorsqu'il a rédigé le projet de règlement, le Conseil a voulu créer, par rapport à la structure des droits en place, un système suivant lequel l'industrie et chaque entreprise paieraient à peu près le même montant de droits sur une période incluant les trois prochaines années, en prenant pour acquis la stabilité du niveau de financement approuvé.

[. . .]

Le Conseil est convaincu qu'en élaborant le nouveau règlement sur les droits de licence, il a répondu fondamentalement à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à utiliser la méthode du crédit net, tout en conservant un système qui générera des recettes équivalent à celles qui étaient réalisées en vertu du précédent règlement [. . .] n'est donc pas justifiée pour l'instant.

(Pièce A, volume 3, onglet 14 (Avis public CRTC 1996-149-1) et onglet 15 (Avis public CRTC 1997-32, pages 1, 2 et 3); exposé conjoint des faits, paragraphe 66.)

[123] Le Budget des dépenses du CRTC est un rapport annuel adressé au Parlement. Les Budgets des dépenses déposés immédiatement avant et après que le Règlement eut été édicté n'indiquaient pas que les droits de licence de la partie II visaient à permettre de recouvrer des sommes pour les « trois objectifs » sur lesquels le CRTC se fonde maintenant :

(a) In the CRTC's 1997-98 *Estimates: Part III—Expenditure Plan* (tabled before the Regulations were enacted), it is simply stated that:

The Commission is to implement new Broadcasting Licence Fee Regulations, effective 1 April 1997. This in direct response to a Treasury Board decision granting the Commission “vote netting” authority for its broadcasting activity. Funding, in the form of licence fee revenues, will now be required by 1 April of each year in order to finance the Commission’s operating expenditures related to the regulation of the broadcasting industry.

(b) In the CRTC’s 1998-99 *Estimates: A Report on Plans and Priorities*, it is stated that:

A portion of the Part II fees collected by the CRTC is allocated to cover the expenses of Industry Canada for services provided through its Spectrum Management and Regional Operations Activity, including the certification of broadcast undertakings, the broadcast inspection program and the investigation of complaints of interference to broadcast reception.

(c) In the CRTC’s 1999-2000 *Estimates: A Report on Plans and Priorities*, the CRTC stated it would be setting up formal consultative committees with “fee paying” clients to “ensure full compliance with the Government’s Cost Recovery and Charging Policy.” However, the CRTC again did not mention the “fair return for access to spectrum” or “privilege of holding a broadcasting licence” rationale for Part II licence fees in this document.

(d) In the letter of invitation sent to broadcasters for the CRTC’s cost-recovery roundtable in August 1999, the CRTC indicated the discussion would pertain to “CRTC cost recovery and related user fees”.

(e) In the 2000-2001 *Estimates: A Report on Plans and Priorities* (i.e., the first CRTC Estimates tabled in Parliament after the August 1999 “CRTC round table

a) Dans le *Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses* du CRTC (déposé avant que le Règlement ait été édicté), il est simplement dit ce qui suit :

Le Conseil doit adopter un nouveau Règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 1997, suite à une décision du Conseil du Trésor d’autoriser le Conseil à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. Des fonds, sous la forme de recettes de droits de licence, seront désormais exigés le 1^{er} avril de chaque année pour financer les dépenses de fonctionnement du Conseil liées à la réglementation de l’industrie de la radiodiffusion.

b) Dans le *Budget des dépenses 1998-1999 : Un rapport sur les plans et les priorités* du CRTC, il est déclaré ce qui suit :

Une partie des droits de la Partit [sic] II perçus par le CRTC est affectée aux dépenses d’Industrie Canada pour les services fournis dans le cadre de son activité Gestion du spectre et opérations régionales, notamment l’accréditation des entreprises de radiodiffusion, le programme d’inspection des entreprises de radiodiffusion et les enquêtes sur des plaintes de brouillage de signaux de radiodiffusion.

c) Dans son *Budget des dépenses 1999-2000 : Un rapport sur les plans et les priorités*, le CRTC disait qu’il établirait des comités consultatifs officiels avec les clients « payant des droits » en vue d’assurer « la pleine conformité avec la politique du gouvernement concernant le recouvrement et la facturation des coûts ». Toutefois, dans ce document, le CRTC ne faisait pas non plus mention de l’objectif lié au « rendement équitable en rapport avec l’accès au spectre » ou au « privilège de détenir une licence de radiodiffusion » à l’appui des droits de licence de la partie II.

d) Dans la lettre d’invitation envoyée aux radiodiffuseurs pour la table ronde portant sur le recouvrement des coûts du CRTC, au mois d’août 1999, le CRTC indiquait que la discussion se rapporterait au [TRADUCTION] « recouvrement des coûts du CRTC et aux frais d’utilisation connexes ».

e) Dans le *Budget des dépenses 2000-2001 : Un rapport sur les plans et les priorités* (c’est-à-dire le premier Budget des dépenses déposé devant le Parlement après

consultation” with broadcasters) (see Exhibit C, Tab 8 and Tab C; the Estimates for a particular fiscal year are tabled in Parliament in the March prior to the start of the fiscal year—see Exhibit C, Tab 6) there is no mention of the “threefold rationale,” or indeed any specific reference to Part II licence fees at all.

(Exhibit B, documents the parties agree are authentic and relevant, Tab 26, page 39, Tab 27, page 22, Tab 28, pages 20 and 34, Tab 29; Exhibit C, Tab 6 and Tab C.)

[124] The CRTC’s Estimates tabled in Parliament in 2001 indicated, for the first time, that the fee was assessed to “address three major issues,” which were similar to—but not exactly the same as—the “threefold rationale” above. This is the first time Parliament was informed of the rationale that is presently relied upon for Part II licence fees as representing:

- (i) costs incurred by Industry Canada to manage the broadcasting spectrum;
- (ii) the privilege of using the broadcasting spectrum; and
- (iii) the privilege of holding a broadcasting licence for commercial benefit.

(Exhibit B, Tab 30, page 30.)

[125] Only in 2002 (five years after the Regulations came into force), did the CRTC’s Performance Report and Estimates include a reference to the “threefold rationale” as currently articulated (Exhibit B, Tab 36, at page 45, Tab 31, at page 34.)

[126] It is noteworthy that neither of the Crown’s factual witnesses, Ms. Roy and Mr. Traversy, testified as to the intent of the Part II licence fee regime when the Regulations were enacted in 1997. Ms. Roy testified that she had nothing to do at all with the development of the new fee structure. Mr. Traversy could not recall the

la « table ronde—CRTC » auprès des radiodiffuseurs, au mois d’août 1999) (voir la pièce C, onglet 8 et onglet C; le Budget des dépenses pour un exercice particulier est déposé devant le Parlement au mois de mars, avant le début de l’exercice—voir la pièce C, onglet 6), il n’est pas fait mention des « trois objectifs » et de fait il n’est pas du tout fait expressément mention des droits de licence de la partie II.

(Pièce B, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents, onglet 26 (page 39), onglet 27 (page 22), onglet 28 (pages 20 et 34), onglet 29; pièce C, onglet 6 et onglet C.)

[124] Le Budget des dépenses du CRTC déposé devant le Parlement en 2001 indiquait pour la première fois que les droits « port[aient] sur trois questions importantes », qui étaient semblables aux « trois objectifs » susmentionnés sans toutefois être identiques. C’est la première fois que le Parlement était informé des objectifs maintenant invoqués à l’égard des droits de licence de la partie II concernant :

- i) les coûts encourus par Industrie Canada pour les services fournis dans le cadre de son activité Gestion du spectre et opérations régionales;
- ii) le privilège d’utiliser le spectre de la radiodiffusion;
- iii) le privilège de détenir une licence de radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux.

(Pièce B, onglet 30, page 30.)

[125] Ce n’est qu’en 2002 (soit cinq ans après l’entrée en vigueur du Règlement) que le Rapport sur le rendement et le Budget des dépenses du CRTC font mention des « trois objectifs » tels qu’ils sont maintenant énoncés (pièce B, onglet 36, page 45, onglet 31, page 34).

[126] Il importe de noter que ni l’une ni l’autre des personnes qui ont témoigné pour la Couronne au sujet des faits (M^{me} Roy et M. Traversy) n’a témoigné au sujet du but du régime des droits de licence de la partie II lorsque le Règlement a été édicté en 1997. M^{me} Roy a témoigné n’avoir nullement pris part à l’élaboration de

process or what his role was but stated that his role in it, if anything, was “small.” The Crown led no evidence of internal CRTC discussions or of discussions with Treasury Board to support its contention regarding the “threefold rationale.” The Court is left with the evidence that the “three fold rationale” for Part II licence fees was only developed well after the Regulations had been enacted in 1997. The inference is that it was developed to respond to this legal action (evidence of Diane Roy and John Traversy, November 21, 2006).

(1) Not a payment for Industry Canada’s costs of managing spectrum

[127] Even if one of the rationales for the CRTC’s collection of Part II licence fees was to recover Industry Canada costs associated with the management of the broadcasting spectrum, there is no mention in the *Broadcasting Act* of any authority given to the CRTC to collect money on behalf of Industry Canada. Furthermore, it has been admitted by the Crown that Part II licence fees are not actually allocated to Industry Canada or for any other specified purpose within the Consolidated Revenue Fund.

[128] Industry Canada has its own separate regulatory scheme under which it manages and licenses the use of radio frequency spectrum under the *Radiocommunication Act* [R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2)], including spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (agreed statement of facts, paragraph 57).

[129] Presently no fee is charged to a broadcasting licensee by Industry Canada for the broadcasting certificate that it issues if broadcasting spectrum is required by the licensee. It has chosen not to do so. Industry Canada does establish fees for usage of the other radio frequency spectrum allocations (agreed statement of facts, paragraph 57; request to admit, paragraph 63; response to request to admit, paragraph 2(xvi); evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006;

la nouvelle structure tarifaire. M. Traversy ne se rappelait pas le processus ou le rôle qu’il avait eu, mais il a déclaré avoir eu tout au plus un rôle [TRADUCTION] « minime ». La Couronne n’a pas présenté de preuve des discussions internes du CRTC ou des discussions qui avaient eu lieu avec le Conseil du Trésor à l’appui de la prétention fondée sur les « trois objectifs ». Selon la seule preuve dont dispose la Cour, les « trois objectifs » justifiant les droits de licence de la partie II ont été élaborés bien après que le Règlement eut été édicté, en 1997. Il en est conclu que les objectifs ont été élaborés en réponse à la présente action en justice (témoignages de Diane Roy et de John Traversy, 21 novembre 2006).

1) Il ne s’agit pas d’un paiement associé aux coûts de gestion du spectre par Industrie Canada

[127] Même si l’un des objectifs justifiant le recouvrement par le CRTC des droits de licence de la partie II était le recouvrement des coûts d’Industrie Canada associés à la gestion du spectre de la radiodiffusion, il n’est pas fait mention, dans la *Loi sur la radiodiffusion*, de quelque pouvoir conféré au CRTC aux fins du recouvrement d’argent pour le compte d’Industrie Canada. En outre, la Couronne a admis que les droits de licence de la partie II ne sont pas réellement consacrés à Industrie Canada ou à quelque autre fin précise dans le Trésor.

[128] Industrie Canada a son propre régime distinct de réglementation en vue de gérer l’utilisation du spectre de fréquences radiophoniques et d’accorder des licences à cet égard en vertu de la *Loi sur la radiocommunication* [L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], notamment pour ce qui est du spectre attribué pour la radiodiffusion. (exposé conjoint des faits, paragraphe 57).

[129] À l’heure actuelle, Industrie Canada n’exige pas de droits d’un titulaire de certificat de radiodiffusion qui est délivré dans le cas où le spectre de la radiodiffusion doit être utilisé par le titulaire. Le ministère a décidé de ne pas le faire. Industrie Canada a de fait établi des droits pour l’utilisation du spectre de fréquences radiophoniques à d’autres fins. (exposé conjoint des faits, paragraphe 57; demande d’aveux, paragraphe 63; réponse à la demande d’aveux, paragraphe 2(xvi);

Industry Canada, *Guide for Calculating Radio Licence Fees*, Exhibit B, Tab 17; *Radiocommunication Act*, subsection 6(1) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 4], Exhibit D, Tab 6; *Radiocommunication Regulations* [SOR/96-484], Exhibit D, Tab 7).

[130] The costs incurred by Industry Canada with respect to its management of broadcasting spectrum have been estimated as falling from \$13.0 million in 1998/1999 to \$10 million in 2004/2005. Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum do not vary according to the gross revenues earned by broadcast licence holders. There is accordingly no reasonable connection between Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum and either the amounts of Part II licence fees or the methodology by which they are collected (agreed statement of facts, paragraphs 59-60).

(2) Not a payment for the "privilege" of using spectrum

[131] The second justification advanced in the Crown's "threefold rationale" for Part II licence fees is that they are collected to earn a "fair return" for the Canadian public for broadcasters' use of the broadcasting spectrum. This rationale also does not hold up to scrutiny.

[132] It is important to note that this rationale could only apply to the usage of broadcasting spectrum, as Industry Canada already collects fees from entities transmitting signals over other allocations of the electromagnetic spectrum. For example, the right to transmit over "broadcasting satellite" spectrum or "fixed-satellite" spectrum is paid for separately by a satellite company licensed to use such spectrum by Industry Canada. To the extent that such spectrum is utilized to transmit the signals of a licensee, the licensee pays a fee to the satellite company Industry Canada would have received payment for the use and the spectrum resource from the satellite company. The "privilege" of utilizing spectrum in these cases is already

témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006; Industrie Canada, *Guide pour le calcul des droits de licence*, pièce B, onglet 17; *Loi sur la radiocommunication*, paragraphe 6(1) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 4], pièce D, onglet 6; *Règlement sur la radiocommunication* [DORS/96-484], pièce D, onglet 7).

[130] Il a été estimé que les coûts engagés par Industrie Canada à l'égard de la gestion du spectre de la radiodiffusion sont passés de 13 millions de dollars en 1998-1999 à 10 millions de dollars en 2004-2005. Les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion ne varient pas selon les revenus bruts réalisés par les titulaires de licences de radiodiffusion. Par conséquent, il n'existe aucun lien raisonnable entre ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion et les montants des droits de licence de la partie II ou la méthode par laquelle ces droits sont recouverts (exposé conjoint des faits, paragraphes 59 et 60).

2) Il ne s'agit pas d'un paiement associé au « privilège » lié à l'utilisation du spectre

[131] Selon la deuxième justification avancée par la Couronne quant aux « trois objectifs » visés par les droits de licence de la partie II, ces droits permettent d'obtenir pour le public canadien un « rendement équitable » en ce qui concerne l'utilisation du spectre de la radiodiffusion par les radiodiffuseurs. Cette justification ne résiste pas non plus à l'analyse.

[132] Il importe de noter que cet objectif pourrait uniquement s'appliquer à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion, étant donné qu'Industrie Canada recouvre des droits d'entités qui transmettent des signaux sur d'autres fréquences du spectre électromagnétique. Ainsi, le droit de transmettre sur le spectre des « satellites de radiodiffusion » ou sur le spectre des « satellites stationnaires » fait l'objet d'un paiement distinct par un exploitant de service par satellite titulaire d'une licence d'Industrie Canada l'autorisant à utiliser ce spectre. Dans la mesure où ce spectre est utilisé aux fins de la transmission des signaux du titulaire de licence, ce titulaire verse un droit à l'exploitant du service par satellite et Industrie Canada aurait reçu de

paid for (agreed statement of facts, paragraphs 85, 91; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[133] The Court heard evidence that broadcasting reception does not require special authorization from Industry Canada, and that not all broadcasting activities licensed by the CRTC transmit over broadcasting spectrum. Only licensees, whose broadcasting licence may be identified by reference to a specific call sign, for example “CJOH-TV,” utilize a transmitter operating in broadcasting spectrum as the primary means for signal distribution (evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006; agreed statement of facts, paragraphs 74 and 93).

[134] P&S undertakings do not operate transmitters that distribute programs to consumer-level receiving devices utilizing broadcasting spectrum, and do not require a broadcasting certificate from Industry Canada after receiving a CRTC licence. Rather, they route their programs to distribution undertakings like conventional cable or DTH satellite systems to be distributed to subscribers. To route the programming to distribution undertakings, P&S operators either employ optical fibre or coaxial cable (which does not use broadcasting spectrum), or fixed satellite or microwave links (for which separate licence fees are paid to Industry Canada to transmit over such spectrum allocations) (agreed statement of facts, paragraphs 96 and 98-99; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[135] Conventional cable undertakings transmit programs *via* a combination of optical fibre and coaxial cable, and do not use any broadcasting spectrum in that portion of their distribution plant that is connected directly to subscribers (agreed statement of facts, paragraph 100; evidence of Wayne Stacey, November

l’exploitant un paiement pour l’utilisation du spectre. Le « privilège » que comporte l’utilisation du spectre en pareil cas est déjà payé (exposé conjoint des faits, paragraphes 85 et 91; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[133] La Cour a entendu un témoignage indiquant que la réception liée à la radiodiffusion n’exige pas d’autorisation spéciale d’Industrie Canada et que le spectre de la radiodiffusion n’est pas utilisé pour toutes les activités de radiodiffusion faisant l’objet d’une licence du CRTC. Seuls les titulaires de licences dont la licence de radiodiffusion peut être identifiée par un indicatif précis, par exemple « CJOH-TV », utilisent un transmetteur utilisant le spectre de la radiodiffusion comme principal moyen de distribution du signal (témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006; exposé conjoint des faits, paragraphes 74 et 93).

[134] Les services payants et spécialisés ne se servent pas de transmetteurs distribuant des émissions à des appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion et ils n’ont pas à obtenir un certificat de radiodiffusion d’Industrie Canada après avoir obtenu une licence du CRTC. Ils acheminent plutôt leurs émissions jusqu’aux entreprises de distribution comme les systèmes habituels de distribution par câble ou les systèmes de SRD pour qu’elles soient distribuées aux abonnés. Pour acheminer la programmation vers les entreprises de distribution, les exploitants de services payants et spécialisés emploient des fibres optiques ou des câbles coaxiaux (qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion), ou des liaisons par satellite stationnaire ou des liaisons hertziennes (pour lesquelles des droits de licence distincts sont versés à Industrie Canada aux fins de la transmission sur ces fréquences du spectre) (exposé conjoint des faits, paragraphes 96, 98 et 99; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[135] Les entreprises habituelles de distribution par câble transmettent leurs émissions au moyen d’une combinaison de fibres optiques et de câbles coaxiaux et n’utilisent pas du tout le spectre de la radiodiffusion dans la partie de leurs installations fixes de distribution qui est reliée directement aux abonnés (exposé conjoint

20, 2006).

[136] DTH undertakings distribute programs *via* satellite signals provided by a satellite operator, such as Telesat Canada. Such systems use “fixed-satellite” or “broadcasting-satellite” electromagnetic spectrum that is licensed to the satellite operator and not to the DTH licensees. Where microwave links or satellite links are employed for program collection by the DTH undertaking, separate licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those systems, so the “privilege” of utilizing spectrum is already paid for (agreed statement of facts, paragraphs 103, 104 and 107; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[137] Most network programs are delivered *via* fixed satellite or microwave links; however optical fibre cables and dedicated coaxial cables may also be employed. The latter two delivery means do not employ electromagnetic spectrum. Where microwave links or fixed satellite links, which do not utilize broadcasting spectrum, are employed for program delivery, spectrum licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those technical systems (agreed statement of facts, paragraph 113; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[138] The Crown’s attempt to justify Part II licence fees as being for the “privilege” of utilizing broadcasting spectrum accordingly does not even apply in most instances, and, based on current trends, the rationale becomes even more strained. The Court heard evidence from Mr. Traversy that “a fairly high percentage” of households receive their television through broadcasting distribution undertakings rather than through “over the air” reception through the use of broadcasting spectrum. Mr. Traversy also testified that in future years revenues from specialty and pay services (who do not use

des faits, paragraphe 100; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[136] Les entreprises de SRD distribuent leurs émissions au moyen de signaux transmis par satellite fournis par un exploitant de service par satellite comme Télésat Canada. De tels systèmes utilisent un spectre électromagnétique de « satellite stationnaire » ou de « satellite de radiodiffusion » qui fait l’objet d’une licence accordée à l’exploitant du service par satellite et non aux titulaires de licences de services de SRD. Lorsque des liaisons hertziennes ou des liaisons par satellite stationnaire sont employées pour la réception des émissions par l’entreprise de SRD, des droits de licence distincts sont versés à Industrie Canada par les titulaires de licences de ces systèmes, de sorte que l’on a déjà payé pour le « privilège » se rattachant à l’utilisation du spectre (exposé conjoint des faits, paragraphes 103, 104 et 107; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[137] La plupart des émissions de réseau sont distribuées au moyen de liaisons par satellite stationnaire ou de liaisons hertziennes; toutefois, des câbles à fibres optiques et des câbles coaxiaux dédiés peuvent également être employés. Ces deux derniers moyens de distribution n’emploient pas le spectre électromagnétique. Lorsque des liaisons hertziennes ou des liaisons par satellite stationnaire, qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion, sont employées pour la distribution des émissions, les droits de licence du spectre sont versés à Industrie Canada par les titulaires de licences de ces systèmes techniques (exposé conjoint des faits, paragraphe 113; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[138] La tentative que la Couronne a faite pour justifier les droits de licence de la partie II en tant que « privilège » permettant l’utilisation du spectre de la radiodiffusion ne s’applique donc même pas dans la plupart des cas et, compte tenu des tendances actuelles, la justification est encore moins vraisemblable. La Cour a entendu le témoignage de M. Traversy, selon lequel [TRADUCTION] « un pourcentage relativement élevé » des ménages reçoivent leurs émissions de télévision par l’entremise d’entreprises de distribution plutôt que par ondes grâce à l’utilisation du spectre de la radiodiffu-

broadcasting spectrum to transmit their signals) are likely to surpass that of private conventional television (who do use broadcasting spectrum to transmit their signals). Accordingly, the second element of the Crown's "threefold rationale" is equally untenable (evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 517-518; Exhibit P-5, Canadian Press article dated June 29, 2005).

[139] In any event, there is no evidence as to the value of this alleged privilege or how 1.365% of gross revenues represents the "fair return" rationale which the Crown asserts.

(3) Not a payment for the "privilege" of broadcasting for commercial benefit

[140] In spite of the suggestion by the Crown that Part II licence fees represent a charge for the privilege of broadcasting for commercial benefit, it is clear that many broadcasters carry on business for commercial benefit without being required to pay Part II licence fees. There is once again no reasonable connection between Part II licence fees and the alleged "privilege" of broadcasting for commercial benefit:

(a) The old fee regime required that each licensee pay a minimum licence fee, plus a percentage of revenues which exceeded applicable exemption levels. However, the Regulations eliminated a basic licence fee for all undertakings, and now only undertakings with revenues in excess of the specified exemption file a licence fee return and pay the applicable licence fee amount. As a result, over 2,000 broadcasters' undertakings were not required to pay licence fees for the "privilege" of operating for commercial benefit.

M. Traversy a également témoigné qu'à l'avenir, les revenus des services spécialisés et payants (qui n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion pour transmettre leurs signaux) seront probablement supérieurs à ceux des chaînes de télévision privées classiques (qui utilisent le spectre de la radiodiffusion pour transmettre leurs signaux). Par conséquent, le deuxième des « trois objectifs » de la Couronne ne saurait lui non plus tenir (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, aux pages 517 et 518; pièce P-5, article de la Presse canadienne en date du 29 juin 2005).

[139] Quoi qu'il en soit, il n'existe aucun élément de preuve au sujet de la valeur de ce présumé privilège ou de la façon dont 1,365 p. 100 des revenus bruts représente le « rendement équitable » invoqué par la Couronne.

3) Il ne s'agit pas d'un paiement associé au « privilège » se rattachant à la radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux

[140] Malgré la prétention de la Couronne selon laquelle les droits de licence de la partie II représentent une redevance qui est versée pour le privilège se rattachant à la radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux, il est clair que de nombreux radiodiffuseurs exploitent leur entreprise à des fins commerciales sans être tenus d'acquitter les droits de licence de la partie II. Ici encore, il n'existe aucun lien raisonnable entre les droits de licence de la partie II et le présumé « privilège » se rattachant à la radiodiffusion à des fins commerciales :

a) Selon l'ancien régime de droits, chaque titulaire de licence était tenu de verser un droit de licence minimal, plus un pourcentage des recettes en sus de la franchise applicable. Toutefois, le Règlement a éliminé le droit de licence de base pour toutes les entreprises, et à l'heure actuelle, seules les entreprises dont les recettes sont en sus de la franchise précisée déposent un rapport sur les droits de licence et paient le montant applicable au titre des droits de licence. Par conséquent, plus de 2 000 entreprises de radiodiffusion n'étaient pas tenues d'acquitter les droits de licence afin d'avoir le « privilège » d'exercer leurs activités à des fins commerciales.

(b) As a result of Public Notice CRTC 2001-121 [Exemption order respecting cable systems having fewer than 2,000 subscribers, 7 December 2001], the CRTC revoked the licence requirement for over 1,300 broadcasting distribution undertakings who had fewer than 2,000 subscribers, such that they are no longer required to pay Part II licence fees. Similarly, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39 [Exemption order respecting cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers; and Amendment to the *Broadcasting Distribution Regulations*, 14 June 2004] exempted cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers, with numerous other undertakings now able to carry on business for commercial benefit without being obliged to pay Part II licence fees. Many of these undertakings would have otherwise had to pay Part II fees.

(Exhibit A, Tab 13 (Public Notice CRTC 1996-149, pages 2-3); Exhibit A, Tab 15 (Public Notice CRTC 1997-32, page 2); Exhibit A, Tab 12 (Public Notice CRTC 2001-121 and Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39); Exhibit P-4 (letter from Jim Stefanik (CRTC) dated October 3, 2003); evidence of John Traversy, November 21, 2006).

[141] Furthermore, there is no mention in the Regulations, or any other document prepared before the Regulations were enacted, of an intent to impose a fee for the “privilege” of holding a broadcasting licence (Exhibit C, Tab 22).

[142] When Part II licence fees were introduced, neither the CRTC nor any other department or agency, had conducted any studies, either to determine what the market value of the “privilege” of holding a broadcasting licence might be, or what the “privilege” of using broadcasting spectrum might be (Exhibit C, Tab 5).

[143] In 1997, the Treasury Board’s *Cost Recovery and Charging Policy* stated that:

b) Par suite de l’avis public CRTC 2001-121 [Ordonnance d’exemption pour les entreprises de câblodistribution de moins de 2 000 abonnés], le CRTC a révoqué l’obligation de détenir une licence pour plus de 1 300 entreprises de distribution de radiodiffusion qui comptaient moins de 2 000 abonnés, de sorte que celles-ci ne sont plus tenues d’acquitter les droits de licence de la partie II. De même, l’avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39 [Ordonnance d’exemption des entreprises de distribution de radiodiffusion par câble desservant entre 2 000 et 6 000 abonnés et modification au *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*] exemptait les entreprises de distribution de radiodiffusion par câble qui desservent de 2 000 à 6 000 abonnés, de nombreuses autres entreprises pouvant maintenant exercer leurs activités à des fins commerciales sans être obligées d’acquitter les droits de licence de la partie II. Un grand nombre de ces entreprises auraient par ailleurs été tenues d’acquitter les droits de la partie II.

(Pièce A, onglet 13 (Avis public CRTC 1996-149, pages 2 et 3); pièce A, onglet 15 (Avis public CRTC 1997-32; page 2); pièce A, onglet 12 (Avis public CRTC 2001-121 et Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39); pièce P-4 (lettre de Jim Stefanik (CRTC) en date du 3 octobre 2003); témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006.)

[141] En outre, ni le Règlement ni quelque autre document préparé avant que le Règlement ait été édicté ne font mention de l’intention d’imposer un droit pour le « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion (pièce C, onglet 22).

[142] Lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, ni le CRTC ni quelque autre ministère ou organisme gouvernemental n’avaient effectué d’études, que ce soit en vue de déterminer la valeur marchande du « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion ou en vue de déterminer ce que pourrait être le « privilège » lié à l’utilisation du spectre de la radiodiffusion (pièce C, onglet 5).

[143] En 1997, la *Politique sur le recouvrement des coûts et la tarification* du Conseil du Trésor prévoyait ce qui suit :

Charging . . . cannot be used simply as a means of generating revenue to meet the funding requirements of a department or agency. There must be a relationship between the fee charged and the cost of the good or service, or the value of the privilege provided to clients.

...

Before attempting to establish a price, it is important to be aware of the full cost of providing services. Only in that context, can one determine the appropriate price to be charged. In the case of rights and privileges, pricing based on market value is often a more appropriate approach. . . . When there is a mix of public and private benefits, fees should be lower than full cost.

[144] As late as in its response to the request to admit dated March 24, 2005, the Crown admitted that no reviews of the relationship between the Part II licence fee revenues and the value that may be attributed by broadcasters for that licence exist.

[145] It was not until March 11, 2005 (well after the present action was commenced in December 2003) that, in response to the commitment made to the Committee of Canadian Heritage, that the Department of Canadian Heritage issued a “Request for Proposals” in an attempt to “determine the different methodologies that could be used to assess the economic value of broadcasting licences held for commercial benefit” (Exhibit C, Tab 15 and Tabs I and J).

(4) There is no evidence of value

[146] The Crown states that Part II licence fees represent a “fair return” for the alleged value of the “privilege.” However, the concept of a “fair return” assumes the Crown has quantified that value and assessed it is reasonable. When the Regulations were enacted, there were no studies upon which the CRTC based the imposition of a 1.365% charge upon gross revenues, so it is clear that the Crown cannot demonstrate that the CRTC assessed the charge in order to establish a reasonable nexus between the Part II licence fees and the value of the alleged privilege. Even as late as 2006, the government is still trying to determine what the value of this “privilege” might be.

[. . .] la perception de frais d’utilisation ne doit pas simplement servir à générer des revenus pour répondre aux besoins en financement d’un ministère ou d’un organisme gouvernemental. Les frais doivent refléter le coût du bien ou du service ou la valeur du privilège conféré.

[. . .]

Avant d’établir le prix du service, on doit déterminer le coût total de prestation du service. C’est le seul moyen de déterminer le prix convenable. Quand [*sic*] aux droits et privilèges, la facturation au taux du marché est souvent la méthode la plus appropriée [. . .] Lorsqu’un service confère à la fois des bénéfices publics et privés, les frais devraient être inférieurs au coût total.

[144] Même au moment où elle a déposé sa réponse à la demande d’aveux, le 24 mars 2005, la Couronne a admis qu’aucun examen du rapport existant entre les revenus tirés des droits de licence de la partie II et la valeur que les radiodiffuseurs pouvaient attribuer à une licence n’avait été effectué.

[145] Ce n’est que le 11 mars 2005 (bien après que la présente action eut été intentée, au mois de décembre 2003), en réponse à l’engagement qui avait été pris envers le Comité du patrimoine canadien, que le ministère du Patrimoine canadien a lancé une « Demande de propositions » en vue de tenter de « déterminer les différentes méthodes que l’on pourrait utiliser pour établir la valeur économique des licences de radiodiffusion détenues à des fins commerciales » (pièce C, onglet 15 et onglets I et J).

4) Il n’existe aucune preuve de la valeur

[146] La Couronne affirme que les droits de licence de la partie II représentent un « rendement équitable » de la présumée valeur du « privilège ». Toutefois, la notion de « rendement équitable » donne à entendre que la Couronne a mesuré cette valeur et qu’elle a conclu que cette valeur est raisonnable. Lorsque le Règlement a été édicté, il n’y avait pas d’études sur lesquelles le CRTC pouvait fonder l’imposition d’une redevance de 1,365 p. 100 sur les revenus bruts, de sorte qu’il est clair que la Couronne ne peut pas démontrer que le CRTC a imposé le prélèvement afin d’établir un rapport raisonnable entre les droits de licence de la partie II et la valeur du présumé privilège. Même en 2006, le

[147] The Crown's expert witnesses did not provide a quantifiable value of the privilege which would assist the Court in determining whether there is a reasonable nexus between this value and the amounts collected as Part II licence fees. Mr. Lyman made this clear:

One thing that I must say at the outset is that we at no place calculated an explicit value of the Licences. The task was to determine whether they had value, rather than to quantify that value.

There are some quantifications which are useful to point out and demonstrate, but we are not pretending to have done a calculation of the total value of any set of Licences.

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006, at page 612, lines 15-23.)

Q. I take it, then, that you are not opining today that 1.365 per cent of gross revenues is a fair return for the value of that Broadcasting Licence.

A. As I said, our Report addressed matters of the economic value of holding a Licence and the benefits derived from within.

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006 at page 682, lines 6-12.)

[148] In fact, counsel for the Crown made the following statement:

MR. COUTO: The submissions that were done in the Opening Statement, and here, is that we say that we can charge for something that has value.

JUSTICE SHORE: Indeed.

MR. COUTO: The debate before you is not whether the rate of 1.365 is an accurate one.

That is where the quantification, in my submission, becomes important: Is 1.365 the right one, given the value that these Licences have?

gouvernement essaie encore de déterminer quelle pourrait être la valeur de ce « privilège ».

[147] Les témoins experts de la Couronne n'ont pas soumis de valeur mesurable du privilège susceptible d'aider la Cour à décider s'il y a un rapport raisonnable entre cette valeur et les montants recouvrés au titre des droits de licence de la partie II. C'est ce que M. Lyman a clairement déclaré :

[TRADUCTION] Je dois dire au départ que nous n'avons jamais établi la valeur explicite des licences. Il s'agissait de déterminer si les licences avaient une valeur, plutôt que de mesurer cette valeur.

Il est utile de signaler et de démontrer certaines mesures, mais nous ne prétendons pas avoir calculé la valeur totale d'un ensemble donné de licences.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 612, lignes 15 à 23.)

[TRADUCTION]

Q. Je crois donc comprendre que vous n'exprimez pas aujourd'hui l'opinion selon laquelle ce pourcentage de 1,365 p. 100 des revenus bruts est un rendement équitable pour la valeur de cette licence de radiodiffusion.

R. Comme je l'ai dit, notre rapport traitait de la question de la valeur économique d'une licence et des avantages y afférents.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 682, lignes 6 à 12.)

[148] De fait, l'avocat de la Couronne a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

M^c COUTO : Selon les observations que nous avons faites dans notre exposé initial et ici, nous pouvons exiger un montant donné pour quelque chose qui a de la valeur.

LE JUGE SHORE : En effet.

M^c COUTO : Il ne s'agit pas ici de savoir si le taux de 1,365 p. 100 est exact.

Selon moi, c'est là que la mesure acquiert de l'importance. Le taux de 1,365 p. 100 est-il le bon, compte tenu de la valeur de ces licences?

But that has not been the issue. The issue that you have before you is: Is this a tax?

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006, at page 638, lines 9-19.)

[149] In contrast to the Crown's vague assertions about the value of the "privilege" of holding a broadcasting licence, the Court was provided with extensive evidence that any such "privilege" has already been paid for by a broadcaster in numerous ways apart from Part II licence fees. For example, the CRTC may impose conditions of licence on a broadcasting undertaking:

(a) to broadcast a minimum amount of Canadian content;

(b) to make contributions to funds for the production of Canadian content; and

(c) to make contributions to funds for other projects.

(Evidence of John Traversy, November 21, 2006.)

[150] The Crown's witness Mr. Traversy acknowledged that such commitments will cause a broadcasting programming undertaking to incur a cost. He stated that:

Canadian drama programming is very expensive to produce, and traditionally it has been a genre of programming that has been unable to recover its costs within the Canadian Broadcasting system.

(Evidence of John Traversy, November 21, 2006, at page 521, lines 15-18.)

[151] The Court also heard testimony from Mr. Traversy that the CRTC examines applications for licences with respect to how the proposed licensee would fulfil the objectives of the *Broadcasting Act*. The application procedure is often a "competitive process." The CRTC considers the Canadian content conditions being put forward, what contributions a proposed licensee would put forward in developing Canadian talent, what they will do to serve the local community,

Mais telle n'était pas la question. La question qui se pose ici est de savoir s'il s'agit d'une taxe.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 638, lignes 9 à 19.)

[149] Par opposition aux vagues assertions que la Couronne a faites au sujet de la valeur du « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion, une preuve abondante a été soumise à la Cour indiquant que pareil « privilège » avait déjà été payé par un radiodiffuseur, et ce, de bien des façons, indépendamment des droits de licence de la partie II. Ainsi, le CRTC peut assortir la licence de conditions, l'entreprise de radiodiffusion s'engageant :

a) à radiodiffuser un contenu canadien minimal;

b) à contribuer aux fonds pour la production d'un contenu canadien;

c) à contribuer aux fonds associés à d'autres projets.

(Témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006.)

[150] M. Traversy, témoin de la Couronne, a reconnu que de tels engagements occasionneront des frais à l'entreprise de programmation. Voici ce qu'il a déclaré :

[TRADUCTION] La production d'émissions dramatiques canadiennes coûte fort cher et, par le passé, les émissions de ce genre n'ont pas permis le recouvrement des coûts y afférents dans le système canadien de radiodiffusion.

(Témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, page 521, lignes 15 à 18.)

[151] La Cour a également entendu le témoignage de M. Traversy, selon lequel le CRTC examine les demandes de licences afin de déterminer la façon dont le titulaire éventuel atteindra les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*. La procédure de demande est souvent un « processus concurrentiel ». Le CRTC tient compte des conditions avancées quant au contenu canadien, des contributions que le titulaire éventuel ferait aux fins du développement d'artistes canadiens, de ce qu'il ferait

and what initiatives there will be to ensure that there is a newscast and provide relevant information. The CRTC will also look at the profitability of an undertaking, the market situation of the station, and economic potential of a licensee when assessing what percentage of Canadian programming requirements to impose by way of conditions of licence (evidence of John Traversy, November 21, 2006).

(5) The economic rent argument

[152] The Crown's assertion, through its expert Mr. Dustin Chodorowicz, is that Part II fees are a way for the Crown to extract economic rent for the "privilege" of holding a broadcasting licence and/or using broadcasting spectrum. However, it is not clear how this evidence establishes that the fees are not a tax.

[153] Mr. Chodorowicz, acknowledged that economic rent attributable to a "privilege" is often extracted by governments through taxes (evidence of Dustin Chodorowicz, November 22 and 23, 2006).

[154] The Crown urges the Court to look to other jurisdictions, but the evidence is that other countries like New Zealand and Australia recover economic rent associated with a broadcasting licence by way of a tax (evidence of Dustin Chodorowicz, November 22-23, 2006).

[155] The plaintiffs' expert, Dr. Gerry Wall, testified that it would be difficult to establish a quantifiable value for a broadcasting licence (evidence of Gerry Wall, November 24, 2006, page 1046, lines 23-26, page 1047, lines 1-12).

[156] Dr. Wall also testified that the CRTC actually extracts much of the value that might be attributed to a licence through other means (Exhibit P-12, paragraphs 12-29, expert report of Gerry Wall).

pour servir la communauté locale et des initiatives qui seront prises pour faire en sorte qu'il y ait un bulletin de nouvelles et que de l'information pertinente soit présentée. Le CRTC examine également la rentabilité de l'entreprise, la situation du poste sur le marché et le potentiel économique du titulaire lorsqu'il décide du pourcentage à imposer, au moyen des conditions fixées dans la licence, en ce qui concerne les exigences en matière de programmation canadienne (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006).

5) L'argument concernant le loyer économique

[152] Selon l'assertion que la Couronne a faite au moyen de son expert, M. Dustin Chodorowicz, les droits de la partie II sont une façon pour elle d'obtenir un loyer économique pour le « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion ou à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Toutefois, on ne sait pas trop comment cette preuve établit que les droits ne sont pas une taxe.

[153] M. Chodorowicz a reconnu que l'État obtient souvent le loyer économique attribuable à un « privilège » au moyen de taxes (témoignage de Dustin Chodorowicz, 22 et 23 novembre 2006).

[154] La Couronne demande avec instance à la Cour d'examiner ce qui se passe dans d'autres ressorts, mais la preuve montre que d'autres pays comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie recourent au moyen d'une taxe le loyer économique associé à une licence de radiodiffusion (témoignage de Dustin Chodorowicz, 22 et 23 novembre 2006).

[155] L'expert des demandeurs, M. Gerry Wall, a témoigné qu'il serait difficile d'établir une valeur mesurable pour une licence de radiodiffusion (témoignage de Gerry Wall, 24 novembre 2006, page 1046, lignes 23 à 26, page 1047, lignes 1 à 12).

[156] M. Wall a également témoigné que le CRTC obtient en réalité une bonne partie de la valeur qui pourrait être attribuée à une licence par d'autres moyen (pièce P-12, paragraphes 12 à 29, rapport d'expert de Gerry Wall).

(6) The Broadcasting Act does not authorize CRTC to charge for a “privilege”

[157] In any event, the CRTC has not been authorized by the *Broadcasting Act* to impose a fee for a privilege or to extract economic rent.

[158] Section 11 of the *Broadcasting Act* does not contain any language that would allow the CRTC to charge for a privilege. Characterizing Part II licence fees as being a charge for products, rights or privilege, would also result in section 11 of the Regulations being *ultra vires* the authority granted to the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act* to charge regulatory fees.

[159] The statutory provision considered by the Federal Court of Appeal in *620 Connaught*, above, (section 24 of the *Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31) provided that Parks Canada may fix fees in respect of “products, rights or privileges.” As is evident from the statutory provision at issue in *620 Connaught* as well as numerous other statutes, when Parliament intends to provide authority to collect a fee in respect of a privilege, it does so. For example: *Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, section 25; *Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, section 7; *Department of Social Development Act*, S.C. 2005, c. 35, section 20; *Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1, section 19; *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, section 48.

The Crown’s Reliance on *La Presse* is Misplaced

[160] The Crown relies heavily on the Supreme Court of Canada’s decision in *La Presse*.

[161] It is predominantly featured in its argument and counsel for the defendant has stated that the present case “was conclusively decided by the Supreme Court of Canada forty years ago in the *La Presse* case” (transcript of November 21, 2006, page 396, line 7)

6) La Loi sur la radiodiffusion n’autorise pas le CRTC à exiger certaines sommes pour un « privilège »

[157] Quoi qu’il en soit, la *Loi sur la radiodiffusion* n’autorise pas le CRTC à imposer un droit pour un privilège ou à obtenir un loyer économique.

[158] L’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne renferme rien qui permette au CRTC d’exiger un montant donné pour un privilège. Si l’on qualifiait les droits de licence de la partie II de redevances pour la fourniture de produits, ou pour l’attribution de droits ou d’avantages, l’article 11 du Règlement serait également *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, lorsqu’il s’agit d’exiger des droits de réglementation.

[159] La disposition légale que la Cour d’appel fédérale examinait dans l’arrêt *620 Connaught*, précité (l’article 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31), prévoyait que Parcs Canada pouvait fixer le prix à payer « pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages ». Comme le montre bien la disposition légale en cause dans l’arrêt *620 Connaught* ainsi que de nombreuses autres lois, lorsque le législateur entend conférer le pouvoir de recouvrer un droit à l’égard d’un privilège, il le fait. Mentionnons par exemple la *Loi sur l’Agence canadienne d’inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, article 25; la *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 7; la *Loi sur le ministère du Développement social*, L.C. 2005, ch. 35, article 20; la *Loi sur le ministère de l’Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, article 19; la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, article 48.

La Couronne n’a pas raison de se fonder sur l’arrêt *La Presse*

[160] La Couronne se fonde fortement sur l’arrêt *La Presse*, de la Cour suprême du Canada.

[161] Cet arrêt figure d’une façon prédominante dans l’argumentation de la Couronne et l’avocat de la défenderesse a déclaré que la présente instance [TRADUCTION] « a été tranchée d’une façon concluante par la Cour suprême du Canada il y a quarante ans dans l’arrêt *La Presse* » (transcription du 21 novembre 2006, page 396, ligne 7).

[162] The defendant has misread *La Presse* with regard to the Courts' interpretation of the facts and the legislation in place at the time.

(a) The Reasonable Nexus Requirement is Recognized in *La Presse*

[163] First, it must be noted that *La Presse* essentially deals with an objection to the retroactive effect of an Order in Council. However, to the extent that the case did deal with the characterization of a charge, the majority of the Supreme Court of Canada articulated the following [at page 74]:

The learned trial judge held to be unfounded respondents contentions that s. 5 of the Radio Regulations as enacted by the Order in Council was invalid because (1) it imposed a tax and not a licence fee and (2) was unjust and discriminatory. I am in agreement with that view and have little to add to what the learned trial judge has said on these two points.

[164] The Exchequer Court's view, shared by the Supreme Court of Canada, was that the regulatory body in that case [at page 1340 of 63 DTC] "require[d] a substantial income in order to provide the proper carrying out of its multiple tasks, an income which must increase at the same rate as the increasing necessities of operation." There was a specific finding in *La Presse* by the Exchequer Court of Canada that the costs of regulating broadcasting at that time were increasing and that the revenues generated by the licensing fees were reasonable when compared to those costs. As found by the trial Judge [at page 1340 of 63 DITC] "the total cost of administration, control, supervision, assistance, protection, licensing, etc. of all radio transmitting stations and units under the jurisdiction of the Department of Transport" for the relevant years was:

1956-1957	\$1,683,185
1957-1958	\$2,061,772
1958-1959	\$2,235,236
1959-1960	\$2,403,875
1960-1961	\$2,731,534

[162] La défenderesse a mal interprété l'arrêt *La Presse* en ce qui concerne la façon dont la Cour a interprété les faits et la législation qui était alors en vigueur.

a) L'exigence relative à l'existence d'un rapport raisonnable est reconnue dans l'arrêt *La Presse*

[163] Premièrement, il faut noter que l'arrêt *La Presse* porte essentiellement sur une objection soulevée à l'encontre de l'effet rétroactif d'un décret. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt portait sur la qualification d'une redevance, la majorité de la Cour suprême du Canada a dit ce qui suit [à la page 74] :

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a jugé non fondées les prétentions de l'intimée selon lesquelles l'article 5 du Règlement sur la radio tel qu'il a été édicté par le décret n'était pas valide parce que 1) il imposait une taxe et non un droit de licence, 2) il était injuste et discriminatoire. Je souscris à cet avis et je n'ai pas grand-chose à ajouter aux remarques que le juge de première instance a faites sur ces deux points.

[164] Selon l'avis exprimé par la Cour de l'Échiquier, que la Cour suprême du Canada partageait, l'organisme de réglementation dans cette affaire-là [à la page 636] « requ[érait] des revenus substantiels afin de subvenir à la bonne expédition de ses tâches multiples, revenus qui [devaient] s'accroître au rythme même de l'augmentation des nécessités de l'exploitation ». Dans la décision *La Presse*, la Cour de l'Échiquier du Canada a expressément conclu [à la page 636] que les coûts de réglementation de la radiodiffusion allaient en augmentant à ce moment-là et que les revenus générés par les droits de licence étaient raisonnables par rapport à ces coûts. Comme le juge du procès l'a conclu, [TRADUCTION] « le coût total d'administration, de régie [à la page 636], de supervision, d'assistance, de protection, d'octroi de licences, etc., de tous les postes et installations émetteurs relevant du ministère des Transports » pour les années pertinentes était le suivant :

1956-1957	1,683,185 \$
1957-1958	2,061,772 \$
1958-1959	2,235,236 \$
1959-1960	2,403,875 \$
1960-1961	2,731,534 \$

[165] What the Exchequer Court was effectively saying is succinctly summarized in the headnote of the decision at page 628 of the [1964] Ex. C.R.:

[TRANSLATION] To distinguish between a licence fee and a tax it is necessary to inquire whether the government's charge for the privilege of operating a business does not exceed the direct costs of the licence and of monitoring and reviewing the business and has no other purpose than meeting these costs; in such case, it is a licence fee and not a tax. The reverse would be true in the opposite situation.

[166] The Exchequer Court in *La Presse* was looking for nexus between the charge and the costs of the regulated activity and the Supreme Court of Canada agreed with Justice Jacques Dumoulin with regard to his tax-versus-fee analysis.

[167] Hence, the reasoning in *La Presse* with regard to the characterization of a charge is precisely the reasoning the plaintiffs are asking this Court to apply. Part II licence fees are not intended to cover the costs of regulating the broadcast system. The amounts collected as Part II licence fees grossly exceed the cost of that regulatory scheme. The sums collected are deposited in the CRF and are intended to raise revenue for general public purpose. Had these factors been present in 1967, *La Presse* would have been decided very differently.

(b) Inconsistent Legislative Regime

[168] Not only was *La Presse* rendered under a regulatory regime that did not include the specific allocation of moneys to a self-contained system such as sums collected as Part I licence fees, but the English and French versions of the regulation at issue were inconsistent. This has served to further confuse the issue.

[169] Paragraph 3(1)(a) of the *Radio Act*, R.S.C. 1952, c. 233, empowered the Governor in Council to

[165] Les remarques que la Cour de l'Échiquier a faites sont brièvement résumées dans le sommaire de la décision, à la page 628 :

Pour distinguer une licence d'avec une taxe il faut s'enquérir si le prix exigé par l'État pour le privilège d'exploiter une entreprise n'excède pas et a pour objet seulement de rencontrer le coût actuel de la licence ainsi que de la surveillance et du contrôle de cette entreprise, auquel cas il s'agirait d'une licence et non d'une taxe. Dans le cas contraire, ce serait l'inverse.

[166] Dans la décision *La Presse*, la Cour de l'Échiquier cherchait à établir un rapport entre le prélèvement et les coûts de l'activité faisant l'objet de réglementation; la Cour suprême du Canada était d'accord avec M. le juge Jacques Dumoulin en ce qui concerne l'analyse que celui-ci avait effectuée en comparant une taxe à un droit.

[167] Par conséquent, le raisonnement qui a été fait dans la décision *La Presse*, en ce qui concerne la qualification d'un prélèvement, est précisément le raisonnement que les demanderesse voudraient que la Cour applique. Les droits de licence de la partie II ne visent pas à permettre de couvrir les coûts de réglementation du système de radiodiffusion. Les montants recouverts au titre des droits de licence de la partie II sont de beaucoup supérieurs au coût de ce régime de réglementation. Les sommes recouvrées sont déposées dans le Trésor et visent à permettre de percevoir un revenu à des fins générales d'intérêt public. Si ces facteurs avaient été présents en 1967, l'affaire *La Presse* aurait été tranchée d'une façon fort différente.

b) Régime législatif incompatible

[168] La décision *La Presse* se rapportait à un régime de réglementation qui ne comprenait pas l'allocation précise de certaines sommes à un système autonome, telles que les sommes recouvrées au titre des droits de licence de la partie I; de plus, les versions française et anglaise du règlement en question étaient incompatibles, ce qui a jeté encore plus de confusion sur la question en litige.

[169] L'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1952, ch. 233, autorisait le gouverneur en conseil à

prescribe a tariff of fees to be paid for licences for private commercial radio broadcasting stations. In October 1960, an Order in Council was adopted amending the *General Radio Regulations, Part 1* [SOR/58-46] then in effect and replacing section 5 thereof with a new section 5 [SOR/60-495, s. 1]. It is appropriate to reproduce the relevant legislation examined in *La Presse*.

Radio Act, R.S.C. 1952, c. 233, section 3:

3. (1) The Governor in Council may

(a) prescribe the tariff of fees to be paid for licences. . . .

General Radio Regulations, Part I, section 5:

5. (1) . . .

(2) Subject to this section, the licence fee for a Private Commercial Broadcasting Station for each licence year is payable on or before the commencement of the licence year.

(3) Subject to this section, the licence fee for a Private Commercial Broadcasting Station for each licence year shall be based upon the gross revenue. . . .

[170] The Exchequer Court's decision was written in French. With respect, the legislation in this case is ambiguous at best. It simply cannot be said that the present case "was conclusively decided by the Supreme Court of Canada forty years ago in the *La Presse* case."

Crown's reliance on *620 Connaught* is misplaced

[171] The Crown relies on *620 Connaught*, above, in support of its arguments.

[172] During its opening statement, the Crown cited Justice Evans stating "that the unique benefit enjoyed by the fee payer establishes the connection to the regulatory scheme." Counsel added "[a]nd that is exactly the situation we have here." Therefore, a second proposition for which the Crown has cited *620 Connaught* is that licence holders may be charged a fee because they benefit from the privilege of holding a broadcasting licence (opening statement of crown counsel, Vol. 2,

prescrire un tarif de droits à payer pour les licences accordées aux chaînes commerciales privées de radiodiffusion. Au mois d'octobre 1960, un décret a été adopté en vue de modifier le *Règlement général sur la radio, Partie I* [DORS/58-46] qui était alors en vigueur et de remplacer l'article 5 par un nouvel article 5 [DORS/60-495, art. 1]. Il convient de reproduire les dispositions légales pertinentes qui ont été examinées dans l'arrêt *La Presse*.

Loi sur la radio, S.R.C. 1952, ch. 233, article 3 :

3. (1) Le gouverneur en conseil peut

(a) prescrire le tarif des droits à payer pour les licences [. . .]

Règlement général sur la radio, Partie I, article 5 :

5. (1) [. . .]

(2) Sous réserve des dispositions du présent article, la taxe de licence afférente à une station commerciale privée de radiodiffusion pour chaque année de licence [. . .]

(3) Sous réserve des dispositions du présent article, la taxe de licence afférente à une station commerciale privée de radiodiffusion pour chaque année de licence [. . .]

[170] La décision de la Cour de l'Échiquier était rédigée en français. Avec égards, la législation en l'espèce est au mieux ambiguë. On ne peut tout simplement pas dire que la présente affaire [TRADUCTION] « a été tranchée d'une façon concluante par la Cour suprême du Canada il y a quarante ans dans l'arrêt *La Presse* ».

La Couronne n'a pas raison de se fonder sur l'arrêt *620 Connaught*

[171] La Couronne se fonde sur l'arrêt *620 Connaught*, précité, à l'appui de ses arguments.

[172] Dans son exposé initial, la Couronne a cité le juge Evans en disant que [TRADUCTION] « l'avantage unique dont jouit celui qui paie le droit établit le lien avec le régime de réglementation ». L'avocat a ajouté que [TRADUCTION] « telle [était] exactement la situation dans ce cas-ci ». Par conséquent, selon une seconde thèse à l'égard de laquelle la Couronne a cité l'arrêt *620 Connaught*, les titulaires de licences peuvent se voir imposer des droits parce qu'ils profitent du privilège se

page 410, line 17).

[173] That is not the proposition which *620 Connaught* stands for.

The intention of *620 Connaught*

[174] The essence of *620 Connaught*, above, at paragraphs 35, 66 and 67, is that where a regulatory body is given the legislative authority to charge for a privilege, the benefit derived from the regulated commercial activity may enter into the equation to establish a nexus between the fee and the regulatory scheme.

[175] *620 Connaught* does not stand for the proposition that one may charge for a privilege simply when commercial benefit is present. Rather, the *620 Connaught* case creates a bridge between the charge and the benefit when the legislation provides that a fee may be charged for a privilege.

Authority to charge for a privilege in Canada

[176] In Canada, the authority for a government entity to charge for a privilege stems from the legislation. It must be explicitly bestowed by Parliament, as it was in the *620 Connaught* case where the *Parks Canada Agency Act*, provided for the fixing of licence fees as follows:

24. The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating fees in respect of products, rights or privileges provided by the Agency.

[177] In addition, as pointed out above, the fees charged in this case went directly back to the Jasper Park budget.

Reference to the *Mount Cook* case

[178] As a supplementary reference in support of the same argument—benefit authorizes a charge for a

rattachant à une licence de radiodiffusion (exposé initial de l’avocat de la Couronne, volume 2, page 410, ligne 17).

[173] Telle n’est pas la thèse qui était en cause dans l’arrêt *620 Connaught*.

L’intention visée dans l’arrêt *620 Connaught*

[174] L’arrêt *620 Connaught*, précité, aux paragraphes 35, 66 et 67, dit essentiellement que lorsqu’un organisme de réglementation est autorisé par la loi à exiger un montant donné pour un privilège, l’avantage tiré de l’activité commerciale réglementée peut entrer en ligne de compte afin d’établir un rapport entre le droit et le régime de réglementation.

[175] L’arrêt *620 Connaught* n’étaye pas la thèse selon laquelle il est possible d’exiger un montant donné pour un privilège simplement lorsqu’un avantage commercial est présent. Il établit plutôt la liaison entre le prélèvement et l’avantage lorsque la loi prévoit qu’un droit peut être exigé pour un privilège.

Le pouvoir d’exiger un montant pour un privilège au Canada

[176] Au Canada, le pouvoir d’une entité gouvernementale d’exiger un montant pour un privilège découle de la loi. Ce pouvoir doit être expressément conféré par le législateur, comme c’était le cas dans l’affaire *620 Connaught*, où la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, conférait comme suit le pouvoir de fixer le prix à payer :

24. Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix—ou le mode de calcul du prix— à payer pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages par l’Agence.

[177] De plus, comme il en a ci-dessus été fait mention, les droits exigés dans ce cas-là étaient directement affectés au budget du parc Jasper.

Mention de l’arrêt *Mount Cook*

[178] À titre de référence supplémentaire à l’appui du même argument—à savoir que l’avantage autorise

privilege—the Crown has cited the *Mount Cook* case, above. However, the Crown has failed to mention that the fee levied in that case stayed within the system to which it adhered. Justice North in *Mount Cook*, at page 487, expressly referred to the closed system of the regime when he wrote:

I see no reason at all then, why the Board should not charge a licence fee for this privilege which will return to it a profit to add to its general revenue.

[179] Furthermore, a large basis for the ruling in *Mount Cook*, above, was that the Court was of the view that the Board was “entitled to charge a reasonable fee.” In the present case, the Crown has not quantified what a reasonable fee would be.

- (2) If they are taxes, the CAB plaintiffs seek a declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations. Are they entitled to these moneys?

The current legislation—the *Broadcasting Act* and its Significance

[180] Of particular importance in the present case are the following provisions of the Act.

- (a) subsection 2(1), which sets out definitions;
- (b) section 3, which articulates Canada’s broadcasting policy, setting out the objectives of the regulatory scheme and establishing that the broadcasting system is a single integrated system; and
- (c) section 11, which:
- i. explicitly specifies that the fees may be calculated by reference to any criteria that the CRTC deems appropriate, including the revenues of the licensees, and
 - ii. does not (in contrast to other similar legislation) specify that the fees are limited to the costs of any service.

l’imposition d’une redevance pour un privilège—la Couronne a cité l’arrêt *Mount Cook*, précité. Toutefois, elle n’a pas mentionné que le droit prélevé dans cette affaire restait dans le système auquel il se rattachait. Dans l’arrêt *Mount Cook*, le juge North a expressément fait mention, à la page 487, du système fermé du régime, lorsqu’il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je ne vois absolument pas pourquoi le Conseil ne devrait pas exiger des droits de licence pour ce privilège, qui lui permettront de réaliser un profit à ajouter à ses recettes générales.

[179] En outre, l’arrêt *Mount Cook*, précité, était largement fondé sur ce que la cour était d’avis que le Conseil avait [TRADUCTION] « le droit d’exiger des frais raisonnables ». Or, en l’espèce, la Couronne n’a pas fixé ce que seraient des frais raisonnables.

- 2) S’il s’agit de taxes, les demanderesse membres de l’ACR sollicitent un jugement déclaratoire portant que les sommes versées conformément à l’article 11 du Règlement doivent leur être remises. Il s’agit de savoir si elles ont droit à ces sommes.

La législation actuelle—La *Loi sur la radiodiffusion* et son importance

[180] Les dispositions suivantes de la Loi sont particulièrement importantes en l’espèce :

- a) le paragraphe 2(1), qui renferme les définitions;
- b) l’article 3, qui énonce la politique canadienne de radiodiffusion, indique les objectifs du régime de réglementation et établit que le système de radiodiffusion forme un système unique intégré;
- c) l’article 11, qui :
- i) prévoit expressément que les droits peuvent être calculés en fonction de certains critères que le CRTC juge indiqués, notamment les revenus des titulaires de licences;
 - ii. ne précise pas (contrairement à d’autres dispositions légales similaires) que les droits sont limités aux coûts de tout service fourni.

Canada's broadcasting policy

[181] In the 20 paragraphs of subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, Parliament has established an important, comprehensive, complex, and ambitious "broadcasting policy for Canada".

[182] In the very first paragraph, Parliament has declared that "the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians." In the second paragraph, Parliament has established that the Canadian broadcasting system "makes use of radio frequencies that are public property" and that it provides "a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty."

[183] Remaining provisions of subsection 3(1) establish a number of significant and unique objectives for Canada's broadcasting system. (Indeed, the legislative record shows that for many decades, Canada's broadcasting policy has been directed to the public interest, with an emphasis on the Canadian identity.) For example, the Canadian broadcasting system should: (a) "safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada"; (b) reflect "Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity"; and (c) "serve the needs and interests, and reflect the circumstances and aspirations, of Canadian men, women and children."

[184] The Supreme Court of Canada has recently summarized Canada's comprehensive broadcasting policy. Writing for the full Court in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, Justice Frank Iacobucci stated as follows, at paragraph 47:

Canada's broadcasting policy has a number of distinguishing features, and evinces a decidedly cultural orientation. It declares that the radio frequencies in Canada are public property, that Canadian ownership and control of the broadcasting system should be a base premise, and that the programming offered through the broadcasting system is "a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty".

La politique canadienne de radiodiffusion

[181] Dans les 20 alinéas figurant au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le Parlement a établi une « politique canadienne de radiodiffusion » qui est importante, exhaustive, complexe et ambitieuse.

[182] Au premier alinéa, le Parlement déclare que « le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle ». Au deuxième alinéa, le Parlement établit que le système canadien de radiodiffusion « utilise des fréquences qui sont du domaine public » et offre « un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle ».

[183] Les autres dispositions du paragraphe 3(1) établissent un certain nombre d'objectifs importants et uniques en leur genre pour le système canadien de radiodiffusion. (De fait, le dossier législatif montre que, depuis de nombreuses décennies, la politique canadienne de radiodiffusion est axée sur l'intérêt public et met l'accent sur l'identité canadienne.) Ainsi, le système canadien de radiodiffusion doit : a) « sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada »; b) traduire « des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes »; c) « répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens ».

[184] La Cour suprême du Canada a récemment résumé l'exhaustive politique canadienne de radiodiffusion. Le juge Frank Iacobucci, qui rédigeait les motifs au nom de la Cour dans la décision *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, a dit ce qui suit, au paragraphe 47 :

La politique canadienne de radiodiffusion possède un certain nombre de caractéristiques propres et elle établit une orientation incontestablement axée sur la culture. Il y est déclaré qu'au Canada les radiofréquences sont du domaine public, qu'il est fondamental que le système de radiodiffusion soit la propriété des Canadiens et sous leur contrôle et que la programmation offerte par le système de radiodiffusion est « un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle ».

A single regulatory scheme, under a single authority

[185] That the broadcasting system is one single integrated system, governed under a single regulatory scheme, is established in subsection 3(2).

3. (1) . . .

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

[186] In the context of this provision, the Supreme Court of Canada has firmly recognized that Canada's broadcasting system, even where legislation other than the *Broadcasting Act* is tied in, is governed under a single regulatory scheme. Again in *Bell ExpressVu*, Justice Iacobucci stated at paragraph 46:

. . . I agree with the following passage from the judgment of LeGrandeur Prov. Ct. J. in *Knibb*, *supra*, at paras. 38-39, which was adopted by Gibson J. in the Federal Court, Trial Division decision in *Norsat*, *supra*, at para. 35:

The *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* must be seen as operating together as part of a single regulatory scheme.

[187] In that regard, the provisions of section 2 emphasize that the broadcasting system is fully integrated. They plainly show, in the various definitions, that broadcasters who do not use the radio frequency spectrum, such as cable-TV companies, are just as much a part of the broadcasting system as are over-the-air broadcasters. For example, "broadcasting" means "any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication". (See also the definitions of "broadcasting undertaking", "distribution undertaking", "programming undertaking", and "other means of telecommunication".)

Un système de réglementation unique, assujéti à une seule autorité

[185] Le fait que le système de radiodiffusion constitue un système unique intégré régi par un seul régime de réglementation est établi au paragraphe 3(2) :

3. (1) [. . .]

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

[186] Dans le contexte de cette disposition, la Cour suprême du Canada a fermement reconnu que le système canadien de radiodiffusion, même lorsqu'une loi autre que la *Loi sur la radiodiffusion* est en cause, est régi par un seul régime de réglementation. Encore une fois, dans l'arrêt *Bell ExpressVu*, le juge Iacobucci a dit ce qui suit, au paragraphe 46 :

[. . .] je souscris aux propos suivants du juge LeGrandeur de la Cour provinciale de l'Alberta dans l'affaire *Knibb*, précitée, par. 38-39, qu'a fait siens le juge Gibson de la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Norsat*, précité, par. 35 :

[TRADUCTION] La *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérées comme fonctionnant dans le cadre d'un seul régime réglementaire.

[187] À cet égard, les dispositions de l'article 2 mettent l'accent sur le fait que le système de radiodiffusion est pleinement intégré. Ces dispositions montrent clairement, dans les diverses définitions, que les radiodiffuseurs qui n'utilisent pas le spectre des fréquences radiophoniques, comme les entreprises de distribution par câble, font tout aussi partie intégrante du système de radiodiffusion que les entreprises de radiodiffusion. Ainsi, la « radiodiffusion » s'entend de la « [t]ransmission, à l'aide d'ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d'émissions encodées ou non ». (Voir également les définitions suivantes : « entreprise de radiodiffusion », « entreprise de distribution », « entreprise de programmation » et « moyen de télécommunication ».)

[188] The manner in which these statutory provisions work together—particularly in the context of the issuance of broadcasting licences—and the proper attitude of the Court toward them, was recently summarized by the Federal Court of Appeal in *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, [2006] 2 F.C.R. 199. For the full Court, Justice Gilles Létourneau wrote as follows, at paragraphs 29-32:

In the first place, the power to issue, revoke or renew a licence has been expressly and exclusively given by Parliament to the CRTC, the only independent public authority to which Parliament has entrusted the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system: see subsection 3(2) of the Act. We cannot appropriate that power to ourselves.

Secondly, the exercise of this jurisdiction requires expertise and a knowledge of the communications environment and programming and broadcasting policies that this Court does not possess. In *Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, this Court notes in paragraph 6 that an application for a licence, which is tantamount to an application for renewal, “involves economic and cultural policy considerations which come within the CRTC’s expertise and for which the agency has discretion.”

Thirdly, this exercise must take into account the public interest, which is reflected in the numerous objectives of the Act and of Canadian broadcasting policy. Again, the definition of the public interest and the protection that Parliament wishes to give to it necessitate specialized knowledge in the area of communications and broadcasting policy. In this regard, the Court writes at paragraph 5 of the *Canadian Broadcasting Corp.* case:

. . . the Act (s. 3) identifies about forty sometimes conflicting objectives which must guide the CRTC in exercising its powers. This leads to a polycentric adjudication process, involving numerous participants with opposing interests, with a view to implementing the broadcasting policy set out in the Act.

Fourthly, the renewal or refusal to renew a licence is the end result of the exercise of a discretionary power. The legal rule in such matters is unequivocal: the Court does not have the power to substitute its own discretion for that of the authority whose decision is being reviewed. I will return later and in greater detail to the legal standard of review of a discretionary decision.

[188] La façon dont ces dispositions légales s’appliquent ensemble—en particulier dans le contexte de la délivrance de licences de radiodiffusion—et l’attitude appropriée de la Cour à leur égard ont récemment été résumées par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, [2006] 2 R.C.F. 199. Au nom de l’ensemble de la Cour, le juge Gilles Létourneau a dit ce qui suit, aux paragraphes 29 à 32 :

Tout d’abord, la compétence d’octroyer, de révoquer ou de renouveler une licence a été expressément et exclusivement confiée par le législateur au CRTC qui est le seul organisme public autonome à qui le Parlement a confié la réglementation et la surveillance du système canadien de la radiodiffusion : voir le paragraphe 3(2) de la Loi. Nous ne pouvons nous l’approprier.

Deuxièmement, l’exercice de cette compétence fait appel à une expertise ainsi qu’à une connaissance du milieu des communications, des politiques de programmation et de diffusion que la Cour ne possède pas. Dans l’affaire *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), cette Cour rappelle au paragraphe 6 qu’une demande d’attribution d’une licence, laquelle s’apparente à une demande de renouvellement, « met en cause des éléments de politique économique et culturelle qui relèvent de l’expertise du CRTC et à l’égard desquels l’organisme possède une discrétion ».

Troisièmement, cet exercice doit prendre en compte l’intérêt public qui est reflété dans les nombreux objectifs de la Loi et de la politique de radiodiffusion canadienne. Encore là, la définition de l’intérêt public et la protection que le législateur veut lui accorder nécessitent des connaissances particularisées du domaine des communications et de la politique de la radiodiffusion. À cet égard, la Cour écrit au paragraphe 5 de l’affaire *Société Radio-Canada* :

[. . .] la Loi (art. 3) identifie une quarantaine d’objectifs, parfois conflictuels qui doivent guider l’exercice par le CRTC de ses pouvoirs. Il en découle un processus d’adjudication polycentrique impliquant une multitude d’intervenants aux intérêts opposés, lequel processus vise l’implantation des politiques de radiodiffusion définies par la Loi.

Quatrièmement, le renouvellement ou le refus de renouveler une licence sont la résultante de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. La règle de droit en semblable matière est sans équivoque : la Cour n’a pas le pouvoir de substituer sa propre discrétion à celle de l’organisme qui fait l’objet d’une révision. Je reviendrai plus loin et plus en détail sur la norme légale de contrôle d’une décision discrétionnaire.

Presumption of validity—declaration of invalidity as a Condition Precedent

[189] A distinction must be drawn between declaring an Act to be invalid and determining the practical and legal consequences arising therefrom (*Air Canada*, above, at pages 1195-1209).

[190] This action must be considered having regard to its context. What is at issue here, as it was in the *Air Canada* case, is far different from any individual private dispute. Indeed, the context in which these challenges arise does not find its equivalent in private law. What is required in this case is a balancing between one group of taxpayers and another. As a matter of precedent, the revenues of the Crown are protected from retroactive and uncertain depletion (*Air Canada*, above).

[191] The application of purely restitutionary principles alone—a private law concept—has, so far, no place in broad, social and policy-oriented matters involving the *vires* of legislation as in the case at bar involving a regulation made by the CRTC, with Treasury Board Approval (*Air Canada*, above, at pages 1201 and 1203; *Broadcasting Act*, section 11).

[192] Money paid to Her Majesty the Queen in accordance with legislation later found to be invalid is not recoverable by a fee-payer. Unless and until a court declares a relevant legislative scheme to be invalid, its effect remains in force.

[193] The rationale for this may be found in a more generic discussion of the operation of a judgment in relation to the judicial review of administrative action. This topic was discussed most recently in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.), at paragraph 19, where the Court stressed the importance of maintaining the lawful effect of law, albeit in a damages action, unless and until impugned actions under the law are declared invalid:

In short, a decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case, retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective as long as it has not been invalidated.

Présomption de validité—Déclaration d'invalidité comme condition préalable

[189] Il faut faire une distinction entre une déclaration selon laquelle une loi n'est pas valide et la détermination des conséquences juridiques et pratiques en découlant (*Air Canada*, précité, aux pages 1195 à 1209).

[190] La présente action doit être considérée dans son contexte. Ce qui est ici en litige, comme dans l'affaire *Air Canada*, est fort différent de tout litige individuel privé. De fait, le contexte dans lequel ces contestations ont lieu n'a pas d'équivalent en droit privé. En l'espèce, il faut établir l'équilibre entre un groupe de contribuables et un autre. Selon la jurisprudence, les revenus de la Couronne sont protégés contre leur épuisement rétroactif incertain (*Air Canada*, précité).

[191] L'application de principes qui relèvent uniquement de la restitution—une notion de droit privé—n'a jusqu'à maintenant pas de place lorsque des questions sociales et politiques générales mettent en cause la validité d'une loi telle que celle qui est ici en cause, comportant un règlement pris par le CRTC avec l'approbation du Conseil du Trésor (*Air Canada*, précité, aux pages 1201 et 1203; *Loi sur la radiodiffusion*, article 11).

[192] Celui qui paie certains frais à Sa Majesté la Reine conformément à une loi qui est par la suite jugée invalide ne peut pas recouvrer les sommes versées. Tant que la cour ne déclare pas que le régime légal pertinent est invalide, ce régime continue à s'appliquer.

[193] Le fondement de cette thèse peut se trouver dans une discussion plus générique de l'application d'un jugement lors du contrôle judiciaire d'une mesure administrative. La question a été traitée le plus récemment dans l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.), au paragraphe 19, où la Cour a souligné, quoique dans une action en dommages-intérêts, qu'il est important de maintenir l'effet légitime d'une loi, à moins que les mesures contestées en vertu de la loi ne soient déclarées invalides :

En somme, une décision d'un organisme fédéral, comme celle en l'espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu'elle n'a pas été invalidée.

[194] The application of the principles underlying the *Grenier*-type issue was recently discussed in the learned article by John Lovell, “From Now On: Temporal Issues In Constitutional Adjudication” (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1, at pages 27-30; see also *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors.*, [2005] UKHL 41, at paragraphs 4-11, 39-40 and 124-125.

[195] In *Air Canada*, at pages 1206-1207, the Court clearly considered and accounted for the historical position regarding money paid under mistake of law—i.e., that it was not recoverable. This was because certainty in the protection of the treasury was a paramount consideration in avoiding “fiscal chaos.” This concept was reflected in the Court’s concern in *Air Canada*:

All in all, I have become persuaded that the rule should be against recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional statutes. . . .

This rule against the recovery of unconstitutional and *ultra vires* levies is an exceptional rule, and should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support it. Chief among these are the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government.

(See also *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q.No. 756 (C.A.) (QL).)

[196] Further, in *Peel (Regional Municipality) v. Canada; Peel (Regional Municipality) v. Ontario* [1992] 3 S.C.R. 762, Chief Justice Antonio Lamer noted, in his concurring decision, that even restitutionary principles did not dictate the return of moneys paid before a scheme is adjudged invalid, at page 773:

Finally, Peel supported its claim for restitution as a constitutional remedy with the submission that:

[194] L’application des principes sous-tendant une question telle que celle qui se posait dans l’affaire *Grenier* a récemment été étudiée dans un article savant de John Lovell intitulé « From Now On : Temporal Issues In Constitutional Adjudication » (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1, aux pages 27 à 30; voir également *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors.*, [2005] UKHL 41, aux paragraphes 4 à 11, 39 et 40 ainsi que 124 et 125.

[195] Dans l’arrêt *Air Canada*, aux pages 1206 et 1207, la Cour a clairement examiné la position prise par le passé au sujet de sommes versées par suite d’une erreur de droit, c’est-à-dire qu’elles n’étaient pas recouvrables, et ce, parce que la certitude, lorsqu’il s’agit de protéger le Trésor, était une considération primordiale si l’on voulait éviter le « chaos fiscal ». Cette idée se manifestait dans la préoccupation exprimée par la cour dans l’arrêt *Air Canada* :

Somme toute, je suis convaincu que la règle devrait interdire la restitution d’impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles [. . .]

La règle interdisant le remboursement d’impôts inconstitutionnels et *ultra vires* est une règle exceptionnelle et ne devrait pas s’interpréter d’une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle repose. Ces valeurs sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l’impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d’adopter le moyen inefficace qui consiste à l’imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d’une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales.

(Voir également *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL).)

[196] En outre, dans l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada; Peel (Municipalité régionale) c. Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762, le juge en chef Antonio Lamer a fait remarquer, dans ses motifs concourants, à la page 773, que même les principes de restitution ne dictaient pas la remise de sommes versées avant qu’un régime soit jugé invalide :

Enfin, Peel a avancé au soutien de sa demande de restitution à titre de redressement fondé sur la Constitution l’argument suivant :

Restitutionary recovery may be the only practical relief available to litigants faced with an invalid provision requiring payments to be made; denying that practical relief will discourage future litigants from testing the constitutionality of such provisions and will in effect immunize certain provisions from the possibility of constitutional challenge.

The answer may be made that the prospect of terminating the compelled payments should be sufficient incentive for future litigants in Peel's position. It certainly was for Peel when it brought the series of challenges culminating in *Peel v. MacKenzie*.

[197] Public considerations also play a role in denying the recovery of any money paid prior to a declaration that the fees are an *ultra vires* tax. The reasonable expectations of the parties, and more importantly, the Canadian taxpayer is that the burden of a mistake as to the viability of the intended legislative scheme not be simply shifted from one group of taxpayers to another (*Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, at paragraphs 54-61; see also Lovell, above, at page 41).

[198] This would not be an equitable distribution of the burden of the impugned fees in this matter. The better course would simply be to ensure that in regard to impugned struck provisions, in the future, no further fees be charged and collected thereby ensuring that neither the plaintiffs nor the taxpayer bear any burden. (See for example: Fridman, G.H.L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992, at pages 39-41 regarding "distributive Justice".)

Fair and full notice required

[199] In any event and in the alternative, the importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires "notice" before a fund-raising scheme such as the one at bar may be put in jeopardy. Fair notice to the Crown of a direct challenge to government coffers is to ensure that the Crown, itself, does make contingency plans to deal

[TRADUCTION] Il se peut que la restitution soit l'unique redressement pratique qui s'offre aux demandeurs face à une disposition invalide exigeant que des paiements soient effectués. Leur refuser ce redressement pratique découragera de futurs demandeurs de contester la constitutionnalité de telles dispositions et aura pour effet de mettre certaines dispositions à l'abri d'une éventuelle contestation fondée sur la Constitution.

À quoi on peut répondre que la seule perspective de voir mettre fin aux paiements obligatoires devrait suffire pour encourager de futurs demandeurs dans la situation de Peel. Il en a certainement été ainsi dans le cas de Peel quand elle a engagé la suite de contestations qui ont abouti à l'arrêt *Peel c. MacKenzie*.

[197] Les considérations d'ordre public ont également un rôle lorsqu'il s'agit de refuser le recouvrement d'une somme versée avant qu'il soit déclaré que les droits en cause sont une taxe *ultra vires*. Les attentes raisonnables des parties, et ce qui est encore plus important, du contribuable canadien, veulent que le fardeau d'une erreur quant à la viabilité du régime légal envisagé ne passe pas simplement d'un groupe de contribuables à un autre (*Garland c. Consumer's Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, aux paragraphes 54 à 61; voir également Lovell, précité, à la page 41).

[198] Il n'y aurait pas alors de partage équitable du fardeau imposé par les droits contestés en l'espèce. Il serait préférable de s'assurer simplement qu'en ce qui concerne les dispositions contestées qui sont annulées, dans l'avenir, aucuns autres droits ne seront exigés et recouverts, de sorte que ni les demanderesse ni le contribuable n'assumeront un fardeau. (Voir, par exemple, Fridman, G.H.L. *Restitution*, 2^e éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1992, aux pages 39 à 41, en ce qui concerne la « justice distributive ».)

Il faut donner un avis équitable et complet

[199] Quoi qu'il en soit, et subsidiairement, le fait qu'il est important de maintenir la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances de l'État exige clairement qu'un « avis » soit donné avant qu'un régime de financement tel que celui qui est ici en cause soit mis en danger. Un avis équitable donné à la Couronne au sujet d'une contestation touchant directement les

with possible future losses of money currently validly collected (*Garland*, above, at paragraphs 57-59; *Air Canada*, above, at pages 1203 and 1209; *Télébec*, above; *Fridman*, above, at pages 94-95 and 99).

Other bars to restitutionary recovery

[200] Additionally, if the plaintiffs are correct and the impugned provisions are *ultra vires*, they are still not entitled to a return of the money paid thereunder on the basis of common and civil law acceptable defences to any restitution claims.

[201] Recognizing the *de facto* doctrine, the point is that the money was paid under then valid and subsisting legislation (*Garland*, above, at paragraphs 38-47, 48-53 and 80-84).

Possible significant change to applicable law

[202] The Supreme Court of Canada recently heard (and took under reserve) *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Dept of Finance)* [The Supreme Court's judgment has since been rendered: [2007] 1 S.C.R. 3; a case on appeal from the New Brunswick Court of Appeal [(2005), 285 N.B.R. (2d) 201] which raises issues involving the circumstances when and if a party can recover fees paid under *ultra vires* legislation.

[203] The decision in *Kingstreet* will likely have a direct bearing upon this issue. Indeed, it may render one or both sides' arguments irrelevant. Currently, however, the New Brunswick Court of Appeal's decision is an anomaly to existing jurisprudence.

[204] In matters of such great importance as this case, courts have traditionally provided the Crown an opportunity to assess and react to the ramifications of a

finances de l'État vise à assurer que la Couronne elle-même élabore des plans d'urgence pour contrer les pertes futures possibles de sommes qui sont, à l'heure actuelle, validement recouvrées (*Garland*, précité, aux paragraphes 57 à 59; *Air Canada*, précité, aux pages 1203 et 1209; *Télébec*, précité; *Fridman*, précité, aux pages 94, 95 et 99).

Autres obstacles au recouvrement à titre de restitution

[200] De plus, si les demandereses ont raison et si les dispositions contestées sont *ultra vires*, les demandereses n'ont toujours pas droit à la remise des sommes versées en raison des moyens de défense acceptables existant en common law et en droit civil à l'encontre d'une demande de restitution.

[201] Le principe de la validité *de facto* étant reconnu, il reste que les sommes ont été versées en vertu d'une loi existante qui était alors valide (*Garland*, précité, aux paragraphes 38 à 47, 48 à 53 et 80 à 84).

Changement majeur possible apporté à la loi applicable

[202] La Cour suprême du Canada a récemment entendu l'affaire *Kingstreet Investments Ltée. c. Nouveau-Brunswick (Ministère des finances)*, [la Cour suprême a depuis lors rendu son jugement : [2007] 1 R.C.S. 3]; à la suite d'un appel d'une décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick [(2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201. Il s'agissait de savoir dans quelles circonstances une partie peut recouvrer des droits versés en vertu d'une loi *ultra vires*. L'affaire est en délibéré [La Cour suprême a depuis lors rendu son jugement : (2007), 309 R.N.-B. (2^e) 255].

[203] La décision rendue dans l'affaire *Kingstreet* aura probablement une incidence directe sur la question. De fait, elle aura peut-être pour effet de rendre non pertinents les arguments d'une partie ou des deux parties. Toutefois, à l'heure actuelle, la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est une anomalie dans la jurisprudence existante.

[204] Dans des affaires aussi importantes que celle qui nous occupe ici, les tribunaux judiciaires ont habituellement donné à la Couronne la possibilité d'évaluer

decision striking down legislation where the effects would have a significant impact upon the Treasury or the rule of law. For example, in *Eurig*, above, the Supreme Court of Canada stated as follows, at paragraph 44:

An immediate declaration of invalidity would deprive the province of the revenue derived from probate fees, with no opportunity to remedy the legislation or find alternative sources of funding. Probate fees have a lengthy history in Ontario, and the revenue derived therefrom is substantial. For example, the evidence presented to this Court indicated that in 1993 and 1994, probate fees collected in Ontario totalled \$51.8 million and \$52.6 million, respectively. This revenue is used to defray the costs of court administration in the province. An immediate deprivation of this source of revenue would likely have harmful consequences for the administration of justice in the province. The declaration of invalidity is therefore suspended for a period of six months to enable the province to address the issue.

[205] The importance of the Court's need to consider suspending the effect of a wide-reaching and significant ruling as a matter of course was also discussed by the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraphs 110, 118-119:

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 700-701; *Vriend, supra*, at para. 148. The first principle was well expressed by Sopinka J. in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104:

In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court's role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada.

...

The above principles suggest, in my view, that the appropriate remedy is a declaration that the words "and is

les ramifications d'une décision annulant une disposition légale et de réagir lorsque ses effets auraient des répercussions importantes pour le Trésor ou pour la primauté du droit. Ainsi, dans l'arrêt *Eurig*, précité, la Cour suprême du Canada a dit ce qui suit, au paragraphe 44 :

Une déclaration immédiate d'invalidité priverait la province des recettes découlant des frais d'homologation, sans lui donner la possibilité de réformer la loi ou de trouver d'autres sources de financement. Les frais d'homologation ont une longue histoire en Ontario, et ils produisent des recettes considérables. À titre d'exemple, la preuve présentée à la Cour a indiqué que, en 1993 et en 1994, les frais d'homologation perçus en Ontario ont totalisé 51,8 millions de dollars et 52,6 millions de dollars respectivement. Ces recettes servent à couvrir les coûts d'administration des tribunaux dans la province. Le fait de supprimer sur-le-champ cette source de recettes aurait vraisemblablement des conséquences fâcheuses pour l'administration de la justice dans la province. La déclaration d'invalidité est par conséquent suspendue pendant une période de six mois, de façon à permettre à la province d'examiner la situation.

[205] Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême du Canada a également discuté du fait qu'il est important pour la Cour d'envisager systématiquement de suspendre l'effet d'une décision importante à portée étendue, aux paragraphes 110, 118 et 119 :

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 700 et 701; *Vriend*, précité, au par. 148. Le juge Sopinka a bien exprimé le premier principe dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104 :

Dans le choix d'une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada.

[. . .]

À mon avis, les principes susmentionnés tendent à indiquer que la réparation convenable consiste à déclarer invalides les

ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) are invalid, and that the effect of this declaration of invalidity be suspended for 18 months. The suspension is longer than the period that would normally be allotted in order to give legislators the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. It will also allow Parliament, if it wishes, to modify s. 77(2) at the same time, which contains the same residency requirement for bands whose councillors are elected in electoral sections, and which, given the values espoused in this decision, will also require revision to conform with s. 15(1). Severing the offending words from the rest of the statute will ensure that, should Parliament choose not to act, all non-residents will be included as voters under s. 77(1), but the nature of band governance and the requirements for voting will otherwise remain the same.

I recognize that suspending the effect of the declaration, combined with the extension of the suspension for such a long period is, in the words of the Chief Justice in *Schachter*, *supra*, at p. 716, “a serious matter from the point of view of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation”. However, this best embodies the principles of respect for *Charter* rights and respect for democracy that should guide remedial considerations. Should Parliament decide to change the scheme, it will have an extended period of time in which to consult with those affected by the legislation and balance the affected interests in a manner that respects Aboriginal rights and all band members’ equality interests. Should Parliament not change the scheme, off-reserve band members will gain voting rights within the existing scheme.

(See also *Kingstreet* [N.B.C.A.], above, at paragraph 32.)

[206] The courts have in this type of context been willing to suspend the effect of an adverse order for a period of at least six months. The suspension is provided as a matter of knowledge of the potential effects upon government and the resources of the Crown and not as a result of any formal motion for a stay of such an order (*Eurig*, above; *Corbiere*, above; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, at paragraphs 32-34).

mots « et réside ordinairement sur la réserve » au par. 77(1) et à suspendre pour 18 mois l’effet de cette déclaration d’invalidité. Cette période de suspension des effets est plus longue que celle qui serait normalement accordée, ce afin de donner au législateur le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Cette mesure permettra également au Parlement, s’il le désire, de modifier par la même occasion le par. 77(2) qui établit la même obligation de résidence dans le cadre des élections des bandes dont les conseillers sont élus par sections électorales, et qui, compte tenu des valeurs exprimées dans la présente décision, devra également être révisé pour assurer sa conformité avec le par. 15(1). La dissociation des mots attentatoires du reste de la loi permettra de faire en sorte que, au cas où le Parlement choisirait de ne pas agir, tous les non-résidents soient comptés parmi les électeurs pour l’application du par. 77(1), mais que la nature du régime d’administration des affaires des bandes et les conditions d’exercice du droit de vote restent par ailleurs inchangées.

Je reconnais que la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période aussi longue constitue, suivant les termes utilisés par le Juge en chef dans l’arrêt *Schachter*, précité, à la p. 716, « une question sérieuse du point de vue de l’application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte* ». Toutefois, il s’agit de la réparation qui incarne le mieux le principe du respect des droits garantis par la *Charte* et celui du respect de la démocratie qui doivent guider le choix de la réparation. Si le Parlement décidait de modifier le régime, il disposerait d’un délai convenable pour consulter les personnes touchées par la loi et pour concilier les intérêts en cause d’une manière qui respecte les droits ancestraux ainsi que les droits à la dignité et à l’égalité des membres des bandes. Si le Parlement décidait de ne pas modifier le régime, les membres vivant hors réserve des bandes Indiennes obtiendraient alors le droit de voter dans le cadre du régime actuel.

(Voir également *Kingstreet* [C.A.N.-B.], précité, au paragraphe 32.)

[206] Dans ce genre de contexte, les tribunaux judiciaires ont été prêts à suspendre l’effet d’une ordonnance défavorable pour une période d’au moins six mois. La suspension est accordée parce qu’on reconnaît les effets possibles pour l’État et pour les ressources de la Couronne et non par suite d’une requête formelle visant la suspension d’une telle ordonnance (*Eurig*, précité; *Corbiere*, précité; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, aux paragraphes 32 à 34).

CONCLUSION

[207] Given the above, it would be unfair and unrealistic to expect the Crown to immediately consider, fully digest and react to the nuances and levels of reasoning that might be expected to accompany this decision in this matter at any time sooner than six months.

JUDGMENT

THIS COURT DECLARES that

(1) Part II licence fees prescribed by section 11 of the Regulations are a tax. Section 11 of the Regulations is *ultra vires* the authority conferred on the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act* to establish schedules of fees; this declaration in respect of the Part II licence fees prescribed by section 11 of the Regulations is suspended for a maximum of nine months (prior to the next November fee date) to allow the appropriate branch of government to react and to put into effect this first part of the judgment;

THIS COURT ORDERS that

(2) Corporate plaintiffs and the fee-paying members of the CAB are not entitled to the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations for the years described in the plaintiffs' pleadings;

(3) Plaintiffs' costs be paid on a solicitor-and-client basis.

Obiter

Recognizing democratic and constitutional principles, based on the separation of powers, it is for the appropriate branch of government, not the Court, to decide on an alternate policy, further to this judgment, by which to regulate on the matter; nor is it for this Court to bring the matter any further (or substitute itself)

CONCLUSION

[207] Compte tenu de ce qui précède, il serait inéquitable et peu réaliste de s'attendre à ce que la Couronne examine immédiatement et assimile pleinement, en moins de six mois, les nuances et les niveaux de raisonnement qui devraient accompagner la décision rendue dans la présente espèce, et à ce qu'elle réagisse dans ce laps de temps.

JUGEMENT

LA COUR DÉCLARE :

1) Les droits de licence de la partie II prescrits à l'article 11 du Règlement sont une taxe. L'article 11 du Règlement est *ultra vires* de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui confère au CRTC le pouvoir de fixer des tarifs de droits; l'application du présent jugement déclaratoire concernant les droits de licence de la partie II prescrits à l'article 11 du Règlement est suspendue pour une période d'au plus neuf mois (soit avant la prochaine date de prélèvement des droits, au mois de novembre) en vue de permettre à la branche concernée de l'État de réagir et de donner effet à la première partie du jugement;

LA COUR ORDONNE :

2) Les sociétés demanderesse et les membres de l'ACR qui acquittent des droits n'ont pas droit à la remise des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement pour les années mentionnées dans les actes de plaidoirie des demanderesse;

3) Les dépens des demanderesse doivent être payés sur la base avocat-client.

Obiter

Compte tenu des principes démocratiques et constitutionnels, fondés sur la séparation des pouvoirs, il appartient à la branche concernée de l'État et non à la Cour de décider d'une autre politique de réglementation, par suite du présent jugement; de plus, il n'appartient pas à la Cour de mener l'affaire plus loin quant à la

in respect of the issue of recovery; however, in addition, it would seem incumbent from a moral standpoint, if not, as decided by this Court, a legal one, that negotiations should begin with the parties to return what is feasibly, through discussions, equitably concluded. This *obiter* is in recognition of this decision and of where it is considered that the law presently stands as based on former Supreme Court of Canada judgments prior to a decision in *Kingstreet* which is awaited* from the Supreme Court of Canada further to its deliberation

In the final analysis, what precedent will be given to this and future generations? Thus, in regard to fees for services or when specified, the “privilege” of a service, what indication will be given as to how public coffers are filled? Under what alleged reasons and for what purposes are funds dispersed? What and where is the final accounting? Under the separation of powers, that is for each branch of government to answer for itself according to its jurisdiction. The respective answers or silences will resonate.

¹ The following are drawn from excerpts of reflections of members of the Supreme Court in a series of dialogues prepared for the *Toronto Star* by Ms. Claire Bernstein, May 20 and 22, 1990:

Q. Why are the law and the courts sometimes so slow to change?

Madam Justice Beverley McLachlin: “It’s a balance between a stable system and the need to change because society changes, new problems arise, and old ways of looking at things don’t always fit. But it’s a difficult act. . . a really difficult one. You need to have that balance. You need to have the flexibility to be able to let the law develop to fit new situations. You can’t keep the law in a strait-jacket. But on the other hand, you shouldn’t just be changing things for change’s sake, because permanence, stability, certainty, are just fundamental to the law. People need to know what the law is so that they can predicate their conduct and make their plans on the basis of what the law is. If the law is changing all the time, that’s going to be difficult.” The then, Mr. Chief Justice Brian Dickson: “No. We’re not here to develop popular results. We’re here to interpret the constitution

question du recouvrement (ou de se substituer à cette branche de l’État); toutefois, il semblerait de plus important au point de vue moral, sinon au point de vue juridique, comme en a décidé la présente cour, que des négociations soient entamées, afin que soit remis ce qui a été conclu, d’une façon réaliste et équitable, au moyen de discussions. Cette remarque incidente tient compte de la présente décision et du droit, tel que l’on considère qu’il existe à l’heure actuelle, compte tenu des jugements déjà rendus par la Cour suprême du Canada, avant que cette dernière fasse connaître sa décision* à la suite de la mise en délibéré de l’affaire *Kingstreet*¹.

En fin de compte, quel sera le précédent établi pour la présente génération et pour les générations à venir? En ce qui concerne les droits exigés pour des services, ou lorsque la chose est précisée, pour le « privilège » se rattachant à un service, quelle sera l’indication donnée au sujet de la façon de remplir les coffres publics? Pour quelles présumées raisons les fonds sont-ils recueillis et à quelles fins les fonds sont-ils consacrés? En quoi consiste la comptabilisation finale et où est-elle? Selon le principe de la séparation des pouvoirs, il appartient à chaque branche de l’État de répondre elle-même à ces questions dans les limites de sa compétence. Les réponses ou les silences respectifs auront un écho.

¹ Le texte qui suit est tiré de réflexions exprimées par des juges de la Cour suprême lors d’une série de dialogues préparés pour le *Toronto Star* par M^e Claire Bernstein, les 20 et 22 mai 1990 :

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi la loi et les tribunaux tardent-ils parfois à évoluer?

Madame la juge Beverley McLachlin : « Il s’agit d’établir l’équilibre entre un système stable et la nécessité d’effectuer des changements à cause des changements survenus dans la société, des nouveaux problèmes qui se posent; les anciennes façons de voir les choses ne sont pas toujours appropriées. Mais il est difficile de le faire [. . .] c’est vraiment difficile. Il faut que cet équilibre existe. Il faut faire preuve de la souplesse nécessaire pour permettre au droit d’évoluer en vue de répondre aux nouvelles situations. On ne saurait tenir le droit dans une entrave. Mais, d’autre part, on ne devrait pas changer les choses simplement pour les changer, et ce, parce que la permanence, la stabilité, la certitude sont tout simplement fondamentales en droit. Les gens doivent savoir quelle est la loi, de façon à pouvoir orienter leur conduite et élaborer des plans

and apply our talents to come up with judgments the country can be proud of” Mr. Justice Antonio Lamer said: “but what we have to accept is that we have the right to be wrong. We’re doing our best, the best we can. If collectively, the nine of us, come down with something that might be considered as wrong by some people—or many people—maybe in the immediate future it is wrong. But it is right in the long term. Because, let’s not forget, there’s another problem. We have to think not only [*sic*] in terms of the immediate litigant but in terms of projecting the long-term effects of our decisions.”

compte tenu de ce qu’est la loi. Si la loi change tout le temps, il sera difficile de le faire. » Monsieur le juge Brian Dickson, qui était alors juge en chef : « Non. Nous ne sommes pas ici pour arriver à des résultats populaires. Nous sommes ici pour interpréter la constitution et appliquer nos talents au prononcé de jugements dont le pays peut être fier. » Monsieur le juge Antonio Lamer : « Mais il faut bien reconnaître que nous avons le droit de nous tromper. Nous faisons de notre mieux, du mieux possible. Si, collectivement, nous, les neuf juges, arrivons à un résultat que certaines gens—ou un grand nombre de gens—pourraient considérer comme mauvais, peut-être que dans l’avenir immédiat, cela est mauvais. Mais c’est bien dans un avenir éloigné. Il ne faut pas oublier qu’il existe un autre problème. Nous devons songer non seulement au plaideur immédiat, mais aussi prévoir les effets à long terme de nos décisions »

* Editors note: This decision has since been rendered; see paragraph 202.

* Note de l’arrêtiiste : Cette décision a depuis lors été rendue, voir ci-dessus.