

CANADA

PROVINCE OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

SUPERIOR COURT
(Commercial Division)

Sitting as a court designated pursuant to the
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., c.
C-36, as amended

No.: 500-11-048114-157

IN THE MATTER OF THE PLAN OF
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF:

BLOOM LAKE GENERAL PARTNER
LIMITED ET ALS.

Debtors

-and-

AGENCE DU REVENU QUEBEC,
CANADA REVENUE AGENCY

Respondents/Mise-en-cause

-and-

FTI CONSULTING CANADA INC.

Petitioner/Monitor

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE MONITOR
IN SUPPORT OF THE MOTION FOR DIRECTIONS WITH RESPECT TO SETOFF
AND DAMAGE PAYMENT INPUT TAX CREDITS**

AUGUST 19-20, 2021 HEARING

TAB	AUTHORITY
1	<i>Act respecting fiscal administration</i> , C.Q.L.R., c. A-6.002
2	<i>Excise Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-15
3	<i>Act respecting the Quebec Sales Tax</i> , C.Q.L.R., c. T.-01

TAB	AUTHORITY
4	<i>Excise Tax Act</i> , S.C. 1990, c. 45
5	<i>Tax Administration Act</i> , R.S.Q., c. A-6.002
6	<i>Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.</i> , 2017 QCCA 268
6a	<i>Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.</i> , 2017 QCCA 268 (Unofficial english translation)
7	<i>Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.</i> , 2016 QCCS 444
8	<i>Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada</i> , [2005] 2 SCR 601
9	<i>Bell ExpressVu v. R.</i> , [2002] 2 S.C.R. 559
10	<i>Placer Dome Canada Ltd v. Ontario (Minister of finance)</i> , [2006] S.C.R. 715
11	<i>Centre de traitement de la biomasse de la Montérégie Inc. c. Agence du revenu du Québec</i> , 2021, QCCA 1068
12	<i>Reference Re G.S.T.</i> , [1992] 2 S.C.R. 445
13	<i>Re PCI Chemicals Canada Inc.</i> , 2002 Carswell, Que 831
14	<i>Re Abitibi Bowater</i> , 2009 QCCS 2188
14a	<i>Re Abitibi Bowater</i> , 2009 QCCS 2188 (Unofficial English Translation)
15	<i>Re Doman Industries</i> , 2004 BCSC 733
16	<i>D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)</i> , 2005 SCC 52
17	<i>Arrangement relatif à Consultants SM inc.</i> , 2019 QCCS 2316
18	<i>Arrangement relatif à Consultants SM inc.</i> , 2020 QCCA 438
19	<i>Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 60
20	<i>Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.</i> , 2012 SCC 67
21	<i>Syndic de Ferti-val inc.</i> , 2017 QCCS 2057
22	7098961 <i>Canada inc. (Beyond The Rack Enterprises Inc.) (Arrangement relatif à)</i> , 2016 QCCS 2115
23	<i>North American Tungsten Corporation Ltd. (re)</i> , 2015 BCSC 1382
24	<i>North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.</i> , 2015 BCCA 390
25	<i>North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.</i> , 2015 BCCA 426

TAB	AUTHORITY
26	<i>Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.</i> , 2009 CarswellOnt 7007
27	<i>Re Just Energy Corp.</i> , 2021 ONSC 1793
28	<i>Husky Oil Operation Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1995] 3 S.C.R. 453
29	9354-9186 <i>Québec v. Callidus Capital Corp.</i> , 2020 SCC 10
30	<i>Orphan Wells Association v. Grant Thornton Ltd.</i> , 2019 SCC 5
31	<i>Arrangement relatif à 9323-7055 Québec inc. (Aquadis International Inc.)</i> , 2020 QCCA 659
32	<i>Re Bellatrix</i> , 2021 ABCA 85
33	<i>Third Eye Capital Corporation v. Dianor Resources Inc.</i> , 2019 ONCA 508
34	<i>Nortel Networks Corporation (Re)</i> , 2015 ONCA 681
35	<i>Reference re Quebec Sales Tax</i> , [1994] 2 S.C.R. 715
36	<i>Alberta (Attorney General) v. Moloney</i> , 2015 SCC 51
37	<i>Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.</i> , 2020 QCCS 3218
37a	<i>Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.</i> , 2020 QCCA 1488
37b	<i>Brian Shenker v. Nemaska Lithium Inc.</i> , et al., 2021 CanLII 35003
38	<i>Blue Range Resource Corp. (Re)</i> , 1999 ABQB 1038
39	Canada Revenue Agency, Authorized Fiscal Periods and Reporting Periods, GST memoranda 500-2-1, June 22, 2017 <Online: https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/g500-2-1/authorized-fiscal-periods-reporting-periods-gst-500-2-1.html >
40	Jean-Maurice Brisson and André Morel, “Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation”, 1996 CanLIIDocs 93
41	Canada, Department of Justice, The Place of Private Law in Federal legislation: The St-Hilaire case and Bijural Terminology Records, 2015. <Online: https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/ouell/legris2.html >
42	Government of Canada, Corporate and Insolvency Law Policy Directorate of Industry Canada, Bill C-12: Clause by clause analysis, Ottawa, 2005 <Online: https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a84 >
43	Senate Report, Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act, Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, (November 2003)

TAB	AUTHORITY
44	Alexandre Bayus, Patrice Benoit & Sylvain Vauclair, “Kitco: Is It About More Than Pre-post Set-off?” in Janis P. Sarra, ed., Annual Review of Insolvency Law. Toronto: Carswell, 2017

Montreal, August 16, 2021

Woods LLP

Attorneys of the Monitor FTI Consulting Canada Inc.

Mtre. Sylvain Rigaud

Mtre. Alex Dobrota

srigaud@woods.qc.ca

adobrota@woods.qc.ca

notification@woods.qc.ca

2000 McGill College Avenue, Suite 1700

Montréal, Québec H3A 3H3

Tel.: 514 982-4545 / Fax: 514 284-2046

Code BW 0208 / Our File: 5956-4

chapter A-6.002

TAX ADMINISTRATION ACT



This Act was formerly entitled “An Act respecting the Ministère du Revenu”. The title was replaced by section 91 of chapter 31 of the statutes of 2010.

The Minister of Finance exercises the functions of the Minister of Revenue provided for in this Act. Order in Council 821-2019 dated 14 August 2019, (2019) 151 G.O. 2 (French), 3788.

2010, c. 31, s. 91.

TABLE OF CONTENTS

CHAPTER I
INTERPRETATION AND RULES OF APPLICATION..... 1

CHAPTER II
MINISTER OF REVENUE..... 2

CHAPTER III
ADMINISTRATION AND ENFORCEMENT OF FISCAL LAWS

DIVISION I
COLLECTION..... 9.2

DIVISION II
AMOUNTS DEDUCTED, WITHHELD OR COLLECTED..... 18

DIVISION II.1
PAYMENT TO THE MINISTER..... 27.0.1

DIVISION II.2
PRESCRIPTION..... 27.3

DIVISION III
INTEREST..... 28

DIVISION IV
ALLOCATIONS AND REFUNDS..... 30.0.1

DIVISION V
REGISTERS AND SUPPORTING DOCUMENTS..... 34

DIVISION V.1
ELECTRONIC TRANSMISSION OF DOCUMENTS AND
INFORMATION..... 37.1

DIVISION VI
AUDITS, INVESTIGATIONS AND INQUIRIES..... 37.7

DIVISION VII
PENAL PROVISIONS AND PENALTIES..... 59

DIVISION VIII	
CONFIDENTIAL INFORMATION	
§ 1. — <i>Confidential information</i>	69
§ 2. — <i>Rights of the person concerned</i>	69.0.0.2
§ 3. — <i>Accessibility and use of information within the Agency</i>	69.0.0.6
§ 4. — <i>Communication</i>	69.0.0.10
§ 5. — <i>Collection and use of information</i>	70.1
§ 6. — <i>Preservation and destruction</i>	71.2
§ 7. — <i>Penal provisions</i>	71.3.1
§ 8. — <i>Final provisions</i>	71.4
DIVISION IX	
PROCEDURE AND EVIDENCE.....	72
CHAPTER III.1	
OBJECTION TO AN ASSESSMENT.....	93.1.1
CHAPTER III.2	
CONTESTATION BEFORE THE COURT OF QUÉBEC AND APPEAL TO THE COURT OF APPEAL.....	93.1.10
CHAPTER IV	
CONTESTATION BEFORE THE SMALL CLAIMS DIVISION OF THE COURT OF QUÉBEC	
DIVISION I	
APPLICATION AND JURISDICTION.....	93.2
DIVISION II	
PROCEDURE.....	93.11
DIVISION II.1	
MEDIATION.....	93.21.1
DIVISION III	
HEARING.....	93.22
DIVISION IV	
JUDGMENT.....	93.29
DIVISION V	
COSTS.....	93.34
CHAPTER V	
MISCELLANEOUS PROVISIONS	
DIVISION I	
REMISSION AND REDUCTION OF DUTIES, INTEREST, PENALTIES AND CERTAIN DEBTS.....	94
DIVISION I.1	
REFUND ADVANCE.....	94.5
DIVISION I.2	
COOPERATION AGREEMENT ENTERED INTO BY THE DIRECTOR OF CRIMINAL AND PENAL PROSECUTIONS.....	94.9
DIVISION I.3	
VOLUNTEER PROGRAM.....	94.10
DIVISION II	
GENERALITIES AND REGULATIONS.....	95

DIVISION II.1 *Repealed, 2010, c. 31, s. 145.*

DIVISION II.2 *Repealed, 2010, c. 31, s. 145.*

DIVISION III

FINAL PROVISIONS..... **98**

REPEAL SCHEDULE

(c) where the corporation has instituted proceedings for its liquidation or dissolution, or where it has been dissolved.

In addition, if a corporation has obtained an amount as a refund of the net tax or specified net tax under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) without being entitled to the amount and the corporation has omitted to remit the amount to the Minister, its directors in office on the date on which it obtained the refund become solidary debtors with the corporation for that amount and for the related interest and penalties in the cases described in the first paragraph.

Sections 1005 to 1014, 1051 and 1052 of the Taxation Act (chapter I-3) apply, with the necessary modifications.

1986, c. 16, s. 1; 1992, c. 1, s. 214; 1991, c. 67, s. 568; 1994, c. 46, s. 11; 1995, c. 1, s. 204, s. 362; 1995, c. 49, s. 241; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 14, s. 298; 1997, c. 85, s. 361; 1999, c. 89, s. 53; 2004, c. 4, s. 20; 2001, c. 9, s. 132; 2007, c. 3, s. 68; 2007, c. 12, s. 307; 2010, c. 31, s. 99; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2018, c. 18, s. 69.

24.0.2. Section 24.0.1 does not apply to a director who acted with reasonable care, dispatch and skill under the circumstances or who, under the same circumstances, could not have been aware of the omission referred to in that section.

Moreover, in no case may the Minister assess a director in respect of an amount referred to in section 24.0.1 after the expiry of two years from the date on which that director last ceased to be a director of the corporation.

1986, c. 16, s. 1.

24.0.3. Where a person is vested with the power to authorize or cause a payment to be made for another person of an amount that is subject to deduction at source under section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3) and agrees to or causes the amount to be paid, allocated, granted or awarded by or on behalf of the other person, the person is solidarily liable with the other person for any sum required to be deducted or withheld from that amount under the Taxation Act, the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9), the Act respecting parental insurance (chapter A-29.011) or the Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec (chapter R-5).

1997, c. 31, s. 145; 2001, c. 9, s. 133; 2015, c. 21, s. 4.

24.1. Where a person transfers a debt including an amount of duties which must be but are not paid to the Minister in accordance with a fiscal law, the transferee is substituted for the transferor and becomes debtor to the Minister for such amount and, as the case may be, for the penalties and interest.

As such, he shall pay the sums due under the first paragraph to the Minister on behalf of the transferor, under the same terms and conditions and within the same delays as those the latter would have been bound to observe had the said transfer not occurred. However, in the case of a debt arising prior to the transfer, such terms and conditions begin to apply and such delays begin to run, with regard to the transferee, from the date of the transfer.

Sections 1005 to 1014, 1051 and 1052 of the Taxation Act (chapter I-3) apply with the necessary modifications.

1978, c. 25, s. 9; 1980, c. 11, s. 68; 1995, c. 1, s. 362; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 345.

25. The Minister may determine or redetermine the amount of the duties, interest and penalties owed by a person under a fiscal law as well as the amount of the refund to which a person is entitled under a fiscal law and send a notice of assessment to him in this regard.

However, no such assessment may be made

- (a) more than four years after the later of
 - i. the date on which the duties should have been paid, and
 - ii. the date on which the return was filed; or
- (b) more than four years after the application for a refund was filed.

This section does not apply in respect of a repayment referred to in section 21.0.1.

1972, c. 22, s. 25; 1974, c. 17, s. 4; 1983, c. 49, s. 38; 1991, c. 67, s. 569; 1996, c. 31, s. 17; 2000, c. 36, s. 7.

25.1. Notwithstanding section 25, the Minister may determine or redetermine the amount of the duties, refunds, interest and penalties and send a notice of assessment in this regard at any time, if

(a) the facts have been falsely represented through carelessness or voluntary omission or if fraud has been committed in rendering an account, in filing a return, an application for a refund or a report or in supplying information under a fiscal law, or if no account has been rendered or no return, application for a refund or report filed or no information supplied under a fiscal law; or

(b) a waiver has been sent to the Minister on the prescribed form.

1991, c. 67, s. 569; 1998, c. 16, s. 270; I.N. 2016-10-01.

25.1.1. Notwithstanding section 25, the Minister may, following an assessment determined under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) in respect of a period, determine or redetermine the amount of the duties, refunds, interest and penalties of any other period for the sole purpose of correlating the two periods.

1995, c. 1, s. 205.

25.1.2. Subject to the second paragraph, where a formal demand relating to an amount that may be owed by a particular person under a fiscal law or to a refund to which the particular person may be entitled under such a law has been notified in accordance with the first paragraph of section 39 to a person regarding the filing of information, additional information or documents, the time limit described in the second paragraph of section 25, that applies in respect of the particular person, is suspended for the period that begins on the day the formal demand is notified by registered mail or by personal service and ends on the day the formal demand or the order provided for in section 39.2 is complied with or, in the case of contestation, the day on which a final judgment is rendered in relation to the formal demand or the order and on which, if applicable, the information, additional information or documents, as the case may be, are filed in accordance with the formal demand or the order.

Where the formal demand referred to in the first paragraph relates to an amount that may be owed by a particular person under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) or to a refund to which the particular person may be entitled under that Act, the period during which the time limit described in the second paragraph of section 25 is suspended begins on the day an application for judicial review is presented before the Superior Court in relation to the formal demand, where the formal demand is notified to the particular person in accordance with the first paragraph of section 39, or, where the Minister made, in accordance with section 39.2, an application to a judge of the Court of Québec to issue an order, in relation to the formal demand, the day on which the particular person contests the application for an order, and ends on the day on which a final judgment is rendered in relation to the formal demand or the order and on which, if applicable, the information, additional information or documents, as the case may be, are filed in accordance with the formal demand or the order.

2019, c. 14, s. 1; 2020, c. 16, s. 1.

EXCISE TAX ACT

(Excerpts)

Section	Page
2	028
123	037
152	078
165	080
168	081
169	084
182	088
221	091
225	093
228	098
231	102
238	104
245	106
296	108



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Excise Tax Act

Loi sur la taxe d'accise

R.S.C., 1985, c. E-15

L.R.C. (1985), ch. E-15

NOTE

Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts.

NOTE

Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois modificatives appropriées.

Current to June 28, 2021

À jour au 28 juin 2021

Last amended on July 1, 2020

Dernière modification le 1 juillet 2020

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (2) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

Inconsistencies in Acts

(2) In the event of an inconsistency between a consolidated statute published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the *Publication of Statutes Act*, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to June 28, 2021. The last amendments came into force on July 1, 2020. Any amendments that were not in force as of June 28, 2021 are set out at the end of this document under the heading “Amendments Not in Force”.

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (2) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

Incompatibilité – lois

(2) Les dispositions de la loi d'origine avec ses modifications subséquentes par le greffier des Parlements en vertu de la *Loi sur la publication des lois* l'emportent sur les dispositions incompatibles de la loi codifiée publiée par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 28 juin 2021. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 1 juillet 2020. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 28 juin 2021 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS

An Act respecting excise taxes

	Short Title
1	Short title
	Interpretation
2	Definitions
	PART I
	Insurance Premiums Other than Marine
3	Definitions
4	Tax on premiums in respect of insurance effected outside Canada
5	Returns
6	Examination of books and records
7	Definition
	PART II
	Air Transportation Tax
	Interpretation
8	Definitions
	Her Majesty
9	Binding on Her Majesty
	Tax Imposed
10	Tax imposed
11	Amount of tax
12	Specific tax
13	Amount of tax
13.1	More than one amount payable
14	When and by whom tax payable
15	Employees of foreign country
16	Amount deemed paid in Canada
16.1	Elimination of air transportation tax
	Licences
17	Duty to apply for licence

TABLE ANALYTIQUE

Loi concernant la taxe d'accise

	Titre abrégé
1	Titre abrégé
	Définitions et interprétation
2	Définitions
	PARTIE I
	Primes d'assurance autres que l'assurance maritime
3	Définitions
4	Taxe sur les primes relativement aux assurances contractées
5	Rapports
6	Examen des livres et registres
7	Définition de mois
	PARTIE II
	Taxe de transport aérien
	Définitions
8	Définitions
	Sa Majesté
9	Obligation de Sa Majesté
	Taxe imposée
10	Imposition d'une taxe
11	Montant de la taxe
12	Taxe forfaitaire
13	Montant de la taxe
13.1	Plusieurs montants payables simultanément
14	Quand et par qui la taxe est payable
15	Employés d'un pays étranger
16	Montant considéré payé au Canada
16.1	Taxe de transport aérien
	Licences
17	Obligation de présenter une demande de permis

	Collection of Tax
18	Duty of licensed air carrier
19	Debt to Her Majesty
	Penalty on Failure to File Return
20	Monthly return of taxes
20.1	Interpretation
	General
20.2	Prepaid amounts
21	Regulations

PART II.1

Telecommunication Programming Services Tax

	Interpretation
21.1	Definitions
	Application to Crown
21.11	Binding on the Crown
	Imposition and Payment of Tax
21.12	Imposition of tax
21.13	Relief from tax for licensee
	Determination of Amount Charged in Certain Circumstances
21.14	Where service provided to non-arm's length person
	Security
21.15	Security
	Diversions
21.16	Diversions
	Licences
21.17	Application for licence
21.18	Issue of licence
21.19	Cancellation
	Regulations
21.2	Regulations
	Increase of Amount Charged by Licensee
21.21	Override of other laws

	Perception de la taxe
18	Obligation du transporteur aérien titulaire de licence
19	Créance de Sa Majesté
	Pénalité pour défaut de production du rapport
20	Déclarations mensuelles
20.1	Définitions
	Dispositions générales
20.2	Présomption
21	Règlements

PARTIE II.1

Taxe sur les services de programmation fournis par voie de télécommunication

	Définitions et interprétation
21.1	Définitions
	Application à la Couronne
21.11	Sa Majesté est liée
	Imposition et paiement de la taxe
21.12	Imposition de la taxe
21.13	Exonération de la taxe pour le titulaire de licence
	Cas spécial de détermination du montant exigé
21.14	Lien de dépendance
	Garantie
21.15	Garantie
	Détournements
21.16	Détournements
	Licences
21.17	Demande de licence
21.18	Délivrance de licence
21.19	Annulation
	Règlements
21.2	Règlements
	Augmentation du montant exigé par le titulaire d'une licence
21.21	Préséance

PART II.2

Telecommunication Services Tax

Interpretation

- 21.22** Definitions
Application to Crown
- 21.23** Binding on Her Majesty
Imposition of Tax
- 21.24** Imposition of tax
Determination of Amount Charged in
Certain Circumstances
- 21.25** Where service acquired by licensee
Relief from Tax
- 21.26** Relief from tax for residential telephone service
- 21.27** Relief from tax for diplomats
- 21.28** Relief from tax for licence holders under this Part
Diversions
- 21.29** Diversions
Licences
- 21.3** Application for licence
Collection of Tax
- 21.31** Duty of licensee
Returns and Remittance of Tax
- 21.32** Monthly return of taxes
- 21.33** Interpretation
Regulations
- 21.34** Regulations

PART III

Excise Taxes on Cosmetics, Jewellery, Radios, Etc.

- 22** Definitions
- 23** Tax on various articles at schedule rates
- 23.01** Definitions
- 24** Security that true returns rendered

PARTIE II.2

Taxe sur les services de télécommunication

Définitions

- 21.22** Définitions
Application à la Couronne
- 21.23** Obligation de Sa Majesté
Imposition de la taxe
- 21.24** Imposition de la taxe
Cas spécial de détermination du montant
exigé
- 21.25** Titulaire
Exonération de la taxe
- 21.26** Service téléphonique résidentiel
- 21.27** Diplomates
- 21.28** Détenteurs de licence en vertu de la présente partie
Détournements
- 21.29** Détournements
Licences
- 21.3** Demande de licence
Perception de la taxe
- 21.31** Obligation du titulaire
Déclaration et remise de la taxe
- 21.32** Déclarations mensuelles
- 21.33** Définitions
Pouvoir réglementaire
- 21.34** Règlement

PARTIE III

Taxes d'accise sur les cosmétiques, bijoux, postes de réception de t.s.f., etc.

- 22** Définitions
- 23** Taxe sur diverses marchandises selon le taux de
l'annexe I
- 23.01** Définitions
- 24** Garantie quant à la production de relevés fidèles

PART IV

[Repealed, 2002, c. 22, s. 370]

PART V

[Repealed, 2002, c. 22, s. 370]

PART V.1

[Repealed, 2000, c. 30, s. 10]

PART VI

Consumption or Sales Tax

Interpretation

- 42 Definitions
- 43 Person deemed manufacturer or producer
- 43.1 Manufacturer of beverages in retail outlet deemed not to be manufacturer
- 45 Retreader of tires deemed manufacturer
- 45.1 Deemed sale
- 46 Calculation of sale price and duty paid value
- 47 Deemed manufacturer of photographic prints, etc.
- 48 Application by manufacturer
- 49 Revocation of approval
- Tax Imposed
- 50 Consumption or sales tax
- 50.1 Adjustment of rates of tax on certain petroleum products
- 51 Goods exempted
- 52 Appropriation by manufacturer or producer
- Licences
- 54 Manufacturers' licences
- 55 Licensed wholesaler or jobber
- 56 Cancellation of licence
- Evasion
- 57 Powers of Minister
- 58 Deemed sale price

PARTIE IV

[Abrogée, 2002, ch. 22, art. 370]

PARTIE V

[Abrogée, 2002, ch. 22, art. 370]

PARTIE V.1

[Abrogée, 2000, ch. 30, art. 10]

PARTIE VI

Taxe de consommation ou de vente

Définitions et interprétation

- 42 Définitions
- 43 Personne réputée fabricant ou producteur
- 43.1 Fabricant de boissons dans un point de vente au détail réputé ne pas en être le fabricant
- 45 Le rechargeur de pneus est réputé être fabricant
- 45.1 Présomption de vente
- 46 Calcul du prix de vente et de la valeur à l'acquitté
- 47 Présomption
- 48 Demande faite par le fabricant
- 49 Annulation de l'approbation
- Taxe imposée
- 50 Taxe de consommation ou de vente
- 50.1 Rajustement des taux de taxe sur certains produits pétroliers
- 51 Marchandises non assujetties à la taxe
- 52 Affectation par le fabricant ou producteur
- Licences
- 54 Licences des fabricants
- 55 Marchand en gros ou intermédiaire titulaire de licence
- 56 Annulation des licences
- Dissimulation de la matière imposable
- 57 Pouvoirs du ministre
- 58 Prix de vente réputé

PART VII

General

Interpretation

58.1 Definitions

Regulations

59 Regulations

Stamps

60 Preparation and use of stamps

61 Cancellation

62 Liability

63 Appointment of stamp vendors

Licences

64 Application for licence

65 Offence and punishment

Exported Goods

66 Exemption on exported goods

Liability of the Crown

67 Taxes on goods imported by Crown

Deductions, Refunds and Drawbacks

68 Payment where error

68.01 Payment for end-users — diesel fuel

68.02 Payment to end-users — specially equipped van

68.1 Payment where goods exported

68.11 Payment where adjustment

68.12 Payment where adjustment

68.13 Payment where licence subsequently issued

68.14 Payment where use by province

68.15 Definitions

68.151 Payment where adjustment

68.152 Payment where licence subsequently issued

68.153 Payment where resale

68.16 Payment where certain uses of gasoline

68.17 Payment where use as ships' stores

68.18 Payment where goods in inventory

68.19 Payment where use by province

68.2 Payment where subsequent exempt sale

PARTIE VII

Dispositions générales

Définitions

58.1 Définitions

Règlements

59 Règlements

Timbres

60 Préparation et emploi de timbres

61 Oblitération

62 Responsabilité

63 Nomination de préposés à la vente des timbres

Licences

64 Demande de licence

65 Infraction et peine

Marchandises exportées

66 Exemption pour marchandises exportées

Application des taxes à la Couronne

67 Taxes sur les marchandises importées

Déductions, remises et drawbacks

68 Remboursement en cas d'erreur

68.01 Paiement à l'utilisateur final — combustible diesel

68.02 Paiement à l'utilisateur final — fourgonnette adaptée

68.1 Paiement en cas d'exportation

68.11 Paiement dans les cas de redressement

68.12 Paiement dans les cas de redressement

68.13 Paiement dans les cas de licence subséquentement attribuée

68.14 Paiement dans les cas d'utilisation par une province

68.15 Définitions

68.151 Redressement

68.152 Paiement dans les cas de licence subséquentement attribuée

68.153 Paiement dans les cas de revente

68.16 Paiement dans les cas de certaines utilisations d'essence

68.17 Paiement en cas d'utilisation comme provisions de bord

68.18 Paiement dans les cas de marchandises en stock

68.19 Utilisation par une province

68.2 Paiement dans les cas de vente subséquentement exemptée

68.21	Definitions	68.21	Définitions
68.22	Payment where warranty	68.22	Paiement dans les cas de garantie
68.23	Definition of system goods	68.23	Définition de marchandises destinées à des réseaux
68.24	Definitions	68.24	Définitions
68.25	Payment where use by hospital cleaning establishments	68.25	Paiement dans les cas d'utilisation par des établissements fournissant des services de nettoyage à des hôpitaux
68.26	Payment where use by educational institutions	68.26	Paiement dans les cas d'utilisation par des institutions d'enseignement
68.27	Definition of incinerator goods	68.27	Définition de marchandises destinées à un incinérateur
68.28	Definition of qualified goods	68.28	Définition de marchandises admissibles
68.29	Payment where tourist literature printed	68.29	Paiement relatif aux imprimés destinés aux touristes
68.3	Payment where motor fuel purchased by diplomats	68.3	Paiement relatif au carburant acheté par les diplomates étrangers
68.4	Definitions	68.4	Définitions
68.5	Definitions	68.5	Définitions
69	Definitions	69	Définitions
70	Drawback on certain goods	70	Drawback concernant certaines marchandises
70.1	Definitions	70.1	Définitions
71	Statutory recovery rights only	71	Droits de recouvrement
72	Definition of application	72	Définition de demande
73	Deductions of tax, other than Part I tax, where no application	73	Déductions de taxe autre que la taxe prévue à la partie I, en l'absence de demande
74	Deductions of tax, other than Part I tax, where application	74	Déductions de la taxe, sauf celle de la partie I, en cas de demande
75	Recovery of deduction from licensee	75	Recouvrement de déduction auprès d'un titulaire de licence
76	Calculation of payment or deduction	76	Calcul du paiement ou de la déduction
77	Restriction on refunds and credits	77	Restriction
	Returns and Payment of Tax		Déclarations et paiement de la taxe
78	Determination of fiscal months	78	Mois d'exercice
78.1	Reporting period — general	78.1	Période de déclaration — général
79	Returns and payments	79	Déclaration et paiements
79.02	Amounts owing of \$2 or less in total	79.02	Sommes dues totalisant 2 \$ ou moins
79.03	Compound interest on amounts not paid when required	79.03	Intérêts
79.04	Compound interest on amounts owed by Her Majesty	79.04	Intérêts — sommes à payer par le ministre
79.05	Application of interest provisions if Act amended	79.05	Modification de la Loi
79.2	Filing of return by mail	79.2	Production d'une déclaration par courrier
80	Report by licence holders	80	Rapport des titulaires de licence
	Security		Garantie
80.1	Security generally	80.1	Garantie en général

	Obligation of Trustees
81	Certificate before distribution
	Assessments
81.1	Assessment
81.11	Sums not assessable
81.12	Liability not affected
81.13	Notice of assessment
81.14	Payment by Minister on assessment
	Objections
81.15	Objection to assessment
81.16	Payment by Minister on objection
81.17	Objection to determination
81.18	Payment by Minister
	Rights of Appeal
81.19	Appeal to Tribunal from assessment or determination of Minister
81.2	Appeal to Court from assessment or determination of Minister
81.21	Appeal to Tribunal or Court from assessment or determination of Minister
81.22	Appeal to Tribunal or Court where no decision
81.23	Appeal to Tribunal or Federal Court
81.24	Appeal to Court from decision of Tribunal
	Appeals to Tribunal
81.25	Notice to Commissioner
81.26	Hearing of appeal
81.27	Disposition of appeal
	Appeals to Court
81.28	Institution of appeal to Court
81.29	Notice to Tribunal
81.3	Hearing of appeal
81.31	Disposition of appeal
	Extension of Time for Objection or Appeal
81.32	Extension of time by Tribunal
	Purchaser Objections and Appeals
81.33	Right to institute proceedings or apply for extensions

	Obligations des syndics
81	Certificat avant distribution
	Cotisations
81.1	Cotisation
81.11	Sommes ne pouvant faire l'objet d'une cotisation
81.12	Responsabilité non diminuée
81.13	Avis de cotisation
81.14	Paiement effectué par le ministre
	Oppositions
81.15	Opposition à une cotisation
81.16	Paiement effectué par le ministre
81.17	Opposition à la détermination
81.18	Paiement effectué par le ministre
	Droits d'appel
81.19	Appel au Tribunal d'une cotisation ou d'une détermination du ministre
81.2	Appel à la Cour fédérale d'une cotisation ou d'une détermination du ministre
81.21	Appel au Tribunal ou à la Cour fédérale d'une détermination ou d'une cotisation du ministre
81.22	Appel au Tribunal ou à la Cour fédérale en l'absence de décision
81.23	Appel au Tribunal ou à la Cour fédérale
81.24	Appel à la Cour fédérale d'une décision du Tribunal
	Appels au Tribunal
81.25	Avis au commissaire
81.26	Audition d'un appel
81.27	Comment il est statué sur les appels
	Appels à la Cour
81.28	Introduction d'un appel à la Cour fédérale
81.29	Avis au Tribunal
81.3	Audition de l'appel
81.31	Comment il est statué sur les appels
	Prolongation du délai pour opposition ou appel
81.32	Prolongation du délai par le Tribunal
	Oppositions et appels d'acheteurs
81.33	Droits d'engager des procédures ou de demander des prolongations

	Interventions
81.34	Interventions
	References
81.36	Reference to Federal Court
81.37	Reference to Federal Court
	Payments by Minister on Appeals
81.38	Payment by Minister on appeal
	Overpayments by Minister
81.39	Deemed tax
	Administrative Charge under the Financial Administration Act
81.4	Dishonoured instruments
	Collection
82	Definitions
83	Certificate of default
84	Garnishment
85	Retention by deduction or set-off
86	Exclusion of penalties and fines for offences
87	Collection in jeopardy
88	Waiver or cancellation of interest or penalty
95	Application of penalties and fines
95.1	Failure to file a return when required
95.2	False statements or omissions
96	Punishment for failure to pay or collect taxes or affix stamps
97	Failing to file return
97.1	Offences for false statements
98	Books and records
98.1	Inspection
98.2	Electronic funds transfer
99	Provision of documents may be required
100	Order for compliance
101	Compliance
102.1	Unnamed persons
103	Application of Customs Act
	Service
104	Service

	Interventions
81.34	Interventions
	Renvois
81.36	Renvoi à la Cour fédérale
81.37	Renvoi à la Cour fédérale
	Paiements par le ministre à la suite d'appels
81.38	Paiement à la suite d'un appel
	Paiements en trop par le ministre
81.39	Présomption de taxe
	Frais administratifs prévus par la Loi sur la gestion des finances publiques
81.4	Effets refusés
	Perception
82	Définitions
83	Certificat de défaut
84	Saisie-arrêt
85	Retenue par déduction ou compensation
86	Pénalités et amendes exclues
87	Perception compromise
88	Renonciation ou annulation — intérêts ou pénalités
95	Imputation des pénalités et amendes
95.1	Défaut de produire une déclaration
95.2	Faux énoncés ou omissions
96	Peines pour défaut de payer ou de percevoir les taxes ou d'apposer des timbres
97	Défaut de produire un rapport ou une déclaration
97.1	Déclarations fausses
98	Tenue de livres et de registres
98.1	Inspection
98.2	Télévirement
99	Production
100	Ordonnance d'observation
101	Observation
102.1	Personnes non désignées nommément
103	Application de la Loi sur les douanes
	Signification
104	Signification

	Evidence
105	Proof of service by registered or certified mail
106	Evidence of filing
106.1	Presumption
107	Inquiries
109	Penalty for collecting excess sums
110	Time limited for prosecution
111	Action against officers
112	Time and place of action
113	Officer may tender amends
114	If defendants acted on probable cause
115	Punishment
116	Incorrect statements as to use

PART VIII

Transitional

117	Meaning of taxable service
118	Tax under Part VI
119	Revocation of approval
	Sales Tax Inventory Rebate
120	Definitions
	New Housing Rebate
121	Definitions
121.1	Application of anti-avoidance rule

PART IX

Goods and Services Tax

122	Application
	DIVISION I
	Interpretation
123	Definitions
124	Compound interest
125	Negative amounts
	Relationships, Associations, Separate Persons and Residence
126	Arm's length
127	Associated persons

	Preuve
105	Preuve de signification par courrier recommandé ou certifié
106	Preuve de production
106.1	Présomption
107	Enquêtes
109	Peine pour perception de sommes dépassant le montant requis
110	Prescription
111	Action contre fonctionnaires
112	Date et lieu de l'action
113	Compensation peut être offerte par le fonctionnaire
114	Cause probable
115	Peine minimale
116	Fausses déclarations sur l'usage

PARTIE VIII

Dispositions transitoires

117	Définition de service taxable
118	Taxe prévue par la partie VI
119	Retrait d'approbation
	Remboursement de la taxe de vente à l'inventaire
120	Définitions
	Remboursement pour habitations neuves
121	Définitions
121.1	Application de la règle anti-évitement

PARTIE IX

Taxe sur les produits et services

122	Sa Majesté
	SECTION I
	Définitions et interprétation
123	Définitions
124	Intérêts composés
125	Résultats négatifs
	Personnes liées, personnes associées, personnes distinctes et résidence
126	Lien de dépendance
127	Personnes morales associées

128	Closely related corporation	128	Personnes morales étroitement liées
129	Meaning of small supplier division	129	Définition de division de petit fournisseur
129.1	Supply by small supplier division	129.1	Fourniture par une division de petit fournisseur
130	Members of unincorporated organizations	130	Membres d'organismes non dotés de la personnalité morale
130.1	Arrangements deemed to be trusts	130.1	Arrangements réputés être des fiducies
131	Segregated fund a separate person	131	Fonds réservé — personne distincte
132	Person resident in Canada	132	Personne qui réside au Canada
132.1	Person resident in a province	132.1	Personne résidant dans une province
Supplies and Commercial Activities		Fournitures et activités commerciales	
133	Agreement as supply	133	Convention portant sur une fourniture
134	Transfer of security interest	134	Transfert à titre de garantie
135	Sponsorship of public sector bodies	135	Parrainage d'organismes du secteur public
136	Lease etc. of property	136	Bail ou licence visant un bien
136.1	Lease, etc. of property	136.1	Bail ou licence visant un bien
136.2	Supply of real property partly outside province	136.2	Fourniture d'un immeuble en partie hors d'une province
136.3	Separate supplies of freight services	136.3	Fournitures distinctes de services de transport de biens
136.4	Definition telecommunications channel	136.4	Définition de voie de télécommunication
137	Coverings and containers	137	Enveloppes et contenants
138	Incidental supplies	138	Fournitures accessoires
139	Financial services in mixed supply	139	Services financiers dans une fourniture mixte
140	Supply of membership with security	140	Fourniture d'un droit d'adhésion avec un titre
141	Use in commercial activities	141	Utilisation dans le cadre d'activités commerciales
141.01	Meaning of endeavour	141.01	Définition de initiative
141.02	Definitions	141.02	Définitions
141.1	Disposition of personal property	141.1	Aliénation d'un bien meuble
141.2	Sale of personal property of a municipality	141.2	Vente de biens meubles d'une municipalité
142	General rule — in Canada	142	Règle générale — Canada
142.1	Billing location	142.1	Lieu de facturation
143	Supply by non-resident	143	Personne non résidante — fourniture à l'étranger
143.1	Supply by mail or courier	143.1	Fourniture par la poste ou par messenger
144	Supply before release	144	Fourniture avant dédouanement
144.01	Property in transit	144.01	Biens en transit
144.1	Supply in a province	144.1	Fourniture dans une province
146	Supplies by governments and municipalities	146	Fournitures par les gouvernements et municipalités
Small Suppliers		Petits fournisseurs	
148	Small suppliers	148	Petit fournisseur
148.1	Meaning of gross revenue	148.1	Définition de recettes brutes

	Financial Institutions		Institutions financières
149	Financial institutions	149	Institutions financières
150	Election for exempt supplies	150	Choix visant les fournitures exonérées
151	Effect of election under subsection 150(1)	151	Effet du choix prévu au paragraphe 150(1)
	Consideration		Contrepartie
152	When consideration due	152	Contrepartie due
153	Value of consideration	153	Valeur de la contrepartie
154	Meaning of provincial levy	154	Définition de prélèvement provincial
155	Non-arm's length supplies	155	Fourniture entre personnes ayant un lien de dépendance
156	Definitions	156	Définitions
157	Meaning of selected qualifying employer	157	Définition de employeur admissible désigné
158	Tax refund discounts	158	Cessions du droit au remboursement
159	Value in Canadian currency	159	Valeur étrangère
160	Coin-operated devices	160	Appareils automatiques
161	Early or late payments	161	Paiements anticipés ou en retard
162	Definitions	162	Définitions
162.1	Rolling stock penalties and demurrage	162.1	Pénalité applicable au matériel roulant, droit de stationnement et surestaries
163	Consideration for portions of tour package	163	Contrepartie pour parties d'un voyage organisé
164	Donation — value of consideration	164	Don — valeur de la contrepartie
164.1	Meaning of feed	164.1	Définition de aliments pour animaux
164.2	Payments by unions or associations	164.2	Paiements par un syndicat ou une association
	DIVISION II		SECTION II
	Goods and Services Tax		Taxe sur les produits et services
	SUBDIVISION A		SOUS-SECTION A
	Imposition of Tax		Assujettissement
165	Imposition of goods and services tax	165	Taux de la taxe sur les produits et services
165.1	Pay telephones	165.1	Téléphones payants
165.2	Calculation of tax on several supplies	165.2	Calcul de la taxe sur plusieurs fournitures
166	Supply by small supplier not a registrant	166	Petit fournisseur
167	Supply of assets of business	167	Actif d'une entreprise
167.1	Goodwill	167.1	Achalandage
167.11	Definitions	167.11	Définitions
167.2	Supplies to non-resident persons of admissions to conventions	167.2	Droit d'entrée à un congrès — non-résident
	When Tax Payable		Taxe payable
168	General rule	168	Règle générale

	SUBDIVISION B		SOUS-SECTION B
	Input Tax Credits		Crédit de taxe sur les intrants
169	General rule for credits	169	Règle générale
170	Restriction	170	Restriction
	SUBDIVISION C		SOUS-SECTION C
	Special Cases		Cas spéciaux
	Becoming and Ceasing to be Registrant		Début et cessation de l'inscription
171	Person becoming registrant	171	Nouvel inscrit
	Taxi Businesses		Entreprises de taxis
171.1	Small suppliers	171.1	Petits fournisseurs
	Appropriation of Property		Utilisation de biens et de services
172	Use by registrant	172	Utilisation autre que dans le cadre d'activités commerciales
	Pension Plans		Régimes de pension
172.1	Definitions	172.1	Définitions
172.2	Excluded amount	172.2	Montant exclu
	Taxable Benefits		Avantages taxables
173	Employee and shareholder benefits	173	Avantages aux salariés et aux actionnaires
	Allowances and Reimbursements		Indemnités et remboursements
174	Travel and other allowances	174	Indemnités pour déplacement et autres
175	Employee, partner or volunteer reimbursement	175	Remboursement aux salariés, associés ou bénévoles
175.1	Warrantee reimbursement	175.1	Remboursement du bénéficiaire d'une garantie
	Used Returnable Containers		Contenants consignés d'occasion
176	Acquisition of used returnable containers	176	Acquisition de contenants consignés d'occasion
	Agents		Mandataires
177	Supply on behalf of person not required to collect tax	177	Fourniture pour une personne non tenue de percevoir la taxe
	Collecting Body and Collective Societies		Organismes de perception et sociétés de gestion
177.1	Meaning of collective society	177.1	Définition de société de gestion
	Network Sellers		Vendeurs de réseau
178	Definitions	178	Définitions
	Direct Sellers		Démarcheurs
178.1	Definitions	178.1	Définitions
178.2	Application for alternate collection method	178.2	Demande concernant la méthode simplifiée
178.3	Effect of approval for direct seller	178.3	Conséquences de l'approbation pour le démarcheur
178.4	Effect of approval for distributor	178.4	Conséquences de l'approbation pour le distributeur
178.5	Products held at time of approval	178.5	Produits détenus au moment de l'approbation
	Buying Groups		Groupes d'acheteurs
178.6	Definitions	178.6	Définitions
	Designated Charities		Organismes de bienfaisance désignés
178.7	Meaning of specified service	178.7	Sens de service déterminé

	Import Arrangements		Ententes d'importation
178.8	Definition of specified supply	178.8	Définition de fourniture déterminée
	Non-resident		Personne non résidente
179	Drop shipment — deemed supply	179	Livraison directe — fourniture réputée
180	Receipt of property from non-resident	180	Réception d'un bien d'un non-résident
180.01	Restriction on recovery	180.01	Restriction touchant le recouvrement
	International Travel		Vols et voyages internationaux
180.1	Definitions	180.1	Définitions
	Coupons and Rebates		Bons et remises
181	Definitions	181	Définitions
181.1	Rebates	181.1	Remises
181.2	Gift certificates	181.2	Certificats-cadeaux
181.3	Definitions	181.3	Définitions
182	Forfeiture, extinguished debt, etc.	182	Renonciation et remise de dette
183	Seizure and repossession	183	Saisie et reprise de possession
	Property Acquired by Insurers on Settlement of Claim		Biens acquis par les assureurs sur règlement de sinistre
184	Supply to insurer on settlement of claim	184	Fourniture à l'assureur sur règlement de sinistre
184.1	Carrying on construction	184.1	Exercice d'une activité de construction
	Property and Services for Financial Services		Biens et services pour services financiers
185	Financial services – input tax credits	185	Services financiers — crédits de taxe sur les intrants
186	Related corporations	186	Personnes morales liées
	Bets and Games of Chance		Paris et jeux de hasard
187	Bets and games of chance	187	Présomption d'acquisition
	Prizes		Prix
188	Prizes	188	Paris et jeux de hasard
188.1	Definitions	188.1	Définitions
	Dues		Cotisations
189	Dues in respect of employment	189	Cotisations relatives à l'emploi
	Fees		Frais
189.1	Government fees	189.1	Frais à verser à un gouvernement
	Foreign Conventions		Congrès étrangers
189.2	Foreign conventions	189.2	Congrès étrangers
	Real Property		Immeubles
190	Conversion to residential use	190	Conversion à un usage résidentiel
190.1	Construction of mobile or floating home	190.1	Construction de maison mobile ou flottante
191	Self-supply of single unit residential complex or residential condominium unit	191	Fourniture à soi-même d'un immeuble d'habitation à logement unique ou d'un logement en copropriété
191.1	Definitions	191.1	Définitions
192	Non-substantial renovation	192	Rénovations mineures

	Real Property Credits
193	Sale of real property
	Statement as to Use of Real Property
194	Incorrect statement
	SUBDIVISION D
	Capital Property
195	Prescribed property
195.1	Residential complex not capital property
195.2	Last acquisition or importation
196	Intended and actual use
196.1	Appropriation to use as capital property
197	Insignificant changes in use
198	Use in supply of financial services
198.1	Basic tax content of property of a municipality
	Capital Personal Property
199	Application
200	Application
200.1	Credit on sale of personal property of a municipality
201	Value of passenger vehicle
202	Improvement to passenger vehicle
203	Sale of passenger vehicle
204	Application
205	Financial institution making election for exempt supplies
	Capital Real Property
206	Application
207	Individual ceasing use in commercial activities
208	Acquisition of capital real property by individual
209	Real property of certain public service bodies
211	Election for real property of a public service body
	DIVISION III
	Tax on Importation of Goods
212	Imposition of goods and services tax
212.1	Meaning of commercial goods
213	Exception
213.1	Security
213.2	Import certificate

	Crédits pour immeubles
193	Vente d'un immeuble
	Déclaration concernant l'utilisation d'un immeuble
194	Déclaration erronée
	SOUS-SECTION D
	Immobilisations
195	Biens visés par règlement
195.1	Immeuble d'habitation réputé immobilisation
195.2	Dernière acquisition ou importation
196	Utilisation prévue et réelle
196.1	Utilisation à titre d'immobilisation
197	Changement d'utilisation négligeable
198	Utilisation dans le cadre d'une fourniture de services financiers
198.1	Teneur en taxe du bien d'une municipalité
	Immobilisations (biens meubles)
199	Champ d'application
200	Champ d'application
200.1	Crédit pour la vente de biens meubles d'une municipalité
201	Valeur d'une voiture de tourisme
202	Améliorations à une voiture de tourisme
203	Vente d'une voiture de tourisme
204	Application
205	Choix d'une institution financière concernant des fournitures exonérées
	Immobilisations (immeubles)
206	Champ d'application
207	Cessation d'utilisation par un particulier dans le cadre d'activités commerciales
208	Acquisition d'une immobilisation par un particulier
209	Immeubles de certains organismes de services publics
211	Choix visant l'immeuble d'un organisme de services publics
	SECTION III
	Taxe sur l'importation de produits
212	Taux de la taxe sur les produits et services
212.1	Définition de produit commercial
213	Produits détaxés
213.1	Garantie
213.2	Certificat d'importation

214 Payment of taxes

214.1 Deduction

215 Value of goods

215.1 Rebate for returned goods

216 Meaning of determination of the tax status

DIVISION IV
Tax on Imported Taxable Supplies

217 Definitions

217.1 Qualifying taxpayer

217.2 Election

218 Imposition of goods and services tax

218.01 Imposition of goods and services tax

218.1 Tax in participating province

218.2 When tax payable

218.3 When tax payable

219 Filing of returns and payment of tax

220 Definitions

DIVISION IV.1
Tax on Property and Services Brought Into a Participating Province

220.01 Definitions

220.02 Carriers

220.03 In transit

220.04 Selected listed financial institutions

SUBDIVISION A
Tax on Tangible Personal Property

220.05 Tax in participating province

220.06 Supply by unregistered non-resident

220.07 Imported commercial goods

SUBDIVISION B
Tax on Intangible Property and Services

220.08 Tax in participating province

SUBDIVISION C
Returns and Payment of Tax

220.09 Returns and payment

214 Paiement des taxes

214.1 Déduction

215 Valeur des produits

215.1 Remboursement pour biens retournés

216 Définition de classement

SECTION IV
Taxe sur les fournitures taxables importées

217 Définitions

217.1 Contribuable admissible

217.2 Choix

218 Taux de la taxe sur les produits et services

218.01 Taxe sur les produits et services

218.1 Taxe dans les provinces participantes

218.2 Taxe payable

218.3 Taxe payable

219 Production de la déclaration et paiement de la taxe

220 Définitions

SECTION IV.1
Taxe sur les produits et services transférés dans une province participante

220.01 Définitions

220.02 Transporteurs

220.03 Bien en transit

220.04 Institutions financières désignées particulières

SOUS-SECTION A
Taxe sur les biens meubles corporels

220.05 Taxe dans les provinces participantes

220.06 Fourniture par un non-résident non inscrit

220.07 Produits commerciaux importés

SOUS-SECTION B
Taxe sur les biens incorporels et les services

220.08 Taxe dans les provinces participantes

SOUS-SECTION C
Déclarations et paiement de la taxe

220.09 Déclarations et paiement

DIVISION V

Collection and Remittance of Division II Tax

SUBDIVISION A

Collection

- 221 Collection of tax
- 221.1 Meaning of inventory
- 222 Trust for amounts collected
- 222.1 Sale of account receivable
- 223 Disclosure of tax
- 224 Right of supplier to sue for tax remitted
- 224.1 No action for collection of tax

SUBDIVISION B

Remittance of Tax

- 225 Net tax
- 225.1 Meaning of specified supply
- 225.2 Selected listed financial institutions
- 225.3 Definitions
- 225.4 Definitions
- 226 Definitions
- 227 Election for streamlined accounting
- 228 Calculation of net tax
- 229 Payment of net tax refund
- 230 Refund of payment
- 230.1 Overpayment of refund or interest
- 230.2 Definitions
- 231 Bad debt — deduction from net tax
- 231.1 No adjustment of provincial component of tax
- 232 Refund or adjustment of tax
- 232.01 Definitions
- 232.02 Total tax amount
- 232.1 Promotional allowances
- 233 Meaning of specified amount
- 234 Deduction for rebate
- 235 Net tax where passenger vehicle leased
- 236 Food, beverages and entertainment
- 236.01 Definitions

SECTION V

Perception et versement de la taxe prévue à la section II

SOUS-SECTION A

Perception

- 221 Perception
- 221.1 Définition de stocks
- 222 Montants perçus détenus en fiducie
- 222.1 Vente d'un compte client
- 223 Indication de la taxe
- 224 Droit du fournisseur d'intenter une action en recouvrement
- 224.1 Irrecevabilité de l'action

SOUS-SECTION B

Versement de la taxe

- 225 Taxe nette
- 225.1 Définition de fourniture déterminée
- 225.2 Institutions financières désignées particulières
- 225.3 Définitions
- 225.4 Définitions
- 226 Définitions
- 227 Comptabilité abrégée
- 228 Calcul de la taxe nette
- 229 Paiement du remboursement de taxe nette
- 230 Remboursement d'un paiement en trop
- 230.1 Montant remboursé en trop ou intérêts payés en trop
- 230.2 Définitions
- 231 Créance irrécouvrable — déduction de la taxe nette
- 231.1 Aucun redressement de la composante provinciale
- 232 Remboursement ou redressement — taxe perçue en trop
- 232.01 Définitions
- 232.02 Montant de taxe global
- 232.1 Ristournes promotionnelles
- 233 Définition de montant déterminé
- 234 Déduction pour remboursement
- 235 Taxe nette en cas de location de voiture de tourisme
- 236 Aliments, boissons et divertissements
- 236.01 Définitions

236.1 Adjustment if property not exported or supplied

236.2 Adjustment if invalid use of export certificate

236.3 Adjustment if invalid use of export distribution centre certificate

236.4 Election for residential complex

236.5 First and second variant years

237 Instalments

SUBDIVISION C

Returns

238 Filing required

238.1 Definitions

239 Authority for separate returns

SUBDIVISION D

Registration

240 Registration required

241 Registration

242 Cancellation

SUBDIVISION E

Fiscal Periods and Reporting Periods

Fiscal Periods

243 Determination of fiscal quarters

244 Election for fiscal year

244.1 Fiscal year — selected listed financial institution
Reporting Periods

245 Reporting period of non-registrant

246 Election for fiscal months

247 Election for fiscal quarters

248 Election for fiscal years

249 Threshold amount for fiscal year

250 Form and filing of election

251 On becoming registrant

DIVISION VI

Rebates

252 Non-resident rebate in respect of exported goods

252.2 Restriction

252.3 Rebate for non-resident exhibitors

252.4 Definitions

236.1 Redressement en cas de non-exportation ou non-fourniture de biens

236.2 Redressement en cas d'utilisation non valide d'un certificat d'exportation

236.3 Redressement en cas d'utilisation non valide d'un certificat de centre de distribution des exportations

236.4 Choix visant un immeuble d'habitation

236.5 Premier et second exercices distinctifs

237 Acomptes provisionnels

SOUS-SECTION C

Déclarations

238 Production par un inscrit

238.1 Définitions

239 Déclarations distinctes

SOUS-SECTION D

Inscription

240 Inscription obligatoire

241 Inscription

242 Annulation

SOUS-SECTION E

Exercices et périodes de déclaration

Exercices

243 Trimestre d'exercice

244 Choix d'exercice

244.1 Exercice — institution financière désignée particulière
Périodes de déclaration

245 Période de déclaration du non-inscrit

246 Choix de mois d'exercice

247 Choix de trimestre d'exercice

248 Choix d'exercice

249 Montant déterminant pour l'exercice

250 Forme et production du choix

251 Période de déclaration du nouvel inscrit

SECTION VI

Remboursements

252 Remboursement aux non-résidents — produits exportés

252.2 Restriction

252.3 Remboursement aux exposants non-résidents

252.4 Définitions

252.41 Non-resident rebate respecting installation services	252.41 Remboursement aux non-résidents pour services d'installation
252.5 Liability for amount paid or credited	252.5 Obligation solidaire
253 Employees and partners	253 Salariés et associés
254 Definitions	254 Définitions
254.1 Definitions	254.1 Définitions
255 Meaning of relation	255 Définition de proche
256 Definitions	256 Définitions
256.1 Rebate to owner of land leased for residential purposes	256.1 Remboursement au propriétaire d'un fonds loué pour usage résidentiel
256.2 Definitions	256.2 Définitions
256.21 Housing rebates — participating provinces	256.21 Remboursement pour habitation — provinces participantes
256.3 Transitional rebate	256.3 Remboursement transitoire
256.4 Transitional rebate where section 254.1 applies	256.4 Remboursement transitoire en cas d'application de l'article 254.1
256.5 Transitional rebate for purchaser	256.5 Remboursement transitoire à l'acheteur
256.6 Transitional rebate for builder	256.6 Remboursement transitoire au constructeur
256.7 Transitional rebate — 2008 rate reduction	256.7 Remboursement transitoire — réduction de taux pour 2008
256.71 Transitional rebate where section 254.1 applies — 2008 rate reduction	256.71 Remboursement transitoire en cas d'application de l'article 254.1 — réduction de taux pour 2008
256.72 Transitional rebate for purchaser — 2008 rate reduction	256.72 Remboursement transitoire à l'acheteur — réduction de taux pour 2008
256.73 Transitional rebate for builder — 2008 rate reduction	256.73 Remboursement transitoire au constructeur — réduction de taux pour 2008
256.74 Transitional rebate — 2008 rate reduction	256.74 Remboursement transitoire — réduction de taux pour 2008
256.75 Transitional rebate where section 254.1 applies — 2008 rate reduction	256.75 Remboursement transitoire en cas d'application de l'article 254.1 — réduction de taux pour 2008
256.76 Transitional rebate for purchaser — 2008 rate reduction	256.76 Remboursement transitoire à l'acheteur — réduction de taux pour 2008
256.77 Transitional rebate for builder — 2008 rate reduction	256.77 Remboursement transitoire au constructeur — réduction de taux pour 2008
257 Non-registrant sale of real property	257 Vente d'immeuble par un non-inscrit
257.1 Sale of personal property by non-registrant municipality	257.1 Vente de biens meubles par une municipalité non inscrite
258 Definition of legal aid plan	258 Définition de régime d'aide juridique
258.1 Definition of qualifying motor vehicle	258.1 Définition de véhicule à moteur admissible
258.2 Rebate for modification service	258.2 Remboursement pour service de modification
259 Definitions	259 Définitions
259.1 Definitions	259.1 Définitions
259.2 Definitions	259.2 Définitions

260	Exports by a charity or a public institution
261	Rebate of payment made in error
261.01	Definitions
261.1	Rebate in respect of goods removed from a participating province
261.2	Rebate in respect of goods imported at a place in a province
261.3	Rebate in respect of intangible personal property or services supplied in a participating province
261.4	Restriction
262	Form and filing of application
263	Restriction on rebate
263.01	Restriction on rebate, etc.
263.02	Restriction on rebate
263.1	Idem
263.2	Rebates in respect of beverages in returnable containers

264	Overpayment of rebate or interest
-----	-----------------------------------

DIVISION VII

Miscellaneous

SUBDIVISION A

Trustees, Receivers and Personal Representatives

265	Bankruptcies
266	Definitions
267	Estate of a deceased individual
267.1	Definitions
268	Inter vivos trust
269	Distribution by trust
270	Definitions

SUBDIVISION B

Amalgamation and Winding-up

271	Amalgamations
272	Winding-up

SUBDIVISION B.1

Partnerships and Joint Ventures

272.1	Partnerships
273	Joint venture election

260	Exportation par les organismes de bienfaisance et les institutions publiques
261	Remboursement d'un montant payé par erreur
261.01	Définitions
261.1	Remboursement pour produits retirés d'une province participante
261.2	Remboursement pour produits importés dans une province
261.3	Remboursement pour bien meuble incorporel ou service fourni dans une province participante
261.4	Restriction
262	Forme et production de la demande
263	Restriction
263.01	Restriction
263.02	Restriction
263.1	Restriction — faillite
263.2	Remboursement — boissons dans des contenants consignés
264	Montant remboursé en trop ou intérêts payés en trop

SECTION VII

Divers

SOUS-SECTION A

Syndics, séquestres et représentants personnels

265	Faillite
266	Définitions
267	Succession
267.1	Définitions
268	Fiducie non testamentaire
269	Distribution par une fiducie
270	Définitions

SOUS-SECTION B

Fusion et liquidation

271	Fusion
272	Liquidation

SOUS-SECTION B.1

Sociétés de personnes et coentreprises

272.1	Sociétés de personnes
273	Choix concernant les coentreprises

SUBDIVISION B.2	SOUS-SECTION B.2
Export Distribution Centres	Centres de distribution des exportations
273.1 Definitions	273.1 Définitions
SUBDIVISION B.3	SOUS-SECTION B.3
Information Returns	Déclarations de renseignements
273.2 Definitions	273.2 Définitions
273.3 Electronic funds transfer	273.3 Télévirement
SUBDIVISION C	SOUS-SECTION C
Anti-avoidance	Évitement
274 Definitions	274 Définitions
274.1 Rate change — variation of agreement	274.1 Anti-évitement — modification d'une convention
274.11 Variation of agreement — 2008 rate reduction	274.11 Modification d'une convention — réduction de taux pour 2008
274.2 Definitions	274.2 Définitions
DIVISION VIII	SECTION VIII
Administration and Enforcement	Application et exécution
SUBDIVISION A	SOUS-SECTION A
Administration	Application
275 Minister's duty	275 Fonctions du ministre
276 Inquiry	276 Enquête
277 Regulations	277 Règlements
277.1 Definition of new harmonized value-added tax system	277.1 Définition de nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée
SUBDIVISION B	SOUS-SECTION B
Returns, Penalties and Interest	Déclarations, pénalités et intérêts
278 Place of filing	278 Présentation au ministre
278.1 Meaning of electronic filing	278.1 Transmission électronique
279 Execution of documents	279 Validation des documents
280 Interest	280 Intérêts
280.1 Failure to file a return	280.1 Non-production d'une déclaration
280.11 Failure to file by electronic transmission	280.11 Défaut de produire par voie électronique
280.2 Minimum interest and penalty	280.2 Annulation des intérêts et pénalités
280.3 Dishonoured instruments	280.3 Effets refusés
281 Extension for returns	281 Prorogation des délais de production
281.1 Waiving or cancelling interest	281.1 Renonciation ou annulation — intérêts
282 Demand for return	282 Mise en demeure de produire une déclaration
283 Failure to answer demand	283 Défaut de donner suite à une mise en demeure
284 Failure to provide information	284 Défaut de présenter des renseignements
284.01 Failure to provide information	284.01 Défaut de transmettre des renseignements

284.1	Failure to report actual amounts
285	False statements or omissions
285.01	Definitions
285.1	Definitions
SUBDIVISION C	
General	
286	Keeping books and records
287	Definitions
288	Inspections
289	Requirement to provide documents or information
289.1	Compliance order
289.2	Time period not to count
290	Search warrant
291	Copies
292	Meaning of foreign-based information or document
293	Definitions
294	Information respecting non-resident persons
295	Definitions
SUBDIVISION D	
Assessments, Objections and Appeals	
Assessments	
296	Assessments
297	Assessment of rebate
297.1	Minimum amounts owed to Her Majesty
298	Period for assessment
299	Minister not bound
300	Notice of assessment
300.1	Amount deemed not assessed
Objections and Appeals	
301	Meaning of specified person
302	Appeal to Tax Court
303	Extension of time by Minister
304	Extension of time by Tax Court
305	Extension of time to appeal
306	Appeal
306.1	Limitation on appeals to the Tax Court
307	Institution of appeals
308	Notice to Commissioner

284.1	Défaut de présenter des montants réels
285	Faux énoncés ou omissions
285.01	Définitions
285.1	Définitions
SOUS-SECTION C	
Généralités	
286	Obligation de tenir des registres
287	Définitions
288	Enquêtes
289	Présentation de documents ou de renseignements
289.1	Ordonnance
289.2	Suspension du délai
290	Requête pour mandat de perquisition
291	Copies
292	Sens de renseignement ou document étranger
293	Définitions
294	Renseignements concernant certaines personnes non résidentes
295	Définitions
SOUS-SECTION D	
Cotisations, oppositions et appels	
Cotisation	
296	Cotisation
297	Détermination du remboursement
297.1	Montants minimales dus à Sa Majesté
298	Période de cotisation
299	Ministre non lié
300	Avis de cotisation
300.1	Cotisation réputée ne pas être établie
Opposition et appels	
301	Personne déterminée
302	Appel à la Cour canadienne de l'impôt
303	Prorogation du délai par le ministre
304	Prorogation du délai par la Cour canadienne de l'impôt
305	Prorogation du délai d'appel
306	Appel
306.1	Restriction touchant les appels à la Cour canadienne de l'impôt
307	Modalités de l'appel
308	Avis au commissaire

- 309 Disposition of appeal
310 References to Tax Court
311 Reference of common questions to Tax Court

- 312 Statutory recovery rights only

SUBDIVISION E

Collection

- 313 Definitions
314 Security
315 Assessment before collection
316 Certificates
317 Garnishment
318 Recovery by deduction or set-off

319 Acquisition of debtor's property
320 Moneys seized from tax debtor
321 Seizure of chattels
322 Person leaving Canada
322.1 Definitions
323 Liability of directors
324 Compliance by unincorporated bodies

325 Tax liability re transfers not at arm's length

SUBDIVISION F

Offences

- 326 Offences
327 Offences
327.1 Definitions
328 Offence re confidential information
329 Failure to pay, collect or remit taxes
330 Officers of corporations, etc.
331 Power to decrease punishment
332 Information or complaint

SUBDIVISION G

Evidence and Procedure

- 333 Service
334 Sending by mail
335 Proof of service by mail

- 309 Règlement d'appel
310 Renvoi à la Cour canadienne de l'impôt
311 Renvoi à la Cour canadienne de l'impôt de questions communes

- 312 Droits de recouvrement créés par une loi

SOUS-SECTION E

Perception

- 313 Définitions
314 Garantie
315 Cotisation avant recouvrement
316 Certificat
317 Saisie-arrêt
318 Recouvrement par voie de déduction ou de compensation
319 Acquisition de biens du débiteur
320 Sommes saisies d'un débiteur fiscal
321 Saisie des biens mobiliers
322 Personnes quittant le Canada
322.1 Définitions
323 Responsabilité des administrateurs
324 Observation par les entités non constituées en personne morale
325 Transfert entre personnes ayant un lien de dépendance

SOUS-SECTION F

Infractions

- 326 Infractions
327 Infractions
327.1 Définitions
328 Communication non autorisée de renseignements
329 Défaut de payer, percevoir ou verser la taxe
330 Cadres de personnes morales
331 Pouvoir de diminuer les peines
332 Dénonciation ou plainte

SOUS-SECTION G

Procédure et preuve

- 333 Signification
334 Date de réception
335 Preuve de signification par la poste

DIVISION IX

Transitional Provisions

Real Property

336 Transfer of real property before 1991

Property and Services

337 Transfer of personal property before 1991

338 Budget arrangements

339 Progress payments

340 Prepayment of rent and royalties

340.1 Adjustments

341 Services before 1991

341.1 Legal service performed before 1991

342 Transportation of individuals

343 Freight transportation services

344 Meaning of funeral services

345 Lifetime memberships

346 Transitional credit for small businesses

347 Transitional credit for taxi businesses

DIVISION X

Transitional Provisions for Participating Provinces

SUBDIVISION A

Interpretation

348 Definitions

SUBDIVISION B

Application

349 Real property

SUBDIVISION C

Transition

350 Transfer of real property before implementation

351 Transfer of single unit residential complex after implementation

Property and Services

352 Transfer of personal property before implementation

353 Budget arrangements

354 Prepayments of rent and royalties after specified pre-implementation date

354.1 Specified motor vehicle leases

355 Adjustments

SECTION IX

Dispositions transitoires

Immeubles

336 Transfert d'un immeuble avant 1991

Biens et services

337 Transfert de biens meubles avant 1991

338 Plans à versements égaux

339 Paiements échelonnés

340 Paiement anticipé de loyer et de redevances

340.1 Redressements

341 Services antérieurs à 1991

341.1 Services juridiques exécutés avant 1991

342 Transport de particuliers

343 Services de transport de marchandises

344 Définition de services funéraires

345 Abonnements à vie

346 Crédit transitoire pour la petite entreprise

347 Crédit transitoire pour entreprises de taxis

SECTION X

Dispositions transitoires applicables aux provinces participantes

SOUS-SECTION A

Définitions

348 Définitions

SOUS-SECTION B

Application

349 Immeubles

SOUS-SECTION C

Transition

350 Transfert d'un immeuble avant la mise en oeuvre

351 Transfert d'un immeuble d'habitation à logement unique après la mise en oeuvre

Biens et services

352 Transfert d'un bien meuble avant la mise en oeuvre

353 Plans à versements égaux

354 Paiement anticipé de loyer et de redevances postérieur à la mise en oeuvre anticipée

354.1 Location de véhicules à moteur déterminés

355 Redressements

356 Services substantially all performed before implementation

357 Legal service performed before implementation

358 Transportation of individuals

359 Freight transportation services

360 Meaning of funeral services

361 Exclusive products held on implementation

SUBDIVISION D
Special Cases

362 Definitions

363 Instalment base following implementation

363.1 Election for shorter reporting period

363.2 Revocation of election for streamlined accounting

SCHEDULE I

SCHEDULE II

SCHEDULE II.1

Specific Tax Rates on Petroleum Products

SCHEDULE III

SCHEDULE III.1

Goods Sold by Deemed Manufacturers or Producers

SCHEDULE IV

SCHEDULE V

Exempt Supplies

SCHEDULE VI

Zero-Rated Supplies

SCHEDULE VII

Non-Taxable Importations

SCHEDULE VIII

356 Services exécutés en presque totalité avant la mise en oeuvre

357 Services juridiques exécutés avant la mise en oeuvre

358 Transport de particuliers

359 Services de transport de marchandises

360 Définition de services funéraires

361 Produits exclusifs détenus à la date de mise en oeuvre

SOUS-SECTION D
Cas particuliers

362 Définitions

363 Base des acomptes provisionnels suite à la mise en oeuvre

363.1 Choix visant un exercice abrégé

363.2 Choix de ne pas utiliser la comptabilité abrégée

ANNEXE I

ANNEXE II

ANNEXE II.1

Taux spécifiés pour produits pétroliers

ANNEXE III

ANNEXE III.1

Marchandises vendues par des fabricants ou producteurs présumés

ANNEXE IV

ANNEXE V

Fournitures exonérées

ANNEXE VI

Fournitures détaxées

ANNEXE VII

Importations non taxables

ANNEXE VIII

SCHEDULE IX

Supply in a Province

SCHEDULE X

Non-Taxable Property and Services
for Purposes of Division IV.1 of Part
IX

ANNEXE IX

Fourniture dans une province

ANNEXE X

Biens et services non taxables pour
l'application de la section IV.1 de la
partie IX



R.S.C., 1985, c. E-15

L.R.C., 1985, ch. E-15

An Act respecting excise taxes

Loi concernant la taxe d'accise

Short Title

Titre abrégé

Short title

1 This Act may be cited as the *Excise Tax Act*.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; R.S., c. E-13, s. 1.

Titre abrégé

1 *Loi sur la taxe d'accise*.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; S.R., ch. E-13, art. 1.

Interpretation

Définitions et interprétation

Definitions

2 (1) The following definitions apply in this section, Parts I to VIII (other than section 121) and Schedules I to IV:

accredited representative [Repealed, 2002, c. 22, s. 366]

Agency means the Canada Revenue Agency continued by subsection 4(1) of the *Canada Revenue Agency Act*; (*Agence*)

Atlantic manufactured tobacco [Repealed, 2001, c. 16, s. 16]

bank means a bank or an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act*; (*banque*)

black stock [Repealed, 2002, c. 22, s. 413]

black stock cigarettes [Repealed, 2002, c. 22, s. 413]

black stock manufactured tobacco [Repealed, 2001, c. 16, s. 16]

cigar [Repealed, 2002, c. 22, s. 366]

cigarette [Repealed, 2002, c. 22, s. 366]

Commissioner means the Commissioner of Revenue appointed under section 25 of the *Canada Revenue Agency Act*; (*commissaire*)

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article, aux parties I à VIII (sauf l'article 121) et aux annexes I à IV.

accord international désigné

a) La Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, conclue à Strasbourg le 25 janvier 1988 et modifiée par tout protocole ou autre instrument international, tel que ratifié par le Canada;

b) tout accord général d'échange de renseignements fiscaux qui a été conclu par le Canada, et qui est en vigueur, à l'égard d'un autre pays ou territoire. (*listed international agreement*)

Agence L'Agence du revenu du Canada, prorogée par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada*. (*Agency*)

banque Banque et banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*. (*bank*)

bâtiment modulaire Élément de bâtiment ou bâtiment conçu pour être placé sur des fondations et se composant d'au moins une pièce ou un espace dont les murs, les planchers et les plafonds sont finis, et comprenant l'équipement de plomberie, de chauffage et d'électricité installé qui convient à cette pièce ou à cet espace, dont la fabrication et l'assemblage sont terminés ou sensiblement

cosmetics means goods, whether possessing therapeutic or prophylactic properties or not, commonly or commercially known as toilet articles, preparations or cosmetics, that are intended for use or application for toilet purposes, or for use in connection with the care of the human body, including the hair, nails, eyes, teeth, or any other part or parts thereof, whether for cleansing, deodorizing, beautifying, preserving or restoring, and includes toilet soaps, shaving soaps and shaving creams, skin creams and lotions, shampoos, mouth washes, oral rinses, toothpastes, tooth powders, denture creams and adhesives, antiseptics, bleaches, depilatories, perfumes, scents and similar preparations; (*cosmétiques*)

diesel fuel includes any fuel oil that is suitable for use in internal combustion engines of the compression-ignition type, other than any such fuel oil that is intended for use and is actually used as heating oil; (*combustible diesel*)

document includes money, a security and a record; (*document*)

duty free shop has the meaning assigned by subsection 2(1) of the *Customs Act*; (*boutique hors taxes*)

foreign duty free shop means a retail store that is located in a country other than Canada and that is authorized under the laws of that country to sell goods free of certain duties and taxes to individuals who are about to leave that country; (*boutique hors taxes à l'étranger*)

foreign ships' stores means tobacco products taken on board a vessel or aircraft while the vessel or aircraft is outside Canada and that are intended for consumption by or sale to the passengers or crew while the passengers and crew are on board the vessel or aircraft; (*provisions de bord à l'étranger*)

gasoline means gasoline type fuels for use in internal combustion engines other than aircraft engines; (*essence*)

health goods means any material, substance, mixture, compound or preparation, of whatever composition or in whatever form, sold or represented for use in the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, a disorder, an abnormal physical state or the symptoms thereof in human beings or animals or for use in restoring, correcting or modifying organic functions in human beings or animals; (*marchandises relatives à la santé*)

heating oil means any fuel oil that is consumed exclusively for providing heat to a home, building or similar structure and that is not consumed for generating heat in an industrial process, including any commercial process

terminés avant d'être livré à l'emplacement de construction et qui, lorsqu'il sera placé sur des fondations à cet emplacement, avec ou sans autres éléments ou bâtiments de fabrication semblable, constituera un bâtiment résidentiel, industriel, éducatif, institutionnel ou commercial complet, mais excluant les appareils ou les meubles non intégrés aux bâtiments et vendus avec celui-ci. (*modular building unit*)

bâtonnet de tabac [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 366]

boutique hors taxes S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes*. (*duty free shop*)

boutique hors taxes à l'étranger Magasin de vente au détail situé dans un pays étranger qui est autorisé par les lois du pays à vendre des marchandises en franchise de certains droits et taxes aux particuliers sur le point de quitter le pays. (*foreign duty free shop*)

cigare [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 366]

cigarette [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 366]

cigarettes non ciblées [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 413]

combustible diesel S'entend notamment de toute huile combustible qui peut être utilisée dans les moteurs à combustion interne de type allumage par compression, à l'exception de toute huile combustible destinée à être utilisée et utilisée de fait comme huile à chauffage. (*diesel fuel*)

commissaire Le commissaire du revenu, nommé en application de l'article 25 de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada*. (*Commissioner*)

cosmétiques Marchandises, avec ou sans effets thérapeutiques ou prophylactiques, communément ou commercialement appelées articles de toilette, préparations ou cosmétiques, destinées à l'usage ou à l'application aux fins de toilette, ou pour le soin du corps humain, y compris les cheveux, ongles, yeux, dents ou toute autre partie du corps humain, soit pour le nettoyage, la désodorisation, l'embellissement, la conservation ou la restauration. Sont visés par la présente définition les savons de toilette, savons à barbe et crèmes à raser, crèmes et lotions pour la peau, shampooings, dentifrices, rince-bouche, pâtes dentifrices, poudres dentifrices, crèmes et adhésifs pour prothèses dentaires, antiseptiques, produits de décoloration, dépilatoires, parfums, odeurs et préparations similaires. (*cosmetics*)

document Sont compris parmi les documents les registres. Y sont assimilés les titres et les espèces. (*document*)

that involves removing moisture from a good; (*huile à chauffage*)

Indian [Repealed, 2002, c. 22, s. 413]

licensed tobacco manufacturer [Repealed, 2001, c. 16, s. 16]

listed international agreement means

(a) the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, concluded at Strasbourg on January 25, 1988, as amended from time to time by a protocol, or other international instrument, as ratified by Canada, or

(b) a comprehensive tax information exchange agreement that Canada has entered into and that has effect, in respect of another country or jurisdiction; (*accord international désigné*)

manufactured tobacco [Repealed, 2002, c. 22, s. 366]

manufacturer or producer includes

(a) the assignee, trustee in bankruptcy, liquidator, executor, liquidator of a succession or curator of any manufacturer or producer and, generally, any person who continues the business of a manufacturer or producer or disposes of his assets in any fiduciary capacity, including a bank exercising any powers conferred upon it by the *Bank Act* and a trustee for bondholders,

(b) any person, firm or corporation that owns, holds, claims or uses any patent, proprietary, sales or other right to goods being manufactured, whether by them, in their name or for or on their behalf by others, whether that person, firm or corporation sells, distributes, consigns or otherwise disposes of the goods or not,

(c) any department of the government of Canada or any province, any board, commission, railway, public utility, manufactory, company or agency owned, controlled or operated by the government of Canada or any province, or under the authority of the legislature or the lieutenant governor in council of any province, that manufactures or produces taxable goods,

(d) any person who sells, otherwise than in a retail store exclusively and directly to consumers, cosmetics that were not manufactured by him in Canada, other than a person who sells those cosmetics exclusively and directly to hairstylists, cosmeticians and other similar users for use in the provision of personal grooming services and not for resale,

essence Les carburants du genre de l'essence utilisés dans les moteurs à combustion interne autre que les moteurs d'aéronefs. (*gasoline*)

exploitant S'agissant de l'exploitant d'une boutique hors taxes, marchand en gros titulaire de licence, aux termes de la partie VI, qui exploite une telle boutique et qui est réputé par le paragraphe 55(2) être un marchand en gros ou un intermédiaire authentique. (*operator*)

fabricant de tabac titulaire de licence [Abrogée, 2001, ch. 16, art. 16]

fabricant ou producteur Y sont assimilés :

a) le cessionnaire, le syndic de faillite, le liquidateur, le liquidateur de succession, l'exécuteur testamentaire ou le curateur de tout fabricant ou producteur et, d'une manière générale, quiconque continue les affaires d'un fabricant ou producteur ou dispose de ses valeurs actives en qualité fiduciaire, y compris une banque exerçant des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur les banques* ainsi qu'un fiduciaire pour des porteurs d'obligations;

b) toute personne, firme ou personne morale qui possède, détient, réclame ou emploie un brevet, un droit de propriété, un droit de vente ou autre droit à des marchandises en cours de fabrication, soit par elle, en son nom, soit pour d'autres ou en son nom par d'autres, que cette personne, firme ou personne morale vende, distribue, consigne ou autrement aliène les marchandises ou non;

c) tout ministère du gouvernement du Canada ou de l'une des provinces, tout conseil, commission, chemin de fer, service d'utilité publique, manufacture, compagnie ou organisme possédé, contrôlé ou exploité par le gouvernement du Canada ou de l'une des provinces, ou sous l'autorité de la législature ou du lieutenant-gouverneur en conseil d'une province, qui fabrique ou produit des marchandises imposables;

d) toute personne qui vend, autrement que dans un magasin de détail exclusivement et directement aux consommateurs, des cosmétiques qui n'ont pas été fabriqués par elle au Canada, à l'exclusion d'une personne qui vend ces cosmétiques exclusivement et directement aux coiffeurs, esthéticiens et autres usagers semblables pour utilisation lors de l'administration de soins personnels et non pour la revente;

e) [Abrogé, L.R. (1985), ch. 12 (4^e suppl.), art. 1]

(e) [Repealed, R.S., 1985, c. 12 (4th Supp.), s. 1]

(f) any person who, by himself or through another person acting for him, prepares goods for sale by assembling, blending, mixing, cutting to size, diluting, bottling, packaging or repackaging the goods or by applying coatings or finishes to the goods, other than a person who so prepares goods in a retail store for sale in that store exclusively and directly to consumers,

(g) any person who imports into Canada new motor vehicles designed for highway use, or chassis therefor,

(h) any person who sells, otherwise than predominantly to consumers, new motor vehicles designed for highway use, or chassis therefor,

(i) any person who sells goods enumerated in Schedule III.1, other than a person who sells those goods exclusively and directly to consumers, and

(j) any person who sells or leases prerecorded video cassettes that are new or have not been used in Canada, other than a person who sells or leases such goods exclusively and directly to consumers other than to consumers who lease such goods to other persons; (*fabricant ou producteur*)

Minister means the Minister of National Revenue; (*ministre*)

mobile home means a trailer unit not less than three metres wide by eight metres long, equipped with complete plumbing, electrical and heating facilities and designed to be towed on its own chassis to a building site for installation on a foundation and connection to service facilities at that site and to be used for residential, commercial, educational, institutional or industrial purposes, but does not include any free-standing appliances or furniture sold with the unit or any travel trailer, motor home, camping trailer or other vehicle or trailer for recreational use; (*maison mobile*)

modular building unit means a building component or unit, the manufacture and assembly of which is completed or substantially completed before delivery to a construction site, that is designed for installation on a foundation and is composed of at least one room or area with finished walls, a finished floor and a finished ceiling, including installed plumbing, heating and electrical equipment appropriate to that room or area, and that, when installed on a foundation at the site, with or without other similarly manufactured and assembled components or units, forms a complete residential, commercial, educational, institutional or industrial building, but does not

(f) toute personne qui, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant pour le compte de celle-ci, prépare des marchandises pour la vente en les assemblant, fusionnant, mélangeant, coupant sur mesure, diluant, embouteillant, emballant ou remballant, ou en les enduisant ou les finissant, à l'exclusion d'une personne qui prépare ainsi des marchandises dans un magasin de détail afin de les y vendre exclusivement et directement aux consommateurs;

(g) toute personne qui importe au Canada des véhicules automobiles neufs conçus pour servir sur les routes, ou leur châssis;

(h) toute personne qui vend des véhicules automobiles neufs conçus pour servir sur les routes, ou leur châssis, à l'exclusion de celle qui les vend principalement aux consommateurs;

(i) toute personne qui vend des marchandises mentionnées à l'annexe III.1 sauf une personne qui vend ces marchandises exclusivement et directement aux consommateurs;

(j) toute personne qui vend ou loue des vidéocassettes préenregistrées neuves ou non utilisées au Canada, sauf une personne qui vend ou loue de telles marchandises exclusivement et directement aux consommateurs, à l'exception des consommateurs qui louent de telles marchandises à d'autres personnes. (*manufacturer or producer*)

huile à chauffage Huile combustible qui est consommée exclusivement pour le chauffage d'une habitation, d'un bâtiment ou d'une construction semblable et qui n'est pas consommée pour produire de la chaleur dans le cadre d'un procédé industriel — y compris tout procédé commercial qui consiste à réduire le taux d'humidité d'une marchandise. (*heating oil*)

Indien [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 413]

maison mobile Remorque d'au moins trois mètres de largeur et huit mètres de longueur, équipée d'installations complètes de plomberie, d'électricité et de chauffage et conçue pour être remorquée sur son propre châssis jusqu'à un emplacement de construction pour y être placée sur des fondations et raccordée à des installations de service et être utilisée à des fins résidentielles, commerciales, éducatives, institutionnelles ou industrielles; sont exclus les appareils ou les meubles non intégrés à la maison mobile et vendus avec celle-ci, ainsi que les remorques destinées aux loisirs telles que les remorques de tourisme, les maisons motorisées et les tentes roulottes. (*mobile home*)

include any freestanding appliances or furniture sold with the unit; (*bâtiment modulaire*)

municipality means

(a) an incorporated city, town, village, metropolitan authority, township, district, county or rural municipality or other incorporated municipal body however designated, or

(b) such other local authority as the Minister may determine to be a municipality for the purposes of this Act; (*municipalité*)

operator of a duty free shop means the person operating the duty free shop who is licensed as a wholesaler under Part VI and is deemed by subsection 55(2) to be a *bona fide* wholesaler or jobber; (*exploitant*)

person means an individual, partnership, corporation, trust, estate, or a body that is a society, union, club, association, commission or other organization of any kind whatever; (*personne*)

prescribed means

(a) in the case of a form, the information to be given on a form or the manner of filing a form, prescribed by the Minister, and

(b) in any other case, prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation; (*prescrit*)

record includes an account, an agreement, a book, a chart or table, a diagram, a form, an image, an invoice, a letter, a map, a memorandum, a plan, a return, a statement, a telegram, a voucher, and any other thing containing information, whether in writing or in any other form; (*registre*)

stamp or **excise stamp** means a stamp prepared for the purposes of this Act pursuant to a direction of the Minister under section 60; (*timbre* ou *timbre d'accise*)

telecommunication [Repealed, 1993, c. 38, s. 86]

this Act means this Act except Part IX and Schedules V to X. (*présente loi*)

tobacco stick [Repealed, 2002, c. 22, s. 366]

marchandises relatives à la santé Toutes les matières ou substances, ou tous les mélanges, composés ou préparations, quelle que soit leur composition ou leur forme, qui sont vendus pour servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un trouble physique, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'homme ou les animaux, ou devant servir à la restauration, à la correction ou à la modification des fonctions organiques de l'homme ou des animaux. (*health goods*)

ministre Le ministre du Revenu national. (*Minister*)

municipalité

a) Administration métropolitaine, ville, village, canton, district, comté ou municipalité rurale constitués en personne morale ou autre organisme municipal ainsi constitué quelle qu'en soit la désignation;

b) telle autre administration locale à laquelle le ministre confère le statut de municipalité pour l'application de la présente loi. (*municipality*)

personne Particulier, société de personnes, personne morale, fiducie ou succession, ainsi que l'organisme qui est un syndicat, un club, une association, une commission ou autre organisation; ces notions sont visées dans des formulations générales, impersonnelles ou comportant des pronoms ou adjectifs indéfinis. (*person*)

prescrit

a) Dans le cas d'un formulaire, établi selon les instructions du ministre; dans le cas de renseignements à inscrire sur un formulaire ou de modalités de production d'un formulaire, déterminés selon les instructions du ministre;

b) dans les autres cas, visé par règlement, y compris déterminé conformément à des règles prévues par règlement. (*prescribed*)

présente loi La présente loi, exception faite de la partie IX et des annexes V à X. (*this Act*)

produit non ciblé [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 413]

provisions de bord à l'étranger Produits du tabac pris à bord d'un navire ou d'un aéronef, pendant qu'il se trouve à l'étranger, qui sont destinés à être consommés par les passagers ou les membres d'équipage, ou à leur être vendus, pendant qu'ils sont à bord du navire ou de l'aéronef. (*foreign ships' stores*)

registre Sont compris parmi les registres les comptes, conventions, livres, graphiques et tableaux, diagrammes,

formulaire, images, factures, lettres, cartes, notes, plans, déclarations, états, télégrammes, pièces justificatives et toute autre chose renfermant des renseignements, qu'ils soient par écrit ou sous toute autre forme. (*record*)

représentant accrédité [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 366]

tabac fabriqué [Abrogée, 2002, ch. 22, art. 366]

tabac fabriqué atlantique [Abrogée, 2001, ch. 16, art. 16]

tabac fabriqué non ciblé [Abrogée, 2001, ch. 16, art. 16]

télécommunication [Abrogée, 1993, ch. 38, art. 86]

timbre ou **timbre d'accise** Timbre préparé pour l'application de la présente loi conformément à un ordre donné par le ministre en vertu de l'article 60. (*stamp* or *excise stamp*)

Application to territories

(2) For the purposes of this Act, the expression "Her Majesty in right of a province" includes the governments of Yukon, the Northwest Territories and Nunavut and the expression "legislature of any province" includes the Legislative Assembly of Yukon, the Northwest Territories or Nunavut.

Arm's length

(2.1) For the purposes of this Act,

- (a) related persons shall be deemed not to deal with each other at arm's length; and
- (b) it is a question of fact whether persons not related to each other were, at any particular time, dealing with each other at arm's length.

Related persons

(2.2) For the purposes of this Act, persons are related to each other if they are related persons within the meaning of subsections 251(2) to (6) of the *Income Tax Act*, except that

- (a) references in those subsections to "corporation" shall be read as references to "corporation or partnership"; and
- (b) references in those subsections to "shares" or "shareholders" shall, in respect of a partnership, be read as references to "rights" or "partners", respectively.

Application aux territoires

(2) Pour l'application de la présente loi, **Sa Majesté du chef d'une province** s'entend notamment des gouvernements du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut, et **législature d'une province** s'entend notamment de l'Assemblée législative du Yukon, de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest ou de l'Assemblée législative du Nunavut.

Lien de dépendance

(2.1) Pour l'application de la présente loi, des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance et la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'avaient aucun lien de dépendance à une date donnée est une question de fait.

Personnes liées

(2.2) Pour l'application de la présente loi, des personnes sont liées entre elles si elles sont des personnes liées au sens des paragraphes 251(2) à (6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, la mention à ces paragraphes d'une « société » vaut mention d'une « personne morale ou société de personnes » et la mention d'« actions » ou d'« actionnaires » vaut mention, en ce qui touche une société de personnes, de « droits » et d'« associés ».

Associated persons

(2.3) For the purposes of this Act, a particular corporation is associated with another corporation if, by reason of subsections 256(1) to (6) of the *Income Tax Act*, the particular corporation is associated with the other corporation for the purposes of that Act.

Corporations controlled by same person or group

(2.4) For the purposes of this Act, a person other than a corporation is associated with a particular corporation if the particular corporation is controlled by the person or by a group of persons of which the person is a member and each of whom is associated with each of the others.

Partnership or trust

(2.5) For the purposes of this Act, a person is associated with

(a) a partnership if the total of the shares of the profits of the partnership to which the person and all other persons who are associated with the person are entitled is more than half of the total profits of the partnership, or would be more than half of the total profits of the partnership if it had profits; and

(b) a trust if the total of the values of the interests in the trust of the person and all other persons who are associated with the person is more than half of the total value of all interests in the trust.

Association with third person

(2.6) For the purposes of this Act, a person is associated with another person if each of them is associated with the same third person.

Importer deemed manufacturer or producer

(3) For the purposes of this Act, a person who is a manufacturer or producer within the meaning of paragraph (d), (i) or (j) of the definition of that term in subsection (1), other than a member of a class of small manufacturer or producer that is exempted by regulations made under subsection 54(2) from the requirement of subsection 54(1) to apply for a licence, and who imports into Canada

- (a)** cosmetics,
- (b)** [Repealed, R.S., 1985, c. 12 (4th Supp.), s. 1]
- (c)** goods enumerated in Schedule III.1, or
- (d)** prerecorded video cassettes that are new or have not been used in Canada

Personnes morales associées

(2.3) Les paragraphes 256(1) à (6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquent aux fins de déterminer si des personnes morales sont associées pour l'application de la présente loi.

Personne associée à une personne morale

(2.4) Une personne autre qu'une personne morale est associée à une personne morale pour l'application de la présente loi si elle la contrôle, seule ou avec un groupe de personnes associées les unes aux autres dont elle est membre.

Personne associée à une société de personnes ou à une fiducie

(2.5) Pour l'application de la présente loi, une personne est associée :

a) à une société de personnes si le total des parts sur les bénéfices de celle-ci auxquelles la personne et les personnes qui lui sont associées ont droit représente plus de la moitié des bénéfices totaux de la société ou le représenterait si celle-ci avait des bénéfices;

b) à une fiducie si la valeur globale des participations dans celle-ci qui appartiennent à la personne et aux personnes qui lui sont associées représente plus de la moitié de la valeur globale de l'ensemble des participations dans la fiducie.

Personne associée à un tiers

(2.6) Pour l'application de la présente loi, des personnes sont associées si chacune d'elles est associée à un tiers.

Importateur réputé fabricant ou producteur

(3) Pour l'application de la présente loi, la personne qui est un fabricant ou producteur au sens des alinéas d), i) ou j) de la définition de ce terme au paragraphe (1), à l'exception d'un membre d'une catégorie de petits fabricants ou producteurs exemptée, par règlement d'application du paragraphe 54(2), de l'obligation de demander une licence en vertu du paragraphe 54(1), et qui importe au Canada :

- a)** soit des cosmétiques;
- b)** [Abrogé, L.R. (1985), ch. 12 (4^e suppl.), art. 1]
- c)** soit des marchandises mentionnées à l'annexe III.1;
- d)** soit des vidéocassettes préenregistrées neuves ou non utilisées au Canada,

shall be deemed to be the manufacturer or producer in Canada thereof and not the importer thereof and the goods shall be deemed to be goods produced or manufactured in Canada and not imported goods.

Goods deemed not to be imported

(4) For the purposes of this Act, goods imported into Canada by a person who is a manufacturer or producer within the meaning of paragraph (f) of the definition of that term in subsection (1), other than a member of a class of small manufacturer or producer that is exempted by virtue of regulations made under subsection 54(2) from the requirement of subsection 54(1) to apply for a licence, that are prepared, as described in that paragraph, by or on behalf of that person in Canada for sale shall be deemed to be goods produced or manufactured in Canada and not imported goods.

Importer deemed manufacturer or producer

(4.1) For the purposes of this Act, a person who is a manufacturer or producer within the meaning of paragraph (g) of the definition of that term in subsection (1), other than a member of a class of small manufacturer or producer that is exempted by virtue of regulations made under subsection 54(2) from the requirement of subsection 54(1) to apply for a licence, and who imports new motor vehicles designed for highway use, or chassis therefor, into Canada shall be deemed to be the manufacturer or producer in Canada thereof and not the importer thereof and the vehicles or chassis shall be deemed to be goods produced or manufactured in Canada and not imported goods.

Goods deemed not to be imported

(4.2) For the purposes of this Act, new motor vehicles designed for highway use, and chassis therefor, imported into Canada that are sold by a person who is a manufacturer or producer within the meaning of paragraph (h) of the definition of that term in subsection (1), other than a member of a class of small manufacturer or producer that is exempted by virtue of regulations made under subsection 54(2) from the requirement of subsection 54(1) to apply for a licence, shall be deemed to be goods produced or manufactured in Canada and not imported goods.

Idem

(5) For the purposes of this Act, a licensed wholesaler who gives away without charge, as free samples, replacement goods or parts or otherwise, goods on which taxes have not been paid under this Act is deemed to have retained the goods for his own use, unless

(a) he gives them away as free replacement goods or parts under a written warranty of the manufacturer of

est réputée en être le fabricant ou producteur au Canada et non leur importateur, et ces marchandises sont réputées être fabriquées ou produites au Canada et ne pas être des marchandises importées.

Présomption de non-importation

(4) Pour l'application de la présente loi, les marchandises importées au Canada par un fabricant ou producteur, au sens de l'alinéa f) de la définition de ce terme au paragraphe (1), à l'exception d'un membre d'une catégorie de petits fabricants ou producteurs exemptée, par règlement d'application du paragraphe 54(2), de l'obligation de demander une licence en vertu du paragraphe 54(1), et préparées au Canada d'une manière prévue à cet alinéa par cette personne, ou pour son compte, en vue de la vente sont réputées être fabriquées ou produites au Canada et ne pas être des marchandises importées.

Importateur présumé fabricant ou producteur

(4.1) Pour l'application de la présente loi, le fabricant ou producteur, au sens de l'alinéa g) de la définition de ce terme au paragraphe (1), à l'exception d'un membre d'une catégorie de petits fabricants ou producteurs exemptée, par règlement d'application du paragraphe 54(2), de l'obligation de demander une licence en vertu du paragraphe 54(1), qui importe au Canada des véhicules automobiles neufs conçus pour servir sur les routes, ou leur châssis, est réputé en être le fabricant ou producteur au Canada, et non leur importateur; les véhicules ou les châssis sont réputés être des marchandises fabriquées ou produites au Canada et non des marchandises importées.

Présomption de non-importation

(4.2) Pour l'application de la présente loi, les véhicules automobiles neufs conçus pour servir sur les routes, et leur châssis, importés au Canada et vendus par le fabricant ou producteur, au sens de l'alinéa h) de la définition de ce terme au paragraphe (1), à l'exception d'un membre d'une catégorie de petits fabricants ou producteurs exemptée, par règlement d'application du paragraphe 54(2), de l'obligation de demander une licence en vertu du paragraphe 54(1), sont réputés être fabriqués ou produits au Canada et ne pas être des marchandises importées.

Idem

(5) Pour l'application de la présente loi, un marchand en gros titulaire de licence qui donne gratuitement, à titre d'échantillons, de marchandises ou pièces de rechange, ou à un autre titre, des marchandises qui n'ont fait l'objet du paiement d'aucune taxe en vertu de la présente loi est réputé avoir gardé les marchandises pour son usage personnel, sauf si :

the goods to be replaced or of the goods into which the parts are to be incorporated; and

(b) the amount, if any, charged for the warranty is included in the sale price charged by the manufacturer for the goods to be replaced or the goods into which the parts are to be incorporated or, if those goods are imported goods, in the duty paid value thereof.

Retroactive effect

(5.1) For the purposes of this Act, a determination under paragraph (b) of the definition *municipality* in subsection (1) shall, if it so provides, be retroactive and be deemed to have come into force on a day prior to the day on which it is made, which prior day shall not be more than four years before the day on which the determination is made.

References to tax etc. under Act

(6) Any reference in a regulation or order made before 1991 under an Act of Parliament to a refund, remission or other relief from or in respect of a tax, duty, excise or levy under

- (a) the *Excise Tax Act*,
- (b) the laws relating to customs or customs duties, or
- (c) the laws relating to excise or duties of excise

shall, except where the regulation or order otherwise expressly provides, be deemed not to include a reference to a refund, remission or other relief from the tax imposed under Part IX.

(7) [Repealed, 2001, c. 16, s. 16]

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; R.S., 1985, c. E-15, s. 2; R.S., 1985, c. 15 (1st Supp.), s. 1, c. 7 (2nd Supp.), s. 1, c. 12 (4th Supp.), s. 1; 1990, c. 45, s. 1; 1993, c. 25, s. 54, c. 28, s. 78, c. 38, s. 86; 1994, c. 29, s. 1; 1998, c. 19, s. 275; 1999, c. 17, s. 145, c. 28, s. 158, c. 31, s. 247(F); 2000, c. 30, s. 2; 2001, c. 16, s. 16, c. 17, s. 233; 2002, c. 7, s. 166, c. 22, ss. 366, 413; 2005, c. 38, s. 99; 2007, c. 18, s. 64; 2010, c. 25, s. 126; 2011, c. 15, s. 10; 2014, c. 2, s. 9; 2016, c. 7, s. 72.

PART I

Insurance Premiums Other than Marine

Definitions

3 In this Part,

a) d'une part, il les donne à titre de marchandises ou pièces de rechange gratuites dans le cadre d'une garantie écrite donnée par le fabricant des marchandises à remplacer ou des marchandises auxquelles les pièces sont destinées à être incorporées;

b) d'autre part, les frais de garantie, lorsqu'il y en a, sont inclus dans le prix de vente demandé par le fabricant pour les marchandises à remplacer ou pour les marchandises auxquelles les pièces sont destinées à être incorporées ou, s'il s'agit de marchandises importées, dans leur valeur à l'acquitté.

Effet rétroactif

(5.1) Pour l'application de la présente loi, l'attribution du statut de municipalité effectuée dans le cadre de l'alinéa b) de la définition de *municipalité* au paragraphe (1) est rétroactive si elle comporte une disposition en ce sens, et est réputée être entrée en vigueur à une date antérieure à celle où elle a été faite, date qui ne peut remonter à plus de quatre ans.

Mention de taxe prévue par la loi

(6) La mention dans un règlement pris ou une ordonnance rendue avant 1991 en application d'une loi fédérale d'un remboursement, d'une remise ou d'une autre mesure d'allègement relativement à une taxe, un droit, une accise ou un prélèvement prévu par la présente loi, par la législation sur les douanes ou les droits de douane ou par la législation sur l'accise ou les droits d'accise est réputée exclure un remboursement, une remise ou une autre mesure d'allègement relativement à la taxe imposée par la partie IX, sauf disposition contraire expresse dans le règlement ou l'ordonnance.

(7) [Abrogé, 2001, ch. 16, art. 16]

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; L.R. (1985), ch. E-15, art. 2; L.R. (1985), ch. 15 (1^{er} suppl.), art. 1, ch. 7 (2^e suppl.), art. 1, ch. 12 (4^e suppl.), art. 1; 1990, ch. 45, art. 1; 1993, ch. 25, art. 54, ch. 28, art. 78, ch. 38, art. 86; 1994, ch. 29, art. 1; 1998, ch. 19, art. 275; 1999, ch. 17, art. 145, ch. 28, art. 158, ch. 31, art. 247(F); 2000, ch. 30, art. 2; 2001, ch. 16, art. 16, ch. 17, art. 233; 2002, ch. 7, art. 166, ch. 22, art. 366 et 413; 2005, ch. 38, art. 99; 2007, ch. 18, art. 64; 2010, ch. 25, art. 126; 2011, ch. 15, art. 10; 2014, ch. 2, art. 9; 2016, ch. 7, art. 72.

PARTIE I

Primes d'assurance autres que l'assurance maritime

Définitions

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

as if the application were an application for a refund under section 68 and the payment were made under section 72.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 7; 1994, c. 9, s. 1.

Application of anti-avoidance rule

121.1 Section 274 applies to this Part with such modifications as the circumstances require, and for that purpose every reference in that section to “an assessment, a reassessment or an additional assessment” shall be read as a reference to “an assessment, a reassessment, an additional assessment, a determination or a redetermination”.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1993, c. 27, s. 8.

PART IX

Goods and Services Tax

Application

122 This Part is binding

- (a) on Her Majesty in right of Canada; and
- (b) on Her Majesty in right of a province in respect of obligations as a supplier to collect and to remit tax in respect of taxable supplies made by Her Majesty in right of the province.
- (c) [Repealed, 1993, c. 27, s. 9]

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 9.

DIVISION I

Interpretation

Definitions

123 (1) In section 121, this Part and Schedules V to X,

Agency [Repealed, 2017, c. 33, s. 106]

amount means money, property or a service, expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the property or service; (*montant*)

assessment means an assessment under this Part and includes a reassessment under this Part; (*cotisation*)

vertu de l'article 68 et de versements faits en application de l'article 72.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 7; 1994, ch. 9, art. 1.

Application de la règle anti-évitement

121.1 L'article 274 s'applique à la présente partie avec les adaptations nécessaires. À cette fin, la mention à cet article de cotisation, nouvelle cotisation ou cotisation supplémentaire vaut aussi mention de détermination ou de nouvelle détermination.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1993, ch. 27, art. 8.

PARTIE IX

Taxe sur les produits et services

Sa Majesté

122 La présente partie lie :

- a) Sa Majesté du chef du Canada;
- b) Sa Majesté du chef d'une province en ce qui concerne une obligation à titre de fournisseur de percevoir et de verser la taxe relative aux fournitures taxables qu'elle effectue.
- c) [Abrogé, 1993, ch. 27, art. 9]

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 9.

SECTION I

Définitions et interprétation

Définitions

123 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à l'article 121, à la présente partie et aux annexes V à X.

accord d'harmonisation de la taxe de vente S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*. (*sales tax harmonization agreement*)

accord international désigné

- a) La Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, conclue à Strasbourg le 25 janvier 1988 et modifiée par tout protocole ou

asset management service means a service (other than a prescribed service) rendered by a particular person in respect of the assets or liabilities of another person that is a service of

- (a) managing or administering the assets or liabilities, irrespective of the level of discretionary authority the particular person has to manage some or all of the assets or liabilities,
- (b) providing research, analysis, advice or reports in respect of the assets or liabilities,
- (c) determining which assets or liabilities are to be acquired or disposed of, or
- (d) acting to realize performance targets or other objectives in respect of the assets or liabilities; (*service de gestion des actifs*)

bank means a bank or an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act*; (*banque*)

basic tax content, at a particular time, of property of a person means

- (a) except where paragraph (b) applies, the amount determined by the formula

$$(A - B) \times C$$

where

A is the total of

- (i) the tax that was payable by the person in respect of the last acquisition or importation of the property by the person,
- (ii) the tax that was payable by the person in respect of improvements to the property acquired, imported or brought into a participating province by the person after the property was last acquired or imported by the person,
- (iii) the tax under section 165 that would have been payable by the person, in respect of the last acquisition of the property by the person or in respect of improvements to the property acquired by the person after the property was last acquired or imported by the person, in the absence of subsection 153(4), section 167, section 167.11 in the case of property acquired under an agreement for a qualifying supply (as defined in that section) that was not, immediately before that acquisition, capital property of the supplier or the fact that the property or improvements were acquired by the person for

autre instrument international, tel que ratifié par le Canada;

- b) tout accord général d'échange de renseignements fiscaux qui a été conclu par le Canada, et qui est en vigueur, à l'égard d'un autre pays ou territoire. (*listed international agreement*)

acquéreur

- a) Personne qui est tenue, aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;
- b) personne qui est tenue, autrement qu'aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;
- c) si nulle contrepartie n'est payable pour une fourniture :

(i) personne à qui un bien, fourni par vente, est livré ou à la disposition de qui le bien est mis,

(ii) personne à qui la possession ou l'utilisation d'un bien, fourni autrement que par vente, est transférée ou à la disposition de qui le bien est mis,

(iii) personne à qui un service est rendu.

Par ailleurs, la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture. (*recipient*)

activité commerciale Constituent des activités commerciales exercées par une personne :

- a) l'exploitation d'une entreprise (à l'exception d'une entreprise exploitée sans attente raisonnable de profit par un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où l'entreprise comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;
- b) les projets à risque et les affaires de caractère commercial (à l'exception de quelque projet ou affaire qu'entreprend, sans attente raisonnable de profit, un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où le projet ou l'affaire comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;
- c) la réalisation de fournitures, sauf des fournitures exonérées, d'immeubles appartenant à la personne, y

consumption, use or supply exclusively in commercial activities,

(iv) the tax under any of sections 218 and 218.1 and Division IV.1 that would have become payable by the person in respect of the last acquisition or importation of the property by the person, and the tax thereunder that would have become payable by the person in respect of improvements to the property acquired, imported or brought into a participating province by the person after the property was last acquired or imported by the person, but for the fact that the person acquired or imported the property or improvement or brought the improvement into the participating province, as the case may be, for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities of the person, and

(v) all amounts determined by the formula

$$D \times E \times F/G$$

where

D is an amount of tax (other than tax that the person was exempt from paying under any other Act or law) under subsection 165(1) or section 212 or 218 referred to in any of subparagraphs (i) to (iii) of the description of A that became payable, or would have become payable in the circumstances described in that subparagraph, by the person while the person was a selected listed financial institution,

E is the person's percentage for a participating province determined for the purposes of subsection 225.2(2) for the person's taxation year that includes the time that amount so became payable, or would have so become payable,

F is that province's tax rate, and

G is

(A) 7%, if the amount determined for D is included, or would be included if the tax became payable, in the description of A in subsection 225.2(2) for a reporting period of the selected listed financial institution that ends before July 1, 2006,

(B) 6%, if the amount determined for D is included, or would be included if the tax became payable, in the description of A in subsection 225.2(2) for a reporting period of the selected listed financial

compris les actes qu'elle accomplit dans le cadre ou à l'occasion des fournitures. (*commercial activity*)

activité extracôtière

a) En ce qui concerne une activité exercée dans la zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse, activité relativement à laquelle une taxe serait imposée en vertu de l'article 212 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers* si la présente partie était visée par la définition de *lois sur la taxe à la consommation* à l'article 211 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers*;

b) en ce qui concerne une activité exercée dans la zone extracôtière de Terre-Neuve, activité relativement à laquelle une taxe serait imposée en vertu de l'article 207 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada – Terre-Neuve-et-Labrador* si la présente partie était visée par la définition de *lois sur la taxe à la consommation* à l'article 206 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada – Terre-Neuve-et-Labrador*. (*offshore activity*)

administrateur de RPAC S'entend au sens du terme *administrateur* au paragraphe 147.5(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*PRPP administrator*)

administration hospitalière Institution qui administre un hôpital public et qui est désignée par le ministre comme administration hospitalière pour l'application de la présente partie. (*hospital authority*)

administration scolaire Institution qui administre une école primaire ou secondaire dont le programme d'études est conforme aux normes en matière d'enseignement établies par le gouvernement de la province où l'école est administrée. (*school authority*)

Agence [Abrogée, 2017, ch. 33, art. 106]

améliorations Biens ou services fournis à une personne, ou produits importés par celle-ci, en vue d'améliorer un de ses biens, dans la mesure où la contrepartie payée ou payable par elle pour les biens ou les services, ou la valeur des produits, est incluse dans le calcul du coût du bien pour elle ou, s'il s'agit d'une immobilisation, du prix de base rajusté du bien pour elle, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou serait ainsi incluse si elle était un contribuable aux termes de cette loi. (*improvement*)

année d'imposition

institution that ends after June 30, 2006, but before January 1, 2008, and

(C) 5%, in any other case,

B is the total of

(i) all tax referred to in subparagraphs (i) to (iv) of the description of A that the person was exempt from paying under any other Act or law,

(ii) all tax (other than tax referred to in subparagraph (i)) under subsection 165(2) and section 212.1 referred to in any of subparagraphs (i) to (iv) of the description of A that became payable by the person, or would have become payable by the person in the circumstances described in that subparagraph, while the person was a selected listed financial institution,

(iii) all amounts (other than input tax credits and amounts referred to in subparagraphs (i) and (ii)) in respect of tax referred to in subparagraphs (i) and (ii) of the description of A that the person was entitled to recover by way of rebate, refund, remission or otherwise under this or any other Act or law or would have been entitled to so recover if the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities, and

(iv) all amounts (other than input tax credits and amounts referred to in subparagraphs (i) and (ii)) in respect of tax referred to in subparagraphs (iii) and (iv) of the description of A that the person would have been entitled to recover by way of rebate, refund, remission or otherwise under this or any other Act or law if that tax had been payable and the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities, and

C is the lesser of 1 and the fraction

$$\frac{H}{I}$$

where

H is the fair market value of the property at the particular time, and

I is the total of

(i) the value of the consideration for the last supply to the person of the property or, where the property was last imported by the person, the value of the property determined under section 215, and

a) Dans le cas d'un contribuable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à l'exclusion d'une personne non constituée en société qui, par l'effet du paragraphe 149(1) de cette loi, est exonérée de l'impôt prévu à la partie I de cette loi sur tout ou partie de son revenu imposable, son année d'imposition pour l'application de cette loi;

b) dans le cas d'une société de personnes visée au sous-alinéa 249.1(1)b(ii) de cette loi, l'exercice de son entreprise, déterminé selon le paragraphe 249.1(1) de cette loi;

c) dans les autres cas, la période qui représenterait l'année d'imposition d'une personne pour l'application de cette loi si elle était une personne morale autre qu'une société professionnelle, au sens du paragraphe 248(1) de cette loi. (*taxation year*)

argent Y sont assimilés la monnaie, les chèques, les billets à ordre, les lettres de crédit, les traites, les chèques de voyage, les lettres de change, les bons de poste, les mandats-poste, les versements postaux et tout autre effet, canadien ou étranger, de même nature. La présente définition exclut la monnaie dont la juste valeur marchande dépasse la valeur nominale dans le pays d'origine et celle fournie ou détenue pour sa valeur numismatique. (*money*)

assureur Personne titulaire d'un permis ou autrement autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter une entreprise d'assurance au Canada, ou par la législation d'une autre administration à exploiter une telle entreprise dans cette administration. (*insurer*)

banque Banque et banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*. (*bank*)

bien À l'exclusion d'argent, tous biens — meubles et immeubles — tant corporels qu'incorporels, y compris un droit quelconque, une action ou une part. (*property*)

bien meuble Tout bien qui n'est pas immeuble. (*personal property*)

bien meuble corporel désigné L'un des biens suivants ou droit sur un tel bien :

a) estampes, gravures, dessins, tableaux, sculptures ou autres œuvres d'art de même nature;

b) bijoux;

c) in-folio rares, manuscrits rares ou livres rares;

d) timbres;

(ii) where the person acquired or imported improvements to the property after the property was last so acquired or imported, the total of all amounts each of which is the value of the consideration for a supply to the person of such an improvement or, where such an improvement is property that was imported or brought into a participating province by the person, the value of the property determined under section 215 or subsection 220.05(1), 220.06(1) or 220.07(3), as the case may require, and

(b) if the person brought the property into a participating province from another province for consumption, use or supply in the participating province in circumstances in which the person was required to pay tax in respect of the property under section 220.05, or would have been required to pay that tax but for the fact that the property was brought into that province for consumption, use or supply exclusively in commercial activities or the person was exempt from paying that tax under any other Act or law, the amount determined by the formula

$$(J - K) \times L$$

where

J is the total of

(i) the basic tax content of the property, determined under paragraph (a), immediately before the property was brought into the province,

(ii) the tax that became payable by the person in respect of the property under section 220.05 when the property was brought into the participating province,

(iii) the tax that was payable by the person in respect of improvements to the property acquired, imported or brought into a participating province by the person after the property was brought into the participating province,

(iv) the tax under section 165 that would have been payable by the person, in respect of improvements to the property acquired by the person after the property was brought into the participating province, in the absence of subsection 153(4), section 167, section 167.11 in the case of property acquired under an agreement for a qualifying supply (as defined in that section) that was not, immediately before that acquisition, capital property of the supplier or the fact that the improvements were acquired by the person for consumption, use or supply exclusively in commercial activities, or

e) pièces de monnaie;

f) biens meubles visés par règlement. (*specified tangible personal property*)

bien meuble corporel d'occasion Bien meuble corporel qui a été utilisé au Canada. (*used tangible personal property*)

bien municipal désigné Bien à l'égard duquel les conditions suivantes sont réunies :

a) il s'agit du bien d'une personne qui, à un moment donné, est désignée comme municipalité pour l'application de l'article 259;

b) la personne avait l'intention, à ce moment, de consommer, d'utiliser ou de fournir le bien dans le cadre d'activités précisées dans la désignation et autrement qu'exclusivement dans le cadre d'activités qui ne sont pas des activités ainsi précisées;

c) un montant inclus dans le total de la taxe applicable au bien ou au service, aux termes de l'alinéa a) de la définition de *taxe exigée non admise au crédit* au paragraphe 259(1), représente, relativement au bien ou à des améliorations afférentes, l'un des montants suivants :

(i) la taxe relative à une fourniture effectuée au profit de la personne à ce moment, ou à des améliorations visant le bien, à son transfert dans une province participante ou à son importation, effectués par la personne à ce moment,

(ii) un montant réputé avoir été payé ou perçu à ce moment par la personne,

(iii) un montant à ajouter en application du paragraphe 129(7) dans le calcul de la taxe nette de la personne du fait qu'une de ses succursales ou divisions est devenue une division de petit fournisseur à ce moment,

(iv) un montant à ajouter en application de l'alinéa 171(4)b) dans le calcul de la taxe nette de la personne du fait qu'elle a cessé d'être un inscrit à ce moment. (*designated municipal property*)

cadre Personne qui occupe une charge. (*officer*)

caisse de crédit S'entend au sens du paragraphe 137(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Y est assimilée la société visée à l'alinéa a) de la définition de *compagnie d'assurance-dépôts* au paragraphe 137.1(5) de cette loi. (*credit union*)

(v) the tax under section 220.05 that would have become payable by the person in respect of the property, and the tax under any of sections 218 and 218.1 and Division IV.1 that would have become payable by the person in respect of improvements to the property acquired, imported or brought into a participating province by the person after the property was brought into the participating province, but for the fact that the person brought the property into the participating province, or acquired or imported the improvement or brought it into the province, as the case may be, for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities of the person, and

(vi) all amounts determined by the formula

$$M \times N \times O/P$$

where

M is an amount of tax (other than tax that the person was exempt from paying under any other Act or law) under subsection 165(1) or section 212 or 218 referred to in subparagraph (iii) or (iv) of the description of J that became payable, or would have become payable in the circumstances described in that subparagraph, by the person after the property was brought into the participating province and while the person was a selected listed financial institution,

N is the person's percentage for a participating province determined for the purposes of subsection 225.2(2) for the person's taxation year that includes the time that amount so became payable, or would have so become payable,

O is that province's tax rate, and

P is

(A) 7%, if the amount determined for M is included, or would be included if the tax became payable, in the description of A in subsection 225.2(2) for a reporting period of the selected listed financial institution that ends before July 1, 2006,

(B) 6%, if the amount determined for M is included, or would be included if the tax became payable, in the description of A in subsection 225.2(2) for a reporting period of the selected listed financial

centre de congrès Immeuble acquis par bail, licence ou accord semblable par le promoteur ou l'organisateur d'un congrès pour utilisation exclusive comme lieu du congrès. (*convention facility*)

charge S'entend au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les fonctions suivantes ne sont pas des charges :

a) syndic de faillite;

b) séquestre, y compris un séquestre au sens du paragraphe 266(1);

c) fiduciaire d'une fiducie ou représentant personnel d'une personne décédée, lorsque le montant auquel il a droit à ce titre est inclus, pour l'application de cette loi, dans le calcul de son revenu ou, s'il est un particulier, dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise. (*office*)

collège public Institution qui administre un collège d'enseignement postsecondaire ou un institut technique d'enseignement postsecondaire qui, à la fois :

a) reçoit d'un gouvernement ou d'une municipalité des fonds destinés à l'aider à offrir des services d'enseignement au public de façon continue;

b) a pour principal objet d'offrir des programmes de formation professionnelle, technique ou générale. (*public college*)

commissaire Le commissaire du revenu, nommé en application de l'article 25 de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada*. (*Commissioner*)

congrès Réunion ou assemblée officielle qui n'est pas ouverte au grand public. N'est pas un congrès la réunion ou l'assemblée dont l'objet principal consiste, selon le cas :

a) à offrir des attractions, des divertissements ou des distractions de tout genre;

b) à tenir des concours ou mener des jeux de hasard;

c) à permettre à l'instigateur du congrès ou aux congressistes de réaliser des affaires soit dans le cadre d'une foire commerciale ouverte au grand public, soit autrement que dans le cadre d'une foire commerciale. (*convention*)

congrès étranger Congrès qui présente les caractéristiques suivantes :

institution that ends after June 30, 2006, but before January 1, 2008, and

(C) 5%, in any other case,

K is the total of

(i) all tax referred to in subparagraphs (ii) to (v) of the description of J that the person was exempt from paying under any other Act or law,

(ii) all tax (other than tax referred to in subparagraph (i)) under subsection 165(2) and section 212.1 referred to in any of subparagraphs (ii) to (v) of the description of J that became payable by the person, or would have become payable by the person in the circumstances described in that subparagraph, while the person was a selected listed financial institution,

(iii) all amounts (other than input tax credits and amounts referred to in subparagraphs (i) and (ii)) in respect of tax referred to in subparagraphs (ii) and (iii) of the description of J that the person was entitled to recover by way of rebate, refund, remission or otherwise under this or any other Act or law or would have been entitled to so recover if the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities, and

(iv) all amounts (other than input tax credits and amounts referred to in subparagraphs (i) and (ii)) in respect of tax referred to in subparagraphs (iv) and (v) of the description of J that the person would have been entitled to recover by way of rebate, refund, remission or otherwise under this or any other Act or law if that tax had been payable and the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities, and

L is lesser of 1 and the fraction

Q/R

where

Q is the fair market value of the property at the particular time, and

R is the total of

(i) the value of the property determined under subsection 220.05(1), 220.06(1) or 220.07(3), as the case may require, at the time the property was brought into the participating province, and

a) il est raisonnable de s'attendre, au moment où le promoteur du congrès établit le montant de la contrepartie du droit d'entrée au congrès, à ce qu'au moins 75 % de ces droits soient fournis à des personnes non-résidentes;

b) le promoteur du congrès est une organisation dont le siège social est situé à l'étranger ou, à défaut de siège social, qui est contrôlée et gérée par une personne non-résidente ou par des personnes dont la majorité sont des non-résidents. (*foreign convention*)

conjoint de fait Quant à un particulier à un moment donné, personne qui est le conjoint de fait du particulier à ce moment pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*common-law partner*)

consommateur Particulier qui acquiert ou importe un bien ou un service, à ses frais, pour sa consommation ou son utilisation personnelles ou pour celles d'un autre particulier. La présente définition exclut le particulier qui acquiert ou importe le bien ou le service pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales ou d'activités dans l'exercice desquelles il effectue des fournitures exonérées. (*consumer*)

constructeur Est constructeur d'un immeuble d'habitation ou d'une adjonction à un immeuble d'habitation à logements multiples la personne qui, selon le cas :

a) réalise, elle-même ou par un intermédiaire, à un moment où elle a un droit sur l'immeuble sur lequel l'immeuble d'habitation est situé :

(i) dans le cas d'une adjonction à un immeuble d'habitation à logements multiples, la construction de l'adjonction,

(ii) [Abrogé, 2014, ch. 39, art. 92]

(iii) dans les autres cas, la construction ou des rénovations majeures de l'immeuble d'habitation;

b) acquiert un droit sur l'immeuble à un moment où :

(i) dans le cas d'une adjonction à un immeuble d'habitation à logements multiples, cette adjonction est en construction,

(ii) dans les autres cas, l'immeuble d'habitation est en construction ou fait l'objet de rénovations majeures;

c) dans le cas d'une maison mobile ou d'une maison flottante, fournit la maison avant qu'elle soit utilisée ou occupée à titre résidentiel;

(ii) where the person acquired or imported improvements to the property after the property was brought into the participating province, the total of all amounts each of which is the value of the consideration for a supply to the person of such an improvement or, where such an improvement is property that was imported or brought into a participating province by the person, the value of the improvement determined under section 215 or subsection 220.05(1), 220.06(1) or 220.07(3), as the case may require; (*teneur en taxe*)

builder of a residential complex or of an addition to a multiple unit residential complex means a person who

(a) at a time when the person has an interest in the real property on which the complex is situated, carries on or engages another person to carry on for the person

(i) in the case of an addition to a multiple unit residential complex, the construction of the addition to the multiple unit residential complex, and

(ii) [Repealed, 2014, c. 39, s. 92]

(iii) in any other case, the construction or substantial renovation of the complex,

(b) acquires an interest in the complex at a time when

(i) in the case of an addition to a multiple unit residential complex, the addition is under construction, and

(ii) in any other case, the complex is under construction or substantial renovation,

(c) in the case of a mobile home or floating home, makes a supply of the home before the home has been used or occupied by any individual as a place of residence,

(d) acquires an interest in the complex

(i) in the case of a condominium complex or residential condominium unit, at a time when the complex is not registered as a condominium, or

(ii) in any case, before it has been occupied by an individual as a place of residence or lodging,

for the primary purpose of

d) acquiert un droit sur l'immeuble d'habitation au moment suivant, en vue principalement soit d'effectuer par vente des fournitures de tout ou partie de l'immeuble, ou de droits sur celui-ci, soit d'effectuer des fournitures de tout ou partie de l'immeuble par bail, licence ou accord semblable au profit de personnes autres que des particuliers qui acquièrent l'immeuble ou la partie d'immeuble en dehors du cadre d'une entreprise, d'un projet à risques ou d'une affaire de caractère commercial :

(i) dans le cas d'un immeuble d'habitation en copropriété ou d'un logement en copropriété, soit à un moment où l'immeuble n'est pas enregistré à titre d'immeuble d'habitation en copropriété, soit avant qu'il soit occupé à titre résidentiel ou d'hébergement,

(ii) dans les autres cas, avant qu'il soit occupé à titre résidentiel ou d'hébergement;

e) dans tous les cas, est réputée par le paragraphe 190(1) être le constructeur de l'immeuble.

N'est pas un constructeur :

f) le particulier visé aux alinéas a), b) ou d) qui, en dehors du cadre d'une entreprise, d'un projet à risques ou d'une affaire de caractère commercial :

(i) soit construit ou fait construire l'immeuble d'habitation ou l'adjonction, ou y fait ou y fait faire des rénovations majeures,

(ii) soit acquiert l'immeuble ou un droit afférent;

g) le particulier visé à l'alinéa c) qui fournit la maison mobile ou la maison flottante en dehors du cadre d'une entreprise, d'un projet à risques ou d'une affaire de caractère commercial;

h) la personne visée aux alinéas a) à c) dont le seul droit sur l'immeuble est celui d'acheter du constructeur l'immeuble ou un droit afférent. (*builder*)

contrepartie Est assimilé à une contrepartie tout montant qui, par effet de la loi, est payable pour une fourniture. (*consideration*)

coopérative S'entend d'une coopérative d'habitation ou de toute autre *société coopérative*, au sens du paragraphe 136(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*cooperative corporation*)

coopérative d'habitation Personne morale constituée sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale la concernant ou concernant la constitution de coopératives, en

(iii) making one or more supplies of the complex or parts thereof or interests therein by way of sale, or

(iv) making one or more supplies of the complex or parts thereof by way of lease, licence or similar arrangement to persons other than to individuals who are acquiring the complex or parts otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade, or

(e) in any case, is deemed under subsection 190(1) to be a builder of the complex,

but does not include

(f) an individual described in paragraph (a), (b) or (d) who

(i) carries on the construction or substantial renovation,

(ii) engages another person to carry on the construction or substantial renovation for the individual, or

(iii) acquires the complex or interest in it,

otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade,

(g) an individual described in paragraph (c) who makes a supply of the mobile home or floating home otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade, or

(h) a person described in any of paragraphs (a) to (c) whose only interest in the complex is a right to purchase the complex or an interest in it from a builder of the complex; (*constructeur*)

business includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever, whether the activity or undertaking is engaged in for profit, and any activity engaged in on a regular or continuous basis that involves the supply of property by way of lease, licence or similar arrangement, but does not include an office or employment; (*entreprise*)

calendar quarter means a period of three months beginning on the first day of January, April, July or October in each calendar year; (*trimestre civil*)

capital property, in respect of a person, means property that is, or would be if the person were a taxpayer under the *Income Tax Act*, capital property of the person within the meaning of that Act, other than property described in

vue de fournir à ses membres, par bail, licence ou accord semblable, des habitations pour occupation à titre résidentiel, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la loi sous le régime de laquelle elle est constituée, sa charte, ses statuts constitutifs ou ses règlements administratifs, ou encore les contrats qu'elle conclut avec ses membres, requièrent que ses activités couvrent autant que possible leurs frais après la constitution de réserves suffisantes et laissent entrevoir la possibilité de répartition des excédents provenant de ces activités entre ses membres en proportion de leur apport commercial;

b) nul membre, sauf d'autres coopératives, n'a plus d'une voix dans la conduite des affaires de la coopérative;

c) au moins 90 % de ses membres sont des particuliers ou d'autres coopératives, qui détiennent ensemble au moins 90 % de ses parts. (*cooperative housing corporation*)

cotisation Cotisation ou nouvelle cotisation établie aux termes de la présente partie. (*assessment*)

coût direct Quant à la fourniture d'un bien meuble corporel ou d'un service, le total des montants représentant chacun la contrepartie payée ou payable par le fournisseur :

a) soit pour le bien ou le service, s'il l'a acheté afin d'en effectuer la fourniture par vente;

b) soit pour un article ou du matériel, sauf une immobilisation du fournisseur, qu'il a acheté, dans la mesure où l'article ou le matériel doit être incorporé au bien, ou en être une partie constitutive, ou être consommé ou utilisé directement dans la fabrication, la production, le traitement ou l'emballage du bien.

Pour l'application de la présente définition, la contrepartie payée ou payable par le fournisseur pour un bien ou un service est réputée comprendre les éléments suivants :

c) la taxe prévue par la présente partie qui est payable par le fournisseur relativement à l'acquisition ou à l'importation du bien ou du service par lui;

d) si le bien a été transféré dans une province participante en provenance d'une autre province, la taxe prévue par la présente partie qui est payable par le fournisseur relativement au transfert du bien dans la province participante;

Class 12, 14, 14.1 or 44 of Schedule II to the *Income Tax Regulations*; (*immobilisation*)

carrier means a person who supplies a freight transportation service within the meaning assigned by subsection 1(1) of Part VII of Schedule VI; (*transporteur*)

charity means a registered charity or registered Canadian amateur athletic association within the meaning assigned to those expressions by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, but does not include a public institution; (*organisme de bienfaisance*)

closely related group means a group of corporations, each member of which is a registrant resident in Canada and is closely related, within the meaning assigned by section 128, to each other member of the group, and for the purposes of this definition,

(a) a non-resident insurer that has a permanent establishment in Canada is deemed to be resident in Canada, and

(b) credit unions and members of a mutual insurance group are deemed to be registrants; (*groupe étroitement lié*)

commercial activity of a person means

(a) a business carried on by the person (other than a business carried on without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies by the person,

(b) an adventure or concern of the person in the nature of trade (other than an adventure or concern engaged in without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the adventure or concern involves the making of exempt supplies by the person, and

(c) the making of a supply (other than an exempt supply) by the person of real property of the person, including anything done by the person in the course of or in connection with the making of the supply; (*activité commerciale*)

commercial service, in respect of tangible personal property, means any service in respect of the property other than

(a) a service of shipping the property supplied by a carrier, and

e) les frais, droits ou taxes, visés par règlement pris pour l'application de l'article 154, qui sont payables relativement à l'acquisition ou à l'importation du bien ou du service par le fournisseur, à l'exclusion de la partie des frais, droits ou taxes (sauf la taxe qui est devenue payable par le fournisseur aux termes du premier alinéa de l'article 16 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T-0.1, à un moment où il était inscrit au sens de l'article 1 de cette loi) qui est recouvrée ou recouvrable par le fournisseur. (*direct cost*)

créancier garanti

a) Personne donnée qui a un droit en garantie sur le bien d'une autre personne;

b) mandataire de la personne donnée quant à ce droit, y compris :

(i) un fiduciaire désigné dans un acte de fiducie portant sur un droit en garantie,

(ii) un séquestre ou un séquestre-gérant nommé par la personne donnée ou par un tribunal à la demande de cette personne,

(iii) un administrateur-séquestre,

(iv) toute autre personne dont les fonctions sont semblables à celles d'une personne visée à l'un des sous-alinéas (i) à (iii). (*secured creditor*)

date d'harmonisation Quant à une province participante :

a) le 1^{er} avril 1997, dans le cas de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve-et-Labrador, de la zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse et de la zone extracôtière de Terre-Neuve;

b) le 1^{er} juillet 2010, dans le cas de l'Ontario;

c) la date prévue par règlement, dans le cas de toute autre province participante. (*harmonization date*)

dédouanement S'entend au sens de la *Loi sur les douanes*. (*release*)

document Y sont assimilés l'argent, les titres et les registres. (*document*)

droit d'adhésion Est assimilé au droit d'adhésion le droit conféré par une personne par lequel le titulaire du droit peut obtenir des services fournis par la personne ou faire usage d'installations gérées par elle, lesquels ne sont pas mis à la disposition de personnes non titulaires d'un

(b) a financial service; (*service commercial*)

Commissioner means the Commissioner of Revenue appointed under section 25 of the *Canada Revenue Agency Act*; (*commissaire*)

common-law partner of an individual at any time means a person who is the common-law partner of the individual at that time for the purposes of the *Income Tax Act*; (*conjoint de fait*)

condominium complex means a residential complex that contains more than one residential condominium unit; (*immeuble d'habitation en copropriété*)

consideration includes any amount that is payable for a supply by operation of law; (*contrepartie*)

consideration fraction [Repealed, 1997, c. 10, s. 150]

consumer of property or a service means a particular individual who acquires or imports the property or service for the particular individual's personal consumption, use or enjoyment or the personal consumption, use or enjoyment of any other individual at the particular individual's expense, but does not include an individual who acquires or imports the property or service for consumption, use or supply in the course of commercial activities of the individual or other activities in the course of which the individual makes exempt supplies; (*consommateur*)

continuous transmission commodity means electricity, crude oil, natural gas, or any tangible personal property, that is transportable by means of a wire, pipeline or other conduit; (*produit transporté en continu*)

convention means a formal meeting or assembly that is not open to the general public, but does not include a meeting or assembly the principal purpose of which is

(a) to provide any type of amusement, entertainment or recreation,

(b) to conduct contests or games of chance, or

(c) to transact the business of the convenor or attendees

(i) in the course of a trade show that is open to the general public, or

(ii) otherwise than in the course of a trade show; (*congrès*)

convention facility means real property that is acquired by way of lease, licence or similar arrangement by the

tel droit ou, s'ils le sont, ne le sont pas dans la même mesure ou au même coût. Y est également assimilé un tel droit dont l'obtention requiert qu'une personne soit propriétaire ou acquéreur d'une action, d'une obligation ou d'un autre titre. (*membership*)

droit d'entrée Droit d'accès à un lieu de divertissement, un colloque, une activité ou un événement ou droit d'y entrer ou d'y assister. (*admission*)

droit en garantie Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont notamment des droits en garantie les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, *mortgages*, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'ils soient créés, réputés exister ou prévus par ailleurs. (*security interest*)

effet financier

a) Titre de créance;

b) titre de participation;

c) police d'assurance;

d) participation dans une société de personnes ou une fiducie ou droit dans une succession, ou droit y afférent;

e) métal précieux;

f) option ou contrat, négocié dans une bourse de commerce reconnue, pour la fourniture à terme de marchandises;

g) effet visé par règlement;

h) garantie, acceptation ou indemnité visant un effet visé à l'alinéa a), b), d), e) ou g);

i) option ou contrat pour la fourniture à terme d'argent ou d'un effet visé à l'un des alinéas a) à h). (*financial instrument*)

employeur Est considérée comme l'employeur d'un salarié la personne qui lui verse un traitement, un salaire, une rémunération ou toute autre rétribution. (*employer*)

employeur participant

a) Dans le cas d'un régime de pension agréé, employeur qui a cotisé ou est tenu de cotiser au régime pour ses salariés actuels ou anciens, ou qui a versé ou est tenu de verser à ceux-ci des sommes provenant du

sponsor or organizer of a convention for use exclusively as the site for the convention; (*centre de congrès*)

cooperative corporation means a cooperative housing corporation and any other cooperative corporation within the meaning assigned by subsection 136(2) of the *Income Tax Act*; (*coopérative*)

cooperative housing corporation means a corporation that was incorporated, by or under a law of Canada or a province providing for the establishment of the corporation or respecting the establishment of cooperative corporations, for the purpose of making supplies by way of lease, licence or similar arrangement of residential units to its members for the purpose of their occupancy as places of residence for individuals where

(a) the statute by or under which it was incorporated, its charter, articles of association or by-laws or its contracts with its members require that the activities of the corporation be engaged in at or near cost after providing for reasonable reserves and hold forth the prospect that surplus funds arising from those activities will be distributed among its members in proportion to patronage,

(b) none of its members (except other cooperative corporations) have more than one vote in the conduct of the affairs of the corporation, and

(c) at least 90% of its members are individuals or other cooperative corporations and at least 90% of its shares are held by such persons; (*coopérative d'habitation*)

courier has the meaning assigned by subsection 2(1) of the *Customs Act*; (*messenger*)

credit note means a credit note issued under subsection 232(3); (*note de crédit*)

credit union has the meaning assigned by subsection 137(6) of the *Income Tax Act* and includes a corporation described in paragraph (a) of the definition *deposit insurance corporation* in subsection 137.1(5) of that Act; (*caisse de crédit*)

debit note means a debit note issued under subsection 232(3); (*note de débit*)

debt security means a right to be paid money and includes a deposit of money, but does not include a lease, licence or similar arrangement for the use of, or the right to use, property other than a financial instrument; (*titre de créance*)

régime, y compris tout employeur qui est visé par règlement pour l'application de la définition de *employeur participant* au paragraphe 147.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) dans le cas d'un régime de pension agréé collectif, employeur qui, selon le cas :

(i) a cotisé ou est tenu de cotiser au régime pour l'ensemble de ses salariés actuels ou anciens ou pour une catégorie de ceux-ci,

(ii) a versé ou est tenu de verser à l'administrateur de RPAC du régime les cotisations que des participants, au sens du paragraphe 147.5(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au régime ont versées aux termes d'un contrat conclu avec celui-ci visant l'ensemble des salariés de l'employeur ou une catégorie de ceux-ci. (*participating employer*)

entité de gestion S'entend, relativement à un régime de pension :

a) d'une fiducie régie par le régime de pension;

b) d'une personne morale mentionnée à l'alinéa b) de cette définition;

c) d'une personne visée par règlement. (*pension entity*)

entité de gestion principale S'entend, relativement à un régime de pension, d'une personne qui n'est pas une entité de gestion du régime et qui est :

a) soit une société visée à l'alinéa 149(1)o.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont une ou plusieurs actions appartiennent à une entité de gestion du régime;

b) soit une fiducie principale qui est visée par règlement pour l'application de l'alinéa 149(1)o.4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont une ou plusieurs unités appartiennent à une entité de gestion du régime. (*master pension entity*)

entreprise Sont compris parmi les entreprises les commerces, les industries, les professions et toutes affaires quelconques avec ou sans but lucratif, ainsi que les activités exercées de façon régulière ou continue qui comportent la fourniture de biens par bail, licence ou accord semblable. En sont exclus les charges et les emplois. (*business*)

entreprise de taxis Les entreprises suivantes :

a) une entreprise exploitée au Canada qui consiste à transporter des passagers par taxi ou autre véhicule

Department [Repealed, 1999, c. 17, s. 152]

Deputy Minister [Repealed, 1999, c. 17, s. 152]

designated municipal property means property

(a) that is property of a person who is at any time designated to be a municipality for the purposes of section 259,

(b) that the person intended at that time to consume, use or supply in the course of activities specified in the designation and otherwise than exclusively in the course of activities that are not activities specified in the designation, and

(c) in respect of which, or in respect of an improvement to which, an amount included in *the total tax charged in respect of the property or service* under paragraph (a) of the definition *non-creditable tax charged* in subsection 259(1) is

(i) an amount of tax in respect of a supply made to, or the importation or bringing into a participating province of the property or an improvement to it by, the person at that time,

(ii) an amount deemed to have been paid or collected at that time by the person,

(iii) an amount required to be added under subsection 129(7) in determining the person's net tax as a result of a branch or division of the person becoming a small supplier division at that time, or

(iv) an amount required to be added under paragraph 171(4)(b) in determining the person's net tax as a result of the person ceasing at that time to be a registrant; (*bien municipal désigné*)

direct cost of a supply of tangible personal property or a service means the total of all amounts each of which is the consideration paid or payable by the supplier

(a) for the property or service if it was purchased by the supplier for the purpose of making a supply by way of sale of the property or service, or

(b) for an article or material (other than capital property of the supplier) that was purchased by the supplier, to the extent that the article or material is to be incorporated into or is to form a constituent or component part of the property, or is to be consumed or expended directly in the process of manufacturing, producing, processing or packaging the property

semblable à des prix réglementés par les lois fédérales ou provinciales;

(b) une entreprise exploitée au Canada par une personne qui consiste à transporter des passagers, moyennant un prix pour le transport, par véhicule à moteur — s'entendant d'un véhicule qui serait une *automobile*, au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si cette définition s'appliquait compte non tenu du passage « les véhicules à moteur acquis principalement pour servir de taxi, » à son alinéa b) et compte non tenu de son alinéa d) — dans une municipalité et ses environs si le transport est organisé ou coordonné par l'entremise d'une plate-forme ou d'un système électronique, sauf, selon le cas :

(i) la partie de l'entreprise qui ne consiste pas à effectuer des fournitures taxables par la personne,

(ii) la partie de l'entreprise qui consiste à exploiter des services de visites touristiques ou à assurer le transport scolaire d'élèves du primaire ou du secondaire,

(iii) une entreprise visée par règlement ou une activité d'une entreprise si l'activité est visée par règlement. (*taxi business*)

établissement domestique autonome S'entend au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*self-contained domestic establishment*)

établissement stable

(a) Installation fixe d'une personne, par l'entremise de laquelle elle effectue des fournitures, y compris :

(i) le siège de direction, la succursale, le bureau, l'usine ou l'atelier,

(ii) les mines, les puits de pétrole ou de gaz, les carrières, les terres à bois ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles;

(b) installation fixe d'une autre personne — à l'exclusion d'un courtier, d'un commissaire général et d'un autre mandataire indépendant agissant dans le cours normal de son entreprise — qui est au Canada mandataire de la personne visée à l'alinéa a) et par l'intermédiaire de laquelle celle-ci effectue des fournitures dans le cours normal d'une entreprise. (*permanent establishment*)

exclusif S'entend, dans le cas des personnes autres que les institutions financières, de la totalité, ou presque, de la consommation, de l'utilisation ou de la fourniture d'un

and, for the purposes of this definition, the consideration paid or payable by a supplier for property or a service is deemed to include

(c) tax under this Part payable by the supplier in respect of the acquisition or importation of the property or service by the supplier,

(d) if the property was brought into a participating province from another province, any tax under this Part payable by the supplier in respect of the bringing in of the property into the participating province, and

(e) any tax, duty or fee payable in respect of the acquisition or importation of the property or service by the supplier and prescribed for the purposes of section 154, excluding the portion of the tax (other than tax that became payable under the first paragraph of section 16 of *An Act respecting the Québec sales tax*, R.S.Q., c. T-0.1, by the supplier at a time when the supplier was a registrant as defined in section 1 of that Act), duty or fee that is recovered or recoverable by the supplier; (*coût direct*)

document includes money, a security and a record; (*document*)

emission allowance means

(a) an allowance, credit or similar instrument (other than a prescribed allowance, credit or instrument) that

(i) is issued or created by, or on behalf of,

(A) a government, a government of a foreign country, a government of a political subdivision of a country, a supranational organization or an international organization (each of which is in this definition referred to as a “regulator”),

(B) a board, commission or other body established by a regulator, or

(C) an agency of a regulator,

(ii) can be used to satisfy a requirement under

(A) a scheme or arrangement implemented by, or on behalf of, a regulator to regulate greenhouse gas emissions, or

(B) a prescribed scheme or arrangement, and

(iii) represents a specific quantity of greenhouse gas emissions expressed as carbon dioxide equivalent, or

bien ou d'un service et, dans le cas des institutions financières, de la totalité de pareille consommation, utilisation ou fourniture. (*exclusive*)

ex-conjoint [Abrogée, 2000, ch. 12, art. 111]

exercice L'exercice d'une personne correspond à celle des périodes ci-après qui est applicable :

a) si l'article 244.1 s'applique à la personne, la période déterminée selon cet article;

b) s'il ne s'applique pas à la personne et que celle-ci a fait le choix prévu à l'article 244 qui est en vigueur, la période que la personne a choisie comme son exercice;

c) dans les autres cas, l'année d'imposition de la personne. (*fiscal year*)

exportation Ce qui est exporté du Canada. (*export*)

facteur d'entité de gestion principale S'entend, relativement à un régime de pension pour l'exercice d'une entité de gestion principale, du montant (exprimé en pourcentage) obtenu par la formule suivante :

A/B

où :

A représente la valeur totale, le premier jour de l'exercice, des actions ou des unités de l'entité de gestion principale qui sont détenues par les entités de gestion du régime ce jour-là;

B la valeur totale, le premier jour de l'exercice, des actions ou des unités de l'entité de gestion principale. (*master pension factor*)

facture Y sont assimilés les états de compte, les notes, les additions et les documents semblables, sans égard à leur forme ni à leurs caractéristiques, ainsi que les relevés ou reçus de caisse. (*invoice*)

fédération de sociétés mutuelles d'assurance Personne morale dont chacun des membres est une société mutuelle d'assurance tenue, aux termes d'une loi provinciale, d'être membre de la personne morale. N'est pas une fédération de sociétés mutuelles d'assurance la personne morale dont l'objet principal, selon le cas :

a) est lié à l'assurance-automobile;

b) consiste à indemniser les réclamants et les titulaires de polices d'assurance contre les assureurs insolubles;

c) consiste à établir et à administrer un fonds de garantie, un fonds de liquidité, un fonds d'entraide ou un

(b) a prescribed property; (*unité d'émission*)

employee includes an officer; (*salarié*)

employer, in relation to an officer, means the person from whom the officer receives remuneration; (*employeur*)

equity security means a share of the capital stock of a corporation or any interest in or right to such a share; (*titre de participation*)

excisable goods means beer or malt liquor (within the meaning assigned by section 4 of the *Excise Act*) and spirits, wine, tobacco products and cannabis products (within the meaning assigned by section 2 of the *Excise Act, 2001*); (*produit soumis à l'accise*)

exclusive means

(a) in respect of the consumption, use or supply of property or a service by a person that is not a financial institution, all or substantially all of the consumption, use or supply of the property or service, and

(b) in respect of the consumption, use or supply of property or a service by a financial institution, all of the consumption, use or supply of the property or service; (*exclusif*)

exempt supply means a supply included in Schedule V; (*fourniture exonérée*)

export means export from Canada; (*exportation*)

fair market value of property or a service supplied to a person means the fair market value of the property or service without reference to any tax excluded by section 154 from the consideration for the supply; (*juste valeur marchande*)

financial institution, at any time, means a person who is at that time a financial institution under section 149; (*institution financière*)

financial instrument means

(a) a debt security,

(b) an equity security,

(c) an insurance policy,

(d) an interest in a partnership, a trust or the estate of a deceased individual, or any right in respect of such an interest,

autre fonds semblable pour le bénéfice de ses membres et à aider au paiement des pertes subies lors de leur liquidation ou dissolution. (*mutual insurance federation*)

fiducie personnelle

a) Fiducie testamentaire;

b) fiducie non testamentaire qui est une fiducie personnelle, au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont l'ensemble des bénéficiaires, sauf les bénéficiaires subsidiaires, sont des particuliers et dont l'ensemble des bénéficiaires subsidiaires sont des particuliers, des organismes de bienfaisance ou des institutions publiques. (*personal trust*)

fiducie testamentaire S'entend au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*testamentary trust*)

filiale déterminée Sont des filiales déterminées d'une personne morale donnée les personnes morales suivantes :

a) la personne morale relativement à laquelle la personne morale donnée détient le contrôle admissible des voix et est propriétaire d'au moins 90 % de la valeur et du nombre des actions, émises et en circulation et comportant plein droit de vote en toutes circonstances, du capital-actions de la personne morale;

b) la personne morale qui est une filiale déterminée de la filiale déterminée de la personne morale donnée;

c) si la personne morale donnée est une caisse de crédit, chacune des autres caisses de crédit;

d) si la personne morale donnée est membre d'un regroupement de sociétés mutuelles d'assurance, chacun des autres membres de ce regroupement. (*qualifying subsidiary*)

fonds réservé Groupe déterminé de biens détenus par un assureur relativement à des polices d'assurance dont tout ou partie des provisions varient selon la juste valeur marchande des biens. (*segregated fund*)

fourniture Sous réserve des articles 133 et 134, livraison de biens ou prestation de services, notamment par vente, transfert, troc, échange, louage, licence, donation ou aliénation. (*supply*)

fourniture détaxée Fourniture figurant à l'annexe VI. (*zero-rated supply*)

- (e) a precious metal,
- (f) an option or a contract for the future supply of a commodity, where the option or contract is traded on a recognized commodity exchange,
- (g) a prescribed instrument,
- (h) a guarantee, an acceptance or an indemnity in respect of anything described in paragraph (a), (b), (d), (e) or (g), or
- (i) an option or a contract for the future supply of money or anything described in any of paragraphs (a) to (h); (*effet financier*)

financial service means

- (a) the exchange, payment, issue, receipt or transfer of money, whether effected by the exchange of currency, by crediting or debiting accounts or otherwise,
- (b) the operation or maintenance of a savings, chequing, deposit, loan, charge or other account,
- (c) the lending or borrowing of a financial instrument,
- (d) the issue, granting, allotment, acceptance, endorsement, renewal, processing, variation, transfer of ownership or repayment of a financial instrument,
- (e) the provision, variation, release or receipt of a guarantee, an acceptance or an indemnity in respect of a financial instrument,
- (f) the payment or receipt of money as dividends (other than patronage dividends), interest, principal, benefits or any similar payment or receipt of money in respect of a financial instrument,
- (f.1) the payment or receipt of an amount in full or partial satisfaction of a claim arising under an insurance policy,
- (g) the making of any advance, the granting of any credit or the lending of money,
- (h) the underwriting of a financial instrument,
- (i) any service provided pursuant to the terms and conditions of any agreement relating to payments of amounts for which a credit card voucher or charge card voucher has been issued,
- (j) the service of investigating and recommending the compensation in satisfaction of a claim where

fourniture exonérée Fourniture figurant à l'annexe V. (*exempt supply*)

fourniture taxable Fourniture effectuée dans le cadre d'une activité commerciale. (*taxable supply*)

fournitures liées à un congrès Biens ou services acquis, importés ou transférés dans une province participante par une personne exclusivement pour consommation, utilisation ou fourniture par elle dans le cadre d'un congrès, à l'exception des biens et services suivants :

- a) les services de transport autres que les services no-lisés que la personne acquiert dans l'unique but de transporter les congressistes entre le centre de congrès, leur lieu d'hébergement et les terminaux;
- b) les divertissements;
- c) sauf pour l'application du paragraphe 167.2(1) et de l'article 252.4, les aliments et les boissons, ou les biens et les services fournis à la personne aux termes d'un contrat visant un service de traiteur;
- d) les biens et les services fournis par la personne dans le cadre du congrès pour une contrepartie distincte de la contrepartie du droit d'entrée au congrès, sauf si l'acquéreur de la fourniture acquiert les biens et les services exclusivement pour consommation ou utilisation dans le cadre de la promotion, au congrès, de biens ou de services fournis par lui ou par son entreprise. (*related convention supplies*)

fraction de contrepartie [Abrogée, 1997, ch. 10, art. 150]

fraction de taxe [Abrogée, 1997, ch. 10, art. 150]

groupe étroitement lié Groupe de personnes morales dont chaque membre est un inscrit résidant au Canada et est étroitement lié, au sens de l'article 128, à chacun des autres membres du groupe. Pour l'application de la présente définition :

- a) l'assureur non-résident qui a un établissement stable au Canada est réputé résider au Canada;
- b) les caisses de crédit et les membres d'un regroupement de sociétés mutuelles d'assurance sont réputés être des inscrits. (*closely related group*)

gouvernement Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province. (*government*)

habitation Maison individuelle, jumelée ou en rangée, unité en copropriété, maison mobile, maison flottante, appartement, chambre d'hôtel, de motel, d'auberge ou de

(i) the claim is made under a marine insurance policy, or

(ii) the claim is made under an insurance policy that is not in the nature of accident and sickness or life insurance and

(A) the service is supplied by an insurer or by a person who is licensed under the laws of a province to provide such a service, or

(B) the service is supplied to an insurer or a group of insurers by a person who would be required to be so licensed but for the fact that the person is relieved from that requirement under the laws of a province,

(j.1) the service of providing an insurer or a person who supplies a service referred to in paragraph (j) with an appraisal of the damage caused to property, or in the case of a loss of property, the value of the property, where the supplier of the appraisal inspects the property, or in the case of a loss of the property, the last-known place where the property was situated before the loss,

(k) any supply deemed by subsection 150(1) or section 158 to be a supply of a financial service,

(l) the agreeing to provide, or the arranging for, a service that is

(i) referred to in any of paragraphs (a) to (i), and

(ii) not referred to in any of paragraphs (n) to (t), or

(m) a prescribed service,

but does not include

(n) the payment or receipt of money as consideration for the supply of property other than a financial instrument or of a service other than a financial service,

(o) the payment or receipt of money in settlement of a claim (other than a claim under an insurance policy) under a warranty, guarantee or similar arrangement in respect of property other than a financial instrument or a service other than a financial service,

(p) the service of providing advice, other than a service included in this definition because of paragraph (j) or (j.1),

(q) the provision, to an investment plan (as defined in subsection 149(5)) or any corporation, partnership or

pension, chambre dans une résidence d'étudiants, d'ânés, de personnes handicapées ou d'autres particuliers ou tout gîte semblable, ou toute partie de ceux-ci, qui est, selon le cas :

a) occupée à titre résidentiel ou d'hébergement;

b) fournie par bail, licence ou accord semblable, pour être utilisée à titre résidentiel ou d'hébergement;

c) vacante et dont la dernière occupation ou fourniture était à titre résidentiel ou d'hébergement;

d) destinée à servir à titre résidentiel ou d'hébergement sans avoir servi à une fin quelconque. (*residential unit*)

immeuble Les immeubles comprennent :

a) au Québec, les immeubles et les baux y afférents;

b) ailleurs qu'au Québec, les terres, les fonds et les immeubles, de toute nature et désignation, ainsi que les droits y afférents, qu'ils soient fondés en droit ou en équité;

c) les maisons mobiles, les maisons flottantes ainsi que les tenures à bail ou autres droits de propriété afférents. (*real property*)

immeuble d'habitation

a) La partie constitutive d'un bâtiment qui comporte au moins une habitation, y compris :

(i) la fraction des parties communes et des dépendances et du fonds contigu au bâtiment qui est raisonnablement nécessaire à l'usage résidentiel du bâtiment,

(ii) la proportion du fonds sous-jacent au bâtiment correspondant au rapport entre cette partie constitutive et l'ensemble du bâtiment;

b) la partie d'un bâtiment, y compris la proportion des parties communes et des dépendances du bâtiment, et du fonds sous-jacent ou contigu à celui-ci, qui est attribuable à l'habitation et raisonnablement nécessaire à son usage résidentiel, qui constitue :

(i) d'une part, tout ou partie d'une maison jumelée ou en rangée, d'un logement en copropriété ou d'un local semblable qui est, ou est destinée à être, une parcelle séparée ou une autre division d'immeuble sur lequel il y a, ou il est prévu qu'il y ait, un droit de propriété distinct des droits de propriété des autres parties du bâtiment,

trust whose principal activity is the investing of funds, of

- (i) a management or administrative service, or
- (ii) any other service (other than a prescribed service),

if the supplier is a person who provides management or administrative services to the investment plan, corporation, partnership or trust,

- (q.1) an asset management service,
- (r) a professional service provided by an accountant, actuary, lawyer or notary in the course of a professional practice,
- (r.1) the arranging for the transfer of ownership of shares of a cooperative housing corporation,
- (r.2) a debt collection service, rendered under an agreement between a person agreeing to provide, or arranging for, the service and a particular person other than the debtor, in respect of all or part of a debt, including a service of attempting to collect, arranging for the collection of, negotiating the payment of, or realizing or attempting to realize on any security given for, the debt, but does not include a service that consists solely of accepting from a person (other than the particular person) a payment of all or part of an account unless

- (i) under the terms of the agreement the person rendering the service may attempt to collect all or part of the account or may realize or attempt to realize on any security given for the account, or
- (ii) the principal business of the person rendering the service is the collection of debt,

(r.3) a service (other than a prescribed service) of managing credit that is in respect of credit cards, charge cards, credit accounts, charge accounts, loan accounts or accounts in respect of any advance and is provided to a person granting, or potentially granting, credit in respect of those cards or accounts, including a service provided to the person of

- (i) checking, evaluating or authorizing credit,
- (ii) making decisions on behalf of the person in relation to a grant, or an application for a grant, of credit,

(ii) d'autre part, une habitation;

c) la totalité du bâtiment visé à l'alinéa a) ou du local visé au sous-alinéa b)(i), qui est la propriété d'un particulier, ou qui lui a été fourni par vente, et qui sert principalement de résidence au particulier, à son ex-époux ou ancien conjoint de fait ou à un particulier lié à ce particulier, y compris :

- (i) dans le cas d'un bâtiment visé à l'alinéa a), les dépendances, le fonds sous-jacent et la partie du fonds contigu qui sont raisonnablement nécessaires à l'usage du bâtiment,
- (ii) dans le cas d'un local visé au sous-alinéa b)(i), la fraction des parties communes et des dépendances du bâtiment, et du fonds sous-jacent ou contigu à celui-ci, qui est attribuable à l'immeuble et raisonnablement nécessaire à son usage;

d) une maison mobile, y compris ses dépendances et, si elle est fixée à un fonds (sauf un emplacement dans un parc à roulettes résidentiel) destiné à en permettre l'usage résidentiel, le fonds sous-jacent ou contigu qui est attribuable à la maison et qui est raisonnablement nécessaire à son usage résidentiel;

e) une maison flottante.

Ne sont pas des immeubles d'habitation tout ou partie d'un bâtiment qui est un hôtel, un motel, une auberge, une pension ou un gîte semblable, ni le fonds et les dépendances qui y sont attribuables, si le bâtiment n'est pas visé à l'alinéa c) et si la totalité ou la presque totalité des baux, licences ou accords semblables, aux termes desquels les habitations dans le bâtiment ou dans la partie de bâtiment sont fournies, prévoient, ou sont censés prévoir, des périodes de possession ou d'utilisation continues de moins de 60 jours. (*residential complex*)

immeuble d'habitation à logements multiples Immeuble d'habitation, à l'exclusion d'un immeuble d'habitation en copropriété, qui contient au moins deux habitations. (*multiple unit residential complex*)

immeuble d'habitation à logement unique Immeuble d'habitation, à l'exclusion d'un logement en copropriété, qui contient au plus une habitation. (*single unit residential complex*)

immeuble d'habitation en copropriété Immeuble d'habitation qui contient au moins deux logements en copropriété. (*condominium complex*)

immobilisation Bien d'une personne qui est son immobilisation au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui le serait si la personne était un contribuable aux

(iii) creating or maintaining records for the person in relation to a grant, or an application for a grant, of credit or in relation to the cards or accounts, or

(iv) monitoring another person's payment record or dealing with payments made, or to be made, by the other person,

(r.4) a service (other than a prescribed service) that is preparatory to the provision or the potential provision of a service referred to in any of paragraphs (a) to (i) and (l), or that is provided in conjunction with a service referred to in any of those paragraphs, and that is

(i) a service of collecting, collating or providing information, or

(ii) a market research, product design, document preparation, document processing, customer assistance, promotional or advertising service or a similar service,

(r.5) property (other than a financial instrument or prescribed property) that is delivered or made available to a person in conjunction with the rendering by the person of a service referred to in any of paragraphs (a) to (i) and (l),

(s) any service the supply of which is deemed under this Part to be a taxable supply, or

(t) a prescribed service; (*service financier*)

fiscal month of a person means a period that is determined under section 243 to be the fiscal month of the person; (*mois d'exercice*)

fiscal quarter of a person means a period that is determined under section 243 to be the fiscal quarter of the person; (*trimestre d'exercice*)

fiscal year of a person means

(a) if section 244.1 applies to the person, the period determined under that section,

(b) if section 244.1 does not apply to the person and the person has made an election under section 244 that is in effect, the period that the person elected to be the fiscal year of the person, and

(c) in all other cases, the taxation year of the person; (*exercice*)

floating home means a structure that is composed of a floating platform and a building designed to be occupied as a place of residence for individuals that is permanently

terms of this law, to the exclusion of goods referred to in categories 12, 14, 14.1 or 44 of Annex II of the *Regulation of the Income Tax Act*. (*capital property*)

importation Ce qui est importé au Canada. (*import*)

inscrit Personne inscrite, ou tenue de l'être, aux termes de la sous-section D de la section V. (*registrant*)

installation de télécommunication Installation, appareil ou toute autre chose (y compris les fils, câbles, systèmes radio ou optiques et autres systèmes électromagnétiques et les procédés techniques semblables, ou toute partie de tels systèmes ou procédés) servant ou pouvant servir à la télécommunication. (*telecommunications facility*)

installation de traitement complémentaire Installation de traitement du gaz naturel servant principalement à la récupération de liquides de gaz naturel ou d'éthane à partir de gaz naturel qu'un transporteur public de gaz naturel transporte par pipeline jusqu'à l'installation. (*straddle plant*)

institution financière Personne qui, à un moment donné, est une institution financière aux termes de l'article 149. (*financial institution*)

institution financière désignée Personne visée à l'alinéa 149(1)a). (*listed financial institution*)

institution financière désignée particulière Institution financière désignée qui est une institution financière désignée particulière aux termes du paragraphe 225.2(1). (*selected listed financial institution*)

institution publique Organisme de bienfaisance enregistré, au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui est une administration scolaire, un collège public, une université, une administration hospitalière ou une administration locale qui a le statut de municipalité aux termes de l'alinéa b) de la définition de *municipalité*. (*public institution*)

jeu de hasard Loterie ou autre mécanisme par lequel des prix ou des gains sont attribués à la suite d'une désignation fondée entièrement ou principalement sur le hasard. (*game of chance*)

juste valeur marchande Juste valeur marchande d'un bien ou d'un service fourni à une personne, abstraction faite de la taxe exclue de la contrepartie de la fourniture en application de l'article 154. (*fair market value*)

affixed to the platform, but does not include any free-standing appliances or furniture sold with the structure or any structure that has means of, or is capable of being readily adapted for, self-propulsion; (*maison flottante*)

foreign convention means a convention

(a) at least 75% of the admissions to which are, at the time the sponsor of the convention determines the amount to be charged as consideration therefor, reasonably expected to be supplied to non-resident persons, and

(b) the sponsor of which is an organization whose head office is situated outside Canada or, where the organization has no head office, the member, or majority of members, of which having management and control of the organization is or are non-resident; (*congrès étranger*)

former spouse [Repealed, 2000, c. 12, s. 111]

game of chance means a lottery or other scheme under which prizes or winnings are awarded by way of chance or by way of a mixture of chance and other factors where the result depends more on chance than on the other factors; (*jeu de hasard*)

goods has the same meaning as in the *Customs Act*; (*produits*)

government means Her Majesty in right of Canada or a province; (*gouvernement*)

harmonization date for a participating province means

(a) April 1, 1997 in the case of Nova Scotia, New Brunswick, Newfoundland and Labrador, the Nova Scotia offshore area or the Newfoundland offshore area,

(b) July 1, 2010 in the case of Ontario, and

(c) the prescribed date in the case of another participating province; (*date d'harmonisation*)

hospital authority means an organization that operates a public hospital and that is designated by the Minister as a hospital authority for the purposes of this Part; (*administration hospitalière*)

import means import into Canada; (*importation*)

improvement, in respect of property of a person, means any property or service supplied to, or goods imported by, the person for the purpose of improving the property, to the extent that the consideration paid or payable by

lieu de divertissement Local ou lieu, intérieur ou extérieur, dans tout ou partie duquel sont présentés ou tenus :

a) films, diaporamas, spectacles son et lumière ou présentations semblables;

b) représentations ou expositions artistiques, littéraires, théâtrales, musicales ou autres;

c) foires, cirques, ménageries, rodéos ou événements semblables;

d) courses, jeux de hasard, concours d'athlétisme ou autres concours ou jeux.

Y sont assimilés les musées, les sites historiques et les parcs zoologiques, fauniques ou autres, les endroits où l'on fait des paris et les endroits, constructions, dispositifs, machines et appareils qui ont pour objet de fournir des divertissements ou des distractions. (*place of amusement*)

logement en copropriété Immeuble d'habitation qui est, ou est destiné à être, un espace délimité dans un bâtiment et désigné ou décrit comme étant une unité distincte sur le plan ou la description enregistrés afférents, ou sur un plan ou une description analogues enregistrés en conformité avec les lois d'une province, ainsi que tous droits et intérêts fonciers afférents à la propriété de l'unité. (*residential condominium unit*)

logement provisoire Immeuble d'habitation ou habitation fourni à un acquéreur par bail, licence ou accord semblable, en vue de son occupation continue à titre résidentiel ou d'hébergement par le même particulier pour une durée de moins d'un mois. Pour l'application de l'article 252.4 :

a) sont assimilés à un logement provisoire les gîtes de tout genre (sauf le gîte à bord d'un train, d'une remorque, d'un bateau ou d'une construction munis d'un moyen de propulsion ou pouvant facilement en être munis) fournis dans le cadre d'un voyage organisé, au sens du paragraphe 163(3), qui comprend des aliments et les services d'un guide;

b) n'est pas un logement provisoire l'immeuble d'habitation ou l'habitation qui est, selon le cas :

(i) fourni à l'acquéreur dans le cadre d'un arrangement de multipropriété,

(ii) compris dans la partie d'un voyage organisé qui n'en est pas la partie taxable, au sens où ces expressions s'entendent au paragraphe 163(3). (*short-term accommodation*)

the person for the property or service or the value of the goods is, or would be if the person were a taxpayer under the *Income Tax Act*, included in determining the cost or, in the case of property that is capital property of the person, the adjusted cost base to the person of the property for the purposes of that Act; (*améliorations*)

individual means a natural person; (*Version anglaise seulement*)

insurance policy means

(a) a policy or contract of insurance (other than a warranty in respect of the quality, fitness or performance of tangible property, where the warranty is supplied to a person who acquires the property otherwise than for resale) that is issued by an insurer, including

(i) a policy of reinsurance issued by an insurer,

(ii) an annuity contract issued by an insurer, or a contract issued by an insurer that would be an annuity contract except that the payments under the contract

(A) are payable on a periodic basis at intervals that are longer or shorter than one year, or

(B) vary in amount depending on the value of a specified group of assets or on changes in interest rates, and

(iii) a contract issued by an insurer all or part of the insurer's reserves for which vary in amount depending on the value of a specified group of assets,

(b) a policy or contract in the nature of accident and sickness insurance, whether the policy is issued, or the contract is entered into, by an insurer, and

(c) a bid, performance, maintenance or payment bond issued in respect of a construction contract; (*police d'assurance*)

insurer means a person who is licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to carry on in Canada an insurance business or under the laws of another jurisdiction to carry on in that other jurisdiction an insurance business; (*assureur*)

inter vivos trust means a trust other than a testamentary trust; (*Version anglaise seulement*)

investment limited partnership means a limited partnership, the primary purpose of which is to invest funds in property consisting primarily of financial instruments, if

maison flottante Construction constituée d'une plate-forme flottante et d'un bâtiment, fixé de façon permanente sur cette plate-forme, qui est conçu pour être occupé à titre résidentiel, à l'exclusion des appareils ou du mobilier non encastrés vendus avec la construction. Ne sont pas des maisons flottantes les constructions munies d'un moyen de propulsion ou pouvant facilement en être munies. (*floating home*)

maison mobile Bâtiment, dont la fabrication et l'assemblage sont achevés ou achevés en grande partie, qui est équipé d'installations complètes de plomberie, d'électricité et de chauffage et conçu pour être déplacé jusqu'à un emplacement pour y être placé sur des fondations, raccordé à des installations de service et occupé à titre résidentiel. La présente définition exclut les véhicules et remorques conçus pour les loisirs, tels que les remorques de tourisme, les maisons motorisées et les tentes roulotte. (*mobile home*)

mandataire de la Couronne désigné

a) Mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, désigné par règlement;

b) mandataire de Sa Majesté du chef d'une province :

(i) soit qui paie la taxe par l'effet d'un accord visé à l'article 32 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, conclu par le gouvernement de la province,

(ii) soit qui est désigné par règlement. (*specified Crown agent*)

messenger S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes*. (*courier*)

métal précieux Barre, lingot, pièce ou plaquette composée d'or, d'argent ou de platine dont la pureté est d'au moins :

a) 99,5 %, dans le cas de l'or et du platine;

b) 99,9 %, dans le cas de l'argent. (*precious metal*)

minéral Sont compris parmi les minéraux l'ammonite, le charbon, le chlorure de calcium, le gravier, le kaolin, le sable, les sables bitumineux, les schistes bitumineux, la silice et le pétrole, le gaz naturel et les hydrocarbures connexes. (*mineral*)

ministère [Abrogée, 1999, ch. 17, art. 152]

ministre Le ministre du Revenu national. (*Minister*)

(a) the limited partnership is, or forms part of an arrangement or structure that is, represented or promoted as a hedge fund, investment limited partnership, mutual fund, private equity fund, venture capital fund or other similar collective investment vehicle, or

(b) the total value of all interests in the limited partnership held by listed financial institutions is 50% or more of the total value of all interests in the limited partnership; (*société en commandite de placement*)

invoice includes a statement of account, a bill and any other similar record, regardless of its form or characteristics, and a cash register slip or receipt; (*facture*)

listed financial institution means a person referred to in paragraph 149(1)(a); (*institution financière désignée*)

listed international agreement means

(a) the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, concluded at Strasbourg on January 25, 1988, as amended from time to time by a protocol, or other international instrument, as ratified by Canada, or

(b) a comprehensive tax information exchange agreement that Canada has entered into and that has effect, in respect of another country or jurisdiction; (*accord international désigné*)

management or administrative service includes an asset management service; (*service de gestion ou d'administration*)

master pension entity of a pension plan means a person that is not a pension entity of the pension plan and that is

(a) a corporation described in paragraph 149(1)(o.2) of the *Income Tax Act*, one or more shares of which are owned by a pension entity of the pension plan, or

(b) a trust prescribed to be a master trust for the purposes of paragraph 149(1)(o.4) of the *Income Tax Act*, one or more units of which are owned by a pension entity of the pension plan; (*entité de gestion principale*)

master pension factor means, in respect of a pension plan for a fiscal year of a master pension entity, the amount (expressed as a percentage) determined by the formula

A/B

mois Période qui commence un quantième donné et prend fin :

a) la veille du même quantième du mois suivant;

b) si le mois suivant n'a pas de quantième correspondant au quantième donné, le dernier jour de ce mois. (*month*)

mois d'exercice Période déterminée en application de l'article 243. (*fiscal month*)

montant Argent, ou bien ou service exprimé sous forme d'un montant d'argent ou d'une valeur en argent. (*amount*)

municipalité

a) Administration métropolitaine, ville, village, canton, district, comté ou municipalité rurale constitués en personne morale ou autre organisme municipal ainsi constitué quelle qu'en soit la désignation;

b) telle autre administration locale à laquelle le ministre confère le statut de municipalité pour l'application de la présente partie. (*municipality*)

non résidant Qui ne réside pas au Canada. (*non-resident*)

note de crédit Note de crédit remise en application du paragraphe 232(3). (*credit note*)

note de débit Note de débit remise en application du paragraphe 232(3). (*debit note*)

nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée S'entend au sens du paragraphe 277.1(1). (*new harmonized value-added tax system*)

organisateur Personne qui acquiert un centre de congrès ou des fournitures liées à un congrès et qui organise le congrès pour une autre personne qui en est le promoteur. (*organizer*)

organisme à but non lucratif Personne constituée et administrée exclusivement à des fins non lucratives et dont aucun revenu n'est payable à un propriétaire, à un membre ou à un actionnaire ou ne peut par ailleurs être disponible pour servir à leur profit personnel, sauf s'ils forment un club ou une association ayant comme principal objectif la promotion du sport amateur au Canada. La présente définition exclut les particuliers, les successions, les fiducies, les organismes de bienfaisance, les institutions publiques, les municipalités et les gouvernements. (*non-profit organization*)

where

- A** is the total value, on the first day of the fiscal year, of the units or shares of the master pension entity that are held by pension entities of the pension plan on that day, and
- B** is the total value, on the first day of the fiscal year, of the units or shares of the master pension entity; (*facteur d'entité de gestion principale*)

membership includes a right granted by a particular person that entitles another person to services that are provided by, or to the use of facilities that are operated by, the particular person and that are not available, or are not available to the same extent or for the same fee or charge, to persons to whom such a right has not been granted, and also includes such a right that is conditional on the acquisition or ownership of a share, bond, debenture or other security; (*droit d'adhésion*)

mineral includes ammonite gemstone, bituminous sands, calcium chloride, coal, gravel, kaolin, oil shale, silica, sand and petroleum, natural gas and related hydrocarbons; (*minéral*)

Minister means the Minister of National Revenue; (*ministre*)

mobile home means a building, the manufacture and assembly of which is completed or substantially completed, that is equipped with complete plumbing, electrical and heating facilities and that is designed to be moved to a site for installation on a foundation and connection to service facilities and to be occupied as a place of residence, but does not include any travel trailer, motor home, camping trailer or other vehicle or trailer designed for recreational use; (*maison mobile*)

money includes any currency, cheque, promissory note, letter of credit, draft, traveller's cheque, bill of exchange, postal note, money order, postal remittance and other similar instrument, whether Canadian or foreign, but does not include currency the fair market value of which exceeds its stated value as legal tender in the country of issuance or currency that is supplied or held for its numismatic value; (*argent*)

month means a period beginning on a particular day in a calendar month and ending on

- (a)** the day immediately before the day in the next calendar month that has the same calendar number as the particular day, or
- (b)** where the next calendar month does not have a day that has the same calendar number as the

organisme de bienfaisance Organisme de bienfaisance enregistré ou association canadienne enregistrée de sport amateur, au sens où ces expressions s'entendent au paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à l'exclusion d'une institution publique. (*charity*)

organisme de services publics Organisme à but non lucratif, organisme de bienfaisance, municipalité, administration scolaire, administration hospitalière, collège public ou université. (*public service body*)

organisme du secteur public Gouvernement ou organisme de services publics. (*public sector body*)

parc à roulettes Fonds dont une personne est locataire ou propriétaire, qui est composé exclusivement de ce qui suit :

- a)** des emplacements que la personne fournit, ou est censée fournir, par bail, licence ou accord semblable, au propriétaire, locataire, occupant ou possesseur soit d'une maison mobile, soit d'une remorque de tourisme, d'une maison motorisée ou de quelque véhicule ou remorque semblable qui est situé sur l'emplacement ou qui y sera situé;
- b)** d'autres fonds qui sont vraisemblablement nécessaires :

(i) soit à l'usage des emplacements par des particuliers qui résident dans une maison mobile ou dans une remorque de tourisme, une maison motorisée ou quelque véhicule ou remorque semblable qui est situé sur l'emplacement ou qui y sera situé, ou qui occupent semblable maison, véhicule ou remorque,

(ii) soit à l'exploitation d'une entreprise qui consiste à fournir les emplacements par bail, licence ou accord semblable. (*trailer park*)

parc à roulettes résidentiel Fonds qui fait partie du parc à roulettes d'une personne ou, si la personne possède plusieurs parcs à roulettes contigus, fonds qui fait partie de ceux-ci, ainsi que les bâtiments, installations fixes et autres dépendances du fonds qui sont vraisemblablement nécessaires :

- a)** soit à l'usage d'emplacements situés dans ces parcs par des particuliers qui résident dans une maison mobile ou dans une remorque de tourisme, une maison motorisée ou quelque véhicule ou remorque semblable qui est situé sur ces emplacements ou qui y sera situé, ou qui occupent semblable maison, véhicule ou remorque;

particular day, the last day of that next calendar month; (*mois*)

multiple unit residential complex means a residential complex that contains more than one residential unit, but does not include a condominium complex; (*immeuble d'habitation à logements multiples*)

municipality means

(a) an incorporated city, town, village, metropolitan authority, township, district, county or rural municipality or other incorporated municipal body however designated, and

(b) such other local authority as the Minister may determine to be a municipality for the purposes of this Part; (*municipalité*)

mutual insurance federation means a corporation each member of which is a mutual insurance corporation that is required, under an Act of the legislature of a province, to be a member of the corporation, but does not include a corporation the main purpose of which is

(a) related to automobile insurance,

(b) to provide compensation to insurance policy holders of, or claimants on, insolvent insurers, or

(c) to establish and manage a guarantee fund, cash reserve fund, mutual aid fund or similar fund for the benefit of its members and to provide financial assistance with regard to losses sustained on the winding-up or dissolution of its members; (*fédération de sociétés mutuelles d'assurance*)

mutual insurance group means a group that consists of

(a) a mutual insurance federation and its members,

(b) where the members of the mutual insurance federation are the sole investors in an investment fund, that fund, and

(c) where there exists a mutual reinsurance corporation each member of which is a member of the mutual insurance federation and is not entitled to obtain reinsurance from any other reinsurance corporation, that mutual reinsurance corporation; (*regroupement de sociétés mutuelles d'assurance*)

Newfoundland offshore area means the offshore area as defined in section 2 of the *Canada–Newfoundland and Labrador Atlantic Accord Implementation Act*; (*zone extracôtière de Terre-Neuve*)

(b) soit à l'exploitation d'une entreprise qui consiste à fournir de tels emplacements par bail, licence ou accord semblable.

Ne sont visés par la présente définition que les parcs à roulettes dont les fonds et dépendances, ou leurs parties, comptent chacun au moins deux emplacements et dont la totalité, ou presque, des emplacements répondent aux conditions suivantes :

(c) ils sont fournis, ou censés l'être, aux termes d'un bail, d'une licence ou d'un accord semblable prévoyant la possession ou l'utilisation continues d'un emplacement pour la période minimale suivante :

(i) un mois, dans le cas d'une maison mobile ou d'une autre habitation,

(ii) douze mois, dans le cas d'une remorque de tourisme, d'une maison motorisée ou de quelque véhicule ou remorque semblable qui n'est pas une habitation;

(d) si des maisons mobiles y étaient situées, ils pourraient être utilisés à titre résidentiel durant toute l'année. (*residential trailer park*)

période de déclaration La période de déclaration d'une personne, prévue aux articles 245 à 251. (*reporting period*)

personne Particulier, société de personnes, personne morale, fiducie ou succession, ainsi que l'organisme qui est un syndicat, un club, une association, une commission ou autre organisation; ces notions sont visées dans des formulations générales, impersonnelles ou comportant des pronoms ou adjectifs indéfinis. (*person*)

petit fournisseur Personne qui est un petit fournisseur aux termes des articles 148 ou 148.1. (*small supplier*)

police d'assurance

(a) Police ou contrat d'assurance (sauf une garantie portant sur la qualité, le bon état ou le bon fonctionnement d'un bien corporel, lorsque la garantie est fournie à une personne qui acquiert le bien à une fin autre que sa vente) établis par un assureur, y compris :

(i) la police de réassurance établie par un assureur,

(ii) le contrat de rente établi par un assureur ou le contrat établi par un assureur qui serait un contrat de rente sauf que les paiements qui y sont faits :

(A) sont payables périodiquement à des intervalles dépassant, ou ne dépassant pas, un an,

new harmonized value-added tax system has the same meaning as in subsection 277.1(1); (*nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée*)

non-participating province means

- (a) a province that is not a participating province, or
- (b) another area in Canada that is outside the participating provinces; (*province non participante*)

non-profit organization means a person (other than an individual, an estate, a trust, a charity, a public institution, a municipality or a government) that was organized and is operated solely for a purpose other than profit, no part of the income of which is payable to, or otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder thereof unless the proprietor, member or shareholder is a club, a society or an association the primary purpose and function of which is the promotion of amateur athletics in Canada; (*organisme à but non lucratif*)

non-resident means not resident in Canada; (*non résident*)

Nova Scotia offshore area means the offshore area as defined in section 2 of the *Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act*; (*zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse*)

office has the meaning assigned by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, but does not include

- (a) the position of trustee in bankruptcy,
- (b) the position of receiver (including the position of a receiver within the meaning assigned by subsection 266(1)), or
- (c) the position of trustee of a trust or personal representative of a deceased individual where the person who acts in that capacity is entitled to an amount for doing so that is included in computing, for the purposes of that Act, the person's income or, where the person is an individual, the person's income from a business; (*charge*)

officer means a person who holds an office; (*cadre*)

offshore activity means

- (a) when used in connection with an activity carried on in the Nova Scotia offshore area, an activity in respect of which tax would be imposed under section 212 of the *Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act* if this Part

(B) varient selon la valeur d'un groupe déterminé d'éléments d'actif ou selon la fluctuation des taux d'intérêt,

(iii) le contrat établi par un assureur, aux termes duquel tout ou partie des provisions de l'assureur pour le contrat varient selon la valeur d'un groupe déterminé d'éléments d'actif;

b) police ou contrat d'assurance-accidents et d'assurance-maladie, que la police soit établie, ou le contrat conclu, par un assureur ou non;

c) cautionnement de soumission, de bonne exécution, d'entretien ou de paiement établi relativement à un contrat de construction. (*insurance policy*)

produits S'entend de *marchandises* au sens de la *Loi sur les douanes*. (*goods*)

produit soumis à l'accise La bière et la liqueur de malt, au sens de l'article 4 de la *Loi sur l'accise*, ainsi que les spiritueux, le vin, les produits du tabac et les produits du cannabis, au sens de l'article 2 de la *Loi de 2001 sur l'accise*. (*excisable goods*)

produit transporté en continu L'électricité, le pétrole brut, le gaz naturel ou tout bien meuble corporel, qui est transportable au moyen d'un fil, d'un pipeline ou d'une autre canalisation. (*continuous transmission commodity*)

promoteur Instigateur d'un congrès qui fournit les droits d'entrée à celui-ci. (*sponsor*)

province Y sont assimilées les provinces participantes. (*province*)

province non participante

- a) Province qui n'est pas une province participante;
- b) autre zone au Canada située à l'extérieur des provinces participantes. (*non-participating province*)

province participante

- a) Province ou zone figurant à l'annexe VIII, à l'exclusion de la zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse et de la zone extracôtière de Terre-Neuve sauf dans la mesure où des activités extracôtières y sont exercées;
- b) si un accord d'harmonisation de la taxe de vente a été conclu avec le gouvernement d'une province relativement au nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée et que la province est une province visée

were included in the definition *Consumption Tax Acts* in section 211 of the *Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act*; and

(b) when used in connection with an activity carried on in the Newfoundland offshore area, an activity in respect of which tax would be imposed under section 207 of the *Canada-Newfoundland and Labrador Atlantic Accord Implementation Act* if this Part were included in the definition *Consumption Tax Acts* in section 206 of the *Canada-Newfoundland and Labrador Atlantic Accord Implementation Act*; (*activité extracôtière*)

organizer of a convention means a person who acquires the convention facility or related convention supplies and who organizes the convention for another person who is the sponsor of the convention; (*organisateur*)

participating employer of a pension plan means

(a) in the case of a registered pension plan, an employer that has made, or is required to make, contributions to the pension plan in respect of the employer's employees or former employees, or payments under the pension plan to the employer's employees or former employees, and includes an employer prescribed for the purposes of the definition *participating employer* in subsection 147.1(1) of the *Income Tax Act*, and

(b) in the case of a pooled registered pension plan, an employer that

(i) has made, or is required to make, contributions to the pension plan in respect of all or a class of its employees or former employees, or

(ii) has remitted, or is required to remit, to the PRPP administrator of the pension plan contributions made by members (as defined in subsection 147.5(1) of the *Income Tax Act*) of the pension plan under a contract with the PRPP administrator in respect of all or a class of its employees; (*employeur participant*)

participating province means

(a) a province or area referred to in Schedule VIII, but does not include the Nova Scotia offshore area or the Newfoundland offshore area except to the extent that offshore activities are carried on in that area, and

(b) if there is a sales tax harmonization agreement with the government of a province relating to the new

par règlement, cette province. (*participating province*)

régime de pension Régime de pension agréé ou régime de pension agréé collectif qui, selon le cas :

a) régit une fiducie;

b) est un régime à l'égard duquel une personne morale, à la fois :

(i) est constituée et exploitée :

(A) soit uniquement pour l'administration du régime,

(B) soit pour l'administration du régime et dans l'unique but d'administrer une fiducie régie par une convention de retraite, au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou d'agir en qualité de fiduciaire d'une telle fiducie, dans le cas où les conditions de la convention ne permettent d'assurer des prestations qu'aux particuliers auxquels des prestations sont assurées par le régime,

(ii) dans le cas d'un régime de pension agréé, est acceptée par le ministre, aux termes du sous-alinéa 149(1)o.1(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comme moyen de financement aux fins d'agrément du régime,

(iii) dans le cas d'un régime de pension agréé collectif, est une personne morale, à la fois :

(A) visée à l'alinéa 149(1)o.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(B) dont toutes les actions du capital-actions, et le droit de les acquérir, appartiennent au régime à tout moment depuis la constitution de la personne morale;

c) est un régime à l'égard duquel une personne est visée par règlement pour l'application de la définition de *entité de gestion*. (*pension plan*)

régime de pension agréé S'entend au sens de l'alinéa 149(5)a). (*registered pension plan*)

régime de pension agréé collectif S'entend au sens de l'alinéa 149(5)a). (*pooled registered pension plan*)

registre Sont compris parmi les registres les comptes, conventions, livres, graphiques et tableaux, diagrammes, formulaires, images, factures, lettres, cartes, notes, plans, déclarations, états, télégrammes, pièces justificatives et

harmonized value-added tax system and the province is a prescribed province, that province; (*province participante*)

passenger vehicle means a *passenger vehicle* or a *zero-emission passenger vehicle*, as those terms are defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*; (*voiture de tourisme*)

patronage dividend means an amount that is deductible under section 135 of the *Income Tax Act* in computing, for the purposes of that Act, the income of the person paying the amount; (*ristourne*)

pension entity of a pension plan means a person in respect of the pension plan that is

- (a) a trust governed by the pension plan,
- (b) a corporation referred to in paragraph (b) of that definition, or
- (c) a prescribed person; (*entité de gestion*)

pension plan means a registered pension plan or a pooled registered pension plan

- (a) that governs a trust,
- (b) in respect of which a corporation
 - (i) is incorporated and operated either
 - (A) solely for the administration of the plan, or
 - (B) for the administration of the plan and for no other purpose other than acting as trustee of, or administering, a trust governed by a retirement compensation arrangement (as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*), where the terms of the arrangement provide for benefits only in respect of individuals who are provided with benefits under the plan,
 - (ii) in the case of a registered pension plan, is accepted by the Minister, under subparagraph 149(1)(o.1)(ii) of the *Income Tax Act*, as a funding medium for the purpose of the registration of the plan under that Act, and
 - (iii) in the case of a pooled registered pension plan, is a corporation
 - (A) that is described in paragraph 149(1)(o.2) of the *Income Tax Act*, and

toute autre chose renfermant des renseignements, qu'ils soient par écrit ou sous toute autre forme. (*record*)

règlement et expressions comportant le mot « règlement » Y sont assimilées les règles prévues par règlement. (*French version only*)

regroupement de sociétés mutuelles d'assurance Groupe composé des éléments suivants :

- a) une fédération de sociétés mutuelles d'assurance et ses membres;
- b) si les membres de la fédération de sociétés mutuelles d'assurance sont les seuls investisseurs d'un fonds de placement, ce fonds;
- c) s'il existe une société mutuelle de réassurance dont chaque membre est membre de la fédération de sociétés mutuelles d'assurance et ne peut souscrire à de la réassurance auprès d'une autre société de réassurance, cette société mutuelle de réassurance. (*mutual insurance group*)

rénovations majeures Sont des rénovations majeures d'un immeuble d'habitation les travaux de rénovation ou de transformation de la totalité ou d'une partie d'un bâtiment — visé à celui des alinéas a) à e) de la définition de *immeuble d'habitation* qui s'applique à l'immeuble d'habitation — qui contient au moins une habitation, dans le cadre desquels la totalité ou la presque totalité du bâtiment ou de la partie de bâtiment, selon le cas, qui existait immédiatement avant les travaux, exception faite des fondations, des murs extérieurs, des murs porteurs intérieurs, des planchers, du toit, des escaliers et, dans le cas de la partie d'un bâtiment visée à l'alinéa b) de cette définition, des parties communes et des dépendances, a été enlevée ou remplacée si, après l'achèvement des travaux, le bâtiment ou la partie de bâtiment, selon le cas, constitue un immeuble d'habitation ou fait partie d'un tel immeuble. (*substantial renovation*)

représentant personnel Quant à une personne décédée ou à sa succession, le liquidateur de succession, l'exécuteur testamentaire, l'administrateur de la succession ou toute personne chargée, selon la législation applicable, de la perception, de l'administration, de l'aliénation et de la répartition de l'actif successoral. (*personal representative*)

ristourne Montant déductible en application de l'article 135 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul, pour l'application de cette loi, du revenu de la personne qui le paie. (*patronage dividend*)

(B) all of the shares, and rights to acquire shares, of the capital stock of which are owned, at all times since the date on which it was incorporated, by the plan, or

(c) in respect of which a person is prescribed for the purposes of the definition *pension entity*; (*régime de pension*)

permanent establishment, in respect of a particular person, means

(a) a fixed place of business of the particular person, including

(i) a place of management, a branch, an office, a factory or a workshop, and

(ii) a mine, an oil or gas well, a quarry, timberland or any other place of extraction of natural resources,

through which the particular person makes supplies, or

(b) a fixed place of business of another person (other than a broker, general commission agent or other independent agent acting in the ordinary course of business) who is acting in Canada on behalf of the particular person and through whom the particular person makes supplies in the ordinary course of business; (*établissement stable*)

person means an individual, a partnership, a corporation, the estate of a deceased individual, a trust, or a body that is a society, union, club, association, commission or other organization of any kind; (*personne*)

personal property means property that is not real property; (*bien meuble*)

personal representative, of a deceased individual or the estate of a deceased individual, means the executor of the individual's will, the liquidator of the individual's succession, the administrator of the estate or any person who is responsible under the appropriate law for the proper collection, administration, disposition and distribution of the assets of the estate; (*représentant personnel*)

personal trust means

(a) a testamentary trust, or

(b) an *inter vivos* trust that is a personal trust (within the meaning assigned by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*) all the beneficiaries (other than contingent beneficiaries) of which are individuals and all the

salarie Est assimilée à un salarié la personne qui reçoit un traitement, une rémunération ou toute autre rétribution. (*employee*)

service Tout ce qui n'est ni un bien, ni de l'argent, ni fourni à un employeur par une personne qui est un salarié de l'employeur, ou a accepté de l'être, relativement à sa charge ou à son emploi. (*service*)

service commercial Service relatif à un bien meuble corporel, sauf un service d'expédition du bien fourni par un transporteur et un service financier. (*commercial service*)

service de gestion des actifs Service, sauf un service visé par règlement, qui est rendu par une personne donnée relativement aux éléments d'actif ou de passif d'une autre personne et qui consiste, selon le cas :

a) à gérer ou à administrer ces éléments d'actif ou de passif, indépendamment du niveau de pouvoir discrétionnaire dont la personne donnée dispose pour la gestion de tout ou partie de ces éléments;

b) à effectuer des recherches ou des analyses, à donner des conseils ou à établir des rapports relativement aux éléments d'actif ou de passif;

c) à prendre des décisions quant à l'acquisition ou à la disposition d'éléments d'actif ou de passif;

d) à agir de façon à atteindre les objectifs de rendement ou d'autres objectifs relatifs aux éléments d'actif ou de passif. (*asset management service*)

service de gestion ou d'administration Y est assimilé le service de gestion des actifs. (*management or administrative service*)

service de télécommunication

a) Service qui consiste à émettre, à transmettre ou à recevoir des signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par système électromagnétique — notamment les fils, câbles et systèmes radio ou optiques — ou par un procédé technique semblable;

b) le fait, pour une personne qui exploite une entreprise qui consiste à fournir des services visés à l'alinéa a), de mettre à la disposition de quiconque des installations de télécommunication en vue de pareille émission, transmission ou réception. (*telecommunication service*)

service financier

contingent beneficiaries of which, if any, are individuals, charities or public institutions; (*fiducie personnelle*)

place of amusement means any premises or place, whether or not enclosed, at or in any part of which is staged or held any

- (a) film, slide show, sound and light or similar presentation,
- (b) artistic, literary, theatrical, musical or other performance, entertainment or exhibition,
- (c) fair, circus, menagerie, rodeo or similar event, or
- (d) race, game of chance, athletic contest or other contest or game,

and includes a museum, historical site, zoo, wildlife or other park, place where bets are placed and any place, structure, apparatus, machine or device the purpose of which is to provide any type of amusement or recreation; (*lieu de divertissement*)

pooled registered pension plan has the same meaning as in paragraph 149(5)(a); (*régime de pension agréé collectif*)

precious metal means a bar, ingot, coin or wafer that is composed of gold, silver or platinum and that is refined to a purity level of at least

- (a) 99.5% in the case of gold and platinum, and
- (b) 99.9% in the case of silver; (*métal précieux*)

prescribed means

- (a) in the case of a form or the manner of filing a form, authorized by the Minister,
- (b) in the case of the information to be given on a form, specified by the Minister,
- (c) in the case of the manner of making or filing an election, authorized by the Minister, and
- (d) in any other case, prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation; (*Version anglaise seulement*)

property means any property, whether real or personal, movable or immovable, tangible or intangible, corporeal or incorporeal, and includes a right or interest of any kind, a share and a chose in action, but does not include money; (*bien*)

a) L'échange, le paiement, l'émission, la réception ou le transfert d'argent, réalisé au moyen d'échange de monnaie, d'opération de crédit ou de débit d'un compte ou autrement;

b) la tenue d'un compte d'épargne, de chèques, de dépôt, de prêts, d'achats à crédit ou autre;

c) le prêt ou l'emprunt d'un effet financier;

d) l'émission, l'octroi, l'attribution, l'acceptation, l'endossement, le renouvellement, le traitement, la modification, le transfert de propriété ou le remboursement d'un effet financier;

e) l'offre, la modification, la remise ou la réception d'une garantie, d'une acceptation ou d'une indemnité visant un effet financier;

f) le paiement ou la réception d'argent à titre de dividendes, sauf les ristournes, d'intérêts, de principal ou d'avantages, ou tout paiement ou réception d'argent semblable, relativement à un effet financier;

f.1) le paiement ou la réception d'un montant en règlement total ou partiel d'une réclamation découlant d'une police d'assurance;

g) l'octroi d'une avance ou de crédit ou le prêt d'argent;

h) la souscription d'un effet financier;

i) un service rendu en conformité avec les modalités d'une convention portant sur le paiement de montants visés par une pièce justificative de carte de crédit ou de paiement;

j) le service consistant à faire des enquêtes et des recommandations concernant l'indemnité accordée en règlement d'un sinistre prévu par :

(i) une police d'assurance maritime,

(ii) une police d'assurance autre qu'une police d'assurance-accidents, d'assurance-maladie ou d'assurance-vie, dans le cas où le service est fourni :

(A) soit par un assureur ou une personne autorisée par permis obtenu en application de la législation d'une province à rendre un tel service,

(B) soit à un assureur ou un groupe d'assureurs par une personne qui serait tenue d'être ainsi autorisée n'eût été le fait qu'elle en est dispensée par la législation d'une province;

province includes a participating province; (*province*)

PRPP administrator of a pooled registered pension plan has the meaning assigned by the definition **administrator** in subsection 147.5(1) of the *Income Tax Act*; (*administrateur de RPAC*)

public college means an organization that operates a post-secondary college or post-secondary technical institute

(a) that receives from a government or a municipality funds that are paid for the purpose of assisting the organization in the ongoing provision of educational services to the general public, and

(b) the primary purpose of which is to provide programs of instruction in one or more fields of vocational, technical or general education; (*collège public*)

public institution means a registered charity (within the meaning assigned by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*) that is a school authority, a public college, a university, a hospital authority or a local authority determined under paragraph (b) of the definition *municipality* to be a municipality; (*institution publique*)

public sector body means a government or a public service body; (*organisme du secteur public*)

public service body means a non-profit organization, a charity, a municipality, a school authority, a hospital authority, a public college or a university; (*organisme de services publics*)

qualifying subsidiary of a particular corporation means another corporation in respect of which the particular corporation holds qualifying voting control and owns not less than 90% of the value and number of the issued and outstanding shares, having full voting rights under all circumstances, of the capital stock of the other corporation, and includes

(a) a corporation that is a qualifying subsidiary of a qualifying subsidiary of the particular corporation,

(b) where the particular corporation is a credit union, every other credit union, and

(c) where the particular corporation is a member of a mutual insurance group, every other member of that group; (*filiale déterminée*)

real property includes

(a) in respect of property in the Province of Quebec, immovable property and every lease thereof,

j.1) le service consistant à remettre à un assureur ou au fournisseur du service visé à l'alinéa j) une évaluation des dommages causés à un bien ou, en cas de perte d'un bien, de sa valeur, à condition que le fournisseur de l'évaluation examine le bien ou son dernier emplacement connu avant sa perte;

k) une fourniture réputée par le paragraphe 150(1) ou l'article 158 être une fourniture de service financier;

l) le fait de consentir à effectuer, ou de prendre les mesures en vue d'effectuer, un service qui, à la fois :

(i) est visé à l'un des alinéas a) à i),

(ii) n'est pas visé aux alinéas n) à t);

m) un service visé par règlement.

La présente définition exclut :

n) le paiement ou la réception d'argent en contrepartie de la fourniture d'un bien autre qu'un effet financier ou d'un service autre qu'un service financier;

o) le paiement ou la réception d'argent en règlement d'une réclamation (sauf une réclamation en vertu d'une police d'assurance) en vertu d'une garantie ou d'un accord semblable visant un bien autre qu'un effet financier ou un service autre qu'un service financier;

p) les services de conseil, sauf un service visé aux alinéas j) ou j.1);

q) l'un des services suivants rendus soit à un régime de placement, au sens du paragraphe 149(5), soit à une personne morale, à une société de personnes ou à une fiducie dont l'activité principale consiste à investir des fonds, si le fournisseur est une personne qui rend des services de gestion ou d'administration au régime, à la personne morale, à la société de personnes ou à la fiducie :

(i) un service de gestion ou d'administration,

(ii) tout autre service (sauf un service prévu par règlement);

q.1) un service de gestion des actifs;

r) les services professionnels rendus par un comptable, un actuaire, un avocat ou un notaire dans l'exercice de sa profession;

r.1) le fait de prendre des mesures en vue du transfert de la propriété des parts du capital social d'une coopérative d'habitation;

(b) in respect of property in any other place in Canada, messuages, lands and tenements of every nature and description and every estate or interest in real property, whether legal or equitable, and

(c) a mobile home, a floating home and any leasehold or proprietary interest therein; (*immeuble*)

recipient of a supply of property or a service means

(a) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,

(b) where paragraph (a) does not apply and consideration is payable for the supply, the person who is liable to pay that consideration, and

(c) where no consideration is payable for the supply,

(i) in the case of a supply of property by way of sale, the person to whom the property is delivered or made available,

(ii) in the case of a supply of property otherwise than by way of sale, the person to whom possession or use of the property is given or made available, and

(iii) in the case of a supply of a service, the person to whom the service is rendered,

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply; (*acquéreur*)

record includes an account, an agreement, a book, a chart or table, a diagram, a form, an image, an invoice, a letter, a map, a memorandum, a plan, a return, a statement, a telegram, a voucher, and any other thing containing information, whether in writing or in any other form; (*registre*)

registered pension plan has the same meaning as in paragraph 149(5)(a); (*régime de pension agréé*)

registrant means a person who is registered, or who is required to be registered, under Subdivision D of Division V; (*inscrit*)

related convention supplies means property or services acquired, imported or brought into a participating province by a person exclusively for consumption, use or supply by the person in connection with a convention, but does not include

r.2) le service de recouvrement de créances rendu aux termes d'une convention conclue entre la personne qui consent à effectuer le service, ou qui prend des mesures afin qu'il soit effectué, et une personne donnée (sauf le débiteur) relativement à tout ou partie d'une créance, y compris le service qui consiste à tenter de recouvrer la créance, à prendre des mesures en vue de son recouvrement, à en négocier le paiement ou à réaliser ou à tenter de réaliser une garantie donnée à son égard; en est exclu le service qui consiste uniquement à accepter d'une personne (sauf la personne donnée) un paiement en règlement de tout ou partie d'un compte, sauf si la personne qui effectue le service, selon le cas :

(i) peut, aux termes de la convention, soit tenter de recouvrer tout ou partie du compte, soit réaliser ou tenter de réaliser une garantie donnée à son égard,

(ii) a pour entreprise principale le recouvrement de créances;

r.3) le service, sauf un service visé par règlement, qui consiste à gérer le crédit relatif à des cartes de crédit ou de paiement, à des comptes de crédit, d'achats à crédit ou de prêts ou à des comptes portant sur une avance, rendu à une personne qui consent ou pourrait consentir un crédit relativement à ces cartes ou comptes, y compris le service rendu à cette personne qui consiste, selon le cas :

(i) à vérifier, à évaluer ou à autoriser le crédit,

(ii) à prendre, en son nom, des décisions relatives à l'octroi de crédit ou à une demande d'octroi de crédit,

(iii) à créer ou à tenir, pour elle, des dossiers relatifs à l'octroi de crédit ou à une demande d'octroi de crédit ou relatifs aux cartes ou aux comptes,

(iv) à contrôler le registre des paiements d'une autre personne ou à traiter les paiements faits ou à faire par celle-ci;

r.4) le service, sauf un service visé par règlement, qui est rendu en préparation de la prestation effective ou éventuelle d'un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l), ou conjointement avec un tel service, et qui consiste en l'un des services suivants :

(i) un service de collecte, de regroupement ou de communication de renseignements,

(a) transportation services, other than a chartered service acquired by the person solely for the purpose of transporting attendees of the convention between any of the convention facilities, places of lodging of the attendees or transportation terminals,

(b) entertainment,

(c) except for the purposes of subsection 167.2(1) and section 252.4, property or services that are food or beverages or are supplied to the person under a contract for catering, or

(d) property or services supplied by the person in connection with the convention for consideration that is separate from the consideration for the admission to the convention, unless the recipient of the supply is acquiring the property or services exclusively for consumption or use in the course of promoting, at the convention, property or services supplied by, or a business of, the recipient; (*fournitures liées à un congrès*)

release has the same meaning as in the *Customs Act*; (*dédouanement*)

reporting period of a person means the reporting period of the person as determined under sections 245 to 251; (*période de déclaration*)

residential complex means

(a) that part of a building in which one or more residential units are located, together with

(i) that part of any common areas and other appurtenances to the building and the land immediately contiguous to the building that is reasonably necessary for the use and enjoyment of the building as a place of residence for individuals, and

(ii) that proportion of the land adjacent to the building that that part of the building is of the whole building,

(b) that part of a building that is

(i) the whole or part of a semi-detached house, rowhouse unit, residential condominium unit or other similar premises that is, or is intended to be, a separate parcel or other division of real property owned, or intended to be owned, apart from any other unit in the building, and

(ii) a residential unit,

(ii) un service d'étude de marché, de conception de produits, d'établissement ou de traitement de documents, d'assistance à la clientèle, de publicité ou de promotion ou un service semblable;

r.5) un bien, sauf un effet financier ou un bien visé par règlement, qui est livré à une personne, ou mis à sa disposition, conjointement avec la prestation par celle-ci d'un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l);

s) les services dont la fourniture est réputée taxable aux termes de la présente partie;

t) les services visés par règlement. (*financial service*)

société en commandite de placement Société en commandite dont le principal objet consiste à investir des fonds dans des biens qui sont principalement des effets financiers et à l'égard de laquelle l'un des énoncés ci-après se vérifie :

a) la société en commandite est présentée comme un fonds spéculatif, une société en commandite de placement, un fonds commun de placement, un fonds de capital-investissement, un fonds de capital-risque ou un autre mécanisme de placement collectif similaire ou fait partie d'un mécanisme ou d'une structure qui est ainsi présenté;

b) la valeur totale des participations dans la société en commandite détenues par des institutions financières désignées correspond à 50 % ou plus de la valeur totale des participations dans la société en commandite. (*investment limited partnership*)

sous-ministre [Abrogée, 1999, ch. 17, art. 152]

surintendant Le surintendant des institutions financières nommé conformément à la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*. (*Superintendent*)

taux de taxe Quant à une province participante :

a) si un accord d'harmonisation de la taxe de vente a été conclu avec le gouvernement de la province relativement au nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée, le taux réglementaire applicable à la province;

b) si la province est une zone extracôtière visée à la définition de *province participante*, le taux réglementaire qui lui est applicable;

c) à défaut de taux réglementaire applicable à la province, le taux figurant en regard du nom de la province à l'annexe VIII. (*tax rate*)

together with that proportion of any common areas and other appurtenances to the building and the land subjacent or immediately contiguous to the building that is attributable to the unit and that is reasonably necessary for its use and enjoyment as a place of residence for individuals,

(c) the whole of a building described in paragraph (a), or the whole of a premises described in subparagraph (b)(i), that is owned by or has been supplied by way of sale to an individual and that is used primarily as a place of residence of the individual, an individual related to the individual or a former spouse or common-law partner of the individual, together with

(i) in the case of a building described in paragraph (a), any appurtenances to the building, the land subjacent to the building and that part of the land immediately contiguous to the building, that are reasonably necessary for the use and enjoyment of the building, and

(ii) in the case of a premises described in subparagraph (b)(i), that part of any common areas and other appurtenances to the building and the land subjacent or immediately contiguous to the building that is attributable to the unit and that is reasonably necessary for the use and enjoyment of the unit,

(d) a mobile home, together with any appurtenances to the home and, where the home is affixed to land (other than a site in a residential trailer park) for the purpose of its use and enjoyment as a place of residence for individuals, the land subjacent or immediately contiguous to the home that is attributable to the home and is reasonably necessary for that purpose, and

(e) a floating home,

but does not include a building, or that part of a building, that is a hotel, a motel, an inn, a boarding house, a lodging house or other similar premises, or the land and appurtenances attributable to the building or part, where the building is not described in paragraph (c) and all or substantially all of the leases, licences or similar arrangements, under which residential units in the building or part are supplied, provide, or are expected to provide, for periods of continuous possession or use of less than sixty days; (*immeuble d'habitation*)

residential condominium unit means a residential complex that is, or is intended to be, a bounded space in a building designated or described as a separate unit on a registered condominium or strata lot plan or description,

taxe Taxe payable en application de la présente partie. (*tax*)

teneur en taxe Quant au bien d'une personne à un moment donné :

a) sauf en cas d'application de l'alinéa b), le résultat du calcul suivant :

$$(A - B) \times C$$

où :

A représente le total des montants suivants :

(i) la taxe qui était payable par la personne relativement à la dernière acquisition ou importation du bien par elle,

(ii) la taxe qui était payable par la personne relativement aux améliorations apportées au bien, qu'elle a acquises, importées ou transférées dans une province participante après la dernière acquisition ou importation du bien par elle,

(iii) la taxe prévue à l'article 165 qui aurait été payable par la personne relativement à la dernière acquisition du bien par elle, ou relativement aux améliorations apportées au bien qu'elle a acquises après la dernière acquisition ou importation du bien par elle, n'eût été le paragraphe 153(4), l'article 167, l'article 167.11 (s'il s'agit d'un bien acquis aux termes d'une convention portant sur une fourniture admissible, au sens de cet article, qui n'était pas, immédiatement avant cette acquisition, une immobilisation du fournisseur) ou le fait que la personne a acquis le bien ou les améliorations pour les consommer, les utiliser ou les fournir exclusivement dans le cadre d'activités commerciales,

(iv) la taxe prévue aux articles 218 ou 218.1 ou à la section IV.1 qui serait devenue payable par la personne relativement à la dernière acquisition ou importation du bien par elle et la taxe prévue à ces articles ou cette section qui serait devenue payable par elle relativement aux améliorations apportées au bien, qu'elle a acquises, importées ou transférées dans une province participante après la dernière acquisition ou importation du bien par elle, n'eût été le fait qu'elle a acquis ou importé le bien ou les améliorations, ou a transféré les améliorations dans la province participante, pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre de ses activités commerciales,

or a similar plan or description registered under the laws of a province, and includes any interest in land pertaining to ownership of the unit; (*logement en copropriété*)

residential trailer park of a person means the land that is included in a trailer park of the person or, where the person has two or more trailer parks that are immediately contiguous to each other, the land that is included in those contiguous trailer parks, and any buildings, fixtures and other appurtenances to the land that are reasonably necessary for

(a) the use and enjoyment of sites in the trailer parks by individuals residing in or occupying mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

(b) the purpose of engaging in the business of supplying those sites by way of lease, licence or similar arrangement,

but does not include such land and appurtenances or any part of them unless the land encompasses at least two sites and all or substantially all of the sites in the trailer parks

(c) are supplied, or are intended to be supplied, under a lease, licence or similar arrangement under which continuous possession or use of a site is provided for a period of at least

(i) one month, in the case of a mobile home or other residential unit, and

(ii) twelve months, in the case of a travel trailer, motor home or similar vehicle or trailer that is not a residential unit, and

(d) if the sites were occupied by mobile homes, would be suitable for use by individuals as places of residence throughout the year; (*parc à roulettes résidentiel*)

residential unit means

(a) a detached house, semi-detached house, rowhouse unit, condominium unit, mobile home, floating home or apartment,

(b) a suite or room in a hotel, a motel, an inn, a boarding house or a lodging house or in a residence for students, seniors, individuals with a disability or other individuals, or

(c) any other similar premises,

(v) les montants déterminés selon la formule suivante :

$$D \times E \times F/G$$

où :

D représente un montant de taxe, prévue au paragraphe 165(1) ou aux articles 212 ou 218, (sauf une taxe que la personne n'avait pas à payer par l'effet d'une autre loi) visé à l'un des sous-alinéas (i) à (iii) de l'élément A qui est devenu payable par la personne pendant qu'elle était une institution financière désignée particulière, ou qui serait devenu ainsi payable dans les circonstances prévues à ce sous-alinéa,

E le pourcentage applicable à la personne quant à une province participante, déterminé pour l'application du paragraphe 225.2(2), pour son année d'imposition qui comprend le moment auquel ce montant est ainsi devenu payable ou serait ainsi devenu payable,

F le taux de taxe applicable à cette province,

G :

(A) 7 %, dans le cas où le montant déterminé selon l'élément D est compris dans l'élément A de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) pour une période de déclaration de l'institution financière désignée particulière se terminant avant le 1^{er} juillet 2006, ou le serait si la taxe devenait payable,

(B) 6 %, dans le cas où le montant déterminé selon l'élément D est compris dans l'élément A de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) pour une période de déclaration de l'institution financière désignée particulière se terminant après le 30 juin 2006 mais avant le 1^{er} janvier 2008, ou le serait si la taxe devenait payable,

(C) 5 %, dans les autres cas,

B le total des montants suivants :

(i) les taxes visées aux sous-alinéas (i) à (iv) de l'élément A que la personne n'avait pas à payer par l'effet d'une autre loi,

(ii) les taxes (sauf celles visées au sous-alinéa (i)) prévues au paragraphe 165(2) et à l'article 212.1, visées à l'un des sous-alinéas (i) à (iv) de l'élément A, qui sont devenues payables par la personne pendant qu'elle était une institution

or that part thereof that

(d) is occupied by an individual as a place of residence or lodging,

(e) is supplied by way of lease, licence or similar arrangement for the occupancy thereof as a place of residence or lodging for individuals,

(f) is vacant, but was last occupied or supplied as a place of residence or lodging for individuals, or

(g) has never been used or occupied for any purpose, but is intended to be used as a place of residence or lodging for individuals; (*habitation*)

sale, in respect of property, includes any transfer of the ownership of the property and a transfer of the possession of the property under an agreement to transfer ownership of the property; (*vente*)

sales tax harmonization agreement has the same meaning as in subsection 2(1) of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*; (*accord d'harmonisation de la taxe de vente*)

school authority means an organization that operates an elementary or secondary school in which it provides instruction that meets the standards of educational instruction established by the government of the province in which the school is operated; (*administration scolaire*)

secured creditor means

(a) a particular person who has a security interest in the property of another person, or

(b) a person who acts for or on behalf of the particular person with respect to the security interest and includes

(i) a trustee appointed under a trust deed relating to a security interest,

(ii) a receiver or receiver-manager appointed by the particular person or appointed by a court on the application of the particular person,

(iii) a sequestrator, or

(iv) any other person performing a function similar to that of a person referred to in any of subparagraphs (i) to (iii); (*créancier garanti*)

security interest means any interest in property that secures payment or performance of an obligation, and

financière désignée particulière, ou qui seraient devenues ainsi payables dans les circonstances prévues à ce sous-alinéa,

(iii) les montants (sauf les crédits de taxe sur les intrants et les montants visés aux sous-alinéas (i) et (ii)) relatifs à la taxe visée aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'élément A que la personne avait le droit de recouvrer par voie de remboursement, de remise ou d'un autre moyen en vertu de la présente loi ou d'une autre loi ou aurait eu le droit de recouvrer ainsi si le bien ou les améliorations avaient été acquis pour utilisation exclusive dans le cadre d'activités non commerciales,

(iv) les montants (sauf les crédits de taxe sur les intrants et les montants visés aux sous-alinéas (i) et (ii)) relatifs à la taxe visée aux sous-alinéas (iii) et (iv) de l'élément A que la personne aurait eu le droit de recouvrer par voie de remboursement, de remise ou d'un autre moyen en vertu de la présente loi ou d'une autre loi si cette taxe avait été payable et si le bien ou les améliorations avaient été acquis pour utilisation exclusive dans le cadre d'activités non commerciales,

C 1 ou, s'il est inférieur, le résultat du calcul suivant :

H/I

où :

H représente la juste valeur marchande du bien au moment donné,

I le total des montants suivants :

(i) la valeur de la contrepartie de la dernière fourniture du bien effectuée au profit de la personne ou, si le bien a été importé en dernier par celle-ci, sa valeur déterminée selon l'article 215,

(ii) si la personne a acquis ou importé des améliorations au bien après qu'il a été ainsi acquis ou importé en dernier, le total des montants représentant chacun la valeur de la contrepartie d'une fourniture de telles améliorations effectuée au profit de la personne ou, si ces améliorations constituent des biens que la personne a importés ou transférés dans une province participante, leur valeur déterminée selon l'article 215 ou les paragraphes 220.05(1), 220.06(1) ou 220.07(3), selon le cas;

b) si la personne a transféré le bien dans une province participante en provenance d'une autre province pour

includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for; (*droit en garantie*)

segregated fund of an insurer means a specified group of properties that is held in respect of insurance policies all or part of the reserves for which vary in amount depending on the fair market value of the properties; (*fonds réservé*)

selected listed financial institution means, at any time, a listed financial institution who is at that time a selected listed financial institution under subsection 225.2(1); (*institution financière désignée particulière*)

self-contained domestic establishment has the meaning assigned by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*; (*établissement domestique autonome*)

service means anything other than

- (a) property,
- (b) money, and
- (c) anything that is supplied to an employer by a person who is or agrees to become an employee of the employer in the course of or in relation to the office or employment of that person; (*service*)

short-term accommodation means a residential complex or a residential unit that is supplied to a recipient by way of lease, licence or similar arrangement for the purpose of its occupancy by an individual as a place of residence or lodging, if the period throughout which the individual is given continuous occupancy of the complex or unit is less than one month and, for the purposes of section 252.4,

- (a) includes any type of overnight shelter (other than shelter on a train, trailer, boat or structure that has means of, or is capable of being readily adapted for, self-propulsion) when supplied as part of a tour package (within the meaning assigned by subsection 163(3)) that also includes food and the services of a guide, and
- (b) does not include a complex or unit when it
 - (i) is supplied to the recipient under a timeshare arrangement, or
 - (ii) is included in that part of a tour package that is not the taxable portion of the tour package (within

consommation, utilisation ou fourniture dans la province participante dans des circonstances où elle était tenue de payer la taxe relative au bien en vertu de l'article 220.05 ou aurait été ainsi tenue n'eût été le fait que le bien a été transféré dans cette province pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre d'activités commerciales ou que la personne n'avait pas à payer cette taxe par l'effet d'une autre loi, le résultat du calcul suivant :

$$(J - K) \times L$$

où :

J représente le total des montants suivants :

- (i) la teneur en taxe du bien, déterminé selon l'alinéa a), immédiatement avant le transfert du bien dans la province,
- (ii) la taxe qui est devenue payable par la personne relativement au bien en vertu de l'article 220.05 au moment du transfert du bien dans la province participante,
- (iii) la taxe qui était payable par la personne relativement aux améliorations apportées au bien, qu'elle a acquises, importées ou transférées dans une province participante après le transfert du bien dans cette province,
- (iv) la taxe prévue à l'article 165 qui aurait été payable par la personne, relativement aux améliorations apportées au bien qu'elle a acquises après le transfert du bien dans la province participante, n'eût été le paragraphe 153(4), l'article 167, l'article 167.11 (s'il s'agit d'un bien acquis aux termes d'une convention portant sur une fourniture admissible, au sens de cet article, qui n'était pas, immédiatement avant cette acquisition, une immobilisation du fournisseur) ou le fait que la personne a acquis les améliorations pour les consommer, les utiliser ou les fournir exclusivement dans le cadre d'activités commerciales,
- (v) la taxe prévue à l'article 220.05 qui serait devenue payable par la personne relativement au bien et la taxe prévue aux articles 218 ou 218.1 ou à la section IV.1 qui serait devenue payable par elle relativement aux améliorations apportées au bien, qu'elle a acquises, importées ou transférées dans une province participante après le transfert du bien dans cette province, si ce n'était le fait qu'elle a transféré le bien dans la province, ou a acquis ou importé les améliorations, ou les a transférés dans la province, pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre de ses activités commerciales,

the meaning assigned to those expressions by subsection 163(3); (*logement provisoire*)

single unit residential complex means a residential complex that does not contain more than one residential unit, but does not include a residential condominium unit; (*immeuble d'habitation à logement unique*)

small supplier, at any time, means a person who is at that time a small supplier under section 148 or 148.1; (*petit fournisseur*)

specified Crown agent means

(a) a prescribed agent of Her Majesty in right of Canada, or

(b) an agent of Her Majesty in right of a province

(i) that pays tax because of an agreement under section 32 of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act* entered into by the government of the province, or

(ii) that is prescribed; (*mandataire de la Couronne désigné*)

specified motor vehicle means

(a) goods that are or would, if they were imported, be classified under any of tariff item 8701.20.00, subheading Nos. 8701.30 and 8701.90, heading No. 87.02, tariff item 8703.10.10, subheading Nos. 8703.21 to 8703.90 and 8704.21 to 8704.90, heading 87.05, tariff items 8711.20.00 to 8711.90.00 and 8713.90.00, 8716.10.21, 8716.10.29 and 8716.39.30 to 8716.40.00 and subheading No. 8716.80 of Schedule I to the *Customs Tariff*, other than racing cars classified under heading No. 87.03 of that Schedule and prescribed motor vehicles, and

(b) prescribed motor vehicles; (*véhicule à moteur déterminé*)

specified tangible personal property means property that is, or is an interest in,

(a) a print, an etching, a drawing, a painting, a sculpture or other similar work of art,

(b) jewellery,

(c) a rare folio, a rare manuscript or a rare book,

(d) a stamp,

(e) a coin, or

(vi) les montants déterminés selon la formule suivante :

$$M \times N \times O/P$$

où :

M représente un montant de taxe, prévue au paragraphe 165(1) ou aux articles 212 ou 218, (sauf la taxe que la personne n'avait pas à payer par l'effet d'une autre loi) visé aux sous-alinéas (iii) ou (iv) de l'élément J qui est devenu payable par la personne après le transfert du bien dans la province participante et pendant que la personne était une institution financière désignée particulière, ou qui serait devenu ainsi payable dans les circonstances prévues à ce sous-alinéa,

N le pourcentage applicable à la personne quant à une province participante, déterminé pour l'application du paragraphe 225.2(2), pour son année d'imposition qui comprend le moment auquel ce montant est devenu ainsi payable ou serait ainsi devenu payable,

O le taux de taxe applicable à cette province,

P :

(A) 7 %, dans le cas où le montant déterminé selon l'élément M est compris dans l'élément A de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) pour une période de déclaration de l'institution financière désignée particulière se terminant avant le 1^{er} juillet 2006, ou le serait si la taxe devenait payable,

(B) 6 %, dans le cas où le montant déterminé selon l'élément M est compris dans l'élément A de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) pour une période de déclaration de l'institution financière désignée particulière se terminant après le 30 juin 2006 mais avant le 1^{er} janvier 2008, ou le serait si la taxe devenait payable,

(C) 5 %, dans les autres cas,

K le total des montants suivants :

(i) les taxes visées aux sous-alinéas (ii) à (v) de l'élément J que la personne n'avait pas à payer par l'effet d'une autre loi,

(ii) les taxes (sauf celles visées au sous-alinéa (i)) prévues au paragraphe 165(2) et à l'article 212.1, visées à l'un des sous-alinéas (ii) à (v) de

(f) prescribed personal property; (*bien meuble corporel désigné*)

sponsor of a convention means the person who convenes the convention and supplies admissions to it; (*promoteur*)

straddle plant means a natural gas processing plant devoted primarily to the recovery of natural gas liquids or ethane from natural gas that is transported by pipeline to the plant by a common carrier of natural gas; (*installation de traitement complémentaire*)

substantial renovation of a residential complex means the renovation or alteration of the whole or that part of a building, as described in whichever of paragraphs (a) to (e) of the definition *residential complex* is applicable to the residential complex, in which one or more residential units are located to such an extent that all or substantially all of the building or part, as the case may be, other than the foundation, external walls, interior supporting walls, floors, roof, staircases and, in the case of that part of a building described in paragraph (b) of that definition, the common areas and other appurtenances, that existed immediately before the renovation or alteration was begun has been removed or replaced if, after completion of the renovation or alteration, the building or part, as the case may be, is, or forms part of, a residential complex; (*rénovations majeures*)

Superintendent means the Superintendent of Financial Institutions appointed pursuant to the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*; (*surintendant*)

supplier, in respect of a supply, means the person making the supply; (*Version anglaise seulement*)

supply means, subject to sections 133 and 134, the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, rental, lease, gift or disposition; (*fourniture*)

tax means tax payable under this Part; (*taxe*)

taxable supply means a supply that is made in the course of a commercial activity; (*fourniture taxable*)

taxation year of a person means

(a) where the person is a taxpayer, within the meaning of that term in the *Income Tax Act* (other than an unincorporated person exempt because of subsection 149(1) of that Act from tax under Part I of that Act on all or part of the person's taxable income), the taxation year of the person for the purposes of that Act,

l'élément J, qui sont devenues payables par la personne pendant qu'elle était une institution financière désignée particulière, ou qui seraient devenues ainsi payables dans les circonstances prévues à ce sous-alinéa,

(iii) les montants (sauf les crédits de taxe sur les intrants et les montants visés aux sous-alinéas (i) ou (ii)) relatifs à la taxe visée aux sous-alinéas (ii) et (iii) de l'élément J que la personne avait le droit de recouvrer par voie de remboursement, de remise ou d'un autre moyen en vertu de la présente loi ou d'une autre loi ou aurait eu le droit de recouvrer ainsi si le bien ou les améliorations avaient été acquis pour utilisation exclusive dans le cadre d'activités non commerciales,

(iv) les montants (sauf les crédits de taxe sur les intrants et les montants visés aux sous-alinéas (i) et (ii)) relatifs à la taxe visée aux sous-alinéas (iv) et (v) de l'élément J que la personne aurait eu le droit de recouvrer par voie de remboursement, de remise ou d'un autre moyen en vertu de la présente loi ou d'une autre loi si cette taxe avait été payable et si le bien ou les améliorations avaient été acquis pour utilisation exclusive dans le cadre d'activités non commerciales,

L 1 ou, s'il est inférieur, le résultat du calcul suivant :

Q/R

où :

Q représente la juste valeur marchande du bien au moment donné,

R le total des montants suivants :

(i) la valeur du bien, déterminée selon les paragraphes 220.05(1), 220.06(1) ou 220.07(3), selon le cas, au moment du transfert du bien dans la province participante,

(ii) si la personne a acquis ou importé des améliorations au bien après le transfert du bien dans la province participante, le total des montants représentant chacun la valeur de la contrepartie d'une fourniture de telles améliorations effectuée au profit de la personne ou, si ces améliorations constituent des biens que la personne a importés ou apportés dans une province participante, la valeur des améliorations déterminée selon l'article 215 ou les paragraphes

(b) where the person is a partnership described in subparagraph 249.1(1)(b)(ii) of that Act, the fiscal period of the person's business determined under subsection 249.1(1) of that Act, and

(c) in any other case, the period that would be the taxation year of the person for the purposes of that Act if the person were a corporation other than a professional corporation (within the meaning assigned by subsection 248(1) of that Act); (*année d'imposition*)

Tax Court means the Tax Court of Canada; (*Version anglaise seulement*)

tax fraction [Repealed, 1997, c. 10, s. 150]

taxi business means

(a) a business carried on in Canada of transporting passengers by taxi or other similar vehicle for fares that are regulated under the laws of Canada or a province, or

(b) a business carried on in Canada by a person of transporting passengers for fares by motor vehicle — being a vehicle that would be an *automobile*, as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, if that definition were read without reference to “a motor vehicle acquired primarily for use as a taxi,” in its paragraph (c) and without reference to its paragraph (e) — within a particular municipality and its environs if the transportation is arranged or coordinated through an electronic platform or system, other than

(i) the part of the business that does not involve the making of taxable supplies by the person,

(ii) the part of the business that is the operation of a sightseeing service or the school transportation of elementary or secondary students, or

(iii) a prescribed business or a prescribed activity of a business; (*entreprise de taxis*)

tax rate, for or in relation to a participating province, means

(a) if there is a sales tax harmonization agreement with the government of the participating province relating to the new harmonized value-added tax system, the rate that is prescribed for the participating province,

(b) if the participating province is an offshore area referred to in the definition *participating province*, the rate that is prescribed for the participating province, and

220.05(1), 220.06(1) ou 220.07(3), selon le cas. (*basic tax content*)

titre de créance Droit de se faire payer de l'argent, y compris le dépôt d'argent. La présente définition exclut le bail, la licence ou l'accord semblable visant l'utilisation ou le droit d'utilisation de biens autres que des effets financiers. (*debt security*)

titre de participation Action du capital-actions d'une personne morale ou droit y afférent. (*equity security*)

transporteur Personne qui fournit un service de transport de marchandises au sens du paragraphe 1(1) de la partie VII de l'annexe VI. (*carrier*)

trimestre civil Période de trois mois débutant le premier jour de janvier, avril, juillet et octobre de l'année civile. (*calendar quarter*)

trimestre d'exercice Période déterminée en application de l'article 243. (*fiscal quarter*)

unité d'émission S'entend, selon le cas :

(a) d'un droit, crédit ou instrument semblable (sauf un droit, crédit ou instrument visé par règlement) qui, à la fois :

(i) est émis ou créé par l'une des personnes suivantes ou pour son compte :

(A) un gouvernement, un gouvernement d'un pays étranger, un gouvernement d'une subdivision politique d'un pays, une organisation supranationale ou une organisation internationale (chacun étant appelé « organisme de réglementation » à la présente définition),

(B) un conseil, une commission ou une autre entité établi par un organisme de réglementation,

(C) une agence d'un organisme de réglementation,

(ii) peut servir à satisfaire à une exigence prévue par un mécanisme ou un accord qui est :

(A) soit mis en œuvre par un organisme de réglementation, ou pour son compte, dans le but de réglementer les émissions de gaz à effet de serre,

(B) soit visé par règlement,

(c) in the absence of a rate that is prescribed for the participating province, the rate set opposite the name of the participating province in Schedule VIII; (*taux de taxe*)

telecommunication service means

(a) the service of emitting, transmitting or receiving signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system, or

(b) making available for such emission, transmission or reception telecommunications facilities of a person who carries on the business of supplying services referred to in paragraph (a); (*service de télécommunication*)

telecommunications facility means any facility, apparatus or other thing (including any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, or any part thereof) that is used or is capable of being used for telecommunications; (*installation de télécommunication*)

testamentary trust has the meaning assigned by subsection 248(1) of the *Income Tax Act*; (*fiducie testamentaire*)

trailer park of a person means a piece of land that is owned by or leased to the person and that is exclusively composed of

(a) one or more sites each of which is, or is intended to be, supplied by the person by way of lease, licence or similar arrangement to the owner, lessee or person in occupation or possession of a mobile home, or a travel trailer, motor home or similar vehicle or trailer, situated or to be situated on the site, and

(b) other land that is reasonably necessary for

(i) the use and enjoyment of the sites by individuals residing in or occupying mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

(ii) the purpose of engaging in the business of supplying the sites by way of lease, licence or similar arrangement; (*parc à roulettes*)

university means a recognized degree-granting institution or an organization that operates a college affiliated with, or a research body of, such an institution; (*université*)

(iii) représente une quantité déterminée d'émissions de gaz à effet de serre exprimée en équivalant en dioxyde de carbone;

b) d'un bien visé par règlement. (*emission allowance*)

université Institution reconnue qui décerne des diplômes, y compris l'organisation qui administre une école affiliée à une telle institution ou l'institut de recherche d'une telle institution. (*university*)

véhicule à moteur déterminé

a) Produits qui sont classés sous le numéro tarifaire 8701.20.00, les sous-positions 8701.30 et 8701.90, la position 87.02, le numéro tarifaire 8703.10.10, les sous-positions 8703.21 à 8703.90 et 8704.21 à 8704.90, la position 87.05, les numéros tarifaires 8711.20.00 à 8711.90.00 et 8713.90.00, 8716.10.21, 8716.10.29 et 8716.39.30 à 8716.40.00 et la sous-position 8716.80 de l'annexe I du *Tarif des douanes*, ou qui seraient ainsi classés s'ils étaient importés, à l'exception des voitures de course classées sous la position 87.03 de cette annexe et des véhicules à moteur visés par règlement;

b) véhicules à moteur visés par règlement. (*specified motor vehicle*)

vente Y sont assimilés le transfert de la propriété d'un bien et le transfert de la possession d'un bien en vertu d'une convention prévoyant le transfert de la propriété du bien. (*sale*)

voiture de tourisme Voiture de tourisme ou voiture de tourisme zéro émission, au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. (*passenger vehicle*)

zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse Zone extracôtière au sens de l'article 2 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada — Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers*. (*Nova Scotia offshore area*)

zone extracôtière de Terre-Neuve Zone extracôtière au sens de l'article 2 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada — Terre-Neuve-et-Labrador*. (*Newfoundland offshore area*)

used tangible personal property means tangible personal property that has been used in Canada; (*bien meuble corporel d'occasion*)

zero-rated supply means a supply included in Schedule VI. (*fourniture détaxée*)

Meaning of Canada

(2) Subject to subsection (3), in this Part, **Canada** includes

(a) the sea bed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coasts of Canada in respect of which the government of Canada or of a province may grant a right, licence or privilege to explore for or exploit any minerals; and

(b) the seas and airspace above the submarine areas referred to in paragraph (a) in respect of any activities carried on in connection with the exploration for or exploitation of minerals.

Idem

(3) In or in respect of Division III, **Canada** has the same meaning as in the *Customs Act*.

Application of provisions to schedules

(4) Any provision of this Part that applies for the purposes of this Part also applies for the purposes of Schedules V to X.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, ss. 10, 204(F); 1994, c. 9, s. 2, c. 13, s. 7; 1996, c. 21, s. 64; 1997, c. 10, ss. 1, 150, 255; 1998, c. 19, s. 281; 1999, c. 17, s. 152, c. 28, s. 159; 2000, c. 12, ss. 111, 113, c. 30, s. 18; 2001, c. 17, s. 236; 2002, c. 22, s. 387; 2004, c. 22, s. 29; 2005, c. 38, s. 104; 2006, c. 4, ss. 2, 136; 2007, c. 18, s. 2, c. 35, s. 183; 2009, c. 32, s. 2; 2010, c. 12, s. 55; 2011, c. 15, s. 11; 2012, c. 19, s. 20, c. 31, s. 74; 2014, c. 13, ss. 101, 115, c. 39, s. 92; 2016, c. 12, s. 89; 2017, c. 20, s. 35, c. 33, ss. 106, 162(F); 2018, c. 12, s. 95, c. 27, s. 41; 2019, c. 29, s. 70.

Compound interest

124 (1) Interest computed at a prescribed rate and any penalty computed at a rate per year under any provision of this Part shall be compounded daily.

Idem

(2) Where, on any day, both penalty computed at a rate per year and interest are required to be compounded, they shall, on that day, be compounded together at a single rate equal to the total of the penalty rate and the interest rate as though both the penalty and interest were interest computed at that single rate.

Application of interest

(3) Where an amendment to this Part, or an amendment or an enactment that relates to this Part,

Canada

(2) Pour l'application de la présente partie, le Canada comprend, sous réserve du paragraphe (3) :

a) le fond de la mer et le sous-sol des zones sous-marines contiguës au littoral du Canada à l'égard desquels un gouvernement peut accorder un droit, une licence ou un privilège visant l'exploitation de minéraux ou l'exploration y afférente;

b) les eaux et l'espace aérien situés au-dessus de ces zones, en ce qui a trait aux activités exercées en rapport avec l'exploitation de minéraux ou l'exploration y afférente.

Canada — section III

(3) Pour l'application de la section III, **Canada** s'entend au sens de la *Loi sur les douanes*.

Application aux annexes

(4) Les dispositions qui s'appliquent à la présente partie s'appliquent également aux annexes V à X.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10 et 204(F); 1994, ch. 9, art. 2, ch. 13, art. 7; 1996, ch. 21, art. 64; 1997, ch. 10, art. 1, 150 et 255; 1998, ch. 19, art. 281; 1999, ch. 17, art. 152, ch. 28, art. 159; 2000, ch. 12, art. 111 et 113, ch. 30, art. 18; 2001, ch. 17, art. 236; 2002, ch. 22, art. 387; 2004, ch. 22, art. 29; 2005, ch. 38, art. 104; 2006, ch. 4, art. 2 et 136; 2007, ch. 18, art. 2, ch. 35, art. 183; 2009, ch. 32, art. 2; 2010, ch. 12, art. 55; 2011, ch. 15, art. 11; 2012, ch. 19, art. 20, ch. 31, art. 74; 2014, ch. 13, art. 101 et 115, ch. 39, art. 92; 2016, ch. 12, art. 89; 2017, ch. 20, art. 35, ch. 33, art. 106 et 162(F); 2018, ch. 12, art. 95, ch. 27, art. 41; 2019, ch. 29, art. 70.

Intérêts composés

124 (1) Les intérêts calculés au taux réglementaire et les pénalités calculées à un taux annuel, en application de la présente partie, sont composés quotidiennement.

Idem

(2) Les intérêts et les pénalités calculées à un taux annuel qui sont à être composés un jour donné sont, ce jour-là, composés ensemble à un taux unique égal au total du taux de la pénalité et du taux des intérêts. À cette fin, la pénalité et les intérêts sont réputés représenter des intérêts calculés à ce taux unique.

Intérêts

(3) Lorsqu'une modification apportée à la présente partie ou une modification ou un texte législatif afférent à cette partie entre en vigueur un jour donné, s'applique à

(b) every credit union shall be deemed to have made an election under subsection (1) with every other credit union that is in effect at all times; and

(c) every supply of tangible personal property by a credit union, other than a capital property of the credit union, to another credit union shall be deemed to be a supply of a financial service.

(d) [Repealed, 1993, c. 27, s. 25]

Mutual insurance group — deemed election

(7) For the purposes of this Part, every member of a mutual insurance group shall be deemed

(a) to be at all times a member of a closely related group of which every other member of the mutual insurance group is a member; and

(b) to have made, with every other member of the group, an election under subsection (1) that is in effect at all times.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 25; 1997, c. 10, s. 12; 2007, c. 18, s. 5.

Effect of election under subsection 150(1)

151 For the purposes of this Part, where a corporation that is a member of a closely related group has made an election under subsection 150(1), the corporation shall be deemed to be a financial institution throughout the period during which the election is in effect.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12.

Consideration

When consideration due

152 (1) For the purposes of this Part, the consideration, or a part thereof, for a taxable supply shall be deemed to become due on the earliest of

(a) the earlier of the day the supplier first issues an invoice in respect of the supply for that consideration or part and the date of that invoice,

(b) the day the supplier would have, but for an undue delay, issued an invoice in respect of the supply for that consideration or part, and

a) chaque caisse de crédit est réputée en tout temps être membre d'un groupe étroitement lié dont chaque autre caisse de crédit est membre;

b) chaque caisse de crédit est réputée avoir fait le choix prévu au paragraphe (1) avec chaque autre caisse de crédit, lequel choix est en vigueur en tout temps;

c) la fourniture d'un bien meuble corporel par une caisse de crédit, sauf une immobilisation de celle-ci, effectuée au profit d'une autre caisse de crédit est réputée être une fourniture de service financier.

d) [Abrogé, 1993, ch. 27, art. 25]

Présomption de choix — regroupement de sociétés mutuelles d'assurance

(7) Pour l'application de la présente partie, chaque membre d'un regroupement de sociétés mutuelles d'assurance est réputé :

a) être en tout temps membre d'un groupe étroitement lié dont chaque autre membre du regroupement est membre;

b) avoir fait le choix prévu au paragraphe (1) avec chaque autre membre du regroupement, lequel choix est en vigueur en tout temps.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 25; 1997, ch. 10, art. 12; 2007, ch. 18, art. 5.

Effet du choix prévu au paragraphe 150(1)

151 Pour l'application de la présente partie, la personne morale, membre d'un groupe étroitement lié, qui fait le choix prévu au paragraphe 150(1) est réputée être une institution financière tout au long de la période au cours de laquelle le choix est en vigueur.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12.

Contrepartie

Contrepartie due

152 (1) Pour l'application de la présente partie, tout ou partie de la contrepartie d'une fourniture taxable est réputée devenir due le premier en date des jours suivants :

a) le premier en date du jour où le fournisseur délivre, pour la première fois, une facture pour tout ou partie de la contrepartie et du jour apparaissant sur la facture;

b) le jour où le fournisseur aurait délivré une facture pour tout ou partie de la contrepartie, n'eût été un retard injustifié;

(c) the day the recipient is required to pay that consideration or part to the supplier pursuant to an agreement in writing.

Consideration under leases, etc.

(2) Notwithstanding subsection (1), where property is supplied by way of lease, licence or similar arrangement under an agreement in writing, the consideration, or any part thereof, for the supply shall, for the purposes of this Part, be deemed to become due on the day the recipient is required to pay the consideration or part to the supplier pursuant to the agreement.

Payment

(3) For the purposes of this Part, where consideration that is not money is given or required to be given, the consideration that is given or required to be given shall be deemed to be paid or required to be paid, as the case may be.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12.

Value of consideration

153 (1) Subject to this Division, the value of the consideration, or any part thereof, for a supply shall, for the purposes of this Part, be deemed to be equal to

(a) where the consideration or that part is expressed in money, the amount of the money; and

(b) where the consideration or that part is other than money, the fair market value of the consideration or that part at the time the supply was made.

Combined consideration

(2) For the purposes of this Part, where

(a) consideration is paid for a supply and other consideration is paid for one or more other supplies or matters, and

(b) the consideration for one of the supplies or matters exceeds the consideration that would be reasonable if the other supply were not made or the other matter were not provided,

the consideration for each of the supplies and matters shall be deemed to be that part of the total of all amounts, each of which is consideration for one of those supplies or matters, that may reasonably be attributed to each of those supplies and matters.

Barter between registrants

(3) Where

c) le jour où l'acquéreur est tenu de payer tout ou partie de la contrepartie au fournisseur conformément à une convention écrite.

Contrepartie en cas de bail

(2) Par dérogation au paragraphe (1), tout ou partie de la contrepartie relative à un bien fourni par bail, licence ou accord semblable faisant l'objet d'une convention écrite est réputée, pour l'application de la présente partie, devenir due le jour où l'acquéreur est tenu de la payer au fournisseur aux termes de la convention.

Païement

(3) Pour l'application de la présente partie, tout ce qui est donné ou à donner à titre de contrepartie, sauf de l'argent, est réputé payé ou payable à ce titre.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12.

Valeur de la contrepartie

153 (1) Pour l'application de la présente partie et sous réserve de la présente section, la valeur de tout ou partie de la contrepartie d'une fourniture est réputée correspondre, si la contrepartie est sous forme d'un montant d'argent, à ce montant; sinon, à sa juste valeur marchande au moment de la fourniture.

Contrepartie combinée

(2) Pour l'application de la présente partie, dans le cas où une contrepartie est payée pour une fourniture et une autre contrepartie est payée pour une ou plusieurs autres fournitures ou choses et où la contrepartie d'une des fournitures ou choses dépasse celle qui serait raisonnable si l'autre fourniture n'était pas effectuée, ou l'autre chose livrée, la contrepartie pour chacune des fournitures et choses est réputée égale à la fraction du total des montants dont chacun représente la contrepartie d'une de ces fournitures ou choses qu'il est raisonnable d'imputer à chacune des fournitures et choses.

Troc entre inscrits

(3) La valeur de tout ou partie de la contrepartie de la fourniture d'un bien d'une catégorie donnée ou d'un type

DIVISION II

Goods and Services Tax

SUBDIVISION A

Imposition of Tax

Imposition of goods and services tax

165 (1) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

Tax in participating province

(2) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in a participating province shall pay to Her Majesty in right of Canada, in addition to the tax imposed by subsection (1), tax in respect of the supply calculated at the tax rate for that province on the value of the consideration for the supply.

Zero-rated supply

(3) The tax rate in respect of a taxable supply that is a zero-rated supply is 0%.

Application in offshore areas

(4) Subsection (2) does not apply to a supply of property or a service made in the Nova Scotia offshore area or the Newfoundland offshore area unless the supplier makes the supply in the course of an offshore activity or the recipient of the supply acquires the property or service for consumption, use or supply in the course of an offshore activity.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 31; 1997, c. 10, ss. 17, 160; 2006, c. 4, s. 3; 2007, c. 18, s. 7, c. 35, s. 184.

Pay telephones

165.1 (1) Where the consideration for a supply of a telecommunication service is paid by depositing coins in a coin-operated telephone, the tax payable in respect of the supply is equal to

(a) zero where the amount deposited for the supply does not exceed \$0.25; and

(b) in any other case, the total of the amounts computed in accordance with subsections 165(1) and (2), except that where that total is equal to a multiple of \$0.05 plus a fraction of \$0.05, the fraction

SECTION II

Taxe sur les produits et services

SOUS-SECTION A

Assujettissement

Taux de la taxe sur les produits et services

165 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

Taux de la taxe dans les provinces participantes

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée dans une province participante est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada, outre la taxe imposée par le paragraphe (1), une taxe calculée au taux de taxe applicable à la province sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

Fourniture détaxée

(3) Le taux de la taxe relative à une fourniture détaxée est nul.

Application dans les zones extracôtières

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique à la fourniture d'un bien ou d'un service effectuée dans la zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse ou la zone extracôtière de Terre-Neuve que si le fournisseur l'effectue dans le cadre d'une activité extracôtière ou si l'acquéreur acquiert le bien ou le service pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre d'une telle activité.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 31; 1997, ch. 10, art. 17 et 160; 2006, ch. 4, art. 3; 2007, ch. 18, art. 7, ch. 35, art. 184.

Téléphones payants

165.1 (1) La taxe payable relativement à la fourniture d'un service de télécommunication dont la contrepartie est payée au moyen de pièces de monnaie insérées dans un téléphone est égal au montant suivant :

a) si le montant inséré dans l'appareil est égal ou inférieur à 0,25 \$, zéro;

b) dans les autres cas, le total des montants calculés en application des paragraphes 165(1) et (2); toutefois, lorsque ce total est égal à la somme d'un multiple de

supply, the recipient has not made an election under subsection 167(1.1) in respect of the qualifying supply.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 2007, c. 18, s. 9.

Supplies to non-resident persons of admissions to conventions

167.2 (1) If a sponsor of a convention makes a taxable supply of an admission to the convention to a non-resident person, the following shall not be included in calculating the tax payable in respect of the supply:

- (a) that portion of the consideration for the admission that is reasonably attributable to the provision of the convention facility or related convention supplies other than property or services that are food or beverages or are supplied under a contract for catering; and
- (b) 50% of that portion of the consideration for the admission that is reasonably attributable to the provision of related convention supplies that are food or beverages or are supplied under a contract for catering.

Supplies to non-resident exhibitors

(2) Where a sponsor of a convention makes a taxable supply by way of lease, licence or similar arrangement to a non-resident person of real property that is acquired by the person exclusively for use as a site for the promotion, at the convention, of property or services supplied by, or of a business of, the person, no tax is payable in respect of that supply to the person or in respect of any supply by the sponsor to the person of property or services that are acquired by the person for consumption or use as related convention supplies in respect of the convention.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1993, c. 27, s. 34; 2000, c. 30, s. 27.

When Tax Payable

General rule

168 (1) Tax under this Division in respect of a taxable supply is payable by the recipient on the earlier of the day the consideration for the supply is paid and the day the consideration for the supply becomes due.

Partial consideration

(2) Notwithstanding subsection (1), where consideration for a taxable supply is paid or becomes due on more than one day,

admissible au plus tard le jour où le choix prévu au paragraphe (2) relativement à cette fourniture est présenté au ministre.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 2007, ch. 18, art. 9.

Droit d'entrée à un congrès – non-résident

167.2 (1) Lorsque le promoteur d'un congrès effectue, au profit d'une personne non-résidente, la fourniture taxable d'un droit d'entrée au congrès, les montants suivants ne sont pas inclus dans le calcul de la taxe payable relativement à la fourniture :

- a) la partie de la contrepartie du droit d'entrée qu'il est raisonnable d'imputer à l'obtention du centre de congrès ou aux fournitures liées au congrès, à l'exclusion des aliments et boissons, et des biens ou services fournis aux termes d'un contrat visant un service de traiteur;
- b) le montant représentant 50 % de la partie de la contrepartie du droit d'entrée qu'il est raisonnable d'imputer aux fournitures liées au congrès qui constituent des aliments ou boissons, ou des biens et services fournis aux termes d'un contrat visant un service de traiteur.

Fourniture à l'exposant non-résident

(2) Aucune taxe n'est payable relativement à la fourniture d'un immeuble que le promoteur d'un congrès effectue par bail, licence ou accord semblable au profit d'une personne non-résidente qui acquiert l'immeuble pour utilisation exclusive comme lieu de promotion, lors du congrès, de son entreprise ou de biens ou de services qu'elle fournit. De plus, aucune taxe n'est alors payable relativement à la fourniture par le promoteur au profit de la personne de biens ou de services que celle-ci acquiert pour consommation ou utilisation à titre de fournitures liées au congrès.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1993, ch. 27, art. 34; 2000, ch. 30, art. 27.

Taxe payable

Règle générale

168 (1) La taxe prévue à la présente section est payable par l'acquéreur au premier en date du jour où la contrepartie de la fourniture taxable est payée et du jour où cette contrepartie devient due.

Contrepartie partielle

(2) Par dérogation au paragraphe (1), la taxe prévue à la présente section relativement à une fourniture taxable dont la contrepartie est payée ou devient due plus d'une

(a) tax under this Division in respect of the supply is payable on each day that is the earlier of the day a part of the consideration is paid and the day that part becomes due; and

(b) the tax that is payable on each such day shall be calculated on the value of the part of the consideration that is paid or becomes due, as the case may be, on that day.

Supply completed

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), where all or any part of the consideration for a taxable supply has not been paid or become due on or before the last day of the calendar month immediately following the first calendar month in which

(a) where the supply is of tangible personal property by way of sale, other than a supply described in paragraph (b) or (c), the ownership or possession of the property is transferred to the recipient,

(b) where the supply is of tangible personal property by way of sale under which the supplier delivers the property to the recipient on approval, consignment, sale-or-return basis or other similar terms, the recipient acquires ownership of the property or makes a supply of it to any person, other than the supplier, or

(c) where the supply is under an agreement in writing for the construction, renovation or alteration of, or repair to,

(i) any real property, or

(ii) any ship or other marine vessel, and it may reasonably be expected that the construction, renovation, alteration or repair will require more than three months to complete,

the construction, renovation, alteration or repair is substantially completed,

tax under this Division in respect of the supply, calculated on the value of that consideration or part, as the case may be, is payable on that day.

Continuous supplies

(4) Subsection (3) does not apply in respect of a supply of water, electricity, natural gas, steam or any other property where the property is delivered or made available to the recipient on a continuous basis by means of a wire, pipeline or other conduit and the supplier invoices the recipient in respect of that supply on a regular or periodic basis.

fois est payable à chacun des jours qui est le premier en date du jour où une partie de la contrepartie est payée et du jour où cette partie devient due et est calculée sur la valeur de la partie de la contrepartie qui est payée ou qui devient due ce jour-là.

Fourniture terminée

(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), la taxe prévue à la présente section, calculée sur la valeur de tout ou partie de la contrepartie d'une fourniture taxable, est payable le dernier jour du mois qui suit le premier mois où l'un des faits suivants se réalise, dans le cas où tout ou partie de la contrepartie n'est pas payée ou devenue due au plus tard ce jour-là :

a) s'il s'agit de la fourniture par vente d'un bien meuble corporel, sauf la fourniture visée à l'alinéa b) ou c), la propriété ou la possession du bien est transférée à l'acquéreur;

b) s'il s'agit de la fourniture par vente d'un bien meuble corporel — le bien étant livré à l'acquéreur par le fournisseur sur approbation, consignation avec ou sans reprise des invendus ou autres modalités semblables —, l'acquéreur acquiert la propriété du bien ou le fournit à une personne autre que le fournisseur;

c) s'il s'agit d'une fourniture prévue par une convention écrite qui porte sur la réalisation de travaux de construction, rénovation, transformation ou réparation d'un immeuble ou d'un bateau ou autre bâtiment de mer — étant raisonnable de s'attendre dans ce dernier cas à ce que les travaux durent plus de trois mois —, les travaux sont presque achevés.

Fournitures continues

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas à la fourniture d'eau, d'électricité, de gaz naturel, de vapeur ou d'un autre bien, si le bien est livré à l'acquéreur, ou mis à sa disposition, de façon continue au moyen d'un fil, d'un pipeline ou d'une autre canalisation et si le fournisseur facture l'acquéreur pour la fourniture de façon régulière ou périodique.

Sale of real property

(5) Notwithstanding subsections (1) and (2), tax under this Division in respect of a taxable supply of real property by way of sale is payable

(a) in the case of a supply of a residential condominium unit where possession of the unit is transferred, after 1990 and before the condominium complex in which the unit is situated is registered as a condominium, to the recipient under the agreement for the supply, on the earlier of the day ownership of the unit is transferred to the recipient and the day that is sixty days after the day the condominium complex is registered as a condominium; and

(b) in any other case, on the earlier of the day ownership of the property is transferred to the recipient and the day possession of the property is transferred to the recipient under the agreement for the supply.

Value not ascertainable

(6) Where under subsection (3) or (5) tax is payable on a day and the value of the consideration, or any part thereof, for the taxable supply is not ascertainable on that day,

(a) tax calculated on the value of the consideration or part, as the case may be, that is ascertainable on that day is payable on that day; and

(b) tax calculated on the value of the consideration or part, as the case may be, that is not ascertainable on that day is payable on the day the value becomes ascertainable.

Retention of consideration

(7) Notwithstanding subsections (1), (2), (3), (5) and (6), where the recipient of a taxable supply retains, pursuant to

(a) an Act of Parliament or of the legislature of a province, or

(b) an agreement in writing for the construction, renovation or alteration of, or repair to, any real property or any ship or other marine vessel,

a part of the consideration for the supply pending full and satisfactory performance of the supply, or any part thereof, tax under this Division, calculated on the value of that part of the consideration, is payable on the earlier of the day that part is paid and the day it becomes payable.

Combined supply

(8) For the purposes of this section, where a supply of any combination of service, personal property or real

Vente d'un immeuble

(5) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), la taxe prévue à la présente section relativement à la fourniture taxable d'un immeuble par vente est payable :

a) s'il s'agit de la fourniture d'un logement en copropriété dont la possession est transférée à l'acquéreur, après 1990 et avant l'enregistrement de l'immeuble d'habitation en copropriété dans lequel le logement est situé, aux termes de la convention relative à la fourniture, au premier en date du jour où la propriété du logement est transférée à l'acquéreur et du soixantième jour après le jour d'enregistrement;

b) dans les autres cas, au premier en date du jour du transfert à l'acquéreur de la propriété du bien et du jour du transfert à celui-ci de la possession du bien aux termes de la convention portant sur la fourniture.

Contrepartie invérifiable

(6) Pour l'application des paragraphes (3) et (5), la taxe calculée sur la valeur de tout ou partie d'une contrepartie est payable le jour qui est déterminé à ces paragraphes pour la partie vérifiable de la valeur ce jour-là et est payable le jour où elle devient vérifiable pour le reste.

Contrepartie retenue

(7) Par dérogation aux paragraphes (1), (2), (3), (5) et (6), la taxe prévue à la présente section, calculée sur la valeur d'une partie de la contrepartie d'une fourniture taxable que l'acquéreur retient, conformément à une loi fédérale ou provinciale ou à une convention écrite portant sur la construction, la rénovation, la transformation ou la réparation d'un immeuble ou d'un bateau ou autre bâtiment de mer, en attendant que tout ou partie de la fourniture soit effectuée de façon complète et satisfaisante, est payable au premier en date du jour où la partie de la contrepartie est payée et du jour où elle devient payable.

Fourniture combinée

(8) Pour l'application du présent article, dans le cas où sont fournis à la fois un service, un bien meuble et un

property (each of which is in this subsection referred to as an “element”) is made and the consideration for each element is not separately identified,

(a) where the value of a particular element can reasonably be regarded as exceeding the value of each of the other elements, the supply of all of the elements shall be deemed to be a supply only of the particular element; and

(b) in any other case, the supply of all of the elements shall be deemed

(i) where one of the elements is real property, to be a supply only of real property, and

(ii) in any other case, to be a supply only of a service.

Deposits

(9) For the purposes of this section, a deposit (other than a deposit in respect of a covering or container in respect of which section 137 applies), whether refundable or not, given in respect of a supply shall not be considered as consideration paid for the supply unless and until the supplier applies the deposit as consideration for the supply.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 2017, c. 33, s. 113(F).

SUBDIVISION B

Input Tax Credits

General rule for credits

169 (1) Subject to this Part, where a person acquires or imports property or a service or brings it into a participating province and, during a reporting period of the person during which the person is a registrant, tax in respect of the supply, importation or bringing in becomes payable by the person or is paid by the person without having become payable, the amount determined by the following formula is an input tax credit of the person in respect of the property or service for the period:

$$A \times B$$

where

A is the tax in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, that becomes payable by the person during the reporting period or that is paid by the person during the period without having become payable; and

B is

immeuble — chacun étant appelé « élément » au présent paragraphe — ou l'un et l'autre de ceux-ci, et où la contrepartie de chaque élément n'est pas identifiée séparément, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) s'il est raisonnable de considérer que la valeur d'un élément dépasse celle de chacun des autres éléments, seul cet élément est réputé fourni;

b) dans les autres cas, si l'un des éléments est un immeuble, seul cet immeuble est réputé fourni; sinon, seul le service est réputé fourni.

Dépôt

(9) Pour l'application du présent article, un dépôt (sauf celui afférent à une enveloppe ou un contenant auxquels l'article 137 s'applique), remboursable ou non, versé au titre d'une fourniture n'est considéré comme la contrepartie payée à ce titre que lorsque le fournisseur le considère ainsi.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 2017, ch. 33, art. 113(F).

SOUS-SECTION B

Crédit de taxe sur les intrants

Règle générale

169 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, un crédit de taxe sur les intrants d'une personne, pour sa période de déclaration au cours de laquelle elle est un inscrit, relativement à un bien ou à un service qu'elle acquiert, importe ou transfère dans une province participante, correspond au résultat du calcul suivant si, au cours de cette période, la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable :

$$A \times B$$

où :

A représente la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, qui, au cours de la période de déclaration, devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable;

B :

(a) where the tax is deemed under subsection 202(4) to have been paid in respect of the property on the last day of a taxation year of the person, the extent (expressed as a percentage of the total use of the property in the course of commercial activities and businesses of the person during that taxation year) to which the person used the property in the course of commercial activities of the person during that taxation year,

(b) where the property or service is acquired, imported or brought into the province, as the case may be, by the person for use in improving capital property of the person, the extent (expressed as a percentage) to which the person was using the capital property in the course of commercial activities of the person immediately after the capital property or a portion thereof was last acquired or imported by the person, and

(c) in any other case, the extent (expressed as a percentage) to which the person acquired or imported the property or service or brought it into the participating province, as the case may be, for consumption, use or supply in the course of commercial activities of the person.

Determining credit for improvement

(1.1) Where a person acquires or imports property or a service or brings it into a participating province partly for use in improving capital property of the person and partly for another purpose, for the purpose of determining an input tax credit of the person in respect of the property or service,

(a) notwithstanding section 138, that part of the property or service that is for use in improving the capital property and the remaining part of the property or service are each deemed to be a separate property or service that does not form part of the other;

(b) the tax payable in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, of that part of the property or service that is for use in improving the capital property is deemed to be equal to the amount determined by the formula

$$A \times B$$

where

A is the tax payable (in this section referred to as the "total tax payable") by the person in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, of the property or service, determined without reference to this section, and

B is the extent (expressed as a percentage) to which the total consideration paid or payable by the

a) dans le cas où la taxe est réputée, par le paragraphe 202(4), avoir été payée relativement au bien le dernier jour d'une année d'imposition de la personne, le pourcentage que représente l'utilisation que la personne faisait du bien dans le cadre de ses activités commerciales au cours de cette année par rapport à l'utilisation totale qu'elle en faisait alors dans le cadre de ses activités commerciales et de ses entreprises;

b) dans le cas où le bien ou le service est acquis, importé ou transféré dans la province, selon le cas, par la personne pour utilisation dans le cadre d'améliorations apportées à une de ses immobilisations, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne utilisait l'immobilisation dans le cadre de ses activités commerciales immédiatement après sa dernière acquisition ou importation de tout ou partie de l'immobilisation;

c) dans les autres cas, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne a acquis ou importé le bien ou le service, ou l'a transféré dans la province, selon le cas, pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales.

Améliorations

(1.1) Lorsqu'une personne acquiert ou importe un bien ou un service, ou le transfère dans une province participante, pour l'utiliser partiellement dans le cadre d'améliorations apportées à une de ses immobilisations et partiellement à d'autres fins, les présomptions suivantes s'appliquent aux fins du calcul de son crédit de taxe sur les intrants relativement au bien ou au service :

a) malgré l'article 138, la partie du bien ou du service qui est à utiliser dans le cadre d'améliorations apportées à l'immobilisation et l'autre partie du bien ou du service sont réputées être des biens ou des services distincts qui sont indépendants l'un de l'autre;

b) la taxe payable relativement à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, de la partie du bien ou du service qui est à utiliser dans le cadre d'améliorations apportées à l'immobilisation est réputée correspondre au résultat du calcul suivant :

$$A \times B$$

où :

A représente la taxe payable (appelée « taxe totale payable » au présent article) par la personne relativement à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, du bien ou du service, calculée compte non tenu du présent article,

person for the supply in Canada of the property or service or the value of the imported goods or the property brought in is or would be, if the person were a taxpayer under the *Income Tax Act*, included in determining the adjusted cost base to the person of the capital property for the purposes of that Act; and

(c) the tax payable in respect of that part of the property or service that is not for use in improving the capital property is deemed to be equal to the difference between the total tax payable and the amount determined under paragraph (b).

(1.2) and (1.3) [Repealed, 1997, c. 10, s. 161]

Credit for goods imported to provide commercial service

(2) Subject to this Part, where a registrant imports goods of a non-resident person who is not registered under Subdivision D of Division V for the purpose of making a taxable supply to the non-resident person of a commercial service in respect of the goods and, during a reporting period of the registrant, tax in respect of the importation becomes payable by the registrant or is paid by the registrant without having become payable, the input tax credit of the registrant in respect of the goods for the reporting period is an amount equal to that tax.

Restricted credit for selected listed financial institutions

(3) No amount shall be included in determining an input tax credit of a person in respect of tax that becomes payable by the person under subsection 165(2) or section 212.1 while the person is a selected listed financial institution unless

- (a) the input tax credit is in respect of
 - (i) tax that the person is deemed to have paid under subsection 171(1), 171.1(2), 206(2) or (3) or 208(2) or (3), or
 - (ii) an amount of tax that is prescribed for the purposes of paragraph (a) of the description of F in subsection 225.2(2);
- (b) the person is permitted to claim the input tax credit under subsection 193(1) or (2); or
- (c) the amount is a prescribed amount.

B le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la contrepartie totale payée ou payable par la personne pour la fourniture au Canada du bien ou du service, ou la valeur des produits importés ou du bien transféré dans la province, est incluse dans le calcul du prix de base rajusté de l'immobilisation pour la personne pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou le serait si la personne était un contribuable aux termes de cette loi;

c) la taxe payable relativement à l'autre partie du bien ou du service est réputée égale à la différence entre la taxe totale payable et le montant calculé selon l'alinéa b).

(1.2) et (1.3) [Abrogés, 1997, ch. 10, art. 161]

Produits importés en vue d'un service commercial

(2) Sous réserve de la présente partie, lorsqu'un inscrit importe des produits d'une personne non-résidente qui n'est pas inscrite aux termes de la sous-section D de la section V, en vue d'effectuer, au profit de cette dernière, la fourniture taxable d'un service commercial relatif aux produits et que, au cours d'une période de déclaration de l'inscrit, la taxe relative à l'importation devient payable par lui ou est payée par lui sans qu'elle soit devenue payable, le crédit de taxe sur les intrants de l'inscrit relativement aux produits pour la période de déclaration est égal à cette taxe.

Crédit limité aux institutions financières désignées particulières

(3) Un montant n'est inclus dans le calcul du crédit de taxe sur les intrants d'une personne au titre de la taxe qui devient payable par elle aux termes du paragraphe 165(2) ou de l'article 212.1 pendant qu'elle est une institution financière désignée particulière que si, selon le cas :

- a) le crédit de taxe sur les intrants se rapporte :
 - (i) soit à la taxe que la personne est réputée avoir payée aux termes des paragraphes 171(1), 171.1(2), 206(2) ou (3) ou 208(2) ou (3),
 - (ii) soit à un montant de taxe qui est visé par règlement pour l'application de l'alinéa a) de l'élément F de la formule figurant au paragraphe 225.2(2);
- b) la personne peut demander le crédit de taxe sur les intrants aux termes des paragraphes 193(1) ou (2);
- c) il s'agit d'un montant visé par règlement.

Required documentation

(4) A registrant may not claim an input tax credit for a reporting period unless, before filing the return in which the credit is claimed,

(a) the registrant has obtained sufficient evidence in such form containing such information as will enable the amount of the input tax credit to be determined, including any such information as may be prescribed; and

(b) where the credit is in respect of property or a service supplied to the registrant in circumstances in which the registrant is required to report the tax payable in respect of the supply in a return filed with the Minister under this Part, the registrant has so reported the tax in a return filed under this Part.

Exemption

(5) Where the Minister is satisfied that there are or will be sufficient records available to establish the particulars of any supply or importation or of any supply or importation of a specified class and the tax in respect of the supply or importation paid or payable under this Part, the Minister may

(a) exempt a specified registrant, a specified class of registrants or registrants generally from any of the requirements of subsection (4) in respect of that supply or importation or a supply or importation of that class; and

(b) specify terms and conditions of the exemption.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 35; 1997, c. 10, ss. 19, 161; 2000, c. 30, s. 28; 2009, c. 32, s. 5.

Restriction

170 (1) In determining an input tax credit of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of

(a) a supply of a membership, or a right to acquire a membership, in a club the main purpose of which is to provide dining, recreational or sporting facilities, except where the registrant acquires the membership or right, as the case may be, exclusively for supply in the ordinary course of a business of the registrant of supplying such memberships or rights;

(a.1) a supply, importation or bringing into a participating province of property or a service that is acquired, imported or brought in by the registrant for consumption or use by the registrant (or, where the registrant is a partnership, an individual who is a

Documents

(4) L'inscrit peut demander un crédit de taxe sur les intrants pour une période de déclaration si, avant de produire la déclaration à cette fin :

a) il obtient les renseignements suffisants pour établir le montant du crédit, y compris les renseignements visés par règlement;

b) dans le cas où le crédit se rapporte à un bien ou un service qui lui est fourni dans des circonstances où il est tenu d'indiquer la taxe payable relativement à la fourniture dans une déclaration présentée au ministre aux termes de la présente partie, il indique la taxe dans une déclaration produite aux termes de la présente partie.

Dispense

(5) Le ministre peut, s'il est convaincu qu'il existe ou existera des documents suffisants pour établir les faits relatifs à une fourniture ou à une importation, ou à une catégorie de fournitures ou d'importations, ainsi que pour calculer la taxe relative à la fourniture ou à l'importation, qui est payée ou payable en application de la présente partie :

a) dispenser un inscrit, une catégorie d'inscrits ou les inscrits en général des exigences prévues au paragraphe (4) relativement à la fourniture ou à l'importation ou à une fourniture ou une importation de la catégorie;

b) préciser les modalités de la dispense.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 35; 1997, ch. 10, art. 19 et 161; 2000, ch. 30, art. 28; 2009, ch. 32, art. 5.

Restriction

170 (1) Le calcul du crédit de taxe sur les intrants d'un inscrit n'inclut pas de montant au titre de la taxe payable par celui-ci relativement aux biens ou services suivants :

a) le droit d'adhésion, ou le droit d'acquérir un tel droit, à une association dont l'objet principal est d'offrir des installations pour les loisirs, les sports ou les repas, sauf dans le cas où l'inscrit acquiert le droit pour fourniture exclusive dans le cours normal de son entreprise qui consiste à fournir de tels droits;

a.1) le bien ou le service acquis, importé ou transféré dans une province participante pour la consommation ou l'utilisation de l'inscrit, ou, si celui-ci est une société de personnes, pour celle d'un particulier qui en est un associé, relativement à la partie d'un établissement

the administrator in writing of the designation and its effective date.

Notification by administrator

(4) On receipt of a notification by the Minister of a designation of a barter exchange network, the administrator of the network shall, within a reasonable time, notify each member of the network in writing of the designation and its effective date.

Exchange of barter unit

(5) If a member of a barter exchange network or the administrator of a barter exchange network gives, while a designation of the network under subsection (3) is in effect, property, a service or money in exchange for a barter unit, the value of that property, service or money as consideration for the barter unit is, for the purposes of this Part and despite section 155, deemed to be nil.

Deemed non-financial services

(6) For the purposes of this Part, each of the following is deemed not to be a financial service:

- (a) the operation, maintenance or administration of a system of accounts, to which barter units can be credited, of members of a barter exchange network;
- (b) the crediting of a barter unit to such an account;
- (c) the supply, receipt or redemption of a barter unit; and
- (d) the agreeing to provide, or the arranging for, anything referred to in any of paragraphs (a) to (c).

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 2000, c. 30, s. 34.

Forfeiture, extinguished debt, etc.

182 (1) For the purposes of this Part, where at any time, as a consequence of the breach, modification or termination after 1990 of an agreement for the making of a taxable supply (other than a zero-rated supply) of property or a service in Canada by a registrant to a person, an amount is paid or forfeited to the registrant otherwise than as consideration for the supply, or a debt or other obligation of the registrant is reduced or extinguished without payment on account of the debt or obligation,

Avis par l'administrateur

(4) Sur réception de l'avis, l'administrateur avise chaque membre du réseau par écrit, dans un délai raisonnable, de la désignation et de la date de son entrée en vigueur.

Échange d'une unité de troc

(5) Lorsqu'un membre d'un réseau de troc ou l'administrateur d'un tel réseau remet, à un moment où la désignation du réseau est en vigueur, un bien, un service ou de l'argent en échange d'une unité de troc, la valeur du bien, du service ou de l'argent à titre de contrepartie pour l'unité de troc est réputée, pour l'application de la présente partie et malgré l'article 155, être nulle.

Services financiers réputés ne pas en être

(6) Pour l'application de la présente partie, les activités suivantes sont réputées ne pas être des services financiers :

- a) la tenue ou l'administration d'un système de comptes au crédit desquels des unités de troc peuvent être portées, ces comptes étant ceux de membres d'un réseau de troc;
- b) le fait de porter une unité de troc au crédit d'un tel compte;
- c) la fourniture, la réception ou le rachat d'une unité de troc;
- d) le fait de consentir à effectuer l'une des activités visées aux alinéas a) à c) ou de prendre des mesures en vue de les effectuer.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 2000, ch. 30, art. 34.

Renonciation et remise de dette

182 (1) Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation, après 1990, d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada, sauf une fourniture détaxée, par un inscrit au profit d'une personne, un montant est payé à l'inscrit, ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur, autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, ou encore une dette ou autre obligation de l'inscrit est réduite ou remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation, les présomptions suivantes s'appliquent :

(a) the person is deemed to have paid, at that time, an amount of consideration for the supply equal to the amount determined by the formula

$$(A/B) \times C$$

where

A is 100%,

B is

(i) if tax under subsection 165(2) was payable in respect of the supply, the total of 100%, the rate set out in subsection 165(1) and the tax rate for the participating province in which the supply was made, and

(ii) in any other case, the total of 100% and the rate set out in subsection 165(1), and

C is the amount paid, forfeited or extinguished, or by which the debt or obligation was reduced, as the case may be; and

(b) the registrant is deemed to have collected, and the person is deemed to have paid, at that time, all tax in respect of the supply that is calculated on that consideration, which is deemed to be equal to

(i) where tax under subsection 165(2) was payable in respect of the supply, the total of the tax under that subsection and under subsection 165(1) calculated on that consideration, and

(ii) in any other case, tax under subsection 165(1) calculated on that consideration.

Transitional

(2) Paragraph (1)(b) does not apply in respect of amounts paid or forfeited, and debts or other obligations reduced or extinguished, as a consequence of a breach, modification or termination of an agreement where

(a) the agreement was entered into in writing before 1991;

(b) the amount is paid or forfeited, or the debt or other obligation is reduced or extinguished, as the case may be, after 1992; and

(c) tax in respect of the amount paid, forfeited or extinguished, or by which the debt or obligation was reduced, as the case may be, was not contemplated in the agreement.

Application of Division IX

(2.1) Division IX does not apply for the purposes of subsection (1).

a) la personne est réputée avoir payé, au moment donné, un montant de contrepartie pour la fourniture égal au résultat du calcul suivant :

$$(A/B) \times C$$

où :

A représente 100 %,

B le pourcentage suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, la somme de 100 %, du taux fixé au paragraphe 165(1) et du taux de taxe applicable à la province participante où la fourniture a été effectuée,

(ii) dans les autres cas, la somme de 100 % et du taux fixé au paragraphe 165(1),

C le montant payé, ayant fait l'objet de la renonciation ou remis, ou le montant dont la dette ou l'obligation a été réduite;

b) la personne est réputée avoir payé, et l'inscrit avoir perçu, au moment donné, la totalité de la taxe relative à la fourniture qui est calculée sur cette contrepartie, laquelle taxe est réputée égale au montant suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, le total des taxes prévues à ce paragraphe et au paragraphe 165(1) calculées sur cette contrepartie,

(ii) dans les autres cas, la taxe prévue au paragraphe 165(1), calculée sur cette contrepartie.

Convention conclue avant 1991

(2) L'alinéa (1)b) ne s'applique pas aux montants payés ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ou aux dettes ou autres obligations réduites ou remises, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation d'une convention, dans le cas où, à la fois :

a) la convention a été conclue par écrit avant 1991;

b) le montant est payé ou fait l'objet d'une renonciation, ou la dette ou l'obligation est réduite ou remise, après 1992;

c) la convention ne tenait pas compte de la taxe relative au montant payé, remis ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ni de celle relative au montant dont la dette ou l'obligation a été réduite.

Exception – section IX

(2.1) La section IX ne s'applique pas dans le cadre du paragraphe (1).

Exception

(3) Subsection (1) does not apply to that part of any amount paid or forfeited in respect of the breach, modification or termination of an agreement for the making of a supply where that part is

(a) an additional amount that is charged to a person because the consideration for the supply is not paid within a reasonable period and is such an amount referred to in section 161;

(b) an amount paid by one railway corporation to another railway corporation as or on account of a penalty for failure to return rolling stock within a stipulated time; or

(c) an amount paid as or on account of demurrage.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 46; 1997, c. 10, ss. 32, 176; 2006, c. 4, s. 9.

Seizure and repossession

183 (1) Where at any time after 1990 property of a person is, for the purpose of satisfying in whole or in part a debt or obligation owing by the person to another person (in this section referred to as the “creditor”), seized or repossessed by the creditor under a right or power exercisable by the creditor (other than a right or power that the creditor has under, or because of being a party to, a lease, licence or similar arrangement by which the person acquired the property),

(a) for the purposes of this Part, the person shall be deemed to have made, and the creditor shall be deemed to have received, at that time, a supply by way of sale of the property;

(b) for the purposes of this Part (other than sections 193 and 257), that supply shall be deemed to have been made for no consideration;

(c) where the supply referred to in paragraph (a) is a taxable supply of real property, for the purposes of sections 193 and 257, the tax payable in respect of the supply shall be deemed to be equal to tax calculated on the fair market value of the property at that time; and

(d) where the supply referred to in paragraph (a) is a supply of real property included in section 9 of Part I of Schedule V, in section 1 of Part V.1 of that Schedule or in section 25 of Part VI of that Schedule, for the purposes of sections 193 and 257, the supply is deemed to be a taxable supply and the tax payable in respect of the supply is deemed to be equal to tax calculated on the fair market value of the property at that time.

Exception

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la partie de tout montant payée ou remise relativement à l'inexécution, la modification ou l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture, si cette partie constitue, selon le cas :

a) un montant supplémentaire visé à l'article 161 et exigé d'une personne parce que la contrepartie n'est pas versée dans un délai raisonnable;

b) un montant versé par une compagnie de chemin de fer à une autre au titre d'une pénalité pour défaut de remettre du matériel roulant dans le délai imparti;

c) une surestarie ou un droit de stationnement.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 46; 1997, ch. 10, art. 32 et 176; 2006, ch. 4, art. 9.

Saisie et reprise de possession

183 (1) Dans le cas où, après 1990, le bien d'une personne est saisi ou fait l'objet d'une reprise de possession par un créancier en exécution d'un droit ou d'un pouvoir qu'il peut exercer, à l'exception d'un droit ou d'un pouvoir qu'il possède dans le cadre d'un bail, d'une licence ou d'un accord semblable aux termes duquel la personne a acquis le bien ou du fait qu'il est partie à un tel bail ou accord ou à une telle licence, et en acquittement total ou partiel d'une dette ou d'une obligation de la personne envers lui, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) pour l'application de la présente partie, la personne est réputée avoir effectué et le créancier, avoir reçu, au moment donné, une fourniture du bien par vente;

b) pour l'application de la présente partie, sauf les articles 193 et 257, cette fourniture est réputée avoir été effectuée sans contrepartie;

c) dans le cas où la fourniture visée à l'alinéa a) est la fourniture taxable d'un immeuble, la taxe payable relativement à la fourniture est réputée, pour l'application des articles 193 et 257, égale à la taxe calculée sur la juste valeur marchande du bien au moment donné;

d) dans le cas où la fourniture visée à l'alinéa a) est une fourniture d'immeuble incluse à l'article 9 de la partie I de l'annexe V, à l'article 1 de la partie V.1 de cette annexe ou à l'article 25 de la partie VI de cette annexe, pour l'application des articles 193 et 257, la fourniture est réputée être une fourniture taxable et la taxe payable relativement à la fourniture, être égale à la taxe calculée sur la juste valeur marchande du bien au moment donné.

DIVISION V

Collection and Remittance of Division II Tax

SUBDIVISION A

Collection

Collection of tax

221 (1) Every person who makes a taxable supply shall, as agent of Her Majesty in right of Canada, collect the tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply.

Exception

(2) A supplier (other than a prescribed supplier) who makes a taxable supply of real property by way of sale is not required to collect tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply where

(a) the supplier is a non-resident person or is resident in Canada by reason only of subsection 132(2);

(b) the recipient is registered under Subdivision D and, in the case of a recipient who is an individual, the property is neither a residential complex nor supplied as a cemetery plot or place of burial, entombment or deposit of human remains or ashes;

(b.1) the supplier and the recipient have made an election under section 2 of Part I of Schedule V in respect of the supply; or

(c) the recipient is a prescribed recipient.

Exception — emission allowance

(2.1) A supplier (other than a prescribed supplier) that makes a taxable supply of an emission allowance is not required to collect tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply.

Idem

(3) Where a carrier who makes a particular taxable supply of a service of transporting tangible personal property

(a) is provided with a declaration referred to in section 7 of Part VII of Schedule VI by the shipper, and

(b) at or before the time the tax in respect of the particular supply becomes payable the carrier did not

SECTION V

Perception et versement de la taxe prévue à la section II

SOUS-SECTION A

Perception

Perception

221 (1) La personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II.

Exception — fourniture d'un immeuble

(2) Le fournisseur, sauf un fournisseur visé par règlement, qui effectue la fourniture taxable d'un immeuble par vente n'est pas tenu de percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II si, selon le cas :

a) le fournisseur ne réside pas au Canada ou n'y réside que par application du paragraphe 132(2);

b) l'acquéreur est inscrit aux termes de la sous-section D et, s'il est un particulier, l'immeuble n'est ni un immeuble d'habitation ni fourni à titre de concession dans un cimetière, de lieu d'inhumation, de sépulture ou de lieu de dépôt de dépouilles mortelles ou de cendres;

b.1) le fournisseur et l'acquéreur ont fait, relativement à la fourniture, le choix prévu à l'article 2 de la partie I de l'annexe V;

c) l'acquéreur est un acquéreur visé par règlement.

Exception — unité d'émission

(2.1) Le fournisseur, sauf un fournisseur visé par règlement, qui effectue la fourniture taxable d'une unité d'émission n'est pas tenu de percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II relativement à la fourniture.

Exception — fourniture d'un service de transport

(3) Le transporteur qui effectue la fourniture taxable d'un service de transport d'un bien meuble corporel pour lequel l'expéditeur lui remet une déclaration visée à l'article 7 de la partie VII de l'annexe VI n'est pas tenu de percevoir la taxe relative à la fourniture ou à toute fourniture en découlant si, au plus tard au moment où la taxe relative à la fourniture devient payable, il ne savait pas et ne pouvait vraisemblablement pas savoir :

know and could not reasonably be expected to know that

- (i) the property was not being shipped for export,
- (ii) the transportation by the carrier was not part of a continuous outbound freight movement in respect of the property, and
- (iii) there was or was to be any diversion of the property to a final destination in Canada,

the carrier is not required to collect tax in respect of the particular supply or any supply that is incidental to the particular supply.

(3.1) [Repealed, 2001, c. 15, s. 9]

Definitions

(4) In subsection (3), *continuous outbound freight movement* and *shipper* have the same meanings as in Part VII of Schedule VI.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 85; 1997, c. 10, s. 43.1; 2000, c. 30, s. 48; 2001, c. 15, s. 9; 2018, c. 27, s. 44.

Meaning of *inventory*

221.1 (1) In this section, *inventory* of a person means tangible personal property of the person acquired in Canada or imported by the person for supply by way of sale in the ordinary course of a business carried on by the person in Canada.

Export certificate

(2) The Minister may, on the application of a person who is registered under Subdivision D, authorize the person to use, beginning on a particular day in a fiscal year of the person and subject to such conditions as the Minister may from time to time specify, a certificate (in this section referred to as an “export certificate”) for the purpose of section 1.1 of Part V of Schedule VI, if it can reasonably be expected

- (a) that at least 90% of the total of all consideration for supplies to the person of items of inventory acquired in Canada by the person in the 12-month period commencing immediately after the particular day will be attributable to supplies that would be included in section 1 of that Part if it were read without reference to paragraph (e) of that section; and
- (b) that the total of all consideration, included in determining the income of a business of the person for the year, for supplies made outside Canada by the person of items of inventory of the person that are not consumed, used, processed, transformed or altered

a) que le bien n'était pas destiné à l'exportation;

b) que le transport ne faisait pas partie d'un service continu de transport de marchandises vers l'étranger;

c) que le bien avait été réacheminé, ou le serait, vers une destination finale au Canada.

(3.1) [Abrogé, 2001, ch. 15, art. 9]

Définitions

(4) Au paragraphe (3), *expéditeur* et *service continu de transport de marchandises vers l'étranger* s'entendent au sens de la partie VII de l'annexe VI.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 85; 1997, ch. 10, art. 43.1; 2000, ch. 30, art. 48; 2001, ch. 15, art. 9; 2018, ch. 27, art. 44.

Définition de *stocks*

221.1 (1) Pour l'application du présent article, les stocks d'une personne sont composés des biens meubles corporels qu'elle a acquis au Canada ou importés pour fourniture par vente dans le cours normal d'une entreprise qu'elle exploite au Canada.

Certificat d'exportation

(2) Le ministre peut, à la demande d'une personne inscrite aux termes de la sous-section D, accorder l'autorisation d'utiliser, à compter d'un jour donné d'un exercice et sous réserve des conditions qu'il peut fixer au besoin, un certificat (appelé « certificat d'exportation » au présent article) pour l'application de l'article 1.1 de la partie V de l'annexe VI, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que les éventualités suivantes se réalisent :

- a) au moins 90 % du total de la contrepartie des fournitures de stocks acquis au Canada au cours de la période de douze mois commençant immédiatement après le jour donné sera attribuable à des fournitures qui seraient visées à l'article 1 de la partie V de l'annexe VI s'il n'était pas tenu compte de son alinéa e);
- b) le total de la contrepartie, incluse dans le calcul du revenu d'une entreprise de la personne pour l'exercice, des fournitures de stocks qu'elle a effectuées à l'étranger — lesquels stocks ne sont ni consommés, ni utilisés, ni traités, ni transformés ni modifiés entre le moment de leur acquisition au Canada ou de leur

No action for collection of tax

224.1 No person, other than Her Majesty in right of Canada, may bring an action or proceeding against any person for acting in compliance or intended compliance with this Part by collecting an amount as or on account of tax.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 2010, c. 25, s. 135.

SUBDIVISION B

Remittance of Tax

Net tax

225 (1) Subject to this Subdivision, the net tax for a particular reporting period of a person is the positive or negative amount determined by the formula

$$A - B$$

where

A is the total of

- (a) all amounts that became collectible and all other amounts collected by the person in the particular reporting period as or on account of tax under Division II, and
- (b) all amounts that are required under this Part to be added in determining the net tax of the person for the particular reporting period; and

B is the total of

- (a) all amounts each of which is an input tax credit for the particular reporting period or a preceding reporting period of the person claimed by the person in the return under this Division filed by the person for the particular reporting period, and
- (b) all amounts each of which is an amount that may be deducted by the person under this Part in determining the net tax of the person for the particular reporting period and that is claimed by the person in the return under this Division filed by the person for the particular reporting period.

Restriction

(2) An amount shall not be included in the total for A in the formula set out in subsection (1) for a reporting period of a person to the extent that that amount was included in that total for a preceding reporting period of the person.

Irrecevabilité de l'action

224.1 Seule Sa Majesté du chef du Canada peut tenter une action ou une procédure contre une personne pour avoir perçu un montant au titre de la taxe en conformité, réelle ou intentionnelle, avec la présente partie.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 2010, ch. 25, art. 135.

SOUS-SECTION B

Versement de la taxe

Taxe nette

225 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente sous-section, la taxe nette pour une période de déclaration donnée d'une personne correspond au montant, positif ou négatif, obtenu par la formule suivante :

$$A - B$$

où :

A représente le total des montants suivants :

- a) les montants devenus percevables et les autres montants perçus par la personne au cours de la période donnée au titre de la taxe prévue à la section II;
- b) les montants à ajouter aux termes de la présente partie dans le calcul de la taxe nette de la personne pour la période donnée;

B le total des montants suivants :

- a) l'ensemble des montants dont chacun représente un crédit de taxe sur les intrants pour la période donnée ou une période de déclaration antérieure de la personne, que celle-ci a demandé dans la déclaration produite en application de la présente section pour la période donnée;
- b) l'ensemble des montants dont chacun représente un montant que la personne peut déduire en application de la présente partie dans le calcul de sa taxe nette pour la période donnée et qu'elle a indiqué dans la déclaration produite en application de la présente section pour cette période.

Restriction à l'élément A

(2) Un montant n'est pas à inclure dans le total visé à l'élément A du paragraphe (1) pour la période de déclaration d'une personne dans la mesure où il y a déjà été inclus pour une période de déclaration antérieure de la personne.

Restriction

(3) An amount shall not be included in the total for B in the formula set out in subsection (1) for a particular reporting period of a person to the extent that the amount was claimed or included as an input tax credit or deduction in determining the net tax for a preceding reporting period of the person unless

(a) the person was not entitled to claim the amount in determining the net tax for the preceding period only because the person did not satisfy the requirements of subsection 169(4) in respect of the amount before the return for that preceding period was filed; and

(b) where the person is claiming the amount in a return for the particular reporting period and the Minister has not disallowed the amount as an input tax credit in assessing the net tax of the person for that preceding reporting period,

(i) the person reports in writing to the Minister, at or before the time the return for the particular reporting period is filed, that the person made an error in claiming that amount in determining the net tax of the person for that preceding period, and

(ii) if the person does not report the error to the Minister at least three months before the time limited by subsection 298(1) for assessing the net tax of the person for that preceding period expires, the person pays, at or before the time the return for the particular reporting period is filed, the amount and any applicable interest to the Receiver General.

Restriction

(3.1) An amount shall not be included in the total for B in the formula set out in subsection (1) for a reporting period of a person to the extent that, before the end of the period, the amount

(a) is included in an adjustment, refund or credit for which a credit note referred to in subsection 232(3) has been received by the person or a debit note referred to in that subsection has been issued by the person; or

(b) was otherwise rebated, refunded or remitted to the person, or was otherwise recovered by the person, under this or any other Act of Parliament.

Restriction à l'élément B

(3) Un montant n'est pas à inclure dans le total visé à l'élément B de la formule figurant au paragraphe (1) pour la période de déclaration donnée d'une personne dans la mesure où il a été demandé ou inclus à titre de crédit de taxe sur les intrants ou de déduction dans le calcul de la taxe nette pour une période de déclaration antérieure de la personne. Le présent paragraphe ne s'applique pas si les conditions suivantes sont réunies :

a) la personne n'avait pas le droit de déduire le montant dans le calcul de la taxe nette pour la période antérieure du seul fait qu'elle ne remplissait pas les conditions prévues au paragraphe 169(4) relativement au montant avant de produire la déclaration visant cette période;

b) si la personne demande le montant dans une déclaration pour la période donnée et que le ministre ne l'ait pas refusé à titre de crédit de taxe sur les intrants lors de l'établissement d'une cotisation visant la taxe nette de la personne pour la période antérieure :

(i) la personne déclare au ministre par écrit, au plus tard au moment de la production de la déclaration visant la période donnée, qu'elle a commis une erreur en demandant le montant dans le calcul de sa taxe nette pour la période antérieure,

(ii) si elle ne déclare pas l'erreur au ministre au moins trois mois avant l'échéance du délai fixé au paragraphe 298(1) pour l'établissement d'une cotisation visant sa taxe nette pour la période antérieure, la personne paie le montant au receveur général, ainsi que les intérêts applicables, au plus tard au moment de la production de la déclaration visant la période donnée.

Autre restriction

(3.1) Un montant n'est pas à inclure dans le total visé à l'élément B de la formule figurant au paragraphe (1) pour la période de déclaration d'une personne dans la mesure où, avant la fin de la période, le montant, selon le cas :

a) est inclus dans un redressement, un remboursement ou un crédit pour lequel la personne a reçu une note de crédit visée au paragraphe 232(3) ou remis une note de débit visée à ce paragraphe;

b) a été autrement remboursé ou remis à la personne, ou autrement recouvré par elle, sous le régime de la présente loi ou d'une autre loi fédérale.

Limitation

(4) An input tax credit of a person for a particular reporting period of the person shall not be claimed by the person unless it is claimed in a return under this Division filed by the person on or before the day that is

(a) where the person is a specified person during the particular reporting period,

(i) if the input tax credit is in respect of property or a service supplied to the person by a supplier who did not, before the end of the particular reporting period, charge the tax in respect of the supply that became payable during the particular reporting period and the person pays that tax after the end of the particular reporting period and before the input tax credit is claimed, the earlier of

(A) the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year in which the supplier charges that tax to the person, and

(B) the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period,

(ii) if the input tax credit was claimed in a return under this Division filed, on or before the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year that includes the particular reporting period, by another person who was not entitled to claim it and the person has paid the tax payable in respect of the acquisition or importation of the property or service, the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period, and

(iii) in any other case, the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year that includes the particular reporting period;

(b) where the person is not a specified person during the particular reporting period, the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the last reporting period of the person that

Délaï

(4) La personne qui demande un crédit de taxe sur les intrants pour sa période de déclaration donnée doit produire une déclaration aux termes de la présente section au plus tard le jour suivant :

a) dans le cas où elle est une personne déterminée au cours de la période donnée :

(i) si le crédit de taxe sur les intrants vise un bien ou un service qui lui est fourni par un fournisseur qui n'a pas, avant la fin de la période donnée, exigé relativement à la fourniture la taxe qui est devenue payable au cours de cette période et si elle a payé cette taxe après la fin de cette période et avant de demander le crédit de taxe sur les intrants, le premier en date des jours suivants :

(A) le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour sa dernière période de déclaration se terminant dans les deux ans suivant la fin de son exercice au cours duquel le fournisseur exige la taxe,

(B) le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour sa dernière période de déclaration se terminant dans les quatre ans suivant la fin de la période donnée,

(ii) si le crédit de taxe sur les intrants a été demandé dans une déclaration produite aux termes de la présente section, au plus tard le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour la dernière période de déclaration de la personne se terminant dans les deux ans suivant la fin de son exercice qui comprend la période donnée, par une autre personne qui n'y avait pas droit et si la personne a payé la taxe payable relativement à l'acquisition ou à l'importation du bien ou du service, le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour la dernière période de déclaration de la personne se terminant dans les quatre ans suivant la fin de la période donnée,

(iii) dans les autres cas, le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour la dernière période de déclaration de la personne se terminant dans les deux ans suivant la fin de son exercice qui comprend la période donnée;

b) dans le cas où la personne n'est pas une personne déterminée au cours de la période donnée, le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour la dernière période de déclaration de la

ends within four years after the end of the particular reporting period; or

(c) where

(i) the input tax credit is in respect of property or a service supplied to the person by a supplier who did not, before the end of the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period, charge the tax in respect of the supply that became payable during the particular reporting period and the supplier discloses in writing to the person that the Minister has assessed the supplier for that tax, and

(ii) the person pays that tax after the end of that last reporting period and before the input tax credit is claimed by the person,

the day on or before which the return under this Division is required to be filed for the reporting period of the person in which the person pays that tax.

Meaning of specified person

(4.1) For the purposes of subsection (4), a person is a **specified person** during a reporting period of the person if

(a) the person is a listed financial institution described in any of subparagraphs 149(1)(a)(i) to (x) during the reporting period, or

(b) the person's threshold amounts, determined in accordance with subsection 249(1), exceed \$6 million for both the particular fiscal year of the person that includes the reporting period and the person's previous fiscal year,

unless, in the case of a person who is not a listed financial institution described in any of subparagraphs 149(1)(a)(i) to (x) during the reporting period, the person is a charity during the reporting period or all or substantially all of the supplies made by the person during either of the person's two fiscal years immediately preceding the particular fiscal year (other than supplies of financial services) are taxable supplies.

Idem

(5) Where a registrant makes an exempt supply by way of sale of a residential complex, the registrant shall not claim an input tax credit in respect of

(a) the last acquisition by the registrant of the complex, or

(b) an improvement to the complex acquired, imported or brought into a participating province by the

personne se terminant dans les quatre ans suivant la fin de la période donnée;

c) dans le cas où, à la fois :

(i) le crédit de taxe sur les intrants vise un bien ou un service fourni à la personne par un fournisseur qui n'a pas, avant la fin de la dernière période de déclaration de la personne se terminant dans les quatre ans suivant la fin de la période donnée, exigé relativement à la fourniture la taxe qui est devenue payable au cours de la période donnée et le fournisseur informe la personne par écrit que le ministre a établi une cotisation à l'égard de cette taxe,

(ii) la personne a payé cette taxe après la fin de cette dernière période et avant de demander le crédit de taxe sur les intrants,

le jour où la déclaration aux termes de la présente section est à produire pour la période de déclaration de la personne au cours de laquelle elle paie cette taxe.

Personne déterminée

(4.1) Pour l'application du paragraphe (4), est une personne déterminée au cours d'une période de déclaration :

a) la personne qui est une institution financière désignée visée à l'un des sous-alinéas 149(1)a)(i) à (x) au cours de la période;

b) la personne dont le montant déterminant, calculé selon le paragraphe 249(1), pour son exercice donné qui comprend la période ainsi que pour son exercice précédent dépasse 6 000 000 \$.

Les personnes qui ne sont pas des institutions financières désignées visées à l'un des sous-alinéas 149(1)a)(i) à (x) au cours de la période ne sont pas des personnes déterminées si elles sont des organismes de bienfaisance au cours de la période ou si la totalité, ou presque, des fournitures qu'elles effectuent au cours de l'un ou l'autre de leurs deux exercices précédant l'exercice donné (sauf les fournitures de services financiers) sont des fournitures taxables.

Délai – immeuble d'habitation

(5) L'inscrit qui effectue par vente la fourniture exonérée d'un immeuble d'habitation ne peut demander, dans une déclaration produite au plus tôt le jour où il transfère la propriété ou la possession de l'immeuble à l'acquéreur, de crédit de taxe sur les intrants relativement soit à sa

registrant after the complex was last acquired by the registrant,

in a return filed on or after the day the registrant transfers ownership or possession of the complex to the recipient of the supply.

Idem

(6) Where a trustee is appointed under the *Bankruptcy and Insolvency Act* to act in the administration of the estate of a registrant who is a bankrupt,

(a) the total of all input tax credits claimed, and all amounts deducted, in a return filed after the appointment for a reporting period of the registrant ending before the appointment shall not exceed the total of

(i) the amount that would be the net tax for the period if no input tax credits were claimed, and no amounts were deducted, in determining the net tax for that period, and

(ii) all amounts required under this Part to be remitted by the registrant in respect of reporting periods ending before that period and all amounts payable under this Part by the registrant as penalty, interest, an instalment of tax or a repayment in respect of those reporting periods, and

(b) an input tax credit, or an amount that may be deducted in determining net tax, for a reporting period of the registrant ending before the appointment shall not be claimed or deducted in a return for a reporting period of the registrant ending after the appointment,

unless, on or before the day that return is filed, all returns required under this Part to be filed for, or in respect of acquisitions of real property made in, reporting periods of the registrant ending before the appointment have been filed and all amounts required under this Part to be remitted by the registrant in respect of those reporting periods and all amounts payable under this Part by the registrant as penalty, interest, an instalment of tax or a repayment in respect of those reporting periods have been remitted or paid, as the case may be.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, ss. 88, 203; 1997, c. 10, ss. 44, 206; 2006, c. 4, s. 137; 2014, c. 20, s. 44.

dernière acquisition de l'immeuble, soit à son acquisition, importation ou transfert dans une province participante, après cette dernière acquisition de l'immeuble, des améliorations apportées à celui-ci.

Montant exclu du calcul du crédit

(6) En cas de nomination, en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, d'un syndic pour voir à l'administration de l'actif d'un inscrit failli, les règles suivantes s'appliquent :

a) le total des crédits de taxe sur les intrants demandés et des montants déduits, dans une déclaration produite après la nomination pour une période de déclaration de l'inscrit qui prend fin avant la nomination, ne peut excéder le total des montants suivants :

(i) le montant qui correspondrait à la taxe nette pour la période si nul crédit de taxe sur les intrants n'était demandé, et nul montant déduit, dans le calcul de la taxe nette pour cette période,

(ii) les montants à verser par l'inscrit en application de la présente partie pour les périodes de déclaration qui prennent fin avant cette période ainsi que les montants payables par lui en vertu de cette partie au titre des pénalités, intérêts, acomptes provisionnels de taxe ou restitutions relativement à ces périodes de déclaration;

b) un crédit de taxe sur les intrants, ou un montant déductible dans le calcul de la taxe nette, pour une période de déclaration de l'inscrit qui prend fin avant la nomination ne peut être demandé ni déduit dans une déclaration visant une période de déclaration de l'inscrit qui prend fin après le mandat du syndic.

Toutefois, le présent paragraphe ne s'applique pas si, au plus tard le jour de la production de la déclaration, les déclarations à produire en application de la présente partie pour les périodes de déclaration de l'inscrit qui prennent fin avant la nomination, ou relativement à des acquisitions d'immeubles effectuées au cours de ces périodes, ont été produites et si les montants à verser par l'inscrit en application de la présente partie ainsi que les montants payables par lui en vertu de cette partie au titre des pénalités, intérêts, acomptes provisionnels de taxe ou restitutions relativement à ces périodes de déclaration ont été versés ou payés, selon le cas.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 88 et 203; 1997, ch. 10, art. 44 et 206; 2006, ch. 4, art. 137; 2014, ch. 20, art. 44.

period during which an election made by the registrant under subsection (1) is in effect, except as otherwise provided in the *Streamlined Accounting (GST/HST) Regulations*.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 90; 1994, c. 9, s. 13; 1997, c. 10, s. 46; 2000, c. 30, s. 56; 2007, c. 18, s. 63.

Calculation of net tax

228 (1) Every person who is required to file a return under this Division shall, in the return, calculate the net tax of the person for the reporting period for which the return is required to be filed, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period.

Remittance

(2) Where the net tax for a reporting period of a person is a positive amount, the person shall, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period, remit that amount to the Receiver General,

(a) where the person is an individual to whom subparagraph 238(1)(a)(ii) applies in respect of the reporting period, on or before April 30 of the year following the end of the reporting period; and

(b) in any other case, on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.

Selected listed financial institutions – interim return and remittance

(2.1) Where a person who is a selected listed financial institution is required to file an interim return for a reporting period under subsection 238(2.1),

(a) subject to subsection (2.2), the person shall calculate in the interim return the amount (in this Part referred to as the “interim net tax”) that would be the net tax of the person for the reporting period if the description of C in the formula in subsection 225.2(2) were read as “is the lesser of the financial institution’s percentage for the participating province for the taxation year and the financial institution’s percentage for the participating province for the immediately preceding taxation year, each determined in accordance with the prescribed rules that apply to financial institutions of that class”; and

(b) where the interim net tax for the reporting period is a positive amount, the person shall pay that amount, on account of the person’s net tax for the reporting period that the person is required to remit under paragraph (2.3)(b), to the Receiver General on or before the day on or before which that interim return is required to be filed.

236 ne s’appliquent pas au calcul de la taxe nette d’un inscrit pour une période de déclaration au cours de laquelle le choix prévu au paragraphe (1) est en vigueur.

[NOTE : Les dispositions d’application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 90; 1994, ch. 9, art. 13; 1997, ch. 10, art. 46; 2000, ch. 30, art. 56; 2007, ch. 18, art. 63.

Calcul de la taxe nette

228 (1) La personne tenue de produire une déclaration en application de la présente section doit y calculer sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée, sauf si les paragraphes (2.1) ou (2.3) s’appliquent à la période de déclaration.

Versement

(2) La personne est tenue de verser au receveur général le montant positif de sa taxe nette pour une période de déclaration dans le délai suivant, sauf les paragraphes (2.1) ou (2.3) s’appliquent à la période de déclaration :

a) si elle est un particulier auquel le sous-alinéa 238(1)(a)(ii) s’applique pour la période, au plus tard le 30 avril de l’année suivant la fin de la période;

b) dans les autres cas, au plus tard le jour où la déclaration visant la période est à produire.

Institutions financières désignées particulières – Déclaration provisoire et versement

(2.1) La personne – institution financière désignée particulière – qui est tenue de produire une déclaration provisoire pour une période de déclaration en application du paragraphe 238(2.1) :

a) sous réserve du paragraphe (2.2), doit y calculer le montant (appelé « taxe nette provisoire » dans la présente partie) qui correspondrait à sa taxe nette pour la période si la description de l’élément C de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) était remplacée par « le pourcentage applicable à l’institution financière quant à la province participante pour l’année d’imposition ou, s’il est inférieur, le pourcentage qui lui est applicable quant à cette province pour l’année d’imposition précédente, chacun étant déterminé en conformité avec les règles fixées par règlement qui s’appliquent aux institutions financières de cette catégorie »;

b) le cas échéant, doit verser au receveur général, au plus tard le jour où la déclaration provisoire est à produire, le montant positif de la taxe nette provisoire pour la période au titre de sa taxe nette pour cette période qu’elle est tenue de verser en application de l’alinéa (2.3)b).

Selected listed financial institutions – interim returns in the first fiscal year

(2.2) For the purposes of paragraph (2.1)(a), where a person becomes a selected listed financial institution during a reporting period of the person that ends in a fiscal year of the person that begins on or after April 1, 1997, the interim net tax for each reporting period in the fiscal year is the amount that would be the net tax of the person for the reporting period if the description of C in the formula in subsection 225.2(2) read “is the financial institution’s percentage for the participating province for the immediately preceding reporting period, determined in accordance with the prescribed rules that apply to financial institutions of that class”.

Selected listed financial institutions – final return

(2.3) Where a person who is a selected listed financial institution is required to file a final return under subsection 238(2.1) for a reporting period,

(a) the person shall calculate in the final return the net tax of the person for the reporting period;

(b) where the net tax of the person for the reporting period is a positive amount, the person shall remit that amount to the Receiver General on or before the day on or before which the final return for the reporting period is required to be filed;

(c) the person shall report in the final return the positive amount, if any, that the person paid on account of the person’s net tax for the period under subsection (2.1) or the negative amount, if any, that the person claimed in the interim return for the period as an interim net tax refund for the period under subsection (2.4); and

(d) where the person claimed an interim net tax refund for the reporting period under subsection (2.4),

(i) if the interim net tax refund exceeds the amount that would be the net tax refund for the period payable to the person under subsection (3) if the person had not claimed that interim net tax refund, the person shall pay an amount equal to the excess to the Receiver General on or before the day on or before which the final return for the reporting period is required to be filed, and

(ii) if the person’s net tax for the period is a positive amount, the person shall pay an amount equal to the interim net tax refund to the Receiver General on or before the day on or before which the final return for the reporting period is required to be filed.

Institutions financières désignées particulières – Premier exercice

(2.2) Pour l’application de l’alinéa (2.1)a), lorsqu’une personne devient une institution financière désignée particulière au cours de sa période de déclaration se terminant dans son exercice qui commence après mars 1997, sa taxe nette provisoire pour chaque période de déclaration comprise dans l’exercice est le montant qui correspondrait à sa taxe nette pour la période si la description de l’élément C de la formule figurant au paragraphe 225.2(2) était remplacée par « le pourcentage applicable à l’institution financière quant à la province participante pour la période de déclaration précédente, déterminé en conformité avec les règles fixées par règlement qui s’appliquent aux institutions financières de cette catégorie »;

Institutions financières désignées particulières – Déclaration finale

(2.3) La personne – institution financière désignée particulière – tenue de produire une déclaration finale en application du paragraphe 238(2.1) pour une période de déclaration :

a) doit y calculer sa taxe nette pour la période;

b) le cas échéant, doit verser au receveur général, au plus tard le jour où la déclaration finale est à produire pour la période, le montant positif de sa taxe nette pour la période;

c) le cas échéant, doit indiquer dans la déclaration finale le montant positif payé au titre de sa taxe nette pour la période en application du paragraphe (2.1) ou le montant négatif qu’elle a demandé dans sa déclaration provisoire pour la période à titre de remboursement de taxe nette provisoire pour la période en application du paragraphe (2.4);

d) dans le cas où elle a demandé un remboursement de taxe nette provisoire pour la période en application du paragraphe (2.4), elle doit verser au receveur général, au plus tard le jour où la déclaration finale pour la période est à produire :

(i) l’excédent éventuel du montant de remboursement de taxe nette provisoire sur la somme qui représenterait le montant de remboursement de taxe nette pour la période, payable en application du paragraphe (3), si elle n’avait pas demandé le remboursement provisoire,

(ii) si sa taxe nette pour la période correspond à un montant positif, un montant correspondant au remboursement de taxe nette provisoire.

Interim refund for selected listed financial institutions

(2.4) Where the amount determined in accordance with paragraph (2.1)(a) for a reporting period of a person who is a selected listed financial institution is a negative amount, the person may claim that amount, in the interim return for that reporting period filed before the day on or before which the final return for the period is required to be filed, as an interim net tax refund for the period payable to the person by the Minister.

Net tax refund

(3) Where the net tax for a reporting period of a person is a negative amount,

(a) where the person is a selected listed financial institution that is required to file a final return for the reporting period under subsection 238(2.1), the person may claim, in the final return for that reporting period as a net tax refund for the period payable to the person by the Minister, the amount, if any, determined by the formula

A - B

where

A is the absolute value of that net tax, and

B is the amount, if any, that the person claimed as an interim net tax refund for the period under subsection (2.4); and

(b) in any other case, the person may claim in the return for that reporting period the amount of that net tax as a net tax refund for the period, payable to the person by the Minister.

Real property and emission allowance – self-assessment

(4) If tax under Division II is payable by a person in respect of a supply of property that is real property or an emission allowance and the supplier is not required to collect the tax and is not deemed to have collected the tax,

(a) where the person is a registrant and acquired the property for use or supply primarily in the course of commercial activities of the person, the person shall, on or before the day on or before which the person's return for the reporting period in which the tax became payable is required to be filed, pay the tax to the Receiver General and report the tax in that return; and

(b) in any other case, the person shall, on or before the last day of the month following the calendar month in which the tax became payable, pay the tax to

Remboursement provisoire aux institutions financières désignées particulières

(2.4) La personne qui est une institution financière désignée particulière peut demander le montant négatif déterminé selon l'alinéa (2.1)a) pour sa période de déclaration, à titre de remboursement de taxe nette provisoire pour la période payable par le ministre, dans sa déclaration provisoire pour la période produite avant le jour où sa déclaration finale pour cette période est à produire.

Remboursement de taxe nette

(3) Lorsque la taxe nette d'une personne pour sa période de déclaration correspond à un montant négatif :

a) si elle est une institution financière désignée particulière qui est tenue de produire une déclaration finale pour la période aux termes du paragraphe 238(2.1), la personne peut demander le résultat du calcul suivant dans sa déclaration finale pour la période à titre de remboursement de taxe nette pour la période payable par le ministre :

A - B

où :

A représente la valeur absolue de cette taxe nette,

B le montant qu'elle demande à titre de remboursement de taxe nette provisoire pour la période en application du paragraphe (2.4);

b) dans les autres cas, la personne peut demander, dans la déclaration pour la période, le montant de cette taxe nette à titre de remboursement de taxe nette pour la période payable par le ministre.

Immeuble et unité d'émission – autocotisation

(4) Le redevable de la taxe prévue à la section II relativement à un bien qui est un immeuble ou une unité d'émission qui lui a été fourni par une personne qui n'est pas tenue de percevoir la taxe et n'est pas réputée l'avoir perçue est tenu :

a) s'il est un inscrit et a acquis le bien pour l'utiliser ou le fournir principalement dans le cadre de ses activités commerciales, de payer la taxe au receveur général au plus tard le jour où il est tenu de produire sa déclaration pour la période de déclaration où la taxe est devenue payable et d'indiquer la taxe dans cette déclaration;

b) sinon, de payer la taxe au receveur général et de présenter au ministre, en la forme et selon les modalités déterminées par celui-ci, une déclaration la

the Receiver General and file with the Minister in prescribed manner a return in respect of the tax in prescribed form containing prescribed information.

(5) [Repealed, 1993, c. 27, s. 91]

Set-off of refunds or rebates

(6) Where at any time a person files a particular return under this Part in which the person reports an amount (in this subsection referred to as the “remittance amount”) that is required to be remitted under subsection (2) or (2.3) or paid under subsection (2.1) or (4) or Division IV or IV.1 by the person and the person claims a refund or rebate payable to the person at that time under this Part (other than Division III) in the particular return or in another return, or in an application, filed under this Part with the particular return, the person is deemed to have remitted at that time on account of the person’s remittance amount, and the Minister is deemed to have paid at that time on account of the refund or rebate, an amount equal to the lesser of the remittance amount and the amount of the refund or rebate.

Refunds and rebates of another person

(7) A person may, in prescribed circumstances and subject to prescribed conditions and rules, reduce or offset the tax that is required to be remitted under subsection (2) or (2.3) or paid under subsection (2.1) or (4) or Division IV or IV.1 by that person at any time by the amount of any refund or rebate to which another person may at that time be entitled under this Part.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, ss. 91, 203; 1996, c. 21, s. 65; 1997, c. 10, ss. 47, 210; 2000, c. 30, s. 57; 2018, c. 27, s. 45.

Payment of net tax refund

229 (1) Where a net tax refund payable to a person is claimed in a return filed under this Division by the person, the Minister shall pay the refund to the person with all due dispatch after the return is filed.

Restriction

(2) A net tax refund for a reporting period of a person shall not be paid to the person under subsection (1) at any time, unless all returns of which the Minister has knowledge and that are required to be filed at or before that time by the person under this Act, the *Air Travellers Security Charge Act*, the *Excise Act, 2001* and the *Income Tax Act* have been filed with the Minister.

concernant et contenant les renseignements requis, au plus tard le dernier jour du mois suivant le mois civil où la taxe est devenue payable.

(5) [Abrogé, 1993, ch. 27, art. 91]

Compensation de remboursement

(6) Dans le cas où une personne produit, à un moment donné et conformément à la présente partie, une déclaration où elle indique un montant (appelé « versement » au présent paragraphe) qu’elle est tenue de verser en application des paragraphes (2) ou (2.3) ou de payer en application des paragraphes (2.1) ou (4) ou des sections IV ou IV.1 et qu’elle demande dans cette déclaration, ou dans une autre déclaration ou une demande produite conformément à la présente partie avec cette déclaration, un remboursement qui lui est payable à ce moment en application de la présente partie, compte non tenu de la section III, la personne est réputée avoir versé à ce moment au titre de son versement, et le ministre avoir payé à ce moment au titre du remboursement, ce versement ou, s’il est inférieur, le montant du remboursement.

Remboursement d’une autre personne

(7) Une personne peut, dans les circonstances visées par règlement et sous réserve des conditions et des règles visées par règlement, réduire ou compenser la taxe qu’elle est tenue de verser en application des paragraphes (2) ou (2.3) ou de payer en application des paragraphes (2.1) ou (4) ou des sections IV ou IV.1 à un moment donné, du montant de tout remboursement auquel une autre personne peut avoir droit à ce moment en application de la présente partie.

[NOTE : Les dispositions d’application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 91 et 203; 1996, ch. 21, art. 65; 1997, ch. 10, art. 47 et 210; 2000, ch. 30, art. 57; 2018, ch. 27, art. 45.

Païement du remboursement de taxe nette

229 (1) Le ministre verse avec diligence le remboursement de taxe nette payable à la personne qui le demande dans sa déclaration produite en application de la présente section.

Restriction

(2) Le remboursement de taxe nette pour la période de déclaration d’une personne ne lui est versé en vertu du paragraphe (1) à un moment donné que si toutes les déclarations dont le ministre a connaissance et que la personne avait à produire au plus tard à ce moment en application de la présente loi, de la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, de la *Loi de 2001 sur l’accise* et de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont été présentées au ministre.

(d) 25% of the total of all amounts that became collectible, or were collected without having become collectible, by the registrant in the particular period and in 1994 or 1995 as or on account of tax under Division II in respect of specified property.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1993, c. 27, s. 92; 1997, c. 10, s. 49.

Bad debt – deduction from net tax

231 (1) If a supplier has made a taxable supply (other than a zero-rated supply) for consideration to a recipient with whom the supplier was dealing at arm's length, it is established that all or a part of the total of the consideration and tax payable in respect of the supply has become a bad debt and the supplier at any time writes off the bad debt in the supplier's books of account, the reporting entity for the supply may, in determining the reporting entity's net tax for the reporting period that includes that time or for a subsequent reporting period, deduct the amount determined by the formula

$$A \times B/C$$

where

- A** is the tax in respect of the supply;
- B** is the total of the consideration, tax and applicable provincial tax remaining unpaid in respect of the supply that was written off at that time as a bad debt; and
- C** is the total of the consideration, tax and applicable provincial tax in respect of the supply.

Reporting and remittance conditions

(1.1) A reporting entity is not entitled to deduct an amount under subsection (1) in respect of a supply unless

- (a) the tax collectible in respect of the supply is included in determining the amount of net tax reported in the reporting entity's return under this Division for the reporting period in which the tax became collectible; and
- (b) all net tax remittable, if any, as reported in that return is remitted.

(2) [Repealed, 2000, c. 30, s. 58]

Recovery of bad debt

(3) If all or part of a bad debt in respect of which a person has made a deduction under this section is recovered

de la taxe prévue à la section II relativement à des biens déterminés;

d) 25 % du total des montants devenus percevables par l'inscrit, ou perçus par lui sans être devenus percevables, en 1994 ou en 1995 au cours de la période donnée au titre de la taxe prévue à la section II relativement à des biens déterminés.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1993, ch. 27, art. 92; 1997, ch. 10, art. 49.

Créance irrécouvrable – déduction de la taxe nette

231 (1) Si un fournisseur a effectué une fourniture taxable, sauf une fourniture détaxée, pour une contrepartie au profit d'un acquéreur avec lequel il n'a aucun lien de dépendance, qu'il est établi que tout ou partie du total de la contrepartie et de la taxe payable relativement à la fourniture est devenu une créance irrécouvrable et que le fournisseur radie cette créance de ses livres comptables à un moment donné, le déclarant de la fourniture peut déduire, dans le calcul de sa taxe nette pour la période de déclaration qui comprend ce moment ou pour une période de déclaration postérieure, le montant obtenu par la formule suivante :

$$A \times B/C$$

où :

- A** représente la taxe relative à la fourniture;
- B** le total de la contrepartie, de la taxe et de la taxe provinciale applicable, qui demeure impayé relativement à la fourniture et qui a été radié à ce moment à titre de créance irrécouvrable;
- C** le total de la contrepartie, de la taxe et de la taxe provinciale applicable relatives à la fourniture.

Conditions de déclaration et de versement

(1.1) Le déclarant ne peut déduire un montant en application du paragraphe (1) relativement à une fourniture que si, à la fois :

- a) la taxe percevable relativement à la fourniture est incluse dans le calcul de la taxe nette indiquée dans la déclaration qu'il produit aux termes de la présente section pour la période de déclaration au cours de laquelle la taxe est devenue percevable;
- b) la totalité de la taxe nette à verser selon cette déclaration est versée.

(2) [Abrogé, 2000, ch. 30, art. 58]

Recouvrement

(3) En cas de recouvrement de tout ou partie d'une créance irrécouvrable pour laquelle une personne a

at any time, the person shall, in determining the person's net tax for the reporting period that includes that time, add the amount determined by the formula

$$A \times B/C$$

where

- A** is the amount of the bad debt recovered at that time;
- B** is the tax in respect of the supply to which the bad debt relates; and
- C** is the total of the consideration, tax and applicable provincial tax in respect of the supply.

Limitation period

(4) A person may not claim a deduction under this section in respect of a bad debt relating to a supply unless the deduction is claimed in a return under this Division filed within four years after the day on or before which a return of the person was required to be filed for the reporting period in which the supplier has written off the bad debt in its books of account.

Definitions

(5) The following definitions apply in this section.

applicable provincial tax, in respect of a supply, means any amount that can reasonably be attributed to a tax, duty or fee imposed under an Act of the legislature of a province in respect of the supply that is a prescribed tax, duty or fee for the purposes of section 154. (*taxe provinciale applicable*)

reporting entity for a supply means

- (a) if an election has been made under subsection 177(1.1) in respect of the supply, the person who is required, under that subsection, to include the tax collectible in respect of the supply in determining the person's net tax; and
- (b) in any other case, the supplier. (*déclarant*)

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 50; 2000, c. 30, s. 58; 2007, c. 18, s. 31.

No adjustment of provincial component of tax

231.1 The amount of tax under subsection 165(2) in respect of a supply that is equal to the amount in respect of the supply that may be deducted under subsection 234(3) by a person shall not be included in determining the

déduit un montant en application du présent article, la personne est tenue d'ajouter, dans le calcul de sa taxe nette pour la période de déclaration qui comprend le moment du recouvrement, le montant obtenu par la formule suivante :

$$A \times B/C$$

où :

- A** représente le montant recouvré à ce moment;
- B** la taxe relative à la fourniture à laquelle la créance se rapporte;
- C** le total de la contrepartie, de la taxe et de la taxe provinciale applicables relatives à la fourniture.

Restriction

(4) Une personne ne peut demander une déduction en application du présent article au titre d'une créance irrécouvrable liée à une fourniture que si la déduction est demandée dans une déclaration qu'elle produit aux termes de la présente section dans les quatre ans suivant la date limite pour la production de sa déclaration visant la période de déclaration au cours de laquelle le fournisseur a radié la créance de ses livres comptables.

Définitions

(5) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

déclarant Est déclarant d'une fourniture :

- a) si le choix prévu au paragraphe 177(1.1) a été fait relativement à la fourniture, la personne qui est tenue, aux termes de ce paragraphe, d'inclure la taxe percevable relativement à la fourniture dans le calcul de sa taxe nette;
- b) dans les autres cas, le fournisseur. (*reporting entity*)

taxe provinciale applicable Tout montant qu'il est raisonnable d'imputer à une taxe, à un droit ou à des frais imposés en vertu d'une loi provinciale relativement à une fourniture et qui constitue une taxe, un droit ou des frais visés par règlement pour l'application de l'article 154. (*applicable provincial tax*)

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 50; 2000, ch. 30, art. 58; 2007, ch. 18, art. 31.

Aucun redressement de la composante provinciale

231.1 Le montant de taxe prévu au paragraphe 165(2) relativement à une fourniture qui correspond au montant relatif à la fourniture qui peut être déduit par une personne en application du paragraphe 234(3) n'entre pas

par règlement qui s'appliquent à l'institution financière.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 98; 1997, ch. 10, art. 216; 2007, ch. 35, art. 5.

SUBDIVISION C

Returns

Filing required

238 (1) Every registrant shall file a return with the Minister for each reporting period of the registrant

(a) where the registrant's reporting period is or would, in the absence of subsection 251(1), be the fiscal year,

(i) if the registrant is a listed financial institution described in any of subparagraphs 149(1)(a)(i) to (x), within six months after the end of the year,

(ii) if subparagraph (i) does not apply, the registrant is an individual, the fiscal year is a calendar year and, for the purposes of the *Income Tax Act*, the individual carried on a business in the year and the filing-due date of the individual for the year is June 15 of the following year, on or before that day, and

(iii) in any other case, within three months after the end of the year; and

(b) in every other case, within one month after the end of the reporting period of the registrant.

Idem

(2) Every person who is not a registrant shall file a return with the Minister for each reporting period of the person for which net tax is remittable by the person within one month after the end of the reporting period.

Filing by certain selected listed financial institutions

(2.1) Despite paragraph (1)(b) and subsection (2), if a selected listed financial institution's reporting period is a fiscal month or fiscal quarter, the financial institution shall

(a) file an interim return for the period with the Minister within one month after the end of the period; and

SOUS-SECTION C

Déclarations

Production par un inscrit

238 (1) L'inscrit doit présenter une déclaration au ministre pour chacune de ses périodes de déclaration dans le délai suivant :

a) si la période de déclaration correspond à l'exercice, ou y correspondrait en l'absence du paragraphe 251(1) :

(i) lorsque l'inscrit est une institution financière désignée visée à l'un des sous-alinéas 149(1)a)(i) à (x), dans les six mois suivant la fin de l'exercice,

(ii) lorsque le sous-alinéa (i) ne s'applique pas, que l'exercice correspond à une année civile et que l'inscrit est un particulier qui exploitait une entreprise au cours de l'année pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dont la date d'échéance de production pour l'année pour l'application de cette loi est le 15 juin de l'année suivante, au plus tard à cette date,

(iii) dans les autres cas, dans les trois mois suivant la fin de l'exercice;

b) sinon, dans un délai d'un mois suivant la fin de la période de déclaration.

Production par un non-inscrit

(2) Le non-inscrit est tenu de présenter une déclaration au ministre dans le mois suivant chacune de ses périodes de déclaration pour laquelle il doit verser la taxe nette.

Production par certaines institutions financières désignées particulières

(2.1) Malgré l'alinéa (1)b) et le paragraphe (2), l'institution financière désignée particulière dont la période de déclaration est un mois d'exercice ou un trimestre d'exercice est tenue de présenter au ministre :

a) une déclaration provisoire visant la période, dans le mois suivant la fin de la période;

(b) file a final return for the period with the Minister within six months after the end of the fiscal year in which the period ends.

Non-resident performers, etc.

(3) Notwithstanding subsection (1), where, in a reporting period of a non-resident person, the person makes a taxable supply in Canada of an admission in respect of a place of amusement, a seminar, an activity or an event, the person shall

(a) file with the Minister a return for that period on or before the earlier of

(i) the day on or before which a return for that period is required to be filed under subsection (1), and

(ii) the day the person, or one or more employees of the person who are involved in the commercial activity in which the supply was made, leaves Canada; and

(b) on or before that earlier day, remit all amounts that became collectible, and all other amounts collected by the person, in the period as or on an account of tax under Division II.

Form and content

(4) Every return under this Subdivision shall be made in prescribed form containing prescribed information and shall be filed in prescribed manner.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 99; 1994, c. 9, s. 15; 1996, c. 21, s. 66; 1997, c. 10, s. 217; 2010, c. 12, s. 73.

Definitions

238.1 (1) In this section,

cumulative amount for a reporting period of a registrant means the total of

(a) the amount that would be the registrant's net tax for the period if it were determined without reference to subsection (4) and if no input tax credits were claimed, and no amounts were deducted, in determining that net tax, and

(b) the amount required under subsection (4) to be added in determining the net tax for the period; (*montant cumulatif*)

designated reporting period of a person means a reporting period of the person in respect of which a designation under subsection (2) is in effect, but does not include a reporting period in which the person ceases to be a registrant. (*période désignée*)

(b) une déclaration finale pour la période, dans les six mois suivant la fin de l'exercice dans lequel la période prend fin.

Artistes non-résidents

(3) Malgré le paragraphe (1), la personne non-résidente qui, au cours de sa période de déclaration, effectue la fourniture taxable au Canada d'un droit d'entrée à un lieu de divertissement, un colloque, une activité ou un événement doit :

a) présenter une déclaration au ministre pour cette période au plus tard le premier en date du jour où la déclaration pour cette période doit être produite en application du paragraphe (1) et du jour où la personne, ou un de ses salariés qui intervient dans l'activité commerciale dans le cadre de laquelle la fourniture est effectuée, quitte le Canada;

b) verser, au plus tard le premier en date des jours visés à l'alinéa a), les montants devenus percevables ainsi que les montants qu'elle a perçus au cours de la période au titre de la taxe prévue à la section II.

Forme et contenu

(4) La déclaration doit être produite en la forme, selon les modalités et avec les renseignements déterminés par le ministre.

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 99; 1994, ch. 9, art. 15; 1996, ch. 21, art. 66; 1997, ch. 10, art. 217; 2010, ch. 12, art. 73.

Définitions

238.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

montant cumulatif Le total des montants suivants pour une période de déclaration d'un inscrit :

a) le montant qui représenterait la taxe nette de l'inscrit pour la période si elle était déterminée compte non tenu du paragraphe (4) et si aucun crédit de taxe sur les intrants n'était demandé, ni aucun montant, déduit, dans le calcul de cette taxe;

b) le montant à ajouter en application du paragraphe (4) dans le calcul de la taxe nette pour la période. (*cumulative amount*)

période désignée Relativement à une personne, période de déclaration pour laquelle la désignation visée au paragraphe (2) est en vigueur, à l'exclusion d'une période

the following fiscal year of the person, that following fiscal year ends on the day on which it would end in the absence of this section.

Fiscal year — investment limited partnership

(4) If a particular fiscal year of an investment limited partnership begins in 2018 and includes January 1, 2019 and the investment limited partnership would be a selected listed financial institution throughout a reporting period in the particular fiscal year if the particular fiscal year began on January 1, 2019 and ended on December 31, 2019, the following rules apply:

(a) the particular fiscal year ends on December 31, 2018;

(b) subject to subsection (2), the fiscal years of the investment limited partnership are calendar years as of January 1, 2019;

(c) any election made by the investment limited partnership under section 244 ceases to have effect as of January 1, 2019; and

(d) if the first taxation year of the investment limited partnership that begins after 2018 does not begin on January 1, 2019, for the purposes of this Part (other than section 149) the investment limited partnership is deemed, for the period beginning on January 1, 2019 and ending on the day preceding the first day of that taxation year, to be a financial institution, a listed financial institution and a person referred to in subparagraph 149(1)(a)(ix).

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 2012, c. 31, s. 85; 2018, c. 27, s. 46.

particulière tout au long d'une période de déclaration comprise dans son exercice subséquent, celui-ci prend fin à la date où il prendrait fin en l'absence du présent article.

Exercice — société en commandite de placement

(4) Dans le cas où un exercice donné d'une société en commandite de placement commence en 2018 et comprend le 1^{er} janvier 2019 et où la société serait une institution financière désignée particulière tout au long d'une période de déclaration qui serait comprise dans l'exercice donné si celui-ci avait commencé le 1^{er} janvier 2019 et pris fin le 31 décembre 2019, les règles ci-après s'appliquent :

a) l'exercice donné prend fin le 31 décembre 2018;

b) sous réserve du paragraphe (2), les exercices de la société sont des années civiles à partir du 1^{er} janvier 2019;

c) tout choix fait par la société selon l'article 244 cesse d'être en vigueur le 1^{er} janvier 2019;

d) si la première année d'imposition de la société qui commence après 2018 ne commence pas le 1^{er} janvier 2019, la société est réputée, pour l'application de la présente partie (sauf l'article 149), être une institution financière, une institution financière désignée ainsi qu'une personne visée au sous-alinéa 149(1a)(ix) pour la période commençant le 1^{er} janvier 2019 et se terminant la veille du premier jour de cette année d'imposition.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 2012, ch. 31, art. 85; 2018, ch. 27, art. 46.

Reporting Periods

Reporting period of non-registrant

245 (1) Subject to section 251, the reporting period of a person who is not a registrant is a calendar month.

Reporting period of registrant

(2) Subject to subsection 248(3) and sections 251, 265 to 267 and 322.1, the reporting period of a registrant at a particular time in a fiscal year of the registrant is

(a) where

(i) the registrant has made an election under section 248 that is effective at that time,

(ii) the registrant has not made an election under section 246 or 247 that is effective at that time, an

Périodes de déclaration

Période de déclaration du non-inscrit

245 (1) Sous réserve de l'article 251, la période de déclaration d'une personne qui n'est pas un inscrit correspond au mois civil.

Période de déclaration de l'inscrit

(2) Sous réserve du paragraphe 248(3) et des articles 251, 265 à 267 et 322.1, la période de déclaration de l'inscrit à un moment de son exercice correspond :

a) à son exercice qui comprend ce moment si, selon le cas :

(i) l'inscrit a fait le choix, en vigueur à ce moment, prévu à l'article 248,

(ii) les conditions suivantes sont réunies :

election under section 248 by the registrant would be effective at that time if the registrant had made such an election at the beginning of the fiscal year of the registrant that includes that time and, except where the reporting period of the registrant that includes that time is deemed under subsection 251(1) or any of sections 265 to 267 to be a separate reporting period, the last reporting period of the registrant ending before that time was a fiscal year of the registrant,

(iii) the registrant is a charity and has not made an election under section 246 or 247 that is effective at that time, or

(iv) the registrant is a listed financial institution described in any of subparagraphs 149(1)(a)(i) to (x) and has not made an election under section 246 or 247 that is effective at that time,

the fiscal year of the registrant that includes that time;

(b) where

(i) the threshold amount of the registrant for the fiscal year or fiscal quarter of the registrant that includes that time exceeds \$6,000,000 and the registrant is neither a listed financial institution described in any of subparagraphs 149(1)(a)(i) to (x) nor a charity,

(ii) the last reporting period of the registrant ending before that time was the fiscal month of the registrant and the registrant has not made an election under section 247 or 248 that is effective at that time, or

(iii) the registrant has made an election under section 246 that is effective at that time,

the fiscal month of the registrant that includes that time; and

(c) in all other cases, the fiscal quarter of the registrant that includes that time.

(d) [Repealed, 1997, c. 10, s. 55]

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 105; 1994, c. 9, s. 17; 1997, c. 10, s. 55; 2000, c. 14, s. 35.

Election for fiscal months

246 (1) Any person may make an election to have reporting periods that are fiscal months of the person, to take effect

(A) aucun choix de l'inscrit fait en vertu des articles 246 ou 247 n'est en vigueur à ce moment,

(B) un choix, prévu à l'article 248, serait en vigueur à ce moment si l'inscrit l'avait fait au début de son exercice qui comprend ce moment,

(C) la dernière période de déclaration de l'inscrit se terminant avant ce moment correspond à son exercice, sauf si sa période de déclaration qui comprend ce moment est réputée par le paragraphe 251(1) ou l'un des articles 265 à 267 être une période de déclaration distincte,

(iii) l'inscrit est un organisme de bienfaisance pour lequel aucun des choix prévus aux articles 246 ou 247 n'est en vigueur à ce moment,

(iv) l'inscrit est une institution financière désignée visée à l'un des sous-alinéas 149(1)a)(i) à (x) pour lequel aucun des choix prévus aux articles 246 ou 247 n'est en vigueur à ce moment;

b) à son mois d'exercice qui comprend ce moment, si, selon le cas :

(i) le montant déterminant applicable à l'inscrit — sauf une institution financière désignée visée à l'un des sous-alinéas 149(1)a)(i) à (x) et un organisme de bienfaisance — pour son exercice ou trimestre d'exercice qui comprend ce moment dépasse 6 000 000 \$,

(ii) la dernière période de déclaration de l'inscrit se terminant avant ce moment correspond à son mois d'exercice, et aucun des choix prévus à l'article 247 ou 248 n'est en vigueur à ce moment,

(iii) l'inscrit a fait le choix prévu à l'article 246 qui est en vigueur à ce moment;

c) à son trimestre d'exercice qui comprend ce moment, dans les autres cas.

d) [Abrogé, 1997, ch. 10, art. 55]

[NOTE: Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 105; 1994, ch. 9, art. 17; 1997, ch. 10, art. 55; 2000, ch. 14, art. 35.

Choix de mois d'exercice

246 (1) Toute personne peut faire un choix pour que ses périodes de déclaration correspondent à ses mois d'exercice. Le choix entre en vigueur le jour où la personne devient un inscrit ou, si elle est un inscrit, le premier jour de son exercice.

Appeal from order or direction

(7) An order or direction that is made in the course of or in connection with any legal proceedings and that requires an official or other representative of a government entity to give or produce evidence relating to any confidential information may, by notice served on all interested parties, be appealed forthwith by the Minister or by the person against whom the order or direction is made to

(a) the court of appeal of the province in which the order or direction is made, in the case of an order or direction made by a court or other tribunal established under the laws of the province, whether that court or tribunal is exercising a jurisdiction conferred by the laws of Canada; or

(b) the Federal Court of Appeal, in the case of an order or direction made by a court or other tribunal established under the laws of Canada.

Disposition of appeal

(8) The court to which an appeal is taken under subsection (7) may allow the appeal and quash the order or direction appealed from or may dismiss the appeal, and the rules of practice and procedure from time to time governing appeals to the courts shall apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of an appeal instituted under subsection (7).

Stay

(9) An appeal instituted under subsection (7) shall stay the operation of the order or direction appealed from until judgment is pronounced.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.] ; 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 128; 1996, c. 21, s. 67, c. 23, s. 187; 1997, c. 10, s. 236; 1998, c. 19, s. 284; 1999, c. 26, s. 38; 2000, c. 14, s. 33; 2001, c. 17, s. 260; 2003, c. 15, s. 68; 2004, c. 11, s. 28; 2005, c. 30, s. 23; 2007, c. 18, s. 48; 2009, c. 2, s. 121; 2014, c. 20, s. 50; 2015, c. 20, s. 3; 2016, c. 7, s. 67; 2017, c. 33, s. 161; 2018, c. 27, s. 52; 2019, c. 13, s. 121.

SUBDIVISION D

Assessments, Objections and Appeals

Assessments

Assessments

296 (1) The Minister may assess

(a) the net tax of a person under Division V for a reporting period of the person,

Appel d'une ordonnance ou d'une directive

(7) Le ministre ou la personne contre laquelle une ordonnance est rendue, ou à l'égard de laquelle une directive est donnée, dans le cadre ou à l'occasion d'une procédure judiciaire enjoignant à un fonctionnaire ou autre représentant d'une entité gouvernementale de témoigner, ou de produire quoi que ce soit, relativement à un renseignement confidentiel peut sans délai, par avis signifié aux parties intéressées, interjeter appel de l'ordonnance ou de la directive devant :

a) la cour d'appel de la province dans laquelle l'ordonnance est rendue ou la directive donnée, s'il s'agit d'une ordonnance ou d'une directive émanant d'une cour ou d'un autre tribunal établi en application des lois de la province, que ce tribunal exerce ou non une compétence conférée par les lois fédérales;

b) la Cour d'appel fédérale, s'il s'agit d'une ordonnance ou d'une directive émanant d'une cour ou d'un autre tribunal établi en application des lois fédérales.

Décision d'appel

(8) La cour saisie d'un appel peut accueillir l'appel et annuler l'ordonnance ou la directive en cause ou rejeter l'appel. Les règles de pratique et de procédure régissant les appels à la cour s'appliquent, compte tenu des modifications nécessaires, aux appels interjetés en application du paragraphe (7).

Sursis

(9) L'application de l'ordonnance ou de la directive objet d'un appel interjeté en application du paragraphe (7) est différée jusqu'au prononcé du jugement.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.] ; 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 128; 1996, ch. 21, art. 67, ch. 23, art. 187; 1997, ch. 10, art. 236; 1998, ch. 19, art. 284; 1999, ch. 26, art. 38; 2000, ch. 14, art. 33; 2001, ch. 17, art. 260; 2003, ch. 15, art. 68; 2004, ch. 11, art. 28; 2005, ch. 30, art. 23; 2007, ch. 18, art. 48; 2009, ch. 2, art. 121; 2014, ch. 20, art. 50; 2015, ch. 20, art. 3; 2016, ch. 7, art. 67; 2017, ch. 33, art. 161; 2018, ch. 27, art. 52; 2019, ch. 13, art. 121.

SOUS-SECTION D

Cotisations, oppositions et appels

Cotisation

Cotisation

296 (1) Le ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire pour déterminer :

(b) any tax payable by a person under Division II, IV or IV.1,

(c) any penalty or interest payable by a person under this Part,

(d) any amount payable by a person under any of paragraphs 228(2.1)(b) and (2.3)(d), section 230.1 and paragraphs 232.01(5)(c) and 232.02(4)(c), and

(e) any amount which a person is liable to pay or remit under subsection 177(1.1) or Subdivision A or B.1 of Division VII,

and may reassess or make an additional assessment of tax, net tax, penalty, interest or an amount referred to in paragraph (d) or (e).

Allowance of unclaimed credit

(2) Where, in assessing the net tax of a person for a particular reporting period of the person, the Minister determines that

(a) an amount (in this subsection referred to as the “allowable credit”) would have been allowed as an input tax credit for the particular reporting period or as a deduction in determining the net tax for the particular reporting period if it had been claimed in a return under Division V for the particular reporting period filed on the day that is the day on or before which the return for the particular reporting period was required to be filed and the requirements, if any, of subsection 169(4) or 234(1) respecting documentation that apply in respect of the allowable credit had been met,

(b) the allowable credit was not claimed by the person in a return filed before the day notice of the assessment is sent to the person or was so claimed but was disallowed by the Minister, and

(c) the allowable credit would be allowed, as an input tax credit or deduction in determining the net tax for a reporting period of the person, if it were claimed in a return under Division V filed on the day notice of the assessment is sent to the person or would be disallowed if it were claimed in that return only because the period for claiming the allowable credit expired before that day,

the Minister shall take the allowable credit into account in assessing the net tax for the particular reporting period as if the person had claimed the allowable credit in a return filed for the period.

a) la taxe nette d’une personne, prévue à la section V, pour une période de déclaration;

b) la taxe payable par une personne en application des sections II, IV ou IV.1;

c) les pénalités et intérêts payables par une personne en application de la présente partie;

d) un montant payable par une personne en application des alinéas 228(2.1)b) ou (2.3)d), de l’article 230.1 ou des alinéas 232.01(5)c) ou 232.02(4)c);

e) un montant qu’une personne est tenue de payer ou de verser en vertu du paragraphe 177(1.1) ou des sous-sections a ou b.1 de la section VII.

Application d’un crédit non demandé

(2) Le ministre, s’il constate les faits ci-après relativement à un montant (appelé « crédit déductible » au présent paragraphe) lors de l’établissement d’une cotisation concernant la taxe nette d’une personne pour une période de déclaration donnée de celle-ci, prend en compte le crédit déductible dans l’établissement de la taxe nette pour cette période comme si la personne avait demandé le crédit déductible dans une déclaration produite pour cette période :

a) le crédit déductible aurait été accordé à titre de crédit de taxe sur les intrants pour la période donnée ou à titre de déduction dans le calcul de la taxe nette pour cette période s’il avait été demandé dans une déclaration produite aux termes de la section V pour cette période à la date limite où la déclaration pour cette période était à produire et si les exigences en matière de documentation, énoncées aux paragraphes 169(4) ou 234(1), qui s’appliquent au crédit avaient été remplies;

b) le crédit déductible n’a pas été demandé par la personne dans une déclaration produite avant le jour où l’avis de cotisation lui est envoyé ou, s’il l’a été, a été refusé par le ministre;

c) le crédit déductible serait accordé à titre de crédit de taxe sur les intrants ou de déduction dans le calcul de la taxe nette de la personne pour une de ses périodes de déclaration s’il était demandé dans une déclaration produite aux termes de la section V le jour où l’avis de cotisation est envoyé à la personne, ou serait refusé s’il était demandé dans cette déclaration du seul fait que le délai dans lequel il peut être demandé a expiré avant ce jour.

ACT RESPECTING THE QUEBEC SALES TAX

(Excerpts)

Section	Page
1	014
16	036
82	037
108	038
112	039
177	040
201	043
422	044
428	045
431	047
437	048
444	050
458.6	052
468	053

chapter T-0.1

ACT RESPECTING THE QUÉBEC SALES TAX

TABLE OF CONTENTS

TITLE I

QUÉBEC SALES TAX

CHAPTER I

DEFINITIONS AND INTERPRETATION

DIVISION I

DEFINITIONS..... 1

DIVISION II

INTERPRETATION..... 1.1

CHAPTER II

TAXATION

DIVISION I

IMPOSITION OF TAX

§ 1. — *Taxable supply made in Québec*..... 16

§ 2. — *Bringing into Québec of corporeal property*..... 17

§ 3. — *Taxable supply made outside Québec or by a non-resident person who is not registered and other supplies*..... 18

DIVISION II	
SUPPLY AND COMMERCIAL ACTIVITY	
§ 1. — <i>Supply</i>	
I. — <i>Rules relating to a supply</i>	19
II. — <i>Presumptions respecting place of supply</i>	21
1. — <i>Definitions and interpretation</i>	22.2
2. — <i>Corporeal movable property</i>	22.7
3. — <i>Incorporeal movable property</i>	22.10
4. — <i>Immovable</i>	22.12
5. — <i>Service</i>	22.14
6. — <i>Transportation service</i>	22.16
7. — <i>Postal service</i>	22.21
8. — <i>Telecommunication service</i>	22.25
9. — <i>Deemed supply and prescribed supply</i>	22.28
10. — <i>Special rules</i>	22.32
III. — <i>Other presumptions</i>	
1. — <i>General provisions</i>	25
2. — <i>Mandatory</i>	41.0.1
§ 3. — <i>Collecting bodies and collective societies</i>	41.7
§ 2. — <i>Commercial activity</i>	42
DIVISION III	
CONSIDERATION.....	51
DIVISION IV	
SPECIFIC RULES RESPECTING TAXATION	
§ 1. — <i>Rules respecting calculation</i>	68
§ 2. — <i>Supplies not subject to taxation</i>	75
§ 3. — <i>Goods not subject to taxation brought into Québec</i>	81
DIVISION V	
SPECIFIC RULES RESPECTING TIME OF TAXATION.....	82
CHAPTER III	
EXEMPT SUPPLY	
DIVISION I	
IMMOVABLE.....	93
DIVISION II	
HEALTH CARE SERVICE.....	108
DIVISION III	
EDUCATIONAL SERVICE.....	120
DIVISION IV	
CHILD AND PERSONAL CARE SERVICE.....	136
DIVISION V	
LEGAL AID SERVICE.....	138
DIVISION V.1	
CHARITIES.....	138.1
DIVISION VI	
PUBLIC SECTOR BODY.....	139

DIVISION VI.1	
FINANCIAL SERVICES.....	169.3
DIVISION VII	
FERRY, ROAD OR BRIDGE TOLL.....	170
DIVISION VIII	
DUES.....	172
DIVISION IX	
FEES PAID TO A GOVERNMENT.....	172.1
CHAPTER IV	
ZERO-RATED SUPPLY	
DIVISION I	
DRUGS AND BIOLOGICALS.....	173
DIVISION II	
MEDICAL AND ASSISTIVE DEVICES.....	175
DIVISION III	
BASIC GROCERIES.....	177
DIVISION IV	
AGRICULTURE AND FISHING.....	178
DIVISION V	
SUPPLY SHIPPED OUTSIDE QUÉBEC.....	179
DIVISION VI	
TRAVEL SERVICE.....	192
DIVISION VI.1 <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 335.</i>	
DIVISION VII	
TRANSPORTATION SERVICE.....	193
DIVISION VII.1	
MOTOR VEHICLE ACQUIRED TO BE RESUPPLIED.....	197.2
DIVISION VII.2	
FINANCIAL SERVICE.....	197.3
DIVISION VIII	
OTHER ZERO-RATED SUPPLIES.....	198
CHAPTER V	
INPUT TAX REFUND	
DIVISION I	
GENERAL PRINCIPLES.....	199

DIVISION II

SPECIAL RULES

§ 1. — <i>Becoming and ceasing to be registrant</i>	207
§ 1.1. — <i>Taxi Business</i>	210.2
§ 1.2. — <i>Retail vendor of tobacco</i>	210.6
§ 1.3. — <i>Supplier of alcoholic beverages</i>	210.7
§ 1.4. — <i>Fuel supplier</i>	210.8
§ 1.5. — <i>Suppliers of new tires or road vehicles</i>	210.9
§ 2. — <i>Allowance and reimbursement</i>	211
§ 3. — <i>Used returnable container</i>	213
§ 4. — <i>Immovable</i>	
I. — <i>Change in use</i>	220
I.1. — <i>Self-supply of land</i>	222.1
I.2. — <i>Self-supply of a site in a residential trailer park</i>	222.2
I.3. — <i>Supply of a mobile home or floating home – Builder</i>	222.4
II. — <i>Self-supply of residential complex – Builder</i>	222.6
III. — <i>Sale of immovable</i>	233
IV. — <i>Statement as to use of immovable</i>	235
§ 5. — <i>Capital property</i>	
I. — <i>Interpretation</i>	237
II. — <i>Movable property</i>	
1. — <i>General provisions</i>	240
2. — <i>Passenger vehicle</i>	247
3. — <i>Passenger vehicle or aircraft of an individual, partnership or municipality</i>	250
4. — <i>Financial institution</i>	255.1
III. — <i>Immovable</i>	
1. — <i>General provisions</i>	256
2. — <i>Individual</i>	261
3. — <i>Public sector body</i>	267
4. — <i>Public service body</i>	271
§ 6. — <i>Bets and games of chance</i>	277
§ 6.1. — <i>Deemed supply between branches of a financial institution</i>	279.1

CHAPTER VI

SPECIAL CASES

DIVISION I

CHANGE IN USE.....	285
--------------------	-----

DIVISION I.1

PENSION PLANS

§ 1. — <i>Interpretation and general rules</i>	289.2
§ 2. — <i>Deemed taxable supply</i>	289.5
§ 3. — <i>Election relating to supplies deemed made for no consideration</i>	289.9
§ 4. — <i>Tax deemed to be paid by a designated pension entity</i>	289.13

DIVISION II

BENEFIT.....	290
--------------	-----

DIVISION III	
SMALL SUPPLIER.....	294
DIVISION III.0.0.1	
FINANCIAL INSTITUTION.....	297.0.2.1
DIVISION III.0.1	
NETWORK SELLER.....	297.0.3
DIVISION III.1	
DIRECT SELLERS.....	297.1
DIVISION IV	
INSURER.....	298
DIVISION IV.1	
PERFORMANCE BONDS.....	301.4
DIVISION IV.2	
FINANCIAL SERVICE DEEMED TO BE SUPPLIED IN THE COURSE OF COMMERCIAL ACTIVITIES.....	301.10
DIVISION V	
BANKRUPTCY.....	302
DIVISION VI	
RECEIVERSHIP.....	310
DIVISION VII	
FORFEITURE, SEIZURE AND REPOSSESSION.....	318
DIVISION VIII	
SUCCESSION AND TRUST.....	324.7
DIVISION IX	
NON-RESIDENT PERSON.....	327
DIVISION IX.1	
OUTSIDE TRAVEL.....	327.8
DIVISION X	
CLOSELY RELATED GROUP.....	327.10
DIVISION XI	
DIVISIONS OR BRANCHES OF PUBLIC SERVICE BODY.....	337.2
DIVISION XII	
UNINCORPORATED ORGANIZATION.....	342
DIVISION XIII	
PARTNERSHIP AND JOINT VENTURE.....	345.1
DIVISION XIV	
FINANCIAL INSTITUTION	
§ 1. — <i>Rules of application in cases of business mergers, amalgamations or acquisitions.....</i>	349
§ 2. — <i>Information return.....</i>	350.0.1
DIVISION XV	
COUPONS, DISCOUNTS AND GIFT CERTIFICATES.....	350.1
DIVISION XV.1	
BARTER EXCHANGE NETWORK.....	350.7.1
DIVISION XVI	
GAMES OF CHANCE.....	350.8

DIVISION XVII	
BUYING GROUPS.....	350.13
DIVISION XVII.1	
DESIGNATED CHARITIES.....	350.17.1
DIVISION XVIII <i>Repealed, 2005, c. 1, s. 356.</i>	
DIVISION XVIII.1	
SHIPPING DISTRIBUTION CENTRE.....	350.23.1
DIVISION XIX <i>Repealed, 2009, c. 5, s. 631.</i>	
DIVISION XIX.1	
RETURNABLE CONTAINER.....	350.42.3
DIVISION XX	
FLEA MARKETS.....	350.43
DIVISION XXI	
CLOTHING INDUSTRY.....	350.48
DIVISION XXII	
RESTAURANT SERVICES.....	350.50
DIVISION XXIII	
TAXI TRANSPORTATION SERVICES.....	350.61
CHAPTER VII	
REBATE, COMPENSATION AND TRANSFER	
DIVISION I	
REBATE	
§ 1. — <i>Person resident outside Québec or Canada</i>	
I. — <i>Property or services</i>	351
III. — <i>Restrictions</i>	357
IV. — <i>Conventions</i>	357.1
IV.1. — <i>Installation services</i>	357.5.1
V. — <i>Solidary liability</i>	357.6
§ 2. — <i>Employee and member of a partnership</i>	358
§ 3. — <i>Immovable</i>	
I. — <i>Interpretation</i>	360.5
II. — <i>Single unit residential complex or residential unit held in co-ownership</i> ...	362.2
II.1. — <i>Residential complex and land</i>	370.0.1
II.2. — <i>Cooperative housing corporation</i>	370.5
II.3. — <i>Self-supply of an immovable</i>	370.9

IV.1. — <i>Supply of land</i>	378.1
IV.2. — <i>Supply of a residential complex leased for residential purposes</i>	378.4
V. — <i>Supply of an immovable by a non-registrant</i>	379
§ 4. — <i>Legal aid</i>	381
§ 4.1. — <i>Qualifying motor vehicles</i>	382.1
§ 4.1.1. — <i>Motor vehicle — Modification service</i>	382.7.1
§ 4.2. — <i>Prescribed new hybrid vehicle</i>	382.8
§ 5. — <i>Rebate to certain organizations</i>	383
§ 5.1. — <i>Rebate to the Royal Canadian Legion</i>	397.3
§ 5.2. — <i>Rebate — shipment outside Québec by a charity or a public institution</i>	398
§ 5.3. — <i>Rebate to the Gouvernement du Québec</i>	399.1
§ 6. — <i>Amount paid in error</i>	400
§ 6.2. — <i>Used road vehicle</i>	402.3
§ 6.3. — <i>Automatic door openers</i>	402.6
§ 6.4. — <i>Motor vehicles</i>	402.8
§ 6.5. — <i>Motor vehicles shipped outside Québec</i>	402.12
§ 6.6. — <i>Pension plans</i>	402.13
§ 6.7. — <i>Segregated funds and investment plans</i>	402.23
§ 7. — <i>Rules applicable to this division</i>	403
DIVISION II <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 347.</i>	
DIVISION III MANAGER OF AN INVESTMENT PLAN.....	406.1
CHAPTER VIII TAX COLLECTION AND REMITTANCE	
DIVISION I REGISTRATION.....	407
DIVISION II COLLECTION.....	422
DIVISION II.1 SHIPPING CERTIFICATE.....	427.1

DIVISION III

REMITTANCE

§ 1. — <i>Determination of net tax</i>	
§ I. — <i>General rules</i>	428
§ II. — <i>Charities</i>	433.1
§ III. — <i>Selected listed financial institutions</i>	
1. — <i>Definitions and general rules</i>	433.15.1
§ 2. — <i>Special application rules</i>	433.15.9
§ 3. — <i>Special attribution method</i>	433.16
§ 4. — <i>Tax adjustment transfers</i>	433.22
§ 5. — <i>Information sharing</i>	433.25
§ IV. — <i>Election of an accounting method</i>	434
§ 2. — <i>Net tax remittance or refund</i>	437
§ 3. — <i>Bad debt</i>	443.1
§ 4. — <i>Adjustment or refund</i>	447
§ 5. — <i>Patronage dividend</i>	451
§ 6. — <i>Payment of a rebate by a person</i>	455
§ 7. — <i>Input tax refund</i>	456
§ 8. — <i>Instalments</i>	458.0.1

DIVISION IV

FISCAL PERIOD, REPORTING PERIOD AND RETURN

§ 0.1. — <i>Fiscal period</i>	
I. — <i>Definitions</i>	458.1
II. — <i>Determination of fiscal year, fiscal quarters and fiscal months</i>	458.2
III. — <i>Election for fiscal year</i>	458.4
§ IV. — <i>Selected listed financial institution</i>	458.5.1
§ 1. — <i>Reporting period</i>	
I. — <i>General provisions</i>	458.6
II. — <i>Election for periods</i>	
2. — <i>Election for fiscal month</i>	459.2
3. — <i>Election for fiscal quarter</i>	459.4
4. — <i>Election for fiscal year</i>	460
III. — <i>Terms of election</i>	
1. — <i>Determination of threshold amount</i>	462
2. — <i>Filing of election</i>	462.3
IV. — <i>Special provisions</i>	464
§ 2. — <i>Return</i>	467.1

CHAPTER VIII.1

TAX COLLECTION AND REMITTANCE — NON-RESIDENT SUPPLIERS

DIVISION I

DEFINITIONS AND GENERAL RULES.....	477.2
------------------------------------	-------

DIVISION II

REGISTRATION.....	477.5
-------------------	-------

DIVISION III	
COLLECTION.....	477.6
DIVISION IV	
REPORTING AND REMITTANCE	
§ 1. — <i>Reporting period</i>	477.8
§ 2. — <i>Filing of the return</i>	477.10
§ 3. — <i>Determination of the specified net tax</i>	477.11
§ 4. — <i>Tax remittance</i>	477.13
§ 5. — <i>Adjustment or refund</i>	477.16
DIVISION V	
PENALTY.....	477.19
CHAPTER IX	
ANTI-AVOIDANCE RULE.....	478
CHAPTER X	
PENAL PROVISION.....	485.1
TITLE II	
TAX ON ALCOHOLIC BEVERAGES	
CHAPTER I	
DEFINITIONS.....	486
CHAPTER II	
SPECIFIC TAX.....	487
CHAPTER III	
EXEMPTION.....	490
CHAPTER IV	
ADMINISTRATION.....	492
CHAPTER V	
ADVANCE COLLECTION.....	496
CHAPTER V.1	
INSTALMENT.....	499.1
CHAPTER V.2	
REPORTING PERIOD.....	499.4
CHAPTER VI	
MISCELLANEOUS PROVISIONS.....	500
TITLE III	
TAXATION OF INSURANCE PREMIUMS	
CHAPTER I	
SCOPE.....	506
CHAPTER II	
TAX.....	512
CHAPTER III	
SPECIAL PROVISIONS RESPECTING CERTAIN KINDS OF INSURANCE	
DIVISION I	
INSURANCE OF PERSONS.....	514
DIVISION II	
DAMAGE INSURANCE.....	516

CHAPTER IV	
EXEMPTIONS.....	520
CHAPTER V	
REIMBURSEMENT.....	522
CHAPTER VI	
ADMINISTRATION	
DIVISION I	
REGISTRATION CERTIFICATE, COLLECTION AND REMITTANCE.....	523
DIVISION II	
CERTIFICATION.....	529
DIVISION III	
COMPUTATION AND SEPARATE INDICATION OF THE TAX.....	530
TITLE IV	
TAX ON THE PARI-MUTUEL.....	537
TITLE IV.1 <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER I <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER II <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER III <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER IV <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER V <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER VI <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
DIVISION I <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
DIVISION II <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
DIVISION III <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
CHAPTER VII <i>Repealed, 1997, c. 14, s. 379.</i>	
TITLE IV.2	
TAX ON LODGING	
CHAPTER I	
DEFINITIONS.....	541.23
CHAPTER II	
IMPOSITION OF TAX.....	541.24
CHAPTER III	
ADMINISTRATION.....	541.25
TITLE IV.3 <i>Repealed, 2004, c. 21, s. 547.</i>	
CHAPTER I <i>Repealed, 2004, c. 21, s. 547.</i>	
CHAPTER II <i>Repealed, 2004, c. 21, s. 547.</i>	
CHAPTER III <i>Repealed, 2004, c. 21, s. 547.</i>	
TITLE IV.4	
AGREEMENT WITH A MOHAWK COMMUNITY.....	541.45
TITLE IV.4.1	
AGREEMENTS RELATING TO NATIVE TAXES IN INDIAN RESERVES	

CHAPTER I	
OBJECT.....	541.47.1
CHAPTER II	
DEFINITIONS.....	541.47.2
CHAPTER III	
ADMINISTRATION AGREEMENT.....	541.47.3
CHAPTER IV	
BAND TEXT	
DIVISION I	
HARMONIZATION WITH TITLE I WITH RESPECT TO PROPERTY AND SERVICES.....	541.47.8
DIVISION II	
HARMONIZATION WITH TITLE I WITH RESPECT TO ALCOHOLIC BEVERAGES OR FUEL.....	541.47.13
DIVISION III	
HARMONIZATION WITH OTHER TEXTS OF LAW.....	541.47.15
CHAPTER V	
PAYMENT.....	541.47.16
CHAPTER VI	
RULES OF APPLICATION.....	541.47.17
TITLE IV.5	
SPECIFIC DUTY ON NEW TIRES	
CHAPTER I	
DEFINITIONS.....	541.48
CHAPTER II	
IMPOSITION OF A SPECIFIC DUTY.....	541.49
CHAPTER III	
EXEMPTIONS.....	541.55
CHAPTER IV	
ADMINISTRATION.....	541.56
CHAPTER V	
ADVANCE COLLECTION.....	541.60
CHAPTER VI	
MISCELLANEOUS PROVISIONS.....	541.63
TITLE V	
REPEALING AND AMENDING PROVISIONS	
THE RETAIL SALES TAX ACT.....	542
TOBACCO TAX ACT.....	547
TAXATION ACT.....	552
LICENSES ACT.....	553
ACT RESPECTING THE MINISTÈRE DU REVENU.....	557
ACT RESPECTING THE QUÉBEC PENSION PLAN.....	608
FUEL TAX ACT.....	609
BROADCAST ADVERTISING TAX ACT.....	616
TELECOMMUNICATIONS TAX ACT.....	617

TITLE VI

TRANSITIONAL PROVISIONS

CHAPTER I

INTERPRETATION..... 618

CHAPTER II

IMMOVABLE

DIVISION I

TRANSFER BEFORE 1 JULY 1992..... 619

DIVISION II

SUPPLY UNDER AN AGREEMENT ENTERED INTO BEFORE 30
AUGUST 1990..... 620

DIVISION III

SUPPLY UNDER A CONTRACT RELATING TO AN IMMOVABLE OR A
SHIP..... 623

CHAPTER III

MOVABLE PROPERTY

DIVISION I

SUPPLY BY WAY OF SALE..... 624

DIVISION II

SUPPLY BY WAY OF LEASE, LICENCE OR SIMILAR ARRANGEMENT 625

DIVISION III

SUPPLY OF A SUBSCRIPTION TO A MAGAZINE..... 632

DIVISION IV

RETURN AND EXCHANGE OF MOVABLE PROPERTY..... 633

DIVISION V

ADVANCE COLLECTION IN RESPECT OF ALCOHOLIC BEVERAGES. 636

CHAPTER IV

SERVICE

DIVISION I

GENERAL RULES..... 637

DIVISION II

ADVERTISEMENT..... 644

DIVISION III

TELECOMMUNICATION SERVICE..... 645

CHAPTER V

PROPERTY AND SERVICE

DIVISION I

CONTINUOUS SUPPLY..... 646

DIVISION II

BUDGET PAYMENT ARRANGEMENT..... 651

DIVISION III

RULES APPLICABLE TO DIVISIONS I AND II..... 654

DIVISION IV

SUPPLY OF FUNERAL SERVICES AND SEPULTURES..... 656

CHAPTER VI

REBATE

DIVISION I	
SALES TAX REBATE IN RESPECT OF PROPERTY IN INVENTORY.....	657
DIVISION II	
SALES TAX REBATE IN RESPECT OF A RESIDENTIAL COMPLEX.....	663
DIVISION II.1	
TRANSITIONAL SALES TAX REBATE IN RESPECT OF A RESIDENTIAL COMPLEX.....	670.1
DIVISION II.2	
TRANSITIONAL SALES TAX REBATE IN RESPECT OF A RESIDENTIAL COMPLEX.....	670.30
DIVISION III	
REBATE IN RESPECT OF CERTAIN SUPPLIES	
§ 1. — <i>Measures applicable from 25 October 1991 to 1 April 1992</i>	671
§ 2. — <i>Measures applicable from 15 May 1992 to 1 September 1992</i>	674.1
§ 3. — <i>Measures applicable from 13 May 1994</i>	674.4.1
DIVISION IV	
REBATE FOLLOWING THE REDUCTION OF A CONSIDERATION.....	674.5
DIVISION V	
ANTI-AVOIDANCE RULE.....	674.6
CHAPTER VII	
REGISTRATION.....	675
TITLE VII	
REGULATIONS.....	677
TITLE VIII	
FINAL PROVISIONS.....	678
REPEAL SCHEDULES	

TITLE I

QUÉBEC SALES TAX

CHAPTER I

DEFINITIONS AND INTERPRETATION

DIVISION I

DEFINITIONS

1. For the purposes of this Title and the regulations made under it, unless the context indicates otherwise,

“admission” means a right of entry or access to, or attendance at, a place of amusement, a seminar, an activity or an event;

“administrator” of a pooled registered pension plan has the meaning assigned to “administrator” by the first paragraph of section 965.0.19 of the Taxation Act (chapter I-3);

“amount” means money, property or a service, expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the property or service;

“asset management service” means a service (other than a prescribed service) rendered by a particular person in respect of the assets or liabilities of another person that is a service of

(a) managing or administering the assets or liabilities, irrespective of the level of discretionary authority the particular person has to manage some or all of the assets or liabilities,

(b) providing research, analysis, advice or reports in respect of the assets or liabilities,

(c) determining which assets or liabilities are to be acquired or disposed of, or

(d) acting to realize performance targets or other objectives in respect of the assets or liabilities;

“bank” means a bank or an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the Bank Act (R.S.C. 1985, c. B-1);

“basic tax content” , at a particular time, of property of a person means the amount determined by the formula

$$(A - B) \times C,$$

where

(1) A is the total of

(a) the tax that was payable by the person in respect of the last acquisition or bringing into Québec of the property by the person,

(b) the tax that would have been payable by the person in respect of the last bringing into Québec of the property by the person but for the fact that the person was a registrant, that the property was brought into Québec by the person for consumption or use exclusively in the course of commercial activities of the person and that the person would have been entitled to claim an input tax refund had the person paid the tax in respect of the bringing in,

(c) the tax that would have been payable by the person in respect of the last bringing into Québec of the property by the person but for the fact that the property was brought into Québec for supply,

(d) the tax that was payable by the person in respect of an improvement to the property acquired, or brought into Québec, by the person after the property was last acquired or brought into Québec by the person,

(e) the tax that would have been payable by the person in respect of the bringing into Québec of an improvement to the property but for the fact that the person was a registrant, that the improvement was brought into Québec by the person for consumption or use exclusively in the course of commercial activities of the person and that the person would have been entitled to claim an input tax refund had the person paid the tax in respect of the bringing in after the property was last acquired or brought into Québec by the person,

(f) the tax under section 16 that would have been payable by the person in respect of the last acquisition of the property by the person or in respect of an improvement to the property acquired by the person after the property was last acquired or brought into Québec by the person, but for sections 54.1, 75.1, 75.3 to 75.9 — in the case of property acquired under an agreement for a qualifying supply that was not, immediately before that acquisition, capital property of the supplier — and 80, or the fact that the property or improvement was acquired by the person for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities,

(g) the tax under section 18 or section 18.0.1 that would have been payable by the person in respect of the last acquisition of the property by the person, and the tax under section 18 or section 18.0.1 that would have been payable by the person in respect of an improvement to the property acquired by the person after the property was last acquired or brought into Québec by the person, but for the fact that the person had acquired the property or improvement for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities of the person, and

(h) the total of all amounts each of which is determined by the formula

$$D \times E \times F/G,$$

where

i. D is an amount of tax (other than tax that the person was exempt from paying under any other Act or law) under subsection 1 of section 165 of the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15) or section 212 or 218 of that Act, in relation to the property, referred to in any of subparagraphs i to iii of the description of A in paragraph a of the definition of “basic tax content” in subsection 1 of section 123 of that Act, that became payable, or would have so become payable in the circumstances described in that subparagraph, by the person while the person was a selected listed financial institution, or while the person would have been such a financial institution for the purposes of that Act if Québec were a participating province, within the meaning of that subsection 1,

ii. E is the percentage referred to in subparagraph 3 of the second paragraph of section 433.16 for the person’s taxation year that includes the time the amount referred to in subparagraph i so became payable, or would have so become payable, or the percentage taken into account in determining the value of A in the formula in the first paragraph of section 433.16.2 for the reporting period that includes that time,

iii. F is the tax rate specified in the first paragraph of section 16, and

iv. G is the tax rate specified in subsection 1 of section 165 of the Excise Tax Act;

(2) B is the total of

(a) all taxes referred to in any of subparagraphs a to g of paragraph 1 that the person was exempt from paying under any other Act or law,

(a.1) all taxes (other than tax referred to in subparagraph a) under the first paragraph of section 16 or 17 referred to in any of subparagraphs a to g of paragraph 1 that became payable by the person, or would have so

become payable in the circumstances described in that subparagraph, while the person was a selected listed financial institution,

(b) all amounts (other than input tax refunds and amounts referred to in subparagraphs *a* and *a.1*) in respect of tax referred to in subparagraphs *a* and *d* of paragraph 1 that the person was entitled to recover by way of rebate, refund or otherwise under this or any other Act or law or would have been entitled to recover if the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities, and

(c) all amounts (other than input tax refunds and amounts referred to in subparagraphs *a* and *a.1*) in respect of tax referred to in subparagraphs *b*, *c* and *e* to *g* of paragraph 1 that the person would have been entitled to recover by way of rebate, refund or otherwise under this or any other Act or law or would have been entitled to recover if that tax had been payable and the property or improvement had been acquired for use exclusively in activities that are not commercial activities; and

(3) C is the lesser of 1 and

H/I,

where

(1) H is the fair market value of the property at the particular time, and

(2) I is the total of

(a) the value of the consideration for the last supply of the property to the person or, where the property was last brought into Québec by the person, the value of the property within the meaning of section 17, and

(b) where the person acquires, or brings into Québec, an improvement to the property after the property was last acquired or brought in, the total of all amounts each of which is the value of the consideration for the supply to the person of such an improvement or, if the improvement is property that was brought into Québec by the person, the value of the property within the meaning of section 17;

“builder” of a residential complex or of an addition to a multiple unit residential complex means a person who

(1) at a time when the person has an interest in the immovable on which the complex is situated, carries on or engages another person to carry on for the person

(a) in the case of an addition to a multiple unit residential complex, the construction of the addition,

(b) *(subparagraph repealed)*;

(c) in any other case, the construction or substantial renovation of the complex,

(2) acquires an interest in the complex at a time when

(a) in the case of an addition to a multiple unit residential complex, the addition is under construction, and

(b) in any other case, the complex is under construction or substantial renovation,

(3) in the case of a mobile home or floating home, makes a supply of the home before the home has been used or occupied by any individual as a place of residence,

(4) acquires an interest in the complex for the primary purpose of making one or more supplies of the complex or parts thereof or interests therein by way of sale, or making one or more supplies of the complex or parts thereof by way of lease, licence or similar arrangement to persons other than to individuals who are acquiring the complex or parts otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade

(a) in the case of a complex held in co-ownership or residential unit held in co-ownership at a time when the declaration of co-ownership relating to the residential complex is not yet entered in the land register, or

(b) in any case, before the complex has been occupied by an individual as a place of residence or lodging, or

(5) in any case, is deemed under section 220 to be a builder of the complex;

however, “builder” does not include

(6) an individual described in paragraph 1, 2 or 4 who otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade,

(a) carries on the construction or substantial renovation of the complex,

(b) engages another person to carry on the construction or substantial renovation of the complex for the individual, or

(c) acquires the complex or an interest in it,

(7) an individual described in paragraph 3 who makes a supply of a mobile home or floating home otherwise than in the course of a business or an adventure or concern in the nature of trade, or

(8) a person described in any of paragraphs 1 to 3 whose only interest in the complex is a right to purchase the complex or an interest in it from a builder of the complex;

“business” includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever, whether the activity or undertaking is engaged in for profit or not, and any activity engaged in on a regular or continuous basis that involves the supply of property by way of lease, licence or similar arrangement, but does not include an office or employment;

“calendar quarter” means a period of three months beginning on the first day of January, April, July or October in each calendar year;

“Canadian specified supplier” has the meaning assigned by section 477.2;

“capital property” , in respect of a person, means property that is, or that would be if the person were a taxpayer under the Taxation Act (chapter I-3), capital property of the person within the meaning of that Act, other than property described in Class 12, 14, 14.1 or 44 of Schedule B to the Regulation respecting the Taxation Act (chapter I-3, r. 1);

“carrier” means a person who supplies a freight transportation service within the meaning of section 193;

“charity” means a registered charity or a registered Canadian amateur athletic association, within the meaning assigned by section 1 of the Taxation Act, but does not include a public institution;

“closely related group” has the meaning assigned by section 330;

“commercial activity” of a person means

(1) a business carried on by the person, other than a business carried on without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals, except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies by the person,

(2) an adventure or concern of the person in the nature of trade, other than an adventure or concern engaged in without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of

the members of which are individuals, except to the extent to which the adventure or concern involves the making of exempt supplies by the person, and

(3) the making of a supply, other than an exempt supply, by the person of an immovable of the person, including anything done by the person in the course of or in connection with the making of the supply;

“commercial service” , in respect of corporeal movable property, means any service in respect of the property other than a service of shipping the property supplied by a carrier and a financial service;

“complex held in co-ownership” means a residential complex that contains more than one residential unit held in co-ownership;

“consideration” includes any amount that is payable for a supply by operation of law;

“consumer” of property or a service means an individual who acquires, or brings into Québec, the property or service at his expense for his personal consumption, use or enjoyment or the personal consumption, use or enjoyment of any other individual, but does not include an individual who acquires, or brings into Québec, the property or service for consumption, use or supply in the course of the commercial activities of the individual or other activities in the course of which the individual makes exempt supplies;

“continuous transmission commodity” means electricity, crude oil, natural gas, or any corporeal movable property, that is transportable by means of a wire, pipeline or other conduit;

“convention” means a formal meeting or assembly that is not open to the general public, but does not include a meeting or assembly the principal purpose of which is

- (1) to provide any type of amusement, entertainment or recreation,
 - (2) to conduct contests or games of chance, or
 - (3) to transact the business of the convenor or attendees
- (a) in the course of a trade show that is open to the general public, or
- (b) otherwise than in the course of a trade show;

“convention facility” means an immovable that is acquired by way of lease, licence or similar arrangement by the sponsor or organizer of a convention for use exclusively as the site for the convention;

“cooperative corporation” means a cooperative housing corporation and any other cooperative corporation within the meaning of subsection 2 of section 136 of the Income Tax Act (R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.));

“cooperative housing corporation” means a corporation that was incorporated, by or under the laws of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory, Nunavut or Canada, providing for the establishment of the corporation or respecting the establishment of cooperative corporations, for the purpose of making supplies by way of lease, licence or similar arrangement of residential units to its members for the purpose of their occupancy as places of residence for individuals where

(1) the statutes by or under which it was incorporated, its charter, articles of association or by-laws or its contracts with its members require that the activities of the corporation be engaged in at or near cost after providing for reasonable reserves and hold forth the prospect that surplus funds arising from those activities will be distributed among its members in proportion to patronage,

(2) none of its members, except other cooperative corporations, have more than one vote in the conduct of the affairs of the corporation, and

(3) at least 90% of its members are individuals or other cooperative corporations and at least 90% of its shares are held by such persons;

“credit note” means a credit note issued under section 449;

“credit union” has the meaning assigned by section 797 of the Taxation Act to the expression “savings and credit union” and also includes a deposit insurance corporation described in paragraph *b* of section 804 of that Act;

“debit note” means a debit note issued under section 449;

“debt security” means a right to be paid money and includes a deposit of money, but does not include a lease, licence or similar arrangement for the use of, or the right to use, property other than a financial instrument;

“designated municipal property” has the meaning assigned by subsection 1 of section 123 of the Excise Tax Act;

“direct cost” of a supply of corporeal movable property or a service means the total of all amounts each of which is the consideration paid or payable by the supplier

(1) for the property or service if it was purchased by the supplier for the purpose of making a supply by way of sale of the property or service, or

(2) for an article or material, other than capital property of the supplier, that was purchased by the supplier, to the extent that the article or material is to be incorporated into or is to form a constituent or component part of the property, or is to be consumed or expended directly in the process of manufacturing, producing, processing or packaging the property;

and, for the purposes of this definition, the following rules apply:

(1) the consideration paid or payable by the supplier for property or a service is determined by taking into account any tax imposed under this Title that is payable by the supplier in respect of the acquisition or bringing into Québec of the property or service by the supplier, excluding the portion of tax, other than tax that became payable by the supplier at a time when the supplier was a registrant that is recovered or recoverable by the supplier;

(2) that consideration is determined without taking into account the portion of the duty, fee or tax referred to in section 52 that is recovered or recoverable by the supplier; and

(3) that consideration is determined by taking into account the tax imposed under Part IX of the Excise Tax Act;

“distributed investment plan” means an investment plan within the meaning of section 433.15.1 that is

(1) a corporation, other than a pension entity, exempt from tax under paragraph *c.2* of section 998 of the Taxation Act;

(2) an investment corporation within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

(3) a mortgage investment corporation within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

(4) a mutual fund corporation within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

(5) a mutual fund trust within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

(6) a non-resident-owned investment corporation within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

(7) a segregated fund of an insurer; or

(8) a unit trust within the meaning of section 1 of the Taxation Act;

“document” includes money, a security, a record and a supporting document;

“employee” includes an officer;

“employer”, in relation to an officer, means the person from whom the officer receives remuneration;

“equity security” means a share of the capital stock of a corporation or any interest in or right to such a share;

“exchange-traded series” of a stratified investment plan means a series of the plan, any unit of which is listed or traded on a stock exchange or other public market;

“excisable goods” means beer or malt liquor, within the meaning of section 4 of the Excise Act (R.S.C. 1985, c. E-14), and spirits, wine, tobacco products and cannabis products, within the meaning of section 2 of the Excise Act, 2001 (S.C. 2002, c. 22);

“exclusive” means, in the case of a person who is not a financial institution, all or substantially all of the consumption, use or supply of a property or a service and, in the case of a financial institution, all of the consumption, use or supply of the property or service;

“exempt supply” means a supply described in Chapter III;

“financial institution” throughout a taxation year means a person who is

- (1) a listed financial institution at any time in that taxation year, or
- (2) a financial institution,

(a) within the meaning of paragraph *b* of subsection 1 of section 149 of the Excise Tax Act, or

(b) within the meaning of paragraph *c* of subsection 1 of section 149 of that Act;

“financial instrument” means

- (1) a debt security,
- (2) an equity security,
- (3) an insurance policy,
- (4) an interest in a trust, a partnership or a succession, or any right in respect of such an interest,
- (5) a precious metal,
- (6) a contract or an option for the future supply of a commodity, where the contract or option is traded on a recognized commodity exchange,
- (7) a prescribed instrument,
- (8) an acceptance, a guarantee or an indemnity in respect of an instrument described in paragraph 1, 2, 4, 5 or 7, or
- (9) a contract or an option for the future supply of money or of an instrument described in any of paragraphs 1 to 8;

“financial service” , which does not include the operations and services described in paragraphs 14 to 20, means

- (1) the exchange, issue, payment, receipt or transfer of money, whether effected by the exchange of currency, by crediting or debiting accounts or otherwise;
- (2) the operation or maintenance of a charge, chequing, deposit, savings, loan or other account;
- (3) the borrowing or lending of a financial instrument;
- (4) the acceptance, allotment, issue, endorsement, variation, granting, repayment, renewal, processing or transfer of ownership of a financial instrument;
- (5) the variation, provision, receipt or release of an acceptance, a guarantee or an indemnity in respect of a financial instrument;
- (6) the payment or receipt of money as benefits, principal, dividends, other than patronage dividends, interest or any similar payment or receipt of money in respect of a financial instrument;
 - (6.1) the payment or receipt of an amount in full or partial satisfaction of a claim arising under an insurance policy;
- (7) the making of any advance, the granting of any credit or the lending of money;
- (8) the underwriting of a financial instrument;
- (9) any service provided pursuant to the terms and conditions of any agreement relating to the payment of amounts for which a credit card voucher or charge card voucher has been issued;
- (10) the service of investigating and recommending the compensation in satisfaction of a claim where

- (a) the claim is made under a marine insurance policy, or
- (b) the claim is made under an insurance policy that is not in the nature of accident or sickness or life insurance and
 - i. the service is supplied by an insurer or by a person who is licensed under the laws of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or Nunavut to provide such a service, or
 - ii. the service is supplied to an insurer or a group of insurers by a person who would be required to be so licensed but for the fact that the person is relieved from that requirement under the laws of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or Nunavut;
- (10.1) the service of providing an insurer or a person who supplies a service referred to in paragraph 10 with an appraisal of the damage caused to property, or in the case of a loss of property, the value of the property, where the supplier of the appraisal inspects the property, or in the case of a loss of the property, the last-known place where the property was situated before the loss;
 - (11) any supply deemed under section 39 or 297.0.2.1 to be a supply of a financial service;
 - (12) the agreeing to provide, or the arranging for, a service that is
 - (a) referred to in any of paragraphs 1 to 9, and
 - (b) not referred to in any of paragraphs 14 to 20;
 - (13) a prescribed service;
 - (14) the payment or receipt of money as consideration for the supply of property other than a financial instrument or of a service other than a financial service;
 - (15) the payment or receipt of money in settlement of a claim (other than a claim under an insurance policy) under a warranty, guarantee or similar arrangement in respect of property other than a financial instrument or a service other than a financial service;
 - (16) the service of providing advice, other than a service referred to in paragraph 10 or 10.1;
 - (17) where the supplier is a person who provides management or administrative services to an investment plan, a corporation, partnership or trust the principal activity of which is the investing of funds, the provision to the investment plan, corporation, partnership or trust of
 - (a) a management or administrative service, or
 - (b) any other service, other than a prescribed service;
 - (17.1) an asset management service;
 - (18) a professional service provided by an actuary, advocate, accountant or notary in the course of a professional practice;
 - (18.1) the arranging for the transfer of ownership of shares of a cooperative housing corporation;
 - (18.2) a debt collection service, rendered under an agreement between a person agreeing to provide, or arranging for, the service and a particular person other than the debtor, in respect of all or part of a debt, including a service of attempting to collect, arranging for the collection of, negotiating the payment of, or realizing or attempting to realize on a security given for, the debt, but does not include a service that consists solely of accepting from a person, other than the particular person, a payment of all or part of an account unless
 - (a) under the terms of the agreement the person rendering the service may attempt to collect all or part of the account or may realize or attempt to realize on a security given for the account, or
 - (b) the principal business of the person rendering the service is the collection of debt;

(18.3) a service (other than a prescribed service) of managing credit that is in respect of credit cards, charge cards, credit accounts, charge accounts, loan accounts or accounts in respect of any advance and is provided to a person granting, or potentially granting, credit in respect of those cards or accounts, including a service provided to the person of

(a) checking, evaluating or authorizing credit,

(b) making decisions on behalf of the person in relation to a grant, or an application for a grant, of credit,

(c) creating or maintaining records for the person in relation to a grant, or an application for a grant, of credit or in relation to the cards or accounts, or

(d) monitoring another person's payment record or dealing with payments made, or to be made, by the other person;

(18.4) a service (other than a prescribed service) that is preparatory to the provision or the potential provision of a service referred to in any of paragraphs 1 to 9 and 12, or that is provided in conjunction with a service referred to in any of those paragraphs, and that is

(a) a service of collecting, collating or providing information, or

(b) a market research, product design, document preparation, document processing, customer assistance, promotional or advertising service or a similar service;

(18.5) property (other than a financial instrument or prescribed property) that is delivered or made available to a person in conjunction with the rendering by the person of a service referred to in any of paragraphs 1 to 9 and 12;

(19) any service the supply of which is deemed under this Title to be a taxable supply; or

(20) a prescribed service;

“fiscal month” of a person at a particular time means, if the person is a registrant under Part IX of the Excise Tax Act, the fiscal month of the person for the purposes of Part IX of that Act at that time or, in any other case, the period defined as such under sections 458.1.2, 458.2 and 458.2.1;

“fiscal quarter” of a person at a particular time means, if the person is a registrant under Part IX of the Excise Tax Act, the fiscal quarter of the person for the purposes of Part IX of that Act at that time or, in any other case, the period defined as such under sections 458.1.1, 458.2 and 458.2.1;

“fiscal year” of a person, at a particular time, means

(1) where subdivision IV of subdivision 0.1 of Division IV of Chapter VIII applies in respect of the person, the period determined under that subdivision IV;

(2) in any other case,

(a) if the person is a registrant under Part IX of the Excise Tax Act, the person's fiscal year for the purposes of Part IX of that Act at that time,

(b) if subparagraph *a* does not apply to the person and the person has made an election under section 458.4 that is in effect, the period that the person elected to be the fiscal year of the person,

(c) if subparagraph *a* does not apply to the person and the fiscal year of the person is determined in accordance with section 458.2, the fiscal year determined in accordance with that section, and

(d) in all other cases, the taxation year of the person within the meaning of Part IX of the Excise Tax Act;

“floating home” means a structure that is composed of a floating platform and a building designed to be occupied as a place of residence for individuals that is permanently affixed to the platform, but does not include any freestanding appliances or furniture sold with the structure or any structure that has means of, or is capable of being readily adapted for, self-propulsion;

“foreign convention” means a convention

(1) at least 75% of the admissions to which are, at the time the sponsor of the convention determines the amount to be charged as consideration therefor, reasonably expected to be supplied to persons not resident in Canada, and

(2) the sponsor of which is an organization whose head office is situated outside Canada or, where the organization has no head office, the member, or majority of members, of which having management and control of the organization is or are not resident in Canada;

“game of chance” means a lottery or other scheme under which prizes or winnings are awarded by way of chance only or by way of a mixture of chance and other factors where the result depends more on chance than on the other factors;

“government” means the Gouvernement du Québec, the government of another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory, Nunavut or Canada;

“hospital authority” means a public institution, within the meaning of the Act respecting health services and social services (chapter S-4.2) or within the meaning of the Act respecting health services and social services for Cree Native persons (chapter S-5), that operates a hospital centre, or an organization that operates a public hospital located in Québec and that is designated by the Minister of National Revenue as a hospital authority;

“immovable” includes

- (1) a lease pertaining to an immovable;
- (2) a mobile home;
- (3) a floating home; and
- (4) a leasehold or other proprietary interest in a mobile home or a floating home;

“improvement” , in respect of property of a person, means any property or service supplied to, or property brought into Québec by, the person for the purpose of improving the property, to the extent that the consideration paid or payable by the person for the property or service or the value of the property brought in is, or would be if the person were a taxpayer within the meaning of the Taxation Act, included in determining the cost or, in the case of property that is capital property of the person, the adjusted cost base to the person of the property for the purposes of that Act;

“individual” means a natural person;

“insurance policy” means a policy of insurance that is issued, or a contract of insurance that is entered into, by an insurer and a policy or contract in the nature of accident or sickness insurance, whether or not the policy is issued, or the contract is entered into, by an insurer, and also includes

- (1) a policy of reinsurance issued by an insurer,
- (2) an annuity contract entered into by an insurer, or a contract entered into by an insurer that would be an annuity contract except that the payments under the contract
 - (a) are payable on a periodic basis at intervals that are shorter or longer than one year, or
 - (b) vary in amount depending on the value of a specified group of assets or on changes in interest rates, and
- (3) a contract entered into by an insurer all or part of the insurer’s reserves for which vary in amount depending on the value of a specified group of assets;

however, “insurance policy” does not include a warranty in respect of the quality, fitness or performance of corporeal property, where the warranty is supplied to a person who acquires the property otherwise than for resale;

- (4) a bid, performance, maintenance or payment bond issued in respect of a construction contract;

“insurer” means a person who is authorized under the laws of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory, Nunavut or Canada to carry on an insurance business in Canada or under the laws of another jurisdiction to carry on an insurance business in that other jurisdiction;

“*inter vivos* trust” means a trust other than a testamentary trust;

“investment plan” means

(1) a trust governed by any of the following plans, trusts, arrangement or fund, within the meaning of the Taxation Act or the Regulation respecting the Taxation Act:

- (a) a registered pension plan,
 - (a.1) a pooled registered pension plan,
 - (b) a profit sharing plan,
 - (c) a registered supplementary unemployment benefit plan,
 - (d) a registered retirement savings plan,
 - (d.1) a tax-free savings account,
 - (e) a deferred profit sharing plan,
 - (f) a registered education savings plan,
 - (f.1) a registered disability savings plan,
 - (g) an employee benefit plan,
 - (h) an employee trust,
 - (i) a mutual fund trust,
 - (j) a unit trust,
 - (k) a retirement compensation arrangement, or
 - (l) a registered income fund;
- (2) the following corporations within the meaning of the said Act:

- (a) an investment corporation,
- (b) a mortgage investment corporation,
- (c) a mutual fund corporation, or
- (d) a non-resident owned investment corporation;

(3) a corporation exempt from tax under the said Act by reason of paragraphs *c.1* and *c.2* of section 998 and section 998.1 of the said Act;

- (4) (*paragraph repealed*);
- (5) a prescribed person or a person of a prescribed class;

“invoice” includes a statement of account, a bill and any other similar record or supporting document, regardless of its form or characteristics, and a cash register slip or receipt;

“listed financial institution” throughout a taxation year means a person who is, at any time in the year,

- (1) a bank,
 - (2) a corporation that is authorized under the laws of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory, Nunavut or Canada to carry on in Canada the business of offering to the public its services as a trustee,
 - (3) a person whose principal business is as a dealer or trader in, or as a broker or salesperson of, financial instruments or money,
 - (4) a credit union,
 - (5) an insurer or any other person whose principal business is providing insurance under insurance policies,
 - (6) a segregated fund of an insurer,
 - (7) the Canada Deposit Insurance Corporation,
 - (8) a person whose principal business is the lending of money or the purchasing of debt securities or a combination thereof,
 - (9) an investment plan,
 - (10) a person providing services referred to in section 39, or
 - (11) a corporation deemed under section 297.0.2.6 to be a financial institution;
- “management or administrative service” includes an asset management service;
- “master pension entity” of a pension plan means a person that is not a pension entity of the pension plan and that is

- (1) a corporation described in paragraph *c.2* of section 998 of the Taxation Act, one or more shares of which are owned by a pension entity of the pension plan; or
- (2) a master trust, within the meaning of the regulations made under paragraph *c.4* of section 998 of the Taxation Act, one or more units of which are owned by a pension entity of the pension plan;

“master pension factor” has the meaning assigned by section 289.2;

“membership” includes a right granted by a particular person that entitles another person to services that are provided by, or to the use of facilities that are operated by, the particular person and that are not available, or are not available to the same extent or for the same charge, to a person to whom such a right has not been granted, and also includes such a right that is conditional on the acquisition or ownership of a share, bond or other security;

“mineral” includes petroleum, natural gas and related hydrocarbons, sand, gravel, ammonite gemstone, bituminous sands, calcium chloride, coal, kaolin, oil shale and silica;

“mobile home” means a building, the manufacture and assembly of which is completed or substantially completed, that is equipped with complete heating, electrical and plumbing facilities and that is designed to be moved to a site for installation on a foundation and connection to service facilities and to be occupied as a place of residence, but does not include any travel trailer, motor home, camping trailer or other vehicle or trailer designed for recreational use;

“money” includes any currency, cheque, promissory note, letter of credit, draft, traveller’s cheque, bill of exchange, postal note, money order, postal remittance and other similar instrument, whether Canadian or foreign, but does not include currency the fair market value of which exceeds its stated value as legal tender in the country of issuance or currency that is supplied or held for its numismatic value;

“month” means a period beginning on a particular day in a calendar month and ending

- (1) on the day immediately before the day in the next calendar month that has the same calendar number as the particular day, or
- (2) where the next calendar month does not have a day that has the same calendar number as the particular day, the last day of that next calendar month;

“motor vehicle” means a self-propelled road vehicle having a net mass of less than 4,000 kg, with four or more wheels and designed essentially for transporting persons or property by road;

“multiple unit residential complex” means a residential complex that contains more than one residential unit, but does not include a complex held in co-ownership;

“municipality” includes

(1) a metropolitan community, the Kativik Regional Government or any other incorporated municipal body however designated, and

(2) such other local authority as

(a) the Minister of Revenue may determine to be a municipality for the purposes of this Title, or

(b) the Minister of National Revenue has determined, before 1 January 2014, to be a municipality under paragraph *b* of the definition of “municipality” in subsection 1 of section 123 of the Excise Tax Act, unless that determination has been revoked;

“mutual insurance federation” means a corporation each member of which is a mutual insurance corporation that is required, under an Act of the Legislature of Québec, to be a member of the corporation, but does not include a corporation the main purpose of which is

(1) related to automobile insurance,

(2) to provide compensation to insurance policy holders of, or claimants on, insolvent insurers, or

(3) to establish and manage a guarantee fund, cash reserve fund, mutual aid fund or similar fund for the benefit of its members and to provide financial assistance with regard to losses sustained on the winding-up or dissolution of its members;

“mutual insurance group” means a group that consists of

(1) a mutual insurance federation and its members,

(2) where the members of the mutual insurance federation are the sole investors in an investment fund, that fund, and

(3) where there exists a mutual reinsurance corporation each member of which is a member of the mutual insurance federation and is not entitled to obtain reinsurance from any other reinsurance corporation, that mutual reinsurance corporation;

“net mass” means

(1) in the case of a new motor vehicle, the mass of the vehicle indicated by the manufacturer at the time of shipping;

(2) in the case of a used motor vehicle, the mass indicated on the last registration certificate issued in respect of the vehicle;

“non-profit organization” means a person, other than an individual, a succession, a trust, a charity, a public institution, a municipality or a government, that was organized and is operated solely for a purpose other than profit, no part of the income of which is payable to, or otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder thereof unless the proprietor, member or shareholder is a club or an association the primary purpose of which is the promotion of amateur athletics in Canada;

“non-stratified investment plan” means a distributed investment plan that is not a stratified investment plan;

“office” has the meaning assigned by section 1 of the Taxation Act, but does not include

(1) the position of trustee in bankruptcy,

(2) the position of receiver, including the position of a receiver within the meaning assigned by the second paragraph of section 310, or

(3) the position of trustee of a trust or personal representative of a deceased individual where the person who acts in that capacity is entitled to an amount for doing so that is included, for the purposes of that Act, in computing the person's income or, where the person is an individual, the person's income from a business;

“officer” means a person who holds an office;

“organizer” of a convention means a person who acquires the convention facility or related convention supplies and who organizes the convention for another person who is the sponsor of the convention;

“participating employer” of a pension plan means

(1) in the case of a registered pension plan, an employer that has made, or is required to make, contributions to the pension plan in respect of the employer's employees or former employees, or payments under the pension plan to the employer's employees or former employees, and includes an employer prescribed for the purposes of the definition of “participating employer” in subsection 1 of section 147.1 of the Income Tax Act; and

(2) in the case of a pooled registered pension plan, an employer that

(a) has made, or is required to make, contributions to the pension plan in respect of all or a class of its employees or former employees, or

(b) has remitted, or is required to remit, to the administrator of the pension plan contributions made by members (within the meaning assigned by the first paragraph of section 965.0.19 of the Taxation Act) of the pension plan under a contract with the administrator in respect of all or a class of its employees;

“passenger vehicle” has the meaning assigned by section 1 of the Taxation Act;

“patronage dividend” means an amount that is deductible under sections 786 to 796 of the Taxation Act in computing, for the purposes of that Act, the income of the person paying the amount;

“pension entity” of a pension plan means a person that is

(1) a trust governed by the pension plan;

(2) a corporation referred to in paragraph 2 of the definition of “pension plan”; or

(3) a prescribed person;

“pension plan” means a registered pension plan or a pooled registered pension plan that

(1) governs a trust;

(2) is a plan in respect of which a corporation

(a) is incorporated and operated either

i. solely for the administration of the plan, or

ii. for the administration of the plan and for no other purpose other than acting as trustee of, or administering, a trust governed by a retirement compensation arrangement, within the meaning of section 1 of the Taxation Act, where the terms of the arrangement provide for benefits only in respect of individuals who are provided with benefits under the plan, and

(b) in the case of a registered pension plan, is accepted by the Minister of National Revenue under subparagraph ii of paragraph 0.1 of subsection 1 of section 149 of the Income Tax Act as a funding medium for the purposes of the registration of the registered pension plan, and;

(c) in the case of a pooled registered pension plan, is a corporation that is described in paragraph 0.2 of subsection 1 of section 149 of the Income Tax Act, and all of the shares, and rights to acquire shares, of the capital stock of which are owned, at all times since the date on which it was incorporated, by the plan; or

(3) is a plan in respect of which a person is prescribed for the purposes of the definition of “pension entity”;

“permanent establishment” , in respect of a particular person, means

(1) a fixed place of business of the particular person, including a place of management, a branch, an office, a factory, a workshop, a mine, an oil or gas well, timberland, a quarry or any other place of extraction of natural resources, through which the particular person makes supplies, or

(2) a fixed place of business of another person, other than a broker, general commission agent or other independent agent acting in the ordinary course of business, who is acting in Québec on behalf of the particular person and through whom the particular person makes supplies in the ordinary course of business;

“person” means a corporation, trust, individual, partnership or succession or a body that is an association, club, commission, union or other organization of any kind;

“personal representative” , of a deceased individual or the succession of a deceased individual, means the liquidator of the individual’s succession or any person who is responsible under the appropriate law for the proper collection, administration, disposition and distribution of the assets of the succession;

“personal trust” means

(1) a testamentary trust, or

(2) an *inter vivos* trust that is a personal trust, within the meaning of section 1 of the Taxation Act, all the beneficiaries, other than contingent beneficiaries, of which are individuals and all the contingent beneficiaries, if any, of which are individuals, charities or public institutions;

“place of amusement” means any premises or place, whether or not enclosed, at or in any part of which is staged or held any slide show, film, sound and light or similar presentation, any artistic, literary, musical, theatrical or other exhibition, performance or entertainment, any circus, fair, menagerie, rodeo or similar event, or any race, game of chance, athletic contest or other contest or game, and also includes a museum, historical site, zoo, wildlife or other park, place where bets are placed and any place, structure, apparatus, machine or device the purpose of which is to provide any type of amusement or recreation;

“plan member” of an investment plan that is a private investment plan or a pension entity of a pension plan means an individual who has a right, either immediate or in the future and either absolute or contingent, to receive benefits under,

(1) in the case of an employee life and health trust, within the meaning of section 1 of the Taxation Act, the investment plan;

(2) in the case of a pension entity of a pension plan, the pension plan; and

(3) in any other case, the deferred profit sharing plan, the employee benefit plan, the employee trust, the profit sharing plan, the registered supplementary unemployment benefit plan or the retirement compensation arrangement, within the meaning assigned to those expressions by section 1 of the Taxation Act, as the case may be, that governs the investment plan;

“pleasure vehicle” has the meaning assigned by section 1 of the Fuel Tax Act (chapter T-1);

“pooled registered pension plan” has the meaning assigned by paragraph 1 of the definition of “investment plan”;

“precious metal” means a bar, ingot, coin or wafer that is composed of gold, silver or platinum the purity level of which is at least 99.5% in the case of gold and platinum and at least 99.9% in the case of silver;

“private investment plan” means an investment plan, within the meaning of section 433.15.1, other than a distributed investment plan or a pension entity;

“property” does not include money;

“provincial investment plan” has the meaning assigned by section 433.15.1;

“provincial series” has the meaning assigned by section 433.15.1;

“public college” means

(1) a college governed by the General and Vocational Colleges Act (chapter C-29);

(2) an institution that is accredited for purposes of subsidies for providing educational services at the college level under the Act respecting private education (chapter E-9.1);

(3) an organization that operates a post-secondary college or post-secondary technical institute, situated in Québec,

(a) that receives from a government or a municipality funds that are paid for the purpose of assisting the organization in ongoing provision of educational services to the general public, and

(b) the primary purpose of which is to provide programs of instruction in one or more fields of vocational, technical or general education;

“public institution” means a registered charity, within the meaning of section 1 of the Taxation Act, that is a school authority, a public college, a university, a hospital authority or a local authority determined under paragraph 2 of the definition of “municipality” in this section to be a municipality;

“public sector body” means a government or a public service body;

“public service body” means a non-profit organization, a charity, a municipality, a school authority, a hospital authority, a public college or a university;

“recipient” of a supply of property or a service means

(1) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,

(2) where paragraph 1 does not apply and consideration is payable for the supply, the person who is liable to pay that consideration, and

(3) where no consideration is payable for the supply,

(a) in the case of a supply of property by way of sale, the person to whom the property is delivered or made available,

(b) in the case of a supply of property otherwise than by way of sale, the person to whom possession or use of the property is given or made available, and

(c) in the case of a supply of a service, the person to whom the service is rendered,

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply;

“registered pension plan” has the meaning assigned by paragraph 1 of the definition of “investment plan”;

“registrant” means a person who is registered, or who is required to be registered, under Division I of Chapter VIII;

“related convention supplies” means property or services acquired or brought into Québec by a person exclusively for consumption, use or supply by the person in connection with a convention, but does not include

(1) transportation services, other than a chartered service acquired by the person solely for the purpose of transporting attendees of the convention between any of the convention facilities, places of lodging of the attendees or transportation terminals,

(2) entertainment,

(3) except for the purposes of sections 357.2 to 357.5, property or services that are food or beverages or are supplied to the person under a contract for catering, or

(4) property or services supplied by the person in connection with the convention for consideration that is separate from the consideration for the admission to the convention, unless the recipient of the supply is acquiring the property or service exclusively for consumption or use in the course of promoting, at the convention, property or services supplied by, or a business of, the recipient;

“reporting period” of a person means the reporting period of the person as determined under sections 458.6 to 467;

“residential complex” means

(1) that part of a building in which one or more residential units are located, together with

(a) that part of any common areas and other appurtenances to the building and the land contiguous to the building that is reasonably necessary for the use and enjoyment of the building as a place of residence for individuals, and

(b) that proportion of the land subjacent to the building that that part of the building in which one or more residential units are located is of the whole building,

(2) that part of a building, together with that proportion of any common areas and other appurtenances to the building and the land subjacent or contiguous to the building that is attributable to the unit and that is reasonably necessary for its use and enjoyment as a place of residence for individuals, that is

(a) the whole or part of a semi-detached house, rowhouse unit, residential unit held in co-ownership or other similar premises that is, or is intended to be, a separate parcel or other division of an immovable owned, or intended to be owned, apart from any other unit in the building, and

(b) a residential unit, and

(3) the whole of a building described in paragraph 1, or the whole of a premises described in subparagraph *a* of paragraph 2, that is owned by or has been supplied by way of sale to an individual and that is used primarily as a place of residence of the individual, an individual related to the individual or a former spouse of the individual, together with

(a) in the case of a building described in paragraph 1, any appurtenances to the building, the land subjacent to the building and that part of the land contiguous to the building, that are reasonably necessary for the use and enjoyment of the building, and

(b) in the case of a premises described in subparagraph *a* of paragraph 2, that part of any common areas and other appurtenances to the building and the land subjacent or contiguous to the building that is attributable to the unit and that is reasonably necessary for the use and enjoyment of the unit,

(4) a mobile home, together with any appurtenances to the home and, where the home is affixed to land, other than a site in a residential trailer park, for the purpose of its use and enjoyment as a place of residence for individuals, the land subjacent or contiguous to the home that is attributable to the home and is reasonably necessary for that purpose, and

(5) a floating home;

however, “residential complex” does not include

(6) a building, or that part of a building, that is an inn, a hotel, a motel, a boarding house or other similar premises, or the land and appurtenances attributable to the building or part, where

(a) the building or part is not described in paragraph 3, and

(b) all or substantially all of the supplies of residential units in the building or part by way of lease, licence or similar arrangement are, or are expected to be, for periods of continuous possession or use of less than 60 days;

“residential trailer park” of a person means

(1) the land that is included in a trailer park of the person or, where the person has two or more trailer parks that are immediately contiguous to each other, the land that is included in those contiguous trailer parks, and any buildings, fixtures and other appurtenances to the land that are reasonably necessary

(a) for the use and enjoyment of sites in the trailer parks by individuals

i. residing in mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

ii. occupying mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

(b) for the purpose of engaging in the business of supplying those sites by way of lease, licence or similar arrangement;

however, “residential trailer park” does not include such land and appurtenances or any part of them unless the land encompasses at least two sites and

(2) all or substantially all of the sites in the trailer parks are supplied, or are intended to be supplied, by way of lease, licence or similar arrangement under which continuous possession or use of a site is provided

(a) for a period of at least one month, in the case of a mobile home or other residential unit, and

(b) for a period of at least 12 months, in the case of a travel trailer, motor home or similar vehicle or trailer that is not a residential unit, and

(3) if the sites were occupied by mobile homes, they would be suitable for use by individuals as places of residence throughout the year;

“residential unit” means the whole or part of a residential unit held in co-ownership, detached house, semi-detached house, rowhouse unit, mobile home, floating home, apartment, a room or suite in an inn, a hotel, a motel, a boarding house or a lodging house or in a residence for students, seniors, individuals with a disability or other individuals, or the whole or part of any other similar premises, that

(1) is occupied by an individual as a place of residence or lodging,

(2) is supplied by way of lease, licence or similar arrangement for the occupancy thereof as a place of residence or lodging for individuals,

(3) is vacant, but was last occupied or supplied as a place of residence or lodging for individuals, or

(4) has never been used or occupied for any purpose, but is intended to be used as a place of residence or lodging for individuals;

“residential unit held in co-ownership” means a residential complex that is, or is intended to be, a bounded space in a building described as a distinct entity on the declaration of co-ownership entered in the land register and includes any interest in land pertaining to ownership of the entity;

“retail sale” of a motor vehicle means

(1) the sale of a motor vehicle to a person who receives it for any other purpose than to again make a supply of it by way of sale, otherwise than by way of gift, or by way of lease under an agreement under which continuous possession or use of the vehicle is provided to a person for a period of at least one year;

(2) the sale of a new motor vehicle to a person who receives it to again make a supply of it by way of sale, otherwise than by way of gift, and who acquires it through a mandatary for the purpose of shipping the vehicle outside Québec;

“road vehicle” has the meaning assigned by section 4 of the Highway Safety Code (chapter C-24.2);

“sale”, in respect of property, includes, but for the purposes of subparagraph 2 of the second paragraph of section 17, any transfer of the ownership of the property and any transfer of the possession of the property under an agreement to transfer ownership of the property;

“school authority” means a school service centre, a school board or an institution providing educational services at the elementary or secondary level that is governed by the Act respecting private education;

“secured creditor” means

- (1) a particular person who has a security interest in the property of another person; or
- (2) a person who acts on behalf of the particular person with respect to the security interest and includes

(a) a trustee appointed under a trust deed relating to a security interest,

(b) a receiver or receiver-manager appointed by the particular person or appointed by a court on the application of the particular person,

(c) a sequestrator, or

(d) any other person performing a function similar to that of a person referred to in any of subparagraphs a to c;

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation, and includes an interest created by or arising out of a security, hypothec, mortgage, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

“segregated fund” of an insurer means a specified group of properties that are held in respect of insurance policies all or part of the reserves for which vary in amount depending on the fair market value of the properties;

“selected listed financial institution” has the meaning assigned by section 433.15.1;

“self-contained domestic establishment” has the meaning assigned by section 1 of the Taxation Act;

“series” means, except for the purposes of section 332.1,

(1) in respect of a trust, a class of units of the trust; and

(2) in respect of a corporation, a class of the capital stock of the corporation that has not been issued in one or more series, or a series of a class of the capital stock of the corporation that has been issued in one or more series;

“service” means anything other than property, money and anything that is supplied to an employer by a person who is or agrees to become an employee of the employer in the course of or in relation to his office or employment;

“short-term accommodation” means a residential complex or a residential unit that is supplied to a recipient by way of lease, licence or other similar arrangement for the purpose of its occupancy by an individual as a place of residence or lodging, where the period throughout which the individual is given continuous occupancy of the complex or unit is less than one month and, for the purposes of sections 357.2 to 357.5,

(1) includes any type of overnight shelter (other than shelter on a train, trailer, boat or structure that has means of, or is capable of being readily adapted for, self-propulsion) when supplied as part of a tour package, within the meaning assigned by section 63, that also includes food and the services of a guide, and

(2) does not include a residential complex or unit when it

(a) is supplied to the recipient under a timeshare arrangement, or

(b) is included in that part of a tour package that is not the taxable portion of the tour package, within the meaning assigned to those expressions by section 63;

“single unit residential complex” means a residential complex that contains only one residential unit, but does not include a residential unit held in co-ownership;

“small supplier” means a person who, at any time, is a small supplier

(1) under sections 294 to 297, unless the person is not, at that time, a small supplier under section 148 of the Excise Tax Act, or

(2) under sections 297.0.1 and 297.0.2, unless the person is not, at that time, a small supplier under section 148.1 of the Excise Tax Act;

“specified corporeal movable property” means property that is, or is an interest in,

- (1) a drawing, a print, an etching, a sculpture, a painting or other similar work of art,
- (2) jewellery,
- (3) a rare folio, manuscript or book,
- (4) a stamp,
- (5) a coin, or
- (6) prescribed movable property;

“specified digital platform” has the meaning assigned by section 477.2;

“specified Québec consumer” has the meaning assigned by section 477.2;

“specified supplier” has the meaning assigned by section 477.2;

“sponsor” of a convention means the person who convenes the convention and supplies admissions to it;

“straddle plant” means a natural gas processing plant devoted primarily to the recovery of natural gas liquids or ethane from natural gas that is transported by pipeline to the plant by a common carrier of natural gas;

“stratified investment plan” means a distributed investment plan whose units are issued in two or more series;

“substantial renovation” of a residential complex means the renovation or alteration of the whole or that part of a building described in any of paragraphs 1 to 5 of the definition of “residential complex” in which one or more residential units are located to such an extent that all or substantially all of the building or part, as the case may be, other than the foundation, external walls, interior supporting walls, floors, roof, staircases and, in the case of that part of a building described in paragraph 2 of that definition, the common areas and other appurtenances, that existed immediately before the renovation or alteration was begun has been removed or replaced if, after completion of the renovation or alteration, the building or part, as the case may be, is, or forms part of, a residential complex;

“Superintendent” means the Superintendent of Financial Institutions appointed in accordance with the Office of the Superintendent of Financial Institutions Act (R.S.C. 1985, c. 18 (3rd Suppl.));

“supplier” , in respect of a supply, means the person making the supply;

“supply” means the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, lease, gift or alienation;

“tax” means tax payable under this Title;

“taxable supply” means a supply that is made in the course of a commercial activity;

“taxation year” of a person means

(1) where the person is a taxpayer within the meaning of the Taxation Act, other than an unincorporated person exempt in accordance with Book VIII of that Act from tax under Part I of that Act, the taxation year of the person for the purposes of that Act,

(1.1) where the person is a partnership described in subparagraph ii of subparagraph *b* of the second paragraph of section 7 of that Act, the fiscal period of the person’s business, determined under section 7 of that Act, and

(2) in any other case, the period that would be the taxation year of the person for the purposes of that Act if the person were a corporation other than a professional corporation within the meaning of section 1 of that Act;

“taxi business” means

(1) a business carried on in Québec of transporting passengers by taxi or other similar vehicle for fares that are regulated by the Act respecting transportation services by taxi (chapter S-6.01); or

(2) a business carried on in Québec by a person of transporting passengers, for a fare, by motor vehicle—which vehicle would be an automobile within the meaning that would be assigned by section 1 of the Taxation Act if the definition it sets out were read without reference, in its paragraph *b*, to “a motor vehicle acquired or leased primarily for use as a taxi,” and without reference to its paragraph *d*—within and in the vicinity of the territory of a municipality if the transportation is organized or coordinated through an electronic platform or system other than

(a) the part of the business that is not a business of making taxable supplies;

(b) the part of the business that is a business of offering sightseeing services or providing transportation for elementary or secondary school students; or

(c) a prescribed business or a prescribed activity of a business;

“telecommunication” means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system;

“telecommunication service” means

(1) the service of emitting, transmitting or receiving signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system, or

(2) making available for such emission, transmission or reception telecommunications facilities of a person who carries on the business of supplying services referred to in paragraph 1;

“telecommunications facility” means any facility, apparatus or other thing, including any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system, or any part thereof, that is used or is capable of being used for telecommunications;

“testamentary trust” has the meaning assigned by section 1 of the Taxation Act;

“trailer park” of a person means a piece of land that is owned by or leased to the person and that is exclusively composed of

(1) one or more sites each of which is, or is intended to be, supplied by the person by way of lease, licence or similar arrangement to the owner, lessee or person in occupation or possession of a mobile home, or a travel trailer, motor home or similar vehicle or trailer, situated or to be situated on the site, and

(2) other land that is reasonably necessary

(a) for the use and enjoyment of the sites by individuals

i. residing in mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

ii. occupying mobile homes, or travel trailers, motor homes or similar vehicles or trailers, situated or to be situated on those sites, or

(b) for the purpose of engaging in the business of supplying the sites by way of lease, licence or similar arrangement;

“unit” means

(1) in respect of a trust, a unit of the trust;

(2) in respect of a series of a trust, a unit of the trust of that series;

(3) in respect of a corporation, a share of the capital stock of the corporation;

- (4) in respect of a series of a corporation, a share of the capital stock of the corporation of that series; and
- (5) in respect of a segregated fund of an insurer, an interest of a person, other than the insurer, in the segregated fund;

“university” means

(1) an educational institution at the university level within the meaning of the Act respecting educational institutions at the university level (chapter E-14.1), or

(2) a recognized degree-granting institution situated in Québec or an organization situated in Québec that operates a research body of, or a college affiliated with, such an institution;

“used corporeal movable property” means corporeal movable property that has been used in Québec;

“zero-rated supply” means a supply described in Chapter IV.

1991, c. 67, s. 1; 1992, c. 21, s. 372; 1993, c. 19, s. 167; 1992, c. 68, s. 156, s. 157; 1994, c. 22, s. 364; 1995, c. 1, s. 247; 1994, c. 23, s. 23; 1995, c. 63, s. 299; 1997, c. 3, s. 115; 1997, c. 14, s. 329; 1997, c. 31, s. 146; 1997, c. 85, s. 418; 1998, c. 16, s. 309; 1999, c. 83, s. 333; 1999, c. 14, s. 30; 2000, c. 25, s. 26; 2000, c. 56, s. 218; 2001, c. 51, s. 258; 2001, c. 53, s. 272; 2002, c. 9, s. 151; 2003, c. 2, s. 307; 2002, c. 45, s. 621; 2004, c. 37, s. 90; 2005, c. 1, s. 347; 2005, c. 38, s. 362; 2007, c. 12, s. 317; 2009, c. 5, s. 595; 2011, c. 6, s. 232; 2011, c. 34, s. 140; 2012, c. 28, s. 29; 2013, c. 10, s. 216; 2015, c. 21, s. 615; 2015, c. 36, s. 201; 2017, c. 29, s. 244; 2018, c. 18, s. 58; 2018, c. 18, s. 74; 2019, c. 14, s. 532; 2020, c. 1, s. 309; 2020, c. 16, s. 196.

DIVISION II

INTERPRETATION

1.1. For the purposes of this Title and the regulations, a legal person, whether or not established for pecuniary gain, is designated by the word “corporation”.

1997, c. 3, s. 116.

1.2. For the purposes of this Title and the regulations made thereunder, any reference to the spouse of an individual or to marriage shall be interpreted as if the rules set out in section 2.2.1 of the Taxation Act (chapter I-3) applied, with the necessary modifications.

2005, c. 1, s. 348.

2. Except as otherwise provided in this Title, where an amount or a number is required under this Title to be determined or calculated by or in accordance with an algebraic formula, if the amount or number when so determined or calculated would, but for this section, be a negative amount or number, it is deemed to be nil.

1991, c. 67, s. 2.

3. Related persons are deemed not to deal with each other at arm’s length and it is a question of fact whether persons not related to each other were, at any particular time, dealing with each other at arm’s length.

Persons are related to each other if, by reason of sections 17 and 19 to 21 of the Taxation Act (chapter I-3), they are related to each other for the purposes of that Act.

1991, c. 67, s. 3.

4. A member of a partnership is deemed to be related to the partnership.

1991, c. 67, s. 4.

14. For the purposes of section 351, a person resident in Canada who has a permanent establishment outside Canada is deemed not to be resident in Canada, but only in respect of activities carried on by the person through that establishment.

1991, c. 67, s. 14.

14.1. A person not resident in Québec is deemed to be resident in Canada at any time if the person is deemed to be resident in Canada at that time under the Excise Tax Act (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter E-15).

1995, c. 63, s. 300.

15. The fair market value of property or a service supplied to a person is determined without reference to any tax excluded by section 52 from the consideration for the supply.

1991, c. 67, s. 15.

15.1. In applying the definition of “basic tax content” in section 1 at any time subsequent to 31 December 2012, in relation to a person’s property, any amount of tax that became payable before 1 January 2013 is not taken into consideration where

(1) the property is referred to in the fifth paragraph of section 255.1 or in section 259.1 or 262.1; or

(2) the property was held by the person immediately before 1 January 2013 and the person’s registration is cancelled as of that date in accordance with section 417.0.1.

2012, c. 28, s. 30.

15.2. For the purposes of this Title, a local authority, other than a local authority referred to in subparagraph *b* of paragraph 2 of the definition of “municipality” in section 1, that files an application with the Minister of National Revenue to be determined to be a municipality under paragraph *b* of the definition of “municipality” in subsection 1 of section 123 of the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15) shall, at that time, file an application with the Minister of Revenue to be determined to be a municipality under subparagraph *a* of paragraph 2 of the definition of “municipality” in section 1.

2017, c. 29, s. 245.

CHAPTER II

TAXATION

DIVISION I

IMPOSITION OF TAX

§ 1. — *Taxable supply made in Québec*

1994, c. 22, s. 366.

16. Every recipient of a taxable supply made in Québec shall pay to the Minister of Revenue a tax in respect of the supply calculated at the rate of 9.975% on the value of the consideration for the supply.

However, the rate of the tax in respect of a taxable supply that is a zero-rated supply is 0%.

1991, c. 67, s. 16; 1993, c. 19, s. 168; 1994, c. 22, s. 367; 1995, c. 1, s. 248; 1997, c. 85, s. 422; 2010, c. 5, s. 206; 2011, c. 6, s. 233; 2012, c. 28, s. 31.

DIVISION V

SPECIFIC RULES RESPECTING TIME OF TAXATION

82. Tax under section 16 in respect of a taxable supply is payable by the recipient on the earlier of the day the consideration for the supply is paid and the day the consideration for the supply becomes due.

1991, c. 67, s. 82.

82.1. Notwithstanding section 82, tax under section 16 in respect of a supply referred to in section 20.1 is payable at the time the supply is made.

1993, c. 19, s. 184.

82.2. Notwithstanding section 82, tax under section 16 in respect of the supply of a motor vehicle by way of retail sale, other than a supply under section 20.1, is payable at the time of the registration of the vehicle under the Highway Safety Code (chapter C-24.2) following an application by the recipient of the supply.

Notwithstanding the first paragraph, tax is payable at the time the motor vehicle is delivered to the recipient if the vehicle is not registered within 15 days after that time.

2001, c. 51, s. 266.

83. The consideration, or a part thereof, for a taxable supply is deemed to become due on the earliest of

(1) the earlier of the day the supplier first issues an invoice in respect of the supply for that consideration or part and the date of that invoice,

(2) the day the supplier would, but for an undue delay, have issued an invoice in respect of the supply for that consideration or part, and

(3) the day the recipient is required to pay that consideration or part to the supplier pursuant to an agreement in writing.

Notwithstanding the first paragraph, where property is supplied by way of lease, licence or similar arrangement under an agreement in writing, the consideration, or any part thereof, for the supply is deemed to become due on the day the recipient is required to pay the consideration or part to the supplier pursuant to the agreement.

1991, c. 67, s. 83.

84. Where consideration that is not money is given or required to be given, the consideration that is given or required to be given is deemed to be paid or required to be paid, as the case may be.

1991, c. 67, s. 84.

85. Notwithstanding section 82, where consideration for a taxable supply is paid or becomes due on more than one day, tax under section 16 in respect of the supply is payable on each day that is the earlier of the day a part of the consideration is paid and the day that part becomes due.

The tax that is payable on each such day shall be calculated on the value of the part of the consideration that is paid or becomes due, as the case may be, on that day.

1991, c. 67, s. 85.

86. Notwithstanding sections 82 and 85, where all or any part of the consideration for a taxable supply has not been paid or become due on or before the last day of the calendar month immediately following the first calendar month in which,

DIVISION II

HEALTH CARE SERVICE

108. In this division,

“cosmetic service supply” means a supply of property or a service that is made for cosmetic purposes and not for medical or reconstructive purposes;

“health care institution” means

(1) a centre operated by an institution, within the meaning of the Act respecting health services and social services (chapter S-4.2) or within the meaning of the Act respecting health services and social services for Cree Native persons (chapter S-5), for the purpose of providing health or hospital care, acute or chronic care or rehabilitative care, or any other institution operated for the purpose of providing such care;

(1.1) a centre referred to in paragraph 1 that is primarily for persons with mental health problems, or any other institution primarily for persons with mental health problems;

(2) a facility, or part thereof, operated for the purpose of providing residents of the facility who have limited physical or mental capacity for self-supervision and self-care with

(a) nursing and personal care under the direction or supervision of qualified medical and nursing care staff or other personal and supervisory care, other than domestic services of an ordinary household nature, according to the individual requirements of the residents,

(b) assistance with the activities of daily living and social, recreational and other related services to meet the psycho-social needs of the residents, and

(c) meals and accommodation;

“home care service” means a household or personal care service, such as bathing, feeding, assistance with dressing or medication, cleaning, laundering, meal preparation and child care, if the service is rendered to an individual who, due to age, infirmity or disability, requires assistance;

“institutional health care service” means any of the following when provided in a health care institution:

(1) a laboratory, radiological or other diagnostic service;

(2) a medication, biological substance or related preparation when administered, or a medical or surgical prosthesis when installed, in the facility in conjunction with the supply of a service or property included in any of paragraphs 1 and 3 to 7;

(3) the use of an operating room, case room or anaesthetic facilities, including necessary equipment or supplies;

(4) medical or surgical equipment or supplies

(a) used by the operator of the institution in providing a service included in any of paragraphs 1 to 3 and 5 to 7, or

(b) supplied to a patient or resident of the institution otherwise than by way of sale;

(5) the use of occupational therapy, physiotherapy or radiotherapy facilities;

(6) lodging;

(7) a meal other than one served in a restaurant, cafeteria or similar place where meals are served;

(8) a service rendered by a person remunerated for that purpose by the operator of the institution;

“medical practitioner” means a physician within the meaning of the Medical Act (chapter M-9) or a dentist within the meaning of the Dental Act (chapter D-3) and includes a person who is entitled under the laws of another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or Nunavut to practise the profession of medicine or dentistry;

“practitioner” means a person who practices the profession of acupuncture, audiology, chiroprody, chiropractic, dietetics, midwifery, naturopathy as a naturopathic doctor, occupational therapy, optometry, osteopathy, physiotherapy, podiatry, psychology or speech-language pathology in Québec and who

(1) where the person is required to be licensed or otherwise authorized to practise that profession in Québec, is so licensed or otherwise authorized;

(2) where the person is not required to be so licensed or otherwise authorized, has qualifications equivalent to those necessary to be licensed or otherwise authorized to practise in another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or Nunavut;

(3) *(paragraph repealed)*;

“qualifying health care supply” means a supply of a property or service that is made for the purpose of

(1) maintaining health;

(2) preventing disease;

(3) treating, relieving or remediating an injury, illness, disorder or disability;

(4) assisting (otherwise than financially) an individual in coping with an injury, illness, disorder or disability; or

(5) providing palliative health care.

1991, c. 67, s. 108; 1992, c. 21, s. 373, s. 375; 1994, c. 22, s. 420; 1995, c. 1, s. 270; 1994, c. 23, s. 23; 1995, c. 63, s. 344; 1997, c. 85, s. 477; 2001, c. 53, s. 293; 2003, c. 2, s. 316; 2005, c. 1, s. 351; 2009, c. 5, s. 604; 2011, c. 6, s. 240; 2015, c. 21, s. 642; 2015, c. 24, s. 169.

108.1. For the purposes of this division, other than section 116, a cosmetic service supply and a supply, in respect of a cosmetic service supply, that is not made for medical or reconstructive purposes are deemed not to be included in this division.

2011, c. 6, s. 241.

108.2. For the purposes of this division, other than sections 116 and 118 to 119.2, a supply that is not a qualifying health care supply is deemed not to be included in this division.

2015, c. 21, s. 643.

109. A supply of an institutional health care service made by the operator of a health care institution, when rendered to a patient or resident, is exempt.

1991, c. 67, s. 109; 1992, c. 21, s. 375; 2001, c. 53, s. 294; 2011, c. 6, s. 242.

110. A supply by way of lease of medical equipment or supplies, made by the operator of a health care institution to a consumer on the written order of a medical practitioner, is exempt.

1991, c. 67, s. 110; 1992, c. 21, s. 375; 2009, c. 15, s. 488.

111. A supply of an ambulance service made by a person who carries on the business of supplying ambulance services is exempt.

However, such a supply does not include a supply of an air ambulance service referred to in section 197.1.

1991, c. 67, s. 111; 1997, c. 85, s. 478.

112. A supply of a consultative, diagnostic, treatment or other health care service that is rendered by a medical practitioner to an individual is exempt.

1991, c. 67, s. 112; 2007, c. 12, s. 319; 2009, c. 15, s. 489; 2011, c. 6, s. 243.

(32) a supply of an animal that is or is to be specially trained to assist a person with a disability or impairment with a problem arising from the disability or impairment, or a supply of a service of training a person to use the animal, if the supply is made to or by an organization that is operated for the purpose of supplying such specially trained animals to persons with the disability or impairment;

(32.1) *(paragraph repealed)*;

(33) a supply of a service (other than a service the supply of which is described in any provision of Division II of Chapter III except section 116) of maintaining, installing, modifying, repairing or restoring a property the supply of which is described in any of paragraphs 1 to 31 and 36 to 40, or any part of such a property if the part is supplied in conjunction with the service;

(34) a supply of a graduated compression stocking, an anti-embolic stocking or similar article when the stocking or article is supplied on the written order of a specified professional for use by a consumer named in the order;

(35) a supply of clothing that is specially designed for use by a person with a disability when the clothing is supplied on the written order of a specified professional for use by a consumer named in the order;

(36) a supply of an incontinence product that is specially designed for use by a person with a disability;

(37) a supply of a feeding utensil or other gripping device that is specially designed for use by a person with impaired use of hands or other similar disability;

(38) a supply of a reaching aid that is specially designed for use by a person with a disability;

(39) a supply of a prone board that is specially designed for use by a person with a disability;

(40) a supply of a device that is specially designed for neuromuscular stimulation therapy or standing therapy, if supplied on the written order of a specified professional for use by a consumer with paralysis or a severe mobility impairment who is named in the order.

1991, c. 67, s. 176; 1994, c. 22, s. 447; 1995, c. 1, s. 275; 1997, c. 85, s. 514; 2001, c. 53, s. 304; 2003, c. 2, s. 324; 2009, c. 15, s. 499; 2010, c. 5, s. 213; 2011, c. 6, s. 246; 2015, c. 21, s. 660; 2015, c. 24, s. 172; 2017, c. 29, s. 250.

DIVISION III

BASIC GROCERIES

177. Supplies of food or beverages for human consumption, including seasonings, sweetening agents and other ingredients to be mixed with or used in the preparation of such food or beverages, other than supplies of the following, are zero-rated supplies:

(1) beer, malt liquor, spirits, wine or other alcoholic beverages;

(1.1) grapes, juice and must, whether concentrated or not, malt, malt extract and other similar products intended for the making of wine or beer;

(1.2) cannabis products, within the meaning of section 2 of the Excise Act, 2001 (S.C. 2002, c. 22);

(2) *(paragraph repealed)*;

(3) carbonated beverages;

(4) non-carbonated fruit juice beverages or fruit flavoured beverages, other than milk-based beverages, that contain less than 25% by volume of

- (a) a natural fruit juice or combination of natural fruit juices; or
- (b) a natural fruit juice or combination of natural fruit juices that have been reconstituted;
- (5) goods that, when added to water, produce a beverage described in paragraph 4;
- (6) candies, confectionery that may be classed as candy, or any goods sold as candies, such as candy floss, chocolate and chewing gum, whether naturally or artificially sweetened, and including fruits, seeds, popcorn and nuts when they are coated or treated with chocolate, molasses, honey, syrup, sugar, candy or artificial sweeteners;
- (7) sticks, chips or curls, such as cheese sticks, potato sticks, bacon crisps, corn chips, potato chips or cheese curls, and other similar snack foods, brittle pretzels or popcorn, but not including any product that is sold primarily as a breakfast cereal;
- (8) salted seeds or salted nuts;
- (9) granola products, but not including any product that is sold primarily as a breakfast cereal;
- (10) snack mixtures that contain cereals, dried fruit, seeds, nuts or any other edible product, but not including any mixture that is sold primarily as a breakfast cereal;
- (11) ice lollies, juice bars, flavoured, coloured or sweetened ice waters, or similar products, whether frozen or not;
- (12) ice cream, frozen pudding, ice milk, sherbet or frozen yoghurt, non-dairy substitutes for any of the foregoing, or any product that contains any of the foregoing, when packaged or sold in single servings;
- (13) fruit drops, rolls or bars or similar fruit-based snack foods;
- (14) doughnuts, cookies, croissants with sweetened coating, icing or filling, cakes, muffins, pastries, tarts, pies or similar products, but not including bread products without sweetened coating, icing or filling, such as bagels, croissants, English muffins or bread rolls, where
 - (a) they are prepackaged for sale to consumers in quantities of less than six items each of which is a single serving, or
 - (b) they are not prepackaged for sale to consumers and are sold as single servings in quantities of less than six;
- (15) pudding, including flavoured gelatine, mousse, flavoured whipped dessert product or any other products similar to pudding, or beverages, other than unflavoured milk, except
 - (a) when prepared and prepackaged specially for consumption by babies,
 - (b) when sold in multiples, prepackaged by the manufacturer or producer, of single servings, or
 - (c) when the cans, bottles or other primary containers in which the beverages or products are sold contain a quantity exceeding a single serving;
- (16) food or beverages heated for consumption;
 - (16.1) salads not canned or vacuum sealed;
 - (16.2) sandwiches and similar products other than when frozen;
 - (16.3) platters of cheese, fruit, vegetables or cold cuts and other arrangements of prepared food;

(16.4) beverages dispensed at the place where they are sold;

(16.5) food or beverages sold under a contract for, or in conjunction with, catering services;

(17) food or beverages sold through a vending machine;

(18) food or beverages sold at an establishment at which all or substantially all of the sales of food or beverages are sales of food or beverages described in any of paragraphs 1 to 17, except where

(a) the food or beverage is sold in a form not suitable for immediate consumption, having regard to the nature of the product, the quantity sold or its packaging, or

(b) in the case of a product described in paragraph 14, the product is not sold for consumption at the establishment and

i. is prepackaged for sale to consumers in quantities of more than five items each of which is a single serving, or

ii. is not prepackaged for sale to consumers and is sold as single servings in quantities of more than five; and

(19) unbottled water, other than ice.

1991, c. 67, s. 177; 1994, c. 22, s. 448; 1997, c. 14, s. 334; 1997, c. 85, s. 515; 2015, c. 24, s. 173; 2019, c. 14, s. 543.

177.1. A supply of unbottled water for human consumption made to a consumer, when the water is dispensed in a quantity exceeding a single serving through a vending machine or at a permanent establishment of the supplier, is a zero-rated supply.

1994, c. 22, s. 449.

DIVISION IV

AGRICULTURE AND FISHING

178. The following are zero-rated supplies:

(1) a supply of bees, farm livestock, other than rabbits, or poultry that are ordinarily raised or kept to be used as or to produce food for human consumption or to produce wool;

(1.1) a supply of a rabbit made otherwise than in the course of a business in the course of which animals are regularly supplied as pets to consumers;

(2) a supply of grains or seeds (other than viable seeds that are cannabis as defined in subsection 1 of section 2 of the Cannabis Act (S.C. 2018, c. 16)) in their natural state, treated for seeding purposes or irradiated for storage purposes, hay or silage, or other fodder crops, that are ordinarily used as, or to produce, food for human consumption or feed for farm livestock or poultry, when supplied in a quantity that is larger than the quantity that is ordinarily sold or offered for sale to consumers, but not including grains or seeds or mixtures thereof that are packaged, prepared or sold for use as feed for wild birds or as pet food;

(2.1) a supply of feed, made by the operator of a feedlot, that is deemed to be a separate supply under paragraph 1 of section 39.2;

(3) a supply of sugar beets, sugar cane, flax seed, hops, barley or straw;

(3.1) a supply of grain or seeds, or of mature stalks having no leaves, flowers, seeds or branches, of hemp plants of the genera Cannabis, if

199.2. *(Repealed).*

1994, c. 22, s. 460; 1997, c. 85, s. 534.

199.3. *(Repealed).*

1994, c. 22, s. 460; 1997, c. 85, s. 534.

199.4. *(Repealed).*

1994, c. 22, s. 460; 1994, c. 22, s. 461.

200. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 200; 1994, c. 22, s. 462.

201. A registrant may not claim an input tax refund for a reporting period unless, before filing the return in which the refund is claimed,

(1) the registrant obtained sufficient evidence in such form containing such information as will enable the amount of the refund to be determined, including any such information as may be prescribed; and

(2) where the input tax refund is in respect of property or a service supplied to the registrant in circumstances in which the registrant is required to report the tax payable in respect of the supply in a return filed with the Minister under this Title, the registrant has so reported the tax in a return filed under this Title.

Furthermore, where the input tax refund is in respect of a motor vehicle supplied to the registrant by way of retail sale, the registrant shall obtain a document issued by the person required to collect the tax payable in respect of the supply certifying that the tax has been paid by the registrant.

1991, c. 67, s. 201; 1994, c. 22, s. 463; 1997, c. 85, s. 535; 2001, c. 51, s. 272.

202. Where the Minister is satisfied that there are or will be sufficient records or supporting documents available to establish the particulars of any supply or bringing into Québec or of any supply or bringing into Québec of a specific class and the tax paid or payable in respect of the supply or bringing into Québec, the Minister may

(1) exempt a specified registrant, a specified class of registrants or registrants generally from any of the requirements of section 201 in respect of that supply or bringing into Québec or a supply or bringing into Québec of that class; and

(2) specify terms and conditions of the exemption.

1991, c. 67, s. 202; 1994, c. 22, s. 464; 2000, c. 25, s. 27.

202.1. In determining an input tax refund of a registrant that is a clothing manufacturer within the meaning of section 350.48, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of a supply referred to in section 350.49, unless the registrant files in accordance with that section the information return referred to therein in which the registrant declares the amount and all other information required in relation to the supply.

2002, c. 9, s. 163.

203. In determining an input tax refund of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of the following supplies made to, or brought into Québec by, the registrant:

(2) as of the effective date of the cancellation, each member of the group is deemed not to be a registrant under this division.

Where the Minister removes a particular person from the registration of a group in accordance with section 416.4, the following rules apply:

(1) the Minister shall notify in writing the particular person and the manager of the group of the effective date of the removal; and

(2) as of the effective date of the removal, the particular person is deemed not to be a registrant under this division.

1991, c. 67, s. 418; 1994, c. 22, s. 597; 2015, c. 21, s. 739.

418.1. Where a request is filed under section 417 or 417.1 by a person who is a small supplier on 1 August 1995 by reason of the fact that all or substantially all of the amounts referred to in paragraph 1 of section 294 do not relate to the supply of incorporeal movable property, immovables or services and the request is the first request filed after 1 August 1995, section 209 or paragraph 1 of section 210.4, as the case may be, does not apply to the person if the request is filed with the Minister before 1 August 1996.

1995, c. 63, s. 455.

419. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 419; 1993, c. 79, s. 56.

420. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 420; 1993, c. 79, s. 56.

421. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 421; 1993, c. 79, s. 56.

DIVISION II

COLLECTION

422. Every person who makes a taxable supply shall, as a mandatary of the Minister, collect the tax payable by the recipient under section 16 in respect of the supply.

This section does not apply where

(1) the supply is a supply referred to in section 20.1;

(2) the person is a small supplier who is not a registrant and who in the course of a commercial activity makes a supply of a road vehicle that must be registered under the Highway Safety Code (chapter C-24.2) following an application by the recipient of the supply; or

(3) the supply is a supply of a motor vehicle by way of retail sale other than a supply made following the exercise by the recipient of a right to acquire the vehicle, conferred on the recipient under an agreement in writing for the lease of the vehicle entered into by the recipient and the supplier.

1991, c. 67, s. 422; 1993, c. 19, s. 230; 1995, c. 63, s. 456; 2001, c. 51, s. 297; 2015, c. 21, s. 740.

423. A supplier, other than a prescribed supplier, who makes a taxable supply of an immovable by way of sale is not required to collect tax payable by the recipient under section 16 in respect of the supply where

consumed, used, processed, transformed or altered after having been acquired in Québec or brought into Québec by the registrant and before being so supplied by the registrant; and

(4) D is the total of all consideration, included in determining that income, for supplies made by the registrant of items of inventory of the registrant.

1995, c. 63, s. 457.

427.8. An authorization granted under section 427.3 to a registrant ceases to have effect on the earlier of

(1) the day on which a revocation of the authorization becomes effective; and

(2) the day that is three years after the day on which the authorization, or its renewal, became effective.

1995, c. 63, s. 457.

427.9. Where an authorization granted to a registrant under section 427.3 is revoked, effective on a particular day, the Minister shall not grant to the registrant another authorization under that section that becomes effective before

(1) where the authorization was revoked in circumstances described in subparagraph 1 of the first paragraph of section 427.6, the day that is two years after the particular day; and

(2) in any other case, the first day of the second fiscal year of the registrant commencing after the particular day.

1995, c. 63, s. 457.

DIVISION III

REMITTANCE

§ 1. — *Determination of net tax*

§ I. — General rules

428. The net tax for a particular reporting period of a person is the positive or negative amount determined by the formula

A – B.

For the purposes of this formula,

(1) A is the total of

(a) all amounts that became collectible and all other amounts collected by the person in the particular reporting period as or on account of tax under section 16, and

(b) all amounts that are required under this Title to be added in determining the net tax of the person for the particular reporting period; and

(2) B is the total of

(a) all amounts each of which is an input tax refund for the particular reporting period or a preceding reporting period of the person claimed by the person in the return under this chapter filed by the person for the particular reporting period, and

(b) all amounts each of which is an amount that may be deducted by the person under this Title in determining the net tax of the person for the particular reporting period and that is claimed by the person in the return under this chapter filed by the person for the particular reporting period.

1991, c. 67, s. 428; 1994, c. 22, s. 598.

429. An amount shall not be included in the total for A in the formula set out in section 428 for a reporting period of a person to the extent that that amount was included in that total for a preceding reporting period of the person.

An amount must not be included in the total for A in the formula set out in section 428 for a reporting period of a person if the amount is deemed to be collected by the person under

- (1) subparagraph 1 of the fifth paragraph of section 255.1;
- (2) paragraph 1 of section 259.1; or
- (3) paragraph 1 of section 262.1.

1991, c. 67, s. 429; 1994, c. 22, s. 598; 2012, c. 28, s. 155.

429.1. *(Repealed).*

1994, c. 22, s. 599; 1995, c. 63, s. 458.

430. An amount shall not be included in the total for B in the formula set out in section 428 for a particular reporting period of a person to the extent that the amount was claimed or included as an input tax refund or deduction in the total for a preceding reporting period of the person.

1991, c. 67, s. 430; 1994, c. 22, s. 600; 1997, c. 85, s. 685.

430.1. Subject to section 430.2, an amount may be included in the total for B in the formula set out in section 428 for a particular reporting period of a person if the person was not entitled to claim the amount in determining the net tax of the person for the preceding period only because the person did not satisfy the requirements of section 201 in respect of the amount before the return for that preceding period was filed.

1997, c. 85, s. 686.

430.2. For the purposes of section 430.1, where a person is claiming an amount in a return for a particular reporting period and the Minister has not disallowed the amount as an input tax refund in assessing the amount of any fees, interest and penalties for which the person is liable under this Act for a preceding reporting period, the person shall report in writing to the Minister, on or before the day the return for the particular reporting period is filed, that the person made an error in claiming that amount in determining the net tax of the person for that preceding period.

For the purposes of the first paragraph, where the person does not report the error to the Minister at least three months before the expiration of the time limited by the second paragraph of section 25 of the Tax Administration Act (chapter A-6.002) for assessing the amount of any fees, interest and penalties for which the person is liable for that preceding period, the person shall, on or before the day the return for the particular reporting period is filed, pay the amount and any interest and penalties payable to the Minister.

1997, c. 85, s. 686; 2010, c. 31, s. 175.

430.3. An amount is not to be included in the total for B in the formula set out in section 428 for a reporting period of a person to the extent that, before the end of the period, the amount

(1) is included in an adjustment, refund or credit for which a credit note referred to in section 449 has been received by the person or a debit note referred to in that section has been issued by the person; or

(2) was otherwise rebated, refunded or remitted to the person, or was otherwise recovered by the person, under this or any other Act of the Parliament of Québec.

1997, c. 85, s. 686; 2010, c. 31, s. 175; 2015, c. 36, s. 216.

431. An input tax refund of a person for a particular reporting period of the person shall not be claimed by the person unless it is claimed in a return under this chapter filed by the person on or before the day that is

(1) where the person is a specified person during the particular reporting period,

(a) if the input tax refund is in respect of property or a service supplied to the person by a supplier who did not, before the end of the particular reporting period, charge the tax in respect of the supply that became payable during the particular reporting period and the person pays that tax after the end of the particular reporting period and before the input tax refund is claimed, the earlier of

i. the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year in which the supplier charges that tax to the person, and

ii. the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period;

(b) if the input tax refund was claimed in a return under this chapter filed, the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year that includes the particular reporting period, by another person who was not entitled to claim it and the person has paid the tax payable in respect of the acquisition or bringing into Québec of the property or service, the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period; and

(c) in any other case, the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within two years after the end of the person's fiscal year that includes the particular reporting period;

(2) where the person is not a specified person during the particular reporting period, the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period; or

(3) where the input tax refund is in respect of property or a service supplied to the person by a supplier who did not, before the end of the last reporting period of the person that ends within four years after the end of the particular reporting period, charge the tax in respect of the supply that became payable during the particular reporting period and the supplier discloses in writing to the person that the Minister has sent a notice of assessment to the supplier for that tax, and the person pays that tax after the end of that last reporting period and before the input tax refund is claimed by the person, the day on or before which the return under this chapter is required to be filed for the reporting period of the person in which the person pays that tax.

1991, c. 67, s. 431; 1997, c. 85, s. 687; 2015, c. 21, s. 743.

431.1. For the purposes of section 431, a person is a "specified person" during a reporting period of the person if

(1) a zero-rated supply of motor vehicles under section 197.2, the revocation of an election under section 434 may, at the request of the prescribed registrant, come into force on the first day of a reporting period that includes 1 May 1999; or

(2) a supply of motor vehicles by way of retail sale, the revocation of an election under section 434 may, at the request of the prescribed registrant, come into force on the first day of a reporting period that includes 21 February 2000.

1995, c. 1, s. 327; 2001, c. 51, s. 300.

435.3. Where a registrant makes an election under section 434 and as a result of the election the net tax of the registrant is required to be determined in accordance with the provisions of the Regulation respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1, r. 2),

(1) subparagraph 1 of the second paragraph of section 434 does not apply to the election;

(2) notwithstanding section 434, the election shall be made before a return under this chapter is filed for the reporting period of the registrant in which the election becomes effective; and

(3) paragraph 2 of section 435.2 does not apply to a revocation of the election.

1995, c. 1, s. 327.

436. Where an election made under section 434 by a registrant ceases to have effect, an input tax refund, other than a prescribed input tax refund, of the registrant for a reporting period of the registrant during which the election was in effect shall not be claimed by the registrant in a reporting period that begins after the election ceased to have effect.

1991, c. 67, s. 436.

436.1. Sections 444 to 457.1 do not apply for the purpose of determining the net tax of a registrant for a reporting period during which an election made by the registrant under section 434 is in effect, subject to a regulatory provision made under that section.

1997, c. 85, s. 691.

§ 2. — *Net tax remittance or refund*

437. Every person who is required to file a return under this chapter shall, in the return, calculate the net tax of the person for the reporting period for which the return is required to be filed, unless the person is required to file a return for that period under section 470.1.

Where the net tax for a reporting period of a person is a positive amount, the person shall, unless the person is required to file a return for that period under section 470.1, remit that amount to the Minister,

(a) where subparagraph *b* of paragraph 1 of section 468 applies in respect of a reporting period of a person who is an individual, on or before 30 April of the year following the end of the reporting period; and

(b) in any other case, on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.

Where the net tax for a reporting period of a person is a negative amount, the person may claim as a net tax refund for the period, payable by the Minister,

(1) where the person is a selected listed financial institution that is required to file a final return for the period in accordance with paragraph 2 of section 470.1, the amount determined for the period in the final return by the formula

A – B; and

(2) in any other case, in the return for that period, the amount of that net tax.

For the purposes of the formula in subparagraph 1 of the third paragraph,

(1) A is the amount, expressed as a positive number, of the person's net tax for the reporting period; and

(2) B is the amount that the person claims as an interim net tax refund for the reporting period in accordance with section 437.4.

1991, c. 67, s. 437; 1994, c. 22, s. 604; 1997, c. 31, s. 147; 2012, c. 28, s. 158.

437.1. Every person (other than an investment plan) that is required to file an interim return under section 470.1 for a reporting period shall, subject to the fifth paragraph, calculate the amount (in the fifth paragraph and sections 437 and 437.2 to 437.4 referred to as the “interim net tax”) that would be the net tax of the person for the reporting period if subparagraph 3 of the second paragraph of section 433.16 were read as follows:

“(3) C is the lesser of the percentage corresponding to the value C would have in the formula in subsection 2 of section 225.2 of the Excise Tax Act, determined for the taxation year, for the financial institution as regards Québec, and the percentage corresponding to the value that same C would have, for the financial institution as regards Québec, determined for the preceding taxation year, if each of those values were determined in accordance with the regulations made under that Act for the purposes of subsection 2.1 of section 228 of that Act and if Québec were a participating province within the meaning of subsection 1 of section 123 of that Act;”

Every person that is an investment plan and that is required to file an interim return under section 470.1 for a reporting period in a particular fiscal year shall calculate the amount that is the net tax of the person for the reporting period, where

(1) no election under section 50 of the Selected Listed Financial Institutions Attribution Method (GST/HST) Regulations made under the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15) or under section 433.19.4 is in effect throughout the particular fiscal year;

(2) in the case of a non-stratified investment plan, an election under section 49 or 61 of the Selected Listed Financial Institutions Attribution Method (GST/HST) Regulations or under section 433.19.1 or 433.19.10 is in effect throughout the particular fiscal year; and

(3) in the case of a stratified investment plan, an election under section 49 or 64 of the Selected Listed Financial Institutions Attribution Method (GST/HST) Regulations or under section 433.19.1 or 433.19.11, in respect of each series of the investment plan, is in effect throughout the particular fiscal year.

Every person that is a stratified investment plan in respect of which none of the conditions of the second paragraph are met and that is required to file an interim return under section 470.1 for a reporting period in a particular fiscal year shall, subject to the second paragraph of section 437.1.1, calculate the amount (in sections 437 and 437.2 to 437.4 referred to as the “interim net tax”) that would be the net tax of the person for the reporting period if the value of A in the formula in the first paragraph of section 433.16.2 were determined, for that reporting period, with reference to subsection 9 of section 48 of the Selected Listed Financial Institutions Attribution Method (GST/HST) Regulations.

Every person that is an investment plan (other than a stratified investment plan) in respect of which none of the conditions of the second paragraph are met and that is required to file an interim return under section

438.1. Where tax under section 16 is payable by a person because of section 287.1, the person shall pay the tax to the Minister and file with the Minister in prescribed manner a return in respect of the tax in prescribed form containing prescribed information on or before the last day of the month after the month in which the tax became payable.

2001, c. 51, s. 301.

439. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 439; 1993, c. 19, s. 231; 1994, c. 22, s. 605; 1995, c. 63, s. 459.

440. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 440; 1994, c. 22, s. 606.

441. Where at any time a person files a particular return as required under this Title in which the person reports an amount of tax (in this section referred to as the “remittance amount”) that is required to be remitted under the second paragraph of section 437 or section 437.3 or paid under section 17, 18, 18.0.1, 437.2 or 438 by the person, and the person claims a refund or rebate to which the person is entitled at that time under this Title, in the particular return or in another return, or in an application, filed as required under this Title with the particular return, the person is deemed to have remitted at that time on account of the person’s remittance amount, and the Minister is deemed to have paid at that time as a refund or rebate, an amount equal to the lesser of the remittance amount and the amount of the refund or rebate.

1991, c. 67, s. 441; 1997, c. 85, s. 693; 2012, c. 28, s. 160; 2013, c. 10, s. 229.

442. A person may, in prescribed circumstances and subject to prescribed conditions and rules, reduce or offset the tax that is required to be remitted under the second paragraph of section 437 or section 437.3 or paid under section 17, 18, 18.0.1, 437.2 or 438 by that person at any time by the amount of any refund or rebate to which another person may at that time be entitled under this Title.

1991, c. 67, s. 442; 1997, c. 85, s. 693; 2012, c. 28, s. 160; 2013, c. 10, s. 229.

443. Where a net tax refund payable to a person is claimed in a return filed under this chapter by the person, the Minister shall pay the refund to the person with all due dispatch after the return is filed.

However, the Minister is not required to pay the refund to a person who is a registrant unless the Minister considers that all information, that is contact information or that is information relating to the identification and business activities of the person, to be given by the person on the application for registration made by the person under sections 407 to 412 has been provided and is accurate.

1991, c. 67, s. 443; 1994, c. 22, s. 607; 2015, c. 21, s. 763.

§ 3. — *Bad debt*

443.1. For the purposes of this subdivision, “reporting entity” for a supply means

(1) if an election has been made under section 41.0.1 in respect of the supply, the person who is required, under that section, to include the tax collectible in respect of the supply in determining the person’s net tax; and

(2) in any other case, the supplier.

2009, c. 5, s. 660.

444. If a supplier has made a taxable supply (other than a zero-rated supply) for consideration to a recipient with whom the supplier was dealing at arm’s length, it is established that all or a part of the total of the consideration and tax payable in respect of the supply has become a bad debt and the supplier at any time

writes off the bad debt in the supplier's books of account, the reporting entity for the supply may, in determining the reporting entity's net tax for the reporting period in which the bad debt is written off or for a subsequent reporting period, deduct the amount determined by the formula in the second paragraph.

The amount that may be deducted by the reporting entity under the first paragraph is determined by the formula

$$A \times B / C.$$

For the purposes of this formula,

- (1) A is the tax payable in respect of the supply;
- (2) B is the total of the consideration and tax remaining unpaid in respect of the supply that was written off at that time as a bad debt; and
- (3) C is the total of the consideration and tax payable in respect of the supply.

1991, c. 67, s. 444; 1993, c. 19, s. 232; 1995, c. 1, s. 328; 1997, c. 85, s. 694; 2009, c. 5, s. 661.

444.1. A reporting entity may deduct an amount under section 444 in respect of a supply if

- (1) the tax collectible in respect of the supply is included in determining the amount of net tax reported in the reporting entity's return filed under this chapter for the reporting period in which the tax became collectible; and
- (2) all net tax remittable, if any, as reported in that return is remitted.

2009, c. 5, s. 662.

445. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 445; 1997, c. 85, s. 694; 2001, c. 53, s. 375.

446. If all or part of a bad debt in respect of which a person has made a deduction under this subdivision is recovered at any time, the person shall, in determining net tax for the reporting period in which the bad debt or that part is recovered, add the amount determined by the formula

$$A \times B / C.$$

For the purposes of this formula,

- (1) A is the amount of the bad debt recovered at that time;
- (2) B is the tax payable in respect of the supply to which the bad debt relates; and
- (3) C is the total of the consideration and tax payable in respect of the supply.

1991, c. 67, s. 446; 1993, c. 19, s. 233; 1995, c. 1, s. 329; 1997, c. 85, s. 694; 2001, c. 53, s. 376; 2009, c. 5, s. 663.

§ IV. — Selected listed financial institution

458.5.1. If a person is both a financial institution described in paragraph 6 or 9 of the definition of “listed financial institution” in section 1 and a selected listed financial institution throughout a particular reporting period in a particular fiscal year that begins in a particular calendar year and the person was not a selected listed financial institution throughout the reporting period immediately before the particular reporting period, the following rules apply:

(1) the particular fiscal year ends on the last day of the particular calendar year; and

(2) as of the beginning of the first day of the calendar year that is immediately after the particular calendar year, any election made by the person under section 458.4 ceases to have effect and the fiscal years of the person are calendar years.

2015, c. 21, s. 775.

458.5.2. Despite section 458.5.1, if a particular person is both a financial institution described in paragraph 6 or 9 of the definition of “listed financial institution” in section 1 and a selected listed financial institution throughout a particular reporting period in a particular fiscal year, the following rules apply if the particular person is party to a plan merger, within the meaning of subsection 1 of section 16 of the Selected Listed Financial Institutions Attribution Method (GST/HST) Regulations made under the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15):

(1) the particular fiscal year of the particular person ends on the day immediately before the merger; and

(2) the fiscal year of the person resulting from the merger begins on the day of the merger.

2015, c. 21, s. 775.

458.5.3. If a person is both a financial institution described in paragraph 6 or 9 of the definition of “listed financial institution” in section 1 and a selected listed financial institution throughout a particular reporting period in a particular fiscal year, and the person is not a selected listed financial institution throughout a reporting period in the subsequent fiscal year of the person, that subsequent fiscal year ends on the day on which it would end but for this subdivision IV.

2015, c. 21, s. 775.

§ 1. — *Reporting period*

I. — *General provisions*

1994, c. 22, s. 618.

458.6. For the purposes of this division and notwithstanding section 459.0.1, the reporting period of a person who is a registrant at a particular time in the fiscal year of the person is deemed to be the reporting period of the person at that time in the fiscal year of the person for the purposes of Part IX of the Excise Tax Act (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter E-15), where the person is a registrant under Part IX of that Act, at the time that reporting period becomes effective under that Act.

For the purposes of the first paragraph, the Minister may require to be informed by a person, as prescribed and within the time determined by the Minister in prescribed form containing prescribed information, of the reporting periods of the person for the purposes of Part IX of the Excise Tax Act for each of the person's fiscal periods.

1994, c. 22, s. 618; 1995, c. 63, s. 470.

458.7. Section 458.6 does not apply to

(1) the period beginning on the first day of the calendar month that includes the particular day and ending on the day immediately preceding the particular day; and

(2) the period beginning on the particular day and ending on the last day of the reporting period of the person, determined under subdivision 1, that includes the particular day.

1991, c. 67, s. 466; 1994, c. 22, s. 627.

467. Where a person ceases to be a registrant on a particular day, the following periods are deemed to be separate reporting periods of the person:

(1) the period beginning on the first day of the reporting period of the person, determined under subdivision 1, that includes the particular day and ending on the day immediately preceding the particular day; and

(2) the period beginning on the particular day and ending on the last day of the calendar month that includes the particular day.

1991, c. 67, s. 467; 1994, c. 22, s. 627.

§ 2. — *Return*

467.1. For the purposes of this subdivision, “investment plan” and “manager” have the meaning assigned by section 433.15.1.

2015, c. 21, s. 779.

468. Every registrant shall file a return with the Minister for each reporting period of the registrant

(1) where the reporting period is or would, but for section 466, be the fiscal year of the registrant,

(a) if the registrant is described in any of paragraphs 1 to 10 of the definition of “listed financial institution” in section 1, within six months after the end of the fiscal year,

(b) except where subparagraph *a* applies, if the registrant is an individual whose fiscal year is a calendar year and, for the purposes of the Taxation Act (chapter I-3), the individual carried on a business during the year and the filing-due date of the individual for the year is 15 June of the following year, on or before that day, and

(c) in any other case, within three months after the end of the fiscal year; and

(2) in every other case, within one month after the end of the reporting period.

1991, c. 67, s. 468; 1994, c. 22, s. 627; 1995, c. 63, s. 488; 1997, c. 31, s. 148; 2011, c. 6, s. 285; 2012, c. 28, s. 176.

469. Notwithstanding section 468, where, in a reporting period of a person not resident in Québec, the person makes a taxable supply in Québec of admissions in respect of an activity, a seminar, an event or a place of amusement, the person shall

(1) file with the Minister a return for that period on or before the earlier of

(a) the day on or before which a return for that period is required to be filed under section 468, and

(b) the day the person, or one or more of his employees who are involved in the commercial activity in which the supply was made, leaves Québec; and

38-39 ELIZABETH II

38-39 ELIZABETH II

CHAPTER 45

CHAPITRE 45

An Act to amend the Excise Tax Act, the Criminal Code, the Customs Act, the Customs Tariff, the Excise Act, the Income Tax Act, the Statistics Act and the Tax Court of Canada Act

Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise, le Code criminel, la Loi sur les douanes, le Tarif des douanes, la Loi sur l'accise, la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la statistique et la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt

[Assented to 17th December, 1990]

[Sanctionnée le 17 décembre 1990]

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

PART I

PARTIE I

EXCISE TAX ACT

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

R.S., c. E-15;
R.S., c. 15 (1st
Suppl.), cc. 1,
7, 42 (2nd
Suppl.), cc. 18,
28, 41, 42 (3rd
Suppl.), cc.
12, 47 (4th
Suppl.); 1988, c.
65; 1989, c. 22

L.R., ch. E-15;
L.R., ch. 15 (1^{er}
suppl.), ch. 1,
7, 42 (2^e
suppl.), ch. 18,
28, 41, 42 (3^e
suppl.), ch.
12, 47 (4^e
suppl.); 1988,
ch. 65; 1989,
ch. 22

1. (1) All that portion of subsection 2(1) of the *Excise Tax Act* preceding the definition "cosmetics" is repealed and the following substituted therefor:

1. (1) Le passage du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* qui précède la définition de «bâtiment modulaire» est abrogé et remplacé par ce qui suit :

Definitions

"2. (1) In this Act, other than section 121, Part IX and Schedules V, VI and VII,"

"2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi, exception faite de l'article 121, de la partie IX et des annexes V, VI et VII.»

Définitions

R.S., c. 7 (2nd
Suppl.), s. 1(3)

(2) The definitions "municipality", "person" and "prescribed" in subsection 2(1) of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

(2) Les définitions de «municipalité», «personne» et «prescrit», au paragraphe 2(1) de la même loi, sont abrogées et remplacées par ce qui suit :

L.R., ch. 7 (2^e
suppl.), par.
1(3)

"municipality"
«municipalité»

"municipality" means

(a) an incorporated city, town, village, metropolitan authority, township, district, county or rural municipality or other incorporated municipal body however designated, or

«municipalité»

a) Administration métropolitaine, ville, village, canton, district, comté ou municipalité rurale constitués en personne morale ou autre organisme municipal ainsi constitué quelle qu'en soit la désignation;

«municipalité»
"municipality"

tax in respect of the supply equal to the tax fraction of the amount of the rebate; and

(b) where the particular person is a registrant who is entitled to claim an input tax credit or a rebate of tax in respect of the acquisition of the property or service, the particular person shall be deemed, for the purposes of this Part, to have made a taxable supply of a service and to have collected, at that time, tax in respect of the supply equal to the amount determined by the formula

$$A \times \frac{B}{C} \times D$$

where

A is the tax fraction,

B is the input tax credit of, or the rebate of tax to, the particular person in respect of the acquisition of the property or service,

C is the total tax payable by the particular person in respect of the acquisition of the property or service by the particular person, and

D is the amount of the rebate paid to the particular person by the supplier.

Application

(3) Subsections (1) and (2) do not apply where the amount paid by the supplier in respect of the coupon, voucher or other device or by the registrant in respect of the property or service, as the case may be, is the amount of an adjustment, refund or credit in respect of which subsection 232(3) applies.

Forfeitures, Seizures and Repossessions

Forfeiture

182. For the purposes of this Part, where at any time, as a consequence of the breach, modification or termination of an agreement for the making of a taxable supply (other than a zero-rated supply) of property or a service in Canada by or to a registrant,

(a) an amount is paid or forfeited, or becomes payable, by a person to the

(ii) avoir payé, au moment du versement de la remise, la taxe relative à la fourniture, égale à la fraction de taxe de la remise;

b) pour l'application de la présente partie, la personne est réputée, si elle est un inscrit et a droit au crédit de taxe sur les intrants ou à un remboursement de taxe relativement à l'acquisition :

(i) avoir effectué la fourniture taxable d'un service,

(ii) avoir perçu, au moment du versement de la remise, la taxe relative à la fourniture, calculée selon la formule suivante :

$$A \times \frac{B}{C} \times D$$

où :

A représente la fraction de taxe;

B le crédit de taxe sur les intrants de la personne ou son remboursement de taxe relativement à l'acquisition;

C le total de la taxe payable par elle relativement à l'acquisition;

D la remise que le fournisseur lui a versée.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas si le montant payé par le fournisseur au titre du bon, de la pièce justificative ou autre pièce, ou par l'inscrit au titre du bien ou du service, représente un redressement, un remboursement ou un crédit auquel le paragraphe 232(3) s'applique.

Champ d'application

Renonciations, saisies et reprises de possession

Renonciation

182. Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada (sauf une fourniture détaxée) par un inscrit ou à son profit, soit un montant est payé, devient payable ou fait l'objet d'un renoncement par une per-

registrant otherwise than as consideration for the supply, or

(b) a debt or other obligation (other than consideration for the supply) of the registrant to a person is reduced or extinguished without payment on account of the debt or obligation,

the registrant shall be deemed to have made a taxable supply of the property or service in Canada to the person and to have collected tax from the person at that time, equal to the tax fraction of the amount so paid, forfeited, payable or extinguished, or the amount by which the debt or other obligation was so reduced, as the case may be, and the person shall be deemed to have received that supply and to have paid, at that time, that tax.

Seizure and repossession

183. (1) For the purposes of this Part, where at any time property of a particular person is, for the purpose of satisfying in whole or in part a debt or obligation owing by the particular person, seized or repossessed by another person under any right or power exercisable by the other person,

(a) the particular person shall be deemed to have made, at that time, a supply of the property for no consideration; and

(b) subject to subsections (3) and (5), the other person shall be deemed to have acquired the property for no consideration.

Supply of seized property

(2) Subject to subsection (4), where a person who has seized or repossessed property, in circumstances in which subsection (1) applies, makes a supply of the property, except where the supply is an exempt supply, the person shall be deemed to have made the supply in the course of commercial activities of the person.

Use of seized property

(3) For the purposes of this Part, where at any time a person who has seized or repossessed property begins to use the property otherwise than in the making of a supply of the property, the person shall be deemed to have made a supply of the property and, except where the supply is

sonne à l'inscrit autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, soit une dette ou autre obligation (sauf la contrepartie de la fourniture) de l'inscrit envers une personne est réduite ou remise sans paiement, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) l'inscrit est réputé avoir effectué une fourniture taxable au Canada au profit de la personne;

b) l'inscrit est réputé avoir perçu la taxe de la personne à ce moment, égale à la fraction de taxe du montant ainsi payé, payable, remis ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ou dont la dette ou l'obligation a ainsi été réduite;

c) la personne est réputée avoir payé cette taxe à ce moment et avoir reçu le bien ou le service fourni.

183. (1) Pour l'application de la présente partie, dans le cas où le bien d'une personne est saisi ou fait l'objet d'une reprise de possession, en acquittement total ou partiel d'une de ses dettes ou obligations, par une autre personne en exécution d'un droit ou d'un pouvoir qu'elle peut exercer, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) la personne est réputée avoir effectué, au moment de la saisie ou de la reprise de possession, une fourniture du bien à titre gratuit;

b) sous réserve des paragraphes (3) et (5), l'autre personne est réputée avoir acquis le bien à titre gratuit.

Saisie et reprise de possession

(2) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui fournit, autrement que dans le cadre d'une fourniture exonérée, un bien qu'elle a saisi ou dont elle a repris possession dans les circonstances visées au paragraphe (1), est réputée avoir fourni le bien dans le cadre de ses activités commerciales.

Fourniture d'un bien saisi

(3) Pour l'application de la présente partie, la personne qui, à un moment donné, commence à utiliser le bien qu'elle a saisi ou dont elle a repris possession autrement que pour la réalisation d'une fourniture de ce bien est réputée avoir effectué une fourniture du bien et, sauf s'il

Utilisation d'un bien saisi

chapter A-6.002

TAX ADMINISTRATION ACT



This Act was formerly entitled “An Act respecting the Ministère du Revenu”. The title was replaced by section 91 of chapter 31 of the statutes of 2010.

The Minister of Finance exercises the functions of the Minister of Revenue provided for in this Act. Order in Council 821-2019 dated 14 August 2019, (2019) 151 G.O. 2 (French), 3788.

2010, c. 31, s. 91.

TABLE OF CONTENTS

CHAPTER I
INTERPRETATION AND RULES OF APPLICATION..... 1

CHAPTER II
MINISTER OF REVENUE..... 2

CHAPTER III
ADMINISTRATION AND ENFORCEMENT OF FISCAL LAWS

DIVISION I
COLLECTION..... 9.2

DIVISION II
AMOUNTS DEDUCTED, WITHHELD OR COLLECTED..... 18

DIVISION II.1
PAYMENT TO THE MINISTER..... 27.0.1

DIVISION II.2
PRESCRIPTION..... 27.3

DIVISION III
INTEREST..... 28

DIVISION IV
ALLOCATIONS AND REFUNDS..... 30.0.1

DIVISION V
REGISTERS AND SUPPORTING DOCUMENTS..... 34

DIVISION V.1
ELECTRONIC TRANSMISSION OF DOCUMENTS AND
INFORMATION..... 37.1

DIVISION VI
AUDITS, INVESTIGATIONS AND INQUIRIES..... 37.7

DIVISION VII
PENAL PROVISIONS AND PENALTIES..... 59

DIVISION VIII	
CONFIDENTIAL INFORMATION	
§ 1. — <i>Confidential information</i>	69
§ 2. — <i>Rights of the person concerned</i>	69.0.0.2
§ 3. — <i>Accessibility and use of information within the Agency</i>	69.0.0.6
§ 4. — <i>Communication</i>	69.0.0.10
§ 5. — <i>Collection and use of information</i>	70.1
§ 6. — <i>Preservation and destruction</i>	71.2
§ 7. — <i>Penal provisions</i>	71.3.1
§ 8. — <i>Final provisions</i>	71.4
DIVISION IX	
PROCEDURE AND EVIDENCE.....	72
CHAPTER III.1	
OBJECTION TO AN ASSESSMENT.....	93.1.1
CHAPTER III.2	
CONTESTATION BEFORE THE COURT OF QUÉBEC AND APPEAL TO THE COURT OF APPEAL.....	93.1.10
CHAPTER IV	
CONTESTATION BEFORE THE SMALL CLAIMS DIVISION OF THE COURT OF QUÉBEC	
DIVISION I	
APPLICATION AND JURISDICTION.....	93.2
DIVISION II	
PROCEDURE.....	93.11
DIVISION II.1	
MEDIATION.....	93.21.1
DIVISION III	
HEARING.....	93.22
DIVISION IV	
JUDGMENT.....	93.29
DIVISION V	
COSTS.....	93.34
CHAPTER V	
MISCELLANEOUS PROVISIONS	
DIVISION I	
REMISSION AND REDUCTION OF DUTIES, INTEREST, PENALTIES AND CERTAIN DEBTS.....	94
DIVISION I.1	
REFUND ADVANCE.....	94.5
DIVISION I.2	
COOPERATION AGREEMENT ENTERED INTO BY THE DIRECTOR OF CRIMINAL AND PENAL PROSECUTIONS.....	94.9
DIVISION I.3	
VOLUNTEER PROGRAM.....	94.10
DIVISION II	
GENERALITIES AND REGULATIONS.....	95

DIVISION II.1 *Repealed, 2010, c. 31, s. 145.*

DIVISION II.2 *Repealed, 2010, c. 31, s. 145.*

DIVISION III

FINAL PROVISIONS..... **98**

REPEAL SCHEDULE

CHAPTER I

INTERPRETATION AND RULES OF APPLICATION

2001, c. 51, s. 230.

1. In this Act and the regulations, unless the context indicates a different meaning,

“Agency” means the Agence du revenu du Québec;

“duties” means, in addition to its ordinary meaning, the fees, price or cost of licences or permits, taxes and other imposts and contributions provided for by a fiscal law;

“fiscal law” means this Act, the Act respecting property tax refund (chapter R-20.1) or any other Act imposing duties that is under the Minister’s administration;

“Minister” means the Minister of Revenue;

“person” means a natural person, a corporation, a partnership, a trust, a government department, a body, a succession or any other entity that is a person within the meaning of another fiscal law;

“president and chief executive officer” means the president and chief executive officer of the Agency; and

“regulation” means any regulation made under this Act by the Government.

1972, c. 22, s. 1; 1974, c. 17, s. 1; 1978, c. 25, s. 1; 1979, c. 9, s. 38; 1979, c. 12, s. 44; 1983, c. 49, s. 34; 1991, c. 7, s. 1; 1993, c. 71, s. 48; 1997, c. 31, s. 144; 2002, c. 5, s. 1; 2004, c. 21, s. 504; 2009, c. 15, s. 460; 2010, c. 31, s. 92.

1.0.1. In any fiscal law and the regulations made thereunder, unless the context indicates a different meaning,

“register” includes any document, whatever the medium used, that is used to collate information in particular for accounting, financial, fiscal or legal purposes and includes the term “record” whenever that term is used in a fiscal law or in the regulations made under such a law to designate a register;

“supporting document” includes any document, whatever the medium used, or any other thing supporting information that is or should be contained in a register.

1991, c. 67, s. 557; 2000, c. 25, s. 2; 2001, c. 51, s. 231.

1.1. In any fiscal law and the regulations thereunder, unless the context indicates otherwise, the word “prescribed” means, in the case of a form or information to be given on a form, prescribed by the Minister or the president and chief executive officer and, in any other case, prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation.

1991, c. 7, s. 2; 1996, c. 31, s. 9; 2001, c. 51, s. 232; 2010, c. 31, s. 93.

1.2. In this Act and the regulations, a legal person, whether or not established for pecuniary gain, is designated by the word “corporation”.

1997, c. 3, s. 76.

1.2.1. In this Act, a large corporation is

(a) in the case of a corporation referred to in paragraph *a* or *c* of section 1132 of the Taxation Act (chapter I-3) or a mining corporation that has not reached the production stage, a corporation whose paid-up capital

that would be determined for the particular taxation year in accordance with Book III of Part IV of the Taxation Act if no reference were made to section 1138.2.6 of that Act, is at least \$10,000,000;

(b) in the case of an insurance corporation, other than a corporation referred to in subparagraph *a*, a corporation whose paid-up capital that would be determined for the particular taxation year in accordance with Title II of Book III of Part IV of the Taxation Act if the corporation were a bank and if paragraph *a* of section 1140 of the Taxation Act were replaced by paragraph *a* of subsection 1 of section 1136 of the Taxation Act, is at least \$10,000,000;

(c) in the case of a cooperative, a cooperative whose paid-up capital that would be determined for the particular taxation year in accordance with Title I of Book III of Part IV of the Taxation Act if no reference were made to section 1138.2.6 of that Act, is at least \$10,000,000.

The particular taxation year refers to the year in respect of which an assessment or determination is made under a fiscal law.

2000, c. 36, s. 1; 2001, c. 52, s. 3; 2003, c. 9, s. 435; 2009, c. 15, s. 461.

1.3. For the purposes of sections 14.4 to 14.7 and section 33, the rules provided for in section 2.2.1 of the Taxation Act (chapter I-3) apply, with the necessary modifications.

1997, c. 85, s. 336.

1.4. Despite any general or special Act and subject to section 1.5, the provisions of any fiscal law or of any regulation made under such a law that provide for the payment of interest or of a penalty are binding on a mandatory and a body of the State.

2005, c. 1, s. 308; 2012, c. 28, s. 2.

1.5. This Act, except Division VIII of Chapter III, does not apply to the Government or any of its departments or mandataries in relation to an amount it paid or is required to pay under Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) and for which it is entitled to the rebate provided for in section 399.1 of that Act, as well as in respect of such a rebate.

2012, c. 28, s. 3; 2015, c. 21, s. 1.

CHAPTER II

MINISTER OF REVENUE

1997, c. 14, s. 312; 2010, c. 31, s. 94.

2. The Minister of Revenue is responsible for the administration of fiscal laws.

The Minister assumes any other responsibility assigned to the Minister by another Act or by the Government.

1972, c. 22, s. 2; 1977, c. 5, s. 14; 1990, c. 60, s. 46; 1995, c. 18, s. 93; 1995, c. 63, s. 267; 1999, c. 53, s. 7; 2005, c. 44, s. 46; 2006, c. 38, s. 41; 2010, c. 25, s. 227; 2010, c. 7, s. 215; 2010, c. 31, s. 95.

3. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 3; 1997, c. 14, s. 312; 2010, c. 31, s. 96.

4. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 4; 1978, c. 15, s. 140; 1983, c. 44, s. 57; 1997, c. 14, s. 312; 1998, c. 16, s. 299; 2010, c. 31, s. 96.

4.1. *(Repealed).*

1982, c. 56, s. 30; 1998, c. 16, s. 262; 2010, c. 31, s. 96.

5. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 5; 1978, c. 15, s. 140; 1982, c. 38, s. 19; 1983, c. 55, s. 145; 1990, c. 4, s. 586; 1996, c. 35, s. 19; 1997, c. 14, s. 312; 1998, c. 16, s. 263; 2000, c. 8, s. 242; 2006, c. 38, s. 42; 2010, c. 7, s. 216; 2010, c. 31, s. 96.

6. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 6; 1997, c. 14, s. 312; 2010, c. 31, s. 96.

7. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 7; 1978, c. 25, s. 2; 1982, c. 38, s. 20; 1997, c. 14, s. 312; 2004, c. 4, s. 17; 2010, c. 31, s. 96.

8. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 8; 1983, c. 20, s. 9; 1997, c. 14, s. 312; 2010, c. 31, s. 96.

8.0.1. *(Repealed).*

1991, c. 7, s. 3; 1992, c. 57, s. 620.

8.1. *(Repealed).*

1978, c. 25, s. 3; 1983, c. 38, s. 72.

8.2. Notwithstanding any other Act, the Minister may, in order to conserve permanent proof of a document required for the purposes of a fiscal law, reproduce on photographic film any document produced by or on behalf of the Minister or any other person exercising the powers of the Minister, or by or on behalf of a person subject to a fiscal law under such a law, provided that the document has been reproduced faithfully in accordance with the directives prescribed by the Minister or by a person designated by him.

The film or a duplicate copy thereof is authentic and has the same force as the original document reproduced, provided it is accompanied with the affidavit of the person who supervised the reproduction of the document, attesting to the reliability of the reproduction process and of the reproduction itself.

1993, c. 79, s. 28; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

9. The Minister may, in accordance with the applicable legislative provisions and with the authorization of the Government, enter into any agreement with any government, a department of that government, an international organization or a body of that government or international organization, that is consistent with the interests and rights of Québec, for the application of a fiscal law or to facilitate the carrying out of a fiscal law, avoid double taxation or give effect to international fiscal agreements. Such an agreement may authorize that government, government department, international organization or body to enter into any agreement with a third person with a view to facilitating its implementation.

The Minister may also, with the authorization of the Government, enter into any agreement with any person, to entrust the person with the application of all or part of a fiscal law.

1972, c. 22, s. 9; 1974, c. 17, s. 2; 1978, c. 25, s. 4; 1984, c. 35, s. 39; 1985, c. 30, s. 146; 1993, c. 79, s. 29; 2002, c. 5, s. 2.

9.0.1. The Minister may, with the authorization of the Government, enter into any agreement with the Government of Canada entrusting to him the administration and application, in whole or in part, of any Act of

the Parliament of Canada imposing duties or any regulation made under such an Act or of any first nation law within the meaning of the First Nations Goods and Services Tax Act (S.C. 2003, c.15, s. 67).

1990, c. 60, s. 47; 2010, c. 25, s. 228.

9.0.1.1. The Minister may, with the authorization of the Government, enter into any agreement with the Government of Canada entrusting to the Government of Canada the administration and application of any fiscal law or any regulation made under such a law with regard to the selected listed financial institutions within the meaning of Part IX of the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15) and the financial institutions that would be selected listed financial institutions within the meaning of Part IX of the Excise Tax Act if Québec were a participating province under that Part.

For the purposes of the agreement,

(a) unless the context indicates otherwise, in any law and in any regulation, a reference to an employee of the Agency is a reference to an employee of the Canada Revenue Agency;

(b) a deed, document or writing binds the Minister or the Agency, or may be attributed to them, only if it is signed by the Minister of National Revenue or the Commissioner of Revenue, appointed under section 25 of the Canada Revenue Agency Act (S.C. 1999, c. 17) or, within the limits of their duties, by an employee who holds a position of assistant commissioner within the Canada Revenue Agency or any person authorized to perform the functions of such a position, or by any other employee of the Canada Revenue Agency authorized by the Minister;

(c) if an employee of the Agency or any other person must be authorized or designated for the purposes of a law or regulation referred to in the first paragraph by the Minister or the president and chief executive officer, otherwise than for the signing of a deed, document or writing, the Minister of National Revenue or the Commissioner of Revenue is competent to authorize or designate an employee of the Canada Revenue Agency or another person with the agreement of the president and chief executive officer;

(d) an unsigned notice of assessment is valid, binds the Minister and is attributable to the Minister in the same manner as if it were signed by the Minister, if it bears the official title of the Commissioner of Revenue;

(e) a document or a copy of a document held by the Canada Revenue Agency is authentic if it is signed or certified by the Commissioner of Revenue or by an employee of the Canada Revenue Agency that is authorized by the Commissioner of Revenue;

(f) any amount owed by a person under a law or regulation referred to in the first paragraph must be paid to the Receiver General for Canada;

(g) despite the first paragraph of section 28 and sections 28.1 and 28.2, any amount owed under a law or regulation referred to in the first paragraph bears interest at the prescribed rate and according to the rules provided for in section 280 of the Excise Tax Act, with the necessary modifications;

(h) despite the second paragraph of section 28 and sections 28.1 and 30, any refund owed by the Minister under a law or regulation referred to in the first paragraph, or any amount of such a refund allocated in accordance with section 31 to a payment that the person to whom the refund is owing must make under such a law, bears interest at the prescribed rate and according to the rules provided for in subsection 3 of section 229 or 230 of the Excise Tax Act, with the necessary modifications;

(i) the first paragraph of section 59, to the extent that a failure to file a return or report is covered by that paragraph, and the second paragraph of section 59.2 do not apply in respect of a financial institution referred to in the first paragraph;

(j) a financial institution referred to in the first paragraph that fails to file a return in the manner and within the time prescribed by a law or regulation referred to in the first paragraph incurs a penalty in accordance with the rules set out in section 280.1 of the Excise Tax Act; and

(k) section 124 of the Excise Tax Act applies in respect of the interest and penalties provided for in subparagraphs g, h and j, with the necessary modifications.

The second and third paragraphs of section 40 of the Act respecting the Agence du revenu du Québec (chapter A-7.003) apply, with the necessary modifications, to an authorization given by the Minister under subparagraph b of the second paragraph.

2012, c. 8, s. 1; 2012, c. 28, s. 4; 2020, c. 5, s. 94.

9.0.2. The Minister may, with the authorization of the Government, enter into an agreement with the Government of Canada relating to the payment, collection and remittance, by the Gouvernement du Québec or any public body designated by it, of tax provided for in any Act of the Parliament of Canada and for which it would be accountable if such an Act were applicable to it.

1990, c. 60, s. 47.

9.0.3. Notwithstanding any prohibition or restriction provided for in an Act, any public body affected by an agreement under section 9.0.2 is bound to pay, collect and remit tax provided for in any Act of the Parliament of Canada and for which it would be accountable if such an Act were applicable to it.

The public body referred to in the first paragraph shall discharge the tax in accordance with the terms and conditions of the agreement.

1990, c. 60, s. 47.

9.0.4. The Minister may, with the authorization of the Government, enter into any agreement with any person, to facilitate the application of the International Fuel Tax Agreement.

The Minister may also conclude with any person, any agreement that is necessary, in the Minister's opinion, to facilitate the implementation of an agreement concerning the application of a fiscal law concluded between the Government and a Mohawk community.

1995, c. 63, s. 268; 1999, c. 53, s. 8; 2002, c. 5, s. 3.

9.0.5. Subject to section 9.0.6, the provisions of this Act necessary to implement the International Fuel Tax Agreement, any agreement between the Government and a Mohawk community concerning the application of a fiscal law or an agreement entered into under section 9.0.1 apply with the necessary modifications.

1995, c. 63, s. 268; 1999, c. 53, s. 9; 2011, c. 6, s. 1.

9.0.6. For the purposes of the International Fuel Tax Agreement and any agreement between the Government and a Mohawk community concerning the application of a fiscal law, the Government may make regulations to

- (1) enact any provision necessary to give effect to the agreement and its amendments;
- (2) specify the provisions of this Act that do not apply;
- (3) *(subparagraph repealed)*;
- (4) take any other measures necessary to implement the agreement and its amendments.

The Government may also make regulations to specify the provisions of the International Fuel Tax Agreement, including amendments, that apply.

The competent parliamentary committee of the National Assembly shall examine every regulation made by the Government under this section for the implementation of an agreement concerning the application of a fiscal law concluded between the Government and a Mohawk community as well as that agreement.

1995, c. 63, s. 268; 1999, c. 53, s. 10; 2011, c. 6, s. 2.

9.0.7. *(Repealed).*

2005, c. 2, s. 1; 2010, c. 31, s. 96.

9.1. *(Repealed).*

1978, c. 18, s. 20; 1997, c. 14, s. 312; 2010, c. 31, s. 96.

CHAPTER III

ADMINISTRATION AND ENFORCEMENT OF FISCAL LAWS

DIVISION I

COLLECTION

9.2. The Minister may, to foster the recovery of any amount owed by any person under a fiscal law, enter into any agreement to establish the terms and conditions relating to payment of the debt.

Before entering into such an agreement, the Minister may require the debtor to file any document which establishes his financial capacity, the results of any step he has undertaken to obtain a loan or security contemplated in section 10 from a banking or financial institution, or any other information intended to establish his solvency.

1993, c. 79, s. 30.

10. A debtor, under a fiscal law, or any other person may give in guarantee for the payment of the debt, real or personal security which the Minister may accept.

The Minister shall accept the security where the debt of which it guarantees payment is the subject of an objection, contestation or appeal and the security meets the requirements prescribed by regulation.

The Minister shall also accept the security where the terms and conditions of repayment of the debt are accepted according to the criteria prescribed by regulation and the security meets the requirements prescribed by regulation.

The security is given in favour of the State and the Minister may grant a discharge for it.

1972, c. 22, s. 10; 1977, c. 5, s. 14; 1985, c. 25, s. 167; 1998, c. 16, s. 299; 2020, c. 12, s. 145.

10.1. Where a person has given security in guarantee of the payment of an amount in dispute referred to in section 12.0.3, the person may apply in writing for the repayment or discharge of the portion of the security guaranteeing the amount in dispute

(a) after 120 days have elapsed following the sending of the notice of objection and no decision under section 93.1.6 has been sent by the Minister; or

(b) if the person files a contestation in accordance with Chapter III.2 or Chapter IV or brings an appeal.

The repayment or discharge of the security is limited to one-half of the amount in dispute where

(a) the person referred to in the first paragraph is a large corporation; or

(b) the amount in dispute is in respect of an amount that was deducted under any of sections 710 and 752.0.10.6 to 752.0.10.6.2 of the Taxation Act (chapter I-3) and that was claimed in respect of a tax shelter, within the meaning assigned to that expression by section 1079.1 of that Act.

The Minister must repay or discharge the security with all due dispatch.

2000, c. 36, s. 2; 2015, c. 24, s. 1; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2020, c. 12, s. 85.

11. Every employee of the Agency whom the Minister authorizes for that purpose may, in the exercise of his or her functions, administer the same oath as a commissioner for oaths appointed under the Courts of Justice Act (chapter T-16).

1972, c. 22, s. 11; 1991, c. 67, s. 558; 1997, c. 3, s. 79; 2001, c. 52, s. 4; 2010, c. 31, s. 146.

12. The duties and other amounts owed by a person under a fiscal law shall be debts owing to the State; they may be recovered before any competent court or in any other manner provided by a fiscal law.

The Minister may delay or suspend the recovery of the duties and other amounts owed by a person under a fiscal law in order to foster the recovery of an amount owed under the Act to facilitate the payment of support (chapter P-2.2).

1972, c. 22, s. 12; 1978, c. 25, s. 5, s. 23; 1991, c. 67, s. 559; 1992, c. 57, s. 621; 1996, c. 31, s. 10; 1997, c. 3, s. 80; 1998, c. 16, s. 265; 2002, c. 46, s. 7; 2010, c. 31, s. 97.

12.0.0.1. If an amount owed under a fiscal law gives rise to a legal hypothec, the notice of registration of the hypothec may either be served on the debtor, or notified to the debtor by registered mail.

2016, c. 7, s. 184.

12.0.1. Notwithstanding any inconsistent provision, the Minister shall not require the payment of an amount of duties of less than \$2 and is not bound to reimburse such an amount.

1993, c. 64, s. 211.

12.0.2. The Minister may not, in respect of an unpaid amount, before the expiry of the 90th day following the date of sending of an assessment issued pursuant to sections 210.1 to 210.19 or 220.2 to 220.13 of the Act respecting municipal taxation (chapter F-2.1), an assessment issued pursuant to the Mining Tax Act (chapter I-0.4), an assessment or determination issued pursuant to the Taxation Act (chapter I-3), an assessment issued pursuant to section 85 of the Act respecting the legal publicity of enterprises (chapter P-44.1), an assessment relating to an amount payable under section 34.1.1, 37.6 or 37.17 of the Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec (chapter R-5), an assessment relating to an additional contribution payable under section 88.2 of the Educational Childcare Act (chapter S-4.1.1), an assessment issued pursuant to sections 358 to 360 of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), an assessment issued pursuant to the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9) where the individual is required to pay the amount otherwise than as an employer, an assessment issued under the Act respecting parental insurance (chapter A-29.011) otherwise than as an employer, or a decision rendered pursuant to the Act respecting property tax refund (chapter R-20.1),

(a) institute proceedings before a court;

(b) issue a certificate under section 13;

(c) require a person to make a payment under sections 15 and 15.2;

(d) *(subparagraph repealed)*;

- (e) *(subparagraph repealed)*;
- (f) *(subparagraph repealed)*;
- (g) *(subparagraph repealed)*;
- (h) register a legal hypothec in respect of the amount.

This section applies only to one-half of the unpaid amount where

- (a) the debtor is a large corporation; or
- (b) the unpaid amount is in respect of an amount that was deducted under any of sections 710 and 752.0.10.6 to 752.0.10.6.2 of the Taxation Act and that was claimed in respect of a tax shelter, within the meaning assigned to that expression by section 1079.1 of that Act.

This section does not apply

- (a) to an assessment issued in respect of tax payable pursuant to section 26 of the Taxation Act in respect of the disposition of a taxable Québec property;
- (b) to the amounts that a person is required to pay as a mandatary of the Minister;
- (c) to the penalties payable following a failure to remit or pay an amount referred to in subparagraphs *a* and *b* of this paragraph;
- (d) to the interest payable on an amount referred to in any of subparagraphs *a* to *c* of this paragraph.

2000, c. 36, s. 3; 2001, c. 52, s. 5; 2002, c. 46, s. 8; 2004, c. 4, s. 18; 2004, c. 21, s. 505; 2001, c. 9, s. 131; 2005, c. 14, s. 52; 2007, c. 12, s. 305; 2010, c. 20, s. 73; 2010, c. 7, s. 217; 2015, c. 8, s. 34; 2015, c. 24, s. 2; 2015, c. 36, s. 1; 2017, c. 1, s. 1.

12.0.3. The Minister may not, in respect of an amount that is the subject of an objection, a contestation under Chapter III.2 or Chapter IV or an appeal, during such time as an objection, a contestation under Chapter III.2 or Chapter IV or an appeal subsists in relation to an assessment, determination or decision referred to in section 12.0.2, or before the expiry of the time limit for filing such a contestation or bringing such an appeal,

- (a) take the measures enumerated in the first paragraph of section 12.0.2;
- (b) apply a refund to which a person is entitled to the payment of the amount, in accordance with the first paragraph of section 31; and
- (c) apply an amount payable by a public body to which a person is entitled to the payment of the amount, under the first paragraph of section 31.1.1.

This section applies only to one-half of the amount in dispute where

- (a) the debtor is a large corporation; or
- (b) the amount in dispute is in respect of an amount that was deducted under any of sections 710 and 752.0.10.6 to 752.0.10.6.2 of the Taxation Act (chapter I-3) and that was claimed in respect of a tax shelter, within the meaning assigned to that expression by section 1079.1 of that Act.

2000, c. 36, s. 3; 2007, c. 12, s. 306; 2015, c. 21, s. 2; 2015, c. 24, s. 3; 2020, c. 12, s. 86.

12.0.3.1. In the cases and subject to the conditions prescribed by regulation, the Government may require the payment of fees relating to

(a) the first intervention of an employee of the Agency in relation to the collection of an amount owed by a person under a fiscal law or in relation to a request for the filing by a person of a declaration, return, report or other prescribed form the person did not file; or

(b) the application for the registration of a legal hypothec or the application for the cancellation of such a registration.

The declaration, return, report or other prescribed form referred to in the first paragraph are those required for the purposes of the Tobacco Tax Act (chapter I-2), the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), the Fuel Tax Act (chapter T-1) or section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3).

The fees required in accordance with the first paragraph are added to the person's debt, if applicable.

2009, c. 5, s. 575; 2010, c. 31, s. 175.

12.1. Notwithstanding any inconsistent provision, any amount which a person owes under a fiscal law carries a recovery charge equal to 10%, calculated on the unpaid balance of the debt on the date on which the Minister either resorts to a recovery measure provided for in a fiscal law or exercises a recourse before a competent court to collect the debt. Such a charge shall not be less than \$50 nor more than \$10,000.

Where several recourses or recovery measures are exercised by the Minister in respect of a debt, the charge provided for in the first paragraph shall be applied only once.

1988, c. 4, s. 153; 1992, c. 31, s. 12; 1993, c. 79, s. 31; 1996, c. 31, s. 11; 1997, c. 3, s. 104.

12.2. Every person who remits to the Minister a negotiable instrument which is subsequently refused on account of insufficient funds by the financial institution upon which it is drawn shall pay a fee of \$35.

The fee shall be added to the debt of the taxpayer. It is exigible from the date of the refusal by the financial institution and bears interest from that date at the rate fixed under section 28.

The Minister shall cancel the fee provided for in the first paragraph if, within 90 days after a notice of the refusal by the financial institution is sent to the taxpayer, it is proved that the instrument should not have been refused on account of insufficient funds.

1988, c. 4, s. 153; 1992, c. 1, s. 212; 1992, c. 31, s. 13.

12.3. Any recovery measure provided for by a fiscal law or any remedy before a competent court for the collection of an amount which any person is liable to pay under such a law remains valid and operative notwithstanding any change in that amount following the issue of a notice of a reassessment, up to the lesser of the original amount of the debt and the new amount of the debt.

Where the new amount of the debt is greater than the original amount thereof, the Minister may, in order to collect such excess amount, use any recovery measure provided for by a fiscal law or introduce any remedy before a competent court.

1993, c. 19, s. 155; 1997, c. 3, s. 104; I.N. 2018-06-05.

13. When an amount exigible under a fiscal law is not paid, the Minister may issue a certificate attesting the exigibility of the debt and the amount owing; that certificate shall be proof of the exigibility of the debt.

Such certificate may be issued by the Minister at any time as soon as the debt becomes exigible.

When that certificate is filed in the office of the competent court, the clerk shall enter on the back of the certificate the date of its filing and shall render judgment in favour of the Agency for the amount contemplated in the certificate and for legal costs against the person bound to pay the debt concerned.

Such judgment shall be equivalent to a judgment rendered by a competent court and shall have all effects thereof, except in respect of interest on the amount granted, which shall be computed at the rate fixed in section 28 and capitalized daily.

1972, c. 22, s. 13; 1990, c. 7, s. 220; 1991, c. 67, s. 560; 1997, c. 3, s. 81; 1997, c. 85, s. 337; 2004, c. 21, s. 506; 2010, c. 31, s. 98; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

13.1. The execution of a judgment rendered after a certificate is filed under section 13 is to proceed in accordance with the rules of Book VIII of the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), subject to the special rules set out in this Act and the following rules:

(a) the Minister may enter into an agreement with the debtor for the payment of instalments over a period of time, which may exceed one year, that the Minister determines; such an agreement need not be filed with the court office;

(b) the Agency shall act as seizing creditor; it shall prepare the notice of execution and file it with the court office; the notice is valid only for the execution of a judgment effected under this Act and does not prevent the filing of a notice for the execution of another judgment;

(c) the Agency seizes a sum of money or income in the hands of a third person, but entrusts the administration of subsequent steps, including the receipt and distribution of the sum or income, to the clerk of the court seized; the Agency serves the notice of execution on the defendant and the garnishee, but is not required to inform the defendant's creditors or deal with their claims, or to join in a seizure in the hands of a third person already undertaken previously by a bailiff in another case if the seizure to be made by the Agency is for other sums or income than the sums or income specified in the notice of execution filed by the bailiff;

(d) the Agency is required to hire the services of a bailiff for the seizure of movable or immovable property, to give the bailiff instructions and to amend the notice of execution accordingly; in such a case, if a notice for the execution of a judgment was filed by a bailiff in another case prior to the Agency's request, the Agency or the bailiff hired by the Agency joins in the seizure already undertaken.

The Agency is not required to pay an advance to cover execution-related costs.

The Agency may ask the court for custody of the seized property.

2015, c. 36, s. 2.

14. Before distributing the property under his control, every assignee or any other person, with the exception of a trustee in bankruptcy, who winds up, administers or controls the property, business, succession, income or commercial activities of another person on behalf of that other person or a creditor of that other person, shall give the Minister notice, by means of a prescribed form, of his intention to make such distribution.

On receiving the notice, the Minister may require that the person mentioned in the first paragraph file any document prescribed by regulation, the return referred to in section 1002 of the Taxation Act (chapter I-3) and any return or report that the person was required to send under any fiscal law; the Minister shall then, in writing, advise of the amount of the duties, interest and penalties exigible from the other person or which will become so within the 12 ensuing months under any fiscal law. The Minister shall also advise of the amount of the exigible charges or fees of the other person under sections 12.0.3.1, 12.1 and 12.2.

No person may make a distribution referred to in the first paragraph unless he has obtained a certificate from the Minister establishing that no amount is exigible, that sureties for the payment of any amount exigible have been accepted in accordance with section 10 or that a creditor has priority of rank over the claim of the State, in which case the certificate indicates the name of the creditor and the amount of his claim, and the distribution may be made only to that creditor, up to the amount of his claim.

Refusal by the Minister to issue the certificate or the fact of not following up the notice referred to in the first paragraph within 90 days of the mailing date is equivalent to a decision confirming a notice of assessment under section 93.1.6.

Every distribution of property made without obtaining a certificate from the Minister shall make the offender personally liable for the amounts mentioned in the second paragraph up to the value of the property he has distributed.

In the case of the distribution of the assets of a corporation, all of the directors of such corporation, and its agent in the case of a corporation having its principal establishment outside Québec, in office on the date on which the notice mentioned in the first paragraph is sent or on the date on which the distribution takes place shall be solidarily liable for the payment of such amounts if they have assented to such distribution or acquiesced or participated therein.

Notwithstanding this section, in the case of a succession, property of a value not in excess of \$12,000 may be distributed before the notice referred to in the first paragraph is transmitted to the Minister.

1972, c. 22, s. 14; 1978, c. 37, s. 71; 1980, c. 11, s. 66; 1983, c. 49, s. 35; 1986, c. 15, s. 211; 1987, c. 67, s. 202; 1990, c. 7, s. 221; 1992, c. 1, s. 213; 1993, c. 16, s. 357; 1993, c. 64, s. 212; 1995, c. 1, s. 201, s. 362; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 3, s. 82; 1997, c. 14, s. 294; 1997, c. 85, s. 338; 1998, c. 16, s. 299; 1999, c. 65, s. 22; 2002, c. 46, s. 9; 2009, c. 5, s. 576.

14.0.0.1. The Minister may, within four years after the day on which the property is distributed, make an assessment or a reassessment in respect of a person referred to in the fifth or sixth paragraph of section 14, as the case may be, in relation to an amount payable under either of those paragraphs.

However, the Minister may at any time make such an assessment where

(a) the person mentioned in the first paragraph has made a false representation of the facts through voluntary omission or has committed fraud; or

(b) the person mentioned in the first paragraph has filed with the Minister a waiver in prescribed form.

Sections 25.2 and 25.3 apply, with the necessary modifications, to the assessment provided for in the second paragraph.

2002, c. 46, s. 10.

14.0.1. Notwithstanding the fifth paragraph of section 14, an offender who is a receiver within the meaning of section 310 of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) shall not be personally liable for amounts payable or remittable by him under that Act in his capacity as receiver on behalf of another person for a reporting period subsequent to the reporting period during which the distribution took place.

1994, c. 22, s. 351.

14.1. *(Repealed).*

1986, c. 15, s. 212; 1987, c. 67, s. 203; 1990, c. 7, s. 222.

14.2. *(Repealed).*

1986, c. 15, s. 212; 1990, c. 7, s. 222.

14.3. *(Repealed).*

1986, c. 15, s. 212; 1990, c. 7, s. 222.

14.4. Where a person transfers property, directly or indirectly, by means of a trust or by any means whatever to a person with whom he is not dealing at arm's length within the meaning of the Taxation Act

(chapter I-3), a person who is under 18 years of age, his spouse or a person who, after the transfer, becomes his spouse, the transferee becomes solidarily liable with the transferor to pay an amount equal to the lesser of the following amounts:

(a) the amount by which the fair market value of the property at the time it was transferred exceeds the fair market value at that time of the consideration given for the property;

(b) the aggregate of the amounts that the transferor is liable to pay under any fiscal law during the taxation year, within the meaning of the Taxation Act, in which the property was transferred or any preceding taxation year or in respect of any of such years.

If the transferred property is a share in undivided property, the fair market value of the share in that undivided property at the time of the transfer is deemed to be equal to the proportion of the fair market value of the undivided property at that time that that share is of the aggregate of the shares in that undivided property.

This section does not free the transferor or the transferee from their respective obligations under any other provision of a fiscal law.

1989, c. 77, s. 108; 1995, c. 1, s. 202; 2001, c. 53, s. 261.

14.5. The Minister may, within four years after the day on which the Minister becomes aware of the transfer of property, make an assessment or a reassessment in respect of a transferee in relation to an amount payable under section 14.4.

However, the Minister may at any time make such an assessment where

(a) the transferee has made a false representation of the facts through voluntary omission or has committed fraud; or

(b) the transferee has filed with the Minister a waiver in prescribed form.

Sections 25.2 and 25.3 apply, with the necessary modifications, to the assessment provided for in the second paragraph.

1989, c. 77, s. 108; 1995, c. 1, s. 362; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 361; 2002, c. 46, s. 11.

14.6. A payment by the transferor affects the transferee's solidary liability only where that payment operates to reduce the aggregate of the amounts contemplated in subparagraph *b* of the first paragraph of section 14.4 to an amount less than the amount in respect of which the transferee is, by the said section 14.4, made solidarily liable.

In this event, the transferee's solidary liability is reduced to that lesser amount.

1989, c. 77, s. 108; 1995, c. 1, s. 203.

14.7. For the purposes of section 14.4, where the property is transferred to a spouse pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written separation agreement, the fair market value of the property at the time of the transfer is deemed to be equal to zero if, at that time, the transferor and his spouse are living separate and apart because of the breakdown of their marriage.

1989, c. 77, s. 108; 1997, c. 3, s. 83; 1997, c. 85, s. 339.

14.8. (*Repealed*).

1994, c. 22, s. 352; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 340.

15. The Minister may, by notice served or notified by registered mail, require that a person who, by virtue of an existing obligation, is or will be bound to make a payment to a person owing an amount exigible under a fiscal law, pay to the Minister, on behalf of the person's creditor, all or part of the amount that the person owes or will have to pay to the creditor, such payment to be made at the time the amount becomes payable to the creditor.

The same rule applies in respect of a payment to be made to the secured creditor of a person owing an amount exigible under a fiscal law where the payment, but for the security, would have to be made to such person.

1972, c. 22, s. 15; 1974, c. 17, s. 3; 1978, c. 25, s. 6; 1980, c. 11, s. 67; 1982, c. 38, s. 21; 1982, c. 56, s. 31; 1985, c. 25, s. 168; 1991, c. 67, s. 562; 1993, c. 79, s. 32; 1996, c. 31, s. 12; 1998, c. 16, s. 299; 1999, c. 65, s. 23; 2002, c. 46, s. 12; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.1. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 562; 1993, c. 79, s. 33; 1998, c. 16, s. 299; 1999, c. 65, s. 24; 2002, c. 46, s. 13.

15.2. The Minister may, by notice served or notified by registered mail, require that a person other than a banking or financial institution who is to lend or advance an amount to a person owing an amount exigible under a fiscal law or is to pay an amount for or in the name of this person, pay to the Minister, on behalf of such person, all or part of this amount.

The first paragraph applies only if the person owing an amount exigible under a fiscal law is or will be remunerated by the person other than a banking or financial institution or, where the latter person is a corporation, only if the person is not dealing at arm's length within the meaning of the Taxation Act (chapter I-3) with that person.

1991, c. 67, s. 562; 1993, c. 79, s. 34; 1997, c. 3, s. 104; 1998, c. 16, s. 266; 1999, c. 65, s. 25; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.2.1. A notice served or notified by the Minister under any of sections 15 and 15.2 remains valid and binding until release is given.

Release is given by the Minister when the tax liability that is the subject of the notice is discharged in full or when all obligations toward the creditor of the addressee of the notice have been fulfilled.

1999, c. 65, s. 26; 2002, c. 46, s. 14; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.3. Where monies belonging to a person owing an amount exigible under a fiscal law have been seized according to law by a peace officer, in the course of administering or enforcing criminal law, and must be restored, the Minister may, by notice served or notified by registered mail, require that the person who holds these monies pay to the Minister, on behalf of the person owing an amount exigible under a fiscal law, all or part of the monies otherwise restorable, at the time they would otherwise be restored.

1991, c. 67, s. 562; 1998, c. 16, s. 299; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.3.0.1. The Minister shall send a copy of the notice provided for in sections 15 to 15.3 to a person owing an amount payable under a fiscal law.

2002, c. 46, s. 15.

15.3.1. Upon receipt of a notice from the Minister served or notified by registered mail, the amount indicated in the notice as having to be paid to him becomes the property of the State and payment thereof to the Minister shall take priority over any other security granted in respect of the amount.

1993, c. 79, s. 35; 1998, c. 16, s. 299; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.4. The receipt given by the Minister to the person who has made a payment provided for in sections 15 to 15.3 shall be a discharge of his obligation up to the amount paid.

1991, c. 67, s. 562.

15.5. Every person who, notwithstanding the notice sent by the Minister as provided for in sections 15 and 15.2, discharges his debt or consideration or refuses to discharge his debt or consideration is bound to pay to the Minister an amount equal to the obligation discharged or to be discharged, up to the amounts exigible under a fiscal law.

1991, c. 67, s. 562; 2002, c. 46, s. 16.

15.6. Sections 1051 and 1052 of the Taxation Act (chapter I-3) apply, with the necessary modifications, to the amounts payable to the Minister under sections 15 to 15.3 and 15.5, and sections 1005 to 1014 of the said Act apply, with the necessary modifications, to the amounts payable to the Minister under section 15.5.

1991, c. 67, s. 562; 1995, c. 1, s. 362; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 341.

15.7. Where the Minister wishes to send a notice to a person as provided for in sections 15 to 15.3 and that person is doing business under a name other than its own name, the notice is deemed to have been given to such person if it was addressed to the name the person has given itself or by which the person is generally known and the notice is deemed to have been served upon such person if it has been handed to a person of full age employed at the head office of the addressee or in one of the addressee's establishments in Québec or has been notified to the addressee by registered mail.

1991, c. 67, s. 562; 1997, c. 3, s. 85; 1998, c. 16, s. 299; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

15.8. Sections 15 to 15.5 apply despite any provision to the contrary but subject to the provisions on exemption from seizure in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01). However, where article 699 of that Code applies because of an instalment payment agreement, the agreement must be entered into with the Minister.

1991, c. 67, s. 562; 2015, c. 36, s. 3.

16. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 16; 2002, c. 46, s. 17.

16.1. The Minister may, for the purposes of an agreement entered into with the Government of Canada under section 9 respecting the collection of the duties provided for by a fiscal law, authorize any person or class of persons holding office with the Government of Canada or with a third person to whom the agreement applies to exercise the powers conferred on him by law that are required for the carrying out of such an agreement.

1991, c. 67, s. 563; 1993, c. 79, s. 36.

16.2. Where a person brings or causes to be brought into Québec corporeal property for which duties provided for by a fiscal law are payable, or where a person acquires an alcoholic beverage in Québec from a person authorized under section 19.1 of the Act respecting the Société des alcools du Québec (chapter S-13), and the person refuses or fails to file the return required under such a fiscal law or to obey a request for payment made by a person authorized under section 16.1, the authorized person may detain the property or beverage and deposit it at the place specified by the Minister who shall keep it as security until the duties and, where applicable, the maintenance expenses arising from the deposit are paid.

Where the amount of the duties and the maintenance expenses remains unpaid at the expiry of 60 days from the date of the deposit, the Minister may dispose of the property in the manner set out in section 16.3, unless he extends the time limit.

1991, c. 67, s. 563; 1993, c. 79, s. 37; 1996, c. 31, s. 13.

16.3. The Minister may dispose of the property by selling it either at an auction as though it were a found property or by negotiation. Where the property cannot be sold, the Minister may give it away to a charity and, if it cannot be so given, he may dispose of it as he sees fit.

In the case of an alcoholic beverage, the Minister shall dispose of it by delivering it to the Société des alcools du Québec for sale purposes. The Société shall remit to the Minister the proceeds from the sale of the beverage, less 10%.

1991, c. 67, s. 563; 1996, c. 31, s. 14.

16.4. The proceeds of the sale of property deposited in accordance with the second paragraph of section 16.2 shall be allocated to the payment of the amount owing and the maintenance expenses arising from the deposit.

Subject to section 31, any excess from the sale shall be remitted to the person who owed the duties referred to in the first paragraph of section 16.2.

1991, c. 67, s. 563.

16.5. Notwithstanding the second paragraph of section 16.2, the Minister shall postpone the disposal of the property deposited if the person owing the duties gives him security pursuant to section 10.

1991, c. 67, s. 563; 1997, c. 3, s. 86.

16.6. The Minister or the person authorized under section 16.1 shall remit the property deposited to the person who owed the duties referred to in the first paragraph of section 16.2, upon the payment of the amount owing and the maintenance expenses arising from the deposit.

1991, c. 67, s. 563.

16.7. The Minister is bound to inform the public, by means of a posting or otherwise, of the provisions of sections 16.1 to 16.6.

1991, c. 67, s. 563.

17. When the Minister has reasonable grounds to believe that a person has left or is about to leave Québec or dispose of his property to avoid payment of any duties, he may, before the day otherwise fixed for payment, by a notice served personally or notified to that person by registered mail, require payment of all the duties, interest and penalties owed by that person or which would be owed by him if the date of payment had occurred and they must be paid immediately, notwithstanding any other provision of a fiscal law.

Notwithstanding the first paragraph, sections 10.1, 12.0.2, 12.0.3, 17.0.1 and 21.0.1 apply except where the Minister has legitimate reasons to believe that a person has left or is about to leave Québec.

1972, c. 22, s. 17; 1975, c. 83, s. 84; 1993, c. 16, s. 358; 1995, c. 63, s. 279; 1998, c. 16, s. 299; 2000, c. 36, s. 4; 2002, c. 46, s. 18; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.0.1. Notwithstanding sections 10.1, 12.0.2, 12.0.3 and 21.0.1, the Minister may apply to a judge acting in chambers of a court of competent jurisdiction for authorization

(a) to refuse an application under section 10.1 for the repayment or discharge of security;

(b) to immediately take any measure, including judicial seizure, to recover the unpaid amount, on the conditions that the judge considers reasonable in the circumstances;

(c) to refuse an application under section 21.0.1 for a repayment;

(d) to register a legal hypothec.

The authorization may be granted *ex parte* in urgent circumstances. The judge shall grant the authorization if the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that recovery may be in jeopardy. The application shall be heard and decided by preference.

2000, c. 36, s. 5; 2004, c. 21, s. 507; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.0.2. The judge to whom an application is made by the Minister under section 17.0.1 may grant the authorization even if no notice of assessment or determination has been sent to the person, if the judge is satisfied that receipt of the notice by the person would further jeopardize recovery of the amount.

2000, c. 36, s. 5; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.0.3. The allegations contained in an affidavit produced in support of an application under section 17.0.1 must contain reasons.

2000, c. 36, s. 5; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.0.4. The Minister shall notify an authorization granted *ex parte* under section 17.0.1, together with the application and the affidavit, to the person concerned within three days after it is granted, except if the judge orders that it be notified within some other time limit.

For the purposes of section 17.0.2, the notice of assessment or determination shall be notified at the same time as the authorization if the notice has not already been sent to the person.

The authorization shall be notified by registered mail or by personal service. Another mode of notification may also be authorized by the judge.

2000, c. 36, s. 5; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.0.5. Within 30 days of notification of an authorization granted *ex parte* under section 17.0.1, the person concerned may apply for a review of the authorization to the court of competent jurisdiction. At least six days' notice must be given to the Minister before the date on which the application is presented.

The court may extend that time limit if the person demonstrates that it was impossible in fact for the person to act and that the application was made as soon as circumstances permitted.

The application shall be heard and decided by preference. The court may confirm, vacate or vary the authorization and make any order it considers expedient.

The judgment is without appeal.

2000, c. 36, s. 5; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.1. In order to collect a debt owed by a person under a fiscal law, the Minister may acquire and dispose of any property of that person that the Minister is given a right to acquire in legal proceedings or under a court order or that is offered for sale.

1991, c. 67, s. 564.

17.2. Subject to section 17.2.1, every person who

(a) is not resident in Québec or would not, but for section 12 of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), be resident in Québec or does not have, in Québec, a permanent establishment within the meaning of paragraph 1 of the definition of "permanent establishment" in section 1 of that Act, and applies or is required to be registered for the purposes of that Act, the Tobacco Tax Act (chapter I-2) or the Fuel Tax Act (chapter T-1), or

(b) is not resident in Québec and applies for the issue of a permit under the Tobacco Tax Act or the Fuel Tax Act,

shall, at the request of the Minister, give and thereafter maintain security, of a value and in a form satisfactory to the Minister, that the person will pay or remit tax as required by any of those Acts.

1993, c. 79, s. 38; 1995, c. 63, s. 269; 1997, c. 3, s. 87; 1997, c. 85, s. 342; 1999, c. 65, s. 27; 2018, c. 18, s. 61.

17.2.1. A person registered or required to be registered under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) shall, in applying for registration under Division I of Chapter VIII of that Title I, give and thereafter maintain the security provided for in section 17.2.

2018, c. 18, s. 62.

17.3. The Minister may require from any person, as a condition of issue or continuance in force of a registration certificate or permit issued under a fiscal law or of the person's registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), security of the value he fixes, taking into account, where applicable, the amounts that the person is likely to deduct, withhold, collect, remit or pay under a fiscal law within six months of the date on which the security is required, or the amounts the person was required to deduct, withhold, collect, remit or pay under a fiscal law in respect of the six months preceding that date, if the person

(a) has been convicted of an offence against a fiscal law within the preceding five years or is a person one of whose directors or senior officers has been convicted of such an offence within the preceding five years;

(a.1) within the preceding five years, has been assessed a penalty provided for in any of sections 59.3, 59.3.1, 59.4, 59.5.3, 59.5.10 and 59.5.11 or in section 1049 or 1049.0.5 of the Taxation Act (chapter I-3) or is a person one of whose directors or senior officers has been assessed such a penalty within the preceding five years;

(b) is controlled by a person who has been convicted of an offence against a fiscal law within the preceding five years, or is controlled by a person one of whose directors or senior officers has been convicted of such an offence within the preceding five years;

(b.0.1) has failed to pay an amount to the Minister that the person was required to pay to the Minister under section 24.0.1 or is a person one of whose directors or senior officers has failed to pay such an amount;

(b.1) is controlled by a person who has failed to pay to the Minister an amount that he was required to pay to him under section 1015 of the Taxation Act or under section 23, 24 or 24.0.1 or is controlled by a person one of whose directors or senior officers has failed to pay such an amount;

(c) is unable, by reason of his financial situation, to assume the obligations arising out of his business;

(d) fails to pay an amount to the Minister that he is required to pay to him under section 1015 of the Taxation Act or section 23 or 24;

(e) has not filed the return required under section 468 or 477.10 of the Act respecting the Québec sales tax or the report or form required under section 11.1 or 17.3 of the Tobacco Tax Act (chapter I-2), section 13 or 51.2 of the Fuel Tax Act (chapter T-1) or section 1015 of the Taxation Act;

(f) has held a registration certificate or permit issued under a fiscal law or has been registered under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax and the registration certificate, permit or registration has been revoked in the 24 months preceding the application;

(g) is a person one of whose directors or senior officers is or has been a director or senior officer of a corporation or a member of a partnership whose registration certificate or permit issued under a fiscal law or registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax has been revoked in the 24 months preceding the application;

(h) destroys, alters, mutilates or otherwise disposes of registers, supporting documents or other documents for the purpose of evading the payment or remittance of duties imposed by a fiscal law;

(i) makes, or assents to or acquiesces in the making of, false or deceptive entries, or omits or assents to or acquiesces in the omission to enter a material particular in registers or supporting documents;

(j) fails to keep registers or supporting documents in accordance with subsection 1 of section 34;

(k) fails to comply with a direction or order of the Minister under section 34 or 35;

(l) contravenes section 34.1 or 34.2;

(m) fails to preserve registers or supporting documents in accordance with sections 35.1 to 35.5; or

(n) contravenes any of sections 350.52 to 350.52.2 of the Act respecting the Québec sales tax.

The Minister may also require the person who has held a registration certificate or permit or has been registered under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax, where the registration certificate, permit or registration has been revoked by reason of subparagraph *d* or *f* of the first paragraph of section 17.5 in the 24 months preceding the application, to remedy the failure referred to in those subparagraphs.

1993, c. 79, s. 38; 1995, c. 63, s. 270; 1997, c. 3, s. 88; 2000, c. 25, s. 3; 2006, c. 13, s. 229; 2009, c. 15, s. 462; 2010, c. 5, s. 197; 2015, c. 8, s. 140; 2017, c. 1, s. 2; 2018, c. 18, s. 63.

17.4. The Minister may, at any time, require additional security if, at that time, the value of the security furnished is less than the value that could be fixed at that time according to the terms and conditions provided in section 17.2 or 17.3.

1993, c. 79, s. 38; 1997, c. 3, s. 89.

17.4.1. The Minister may, when the public interest so requires, in particular to preserve tax revenues in their entirety, suspend, revoke or refuse to issue or renew a permit that a person must hold under a fiscal law.

2006, c. 7, s. 5.

17.5. The Minister may refuse to issue a registration certificate or permit under a fiscal law to a person or refuse to register a person under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), suspend or revoke such a certificate, permit or registration or refuse to renew such a permit, where the person

(a) has been convicted of an offence against a fiscal law within the preceding five years or is a person one of whose directors or senior officers has been convicted of such an offence within the preceding five years;

(a.1) within the preceding five years, has been assessed a penalty provided for in any of sections 59.3, 59.3.1, 59.4, 59.5.3, 59.5.10 and 59.5.11 or in section 1049 or 1049.0.5 of the Taxation Act (chapter I-3) or is a person one of whose directors or senior officers has been assessed such a penalty within the preceding five years;

(b) is controlled by a person who has been convicted of an offence against a fiscal law within the preceding five years, or is controlled by a person one of whose directors or senior officers has been convicted of such an offence within the preceding five years;

(b.0.1) has failed to pay an amount to the Minister that the person was required to pay to the Minister under section 24.0.1 or is a person one of whose directors or senior officers has failed to pay such an amount;

(b.1) is controlled by a person who has failed to pay to the Minister an amount that he was required to pay to him under section 1015 of the Taxation Act or under section 23, 24 or 24.0.1 or is controlled by a person one of whose directors or senior officers has failed to pay such an amount;

(c) is unable, by reason of his financial situation, to assume the obligations arising out of his business;

(d) fails to pay an amount to the Minister that he is required to pay to him under section 1015 of the Taxation Act or section 23 or 24;

(e) does not fulfil or ceases to fulfil the requirements for obtaining the registration certificate, for obtaining or renewing the permit or for registering under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax;

(f) has not filed the return required under section 468 or 477.10 of the Act respecting the Québec sales tax, the report or form required under section 11.1 or 17.3 of the Tobacco Tax Act (chapter I-2), section 13 or 51.2 of the Fuel Tax Act (chapter T-1) or section 1015 of the Taxation Act;

(g) has held a registration certificate or permit issued under a fiscal law or has been registered under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax and the registration certificate, permit or registration has been revoked in the 24 months preceding the application;

(h) is a person any of whose directors or senior officers is or has been a director or senior officer of a corporation or a member of a partnership whose registration certificate or permit issued under a fiscal law or registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax has been revoked in the 24 months preceding the application;

(i) has not started or has ceased the person's activities or the activity for which the permit was issued;

(j) destroys, alters, mutilates or otherwise disposes of registers, supporting documents or other documents for the purpose of evading the payment or remittance of duties imposed by a fiscal law;

(k) makes, or assents to or acquiesces in the making of, false or deceptive entries, or omits or assents to or acquiesces in the omission to enter a material particular in registers or supporting documents;

(l) fails to keep registers or supporting documents in accordance with subsection 1 of section 34;

(m) fails to comply with a direction or order of the Minister under section 34 or 35;

(n) contravenes section 34.1 or 34.2;

(o) fails to preserve registers or supporting documents in accordance with sections 35.1 to 35.5; or

(p) contravenes any of sections 350.52 to 350.52.2 of the Act respecting the Québec sales tax.

However, in the cases described in subparagraphs *b* to *b.1*, *d* to *h* and *j* to *p* of the first paragraph, the Minister cannot suspend, revoke or refuse to issue the registration certificate, suspend or revoke registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax or refuse such registration unless the Minister required the security referred to in section 17.2, 17.3 or 17.4, as the case may be, from the person and the person failed to comply.

In addition, in the cases described in subparagraphs *b* to *c* and *j* to *p* of the first paragraph, the Minister cannot revoke the registration certificate or permit without having first suspended it. Furthermore, in the case described in section 17.6, the Minister cannot revoke the permit without having first suspended it.

1993, c. 79, s. 38; 1996, c. 31, s. 15; 1997, c. 3, s. 90; 1998, c. 16, s. 267; 1999, c. 65, s. 29; 2000, c. 25, s. 4; 2006, c. 13, s. 230; 2009, c. 15, s. 463; 2010, c. 5, s. 198; 2015, c. 8, s. 141; 2017, c. 1, s. 3; 2018, c. 18, s. 64.

17.5.1. The Minister may also suspend or revoke the registration certificate of or refuse to issue a registration certificate to any person who, at the time the person files an application for registration, is not dealing at arm's length, within the meaning of the Taxation Act (chapter I-3), with another person who carries on a similar commercial activity where the other person's registration certificate has been revoked or where the other person is under an injunction ordering the cessation of the activity, unless proof is given to the Minister that the person's commercial activity does not constitute a continuation of the other person's commercial activity.

1997, c. 14, s. 295; 1998, c. 16, s. 268.

17.6. The Minister may suspend, revoke or refuse to issue or renew a permit issued or applied for under the Tobacco Tax Act (chapter I-2) or the Fuel Tax Act (chapter T-1), or a certificate issued or applied for under section 26.1 of the Fuel Tax Act, where the person who applied for the permit or certificate or the holder of the permit or certificate, as the case may be, fails to comply with the requirements of this Act or, as the case may be, of the Tobacco Tax Act or the Fuel Tax Act.

The Minister may also suspend, with regard to the retail sale of tobacco or the retail sale of fuel, a registration certificate issued under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) where the person concerned fails to comply with the requirements of this Act or, as the case may be, of the Tobacco Tax Act or the Fuel Tax Act.

1993, c. 79, s. 38; 1999, c. 65, s. 30; 2011, c. 34, s. 1.

17.7. A notice of non-renewal of a permit issued under a fiscal law must be notified to its holder by registered mail or be served by personal service within the 60 days preceding the date of expiry of the permit.

1993, c. 79, s. 38; 1998, c. 16, s. 299; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

17.8. The suspension of a registration certificate or permit issued under a fiscal law, of a registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) or of a certificate issued under section 26.1 of the Fuel Tax Act (chapter T-1) is effective from the date of notification of the decision to the holder. The decision must be notified by personal service or by registered mail.

A judge of the Court of Québec may authorize a mode of notification different from those provided for in the first paragraph.

1993, c. 79, s. 38; 1998, c. 16, s. 299; 2011, c. 34, s. 2; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2018, c. 18, s. 65.

17.9. The revocation of a registration certificate or permit issued under a fiscal law, of a registration under Division II of Chapter VIII.1 of Title I of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) or of a certificate issued under section 26.1 of the Fuel Tax Act (chapter T-1), is effective from the date of notification of the decision to the holder.

Notwithstanding the first paragraph, in the cases described in subparagraphs *b*, *c* and *j* to *p* of the first paragraph of section 17.5 and in the case described in section 17.6, revocation is effective only upon the expiry of 15 days from notification to the holder of the decision to suspend where the holder has not made representations within six days from receipt of the decision. Revocation is effected by operation of law.

In all cases, the decision to revoke shall be notified by personal service or by registered mail.

A judge of the Court of Québec may authorize a mode of notification different from those provided for in the third paragraph.

The holder shall return the registration certificate, permit or certificate to the Minister immediately after being notified.

1993, c. 79, s. 38; 1998, c. 16, s. 269; 2000, c. 25, s. 5; 2010, c. 5, s. 199; 2011, c. 34, s. 3; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2018, c. 18, s. 66.

17.9.1. On receiving notice from the Minister of Health and Social Services pursuant to section 60 of the Tobacco Control Act (chapter L-6.2), the Minister shall suspend, with regard to retail sales of tobacco in an establishment within the meaning of the Tobacco Tax Act (chapter I-2), the registration certificate issued to a person under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1).

The suspension shall take effect on the lapse of 15 days from the date of notification of the notice of suspension. Notification of the notice may be effected by service by a peace officer or a bailiff, or by registered mail.

1998, c. 33, s. 65; I.N. 2016-01-01 (NCCP).

DIVISION II

AMOUNTS DEDUCTED, WITHHELD OR COLLECTED

18. No judicial recourse may be exercised against a person because the person has withheld, deducted or collected an amount which a fiscal law authorizes or orders the person to withhold, deduct or collect.

1972, c. 22, s. 18; 2011, c. 34, s. 4.

18.1. Where an amount is deducted or withheld in accordance with the terms of a fiscal law or the Act to facilitate the payment of support (chapter P-2.2), that amount is deemed to have been received by the beneficiary of the payment from which the said deduction or withholding was made.

1982, c. 56, s. 32; 1995, c. 18, s. 94.

19. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 19; 1997, c. 14, s. 296.

20. Every person who deducts, withholds or collects any amount under a fiscal law is deemed to hold it in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, for payment to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law.

Where at any time an amount deemed by the first paragraph to be held by a person in trust for the State is not paid to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law, an amount equal to the amount thus deducted, withheld or collected is deemed, from the time the amount is deducted, withheld or collected, to be held in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, and to form a separate fund not forming part of the property of that person, whether or not the amount has in fact been held separately from that person's patrimony or that person's own funds.

However, the person may, when filing a return with the Minister under any of sections 468, 470 and 477.10 of the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1), withdraw from the total amount that the person is deemed by the first paragraph to hold in trust for the State, the amounts that the person is entitled to deduct and that the person has actually deducted in the calculation of the amount to be remitted.

1972, c. 22, s. 20; 1978, c. 25, s. 7; 1991, c. 67, s. 565; 1993, c. 79, s. 39; 1995, c. 49, s. 240; 1997, c. 3, s. 91; 1998, c. 16, s. 299; 2004, c. 4, s. 19; 2018, c. 18, s. 67.

21. Where an amount has been paid or remitted to the Minister by a person or on his behalf under a fiscal law other than the Taxation Act (chapter I-3), the Act respecting municipal taxation (chapter F-2.1) or the Mining Tax Act (chapter I-0.4) and no amount could be exacted from him under such law, when such amount exceeds the duties that he was bound to pay or when he is entitled to a refund of all or part of such amount, the Minister shall, if the person has never been assessed in respect of such amount, repay him the amount to which he is entitled if he makes an application therefor within the time limit and according to the modalities prescribed in the fiscal law or the regulations thereunder or, failing such time limit and modalities, by sending a written application to the Minister by registered mail within four years from the date of payment.

This section does not apply in respect of

(1) an amount that a person has paid as tax under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) in respect of the supply by way of sale of a motor vehicle the person received solely for the purpose of again making a supply of it by way of sale, otherwise than by way of gift, or by way of lease under an agreement under which continuous possession or use of the vehicle is provided to a person for a period of at least one year;

(2) an amount of tax provided for in section 16 of the Act respecting the Québec sales tax that a person has paid, in respect of a motor vehicle the supply of which was received by the person by way of retail sale, to the registrant who made the supply to the person in circumstances where the amount was not payable by the person under section 422 of that Act; or

(3) an amount that a person registered under Division I of Chapter VIII of Title I of the Act respecting the Québec sales tax has paid as or on account of tax under that Act in respect of a supply made by a person registered under Division II of Chapter VIII.1 of that Title I.

1972, c. 22, s. 21; 1982, c. 38, s. 22; 1985, c. 25, s. 169; 1991, c. 67, s. 566; 1998, c. 16, s. 299; 2001, c. 51, s. 233; 2010, c. 31, s. 146; 2015, c. 8, s. 35; 2018, c. 18, s. 68.

21.0.1. Where a person has paid sums in relation to the payment of an amount in dispute referred to in section 12.0.3, the person may apply in writing for the repayment of the portion of the sums paid in relation to the amount in dispute

(a) after 120 days have elapsed following the sending of the notice of objection and no decision under section 93.1.6 has been sent by the Minister; or

(b) if the person files a contestation in accordance with Chapter III.2 or Chapter IV or brings an appeal.

The repayment is limited to one-half of the amount in dispute where

(a) the person referred to in the first paragraph is a large corporation; or

(b) the amount in dispute is in respect of an amount that was deducted under any of sections 710 and 752.0.10.6 to 752.0.10.6.2 of the Taxation Act (chapter I-3) and that was claimed in respect of a tax shelter, within the meaning assigned to that expression by section 1079.1 of that Act.

The Minister must make the repayment with all due dispatch.

Sections 1052 and 1053 of the Taxation Act, with the necessary modifications, apply to the repayment.

2000, c. 36, s. 6; 2015, c. 24, s. 4; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2020, c. 12, s. 87.

21.1. A person having made an application for a refund under section 21 and having received no response from the Minister may, at any time after the expiry of 180 days following the day of mailing of the

application, send a notice of objection in respect of the application and Chapters III.1 and III.2 apply, with the necessary modifications.

1982, c. 38, s. 22; 1985, c. 25, s. 170; 1991, c. 67, s. 566; 1993, c. 16, s. 359; 1995, c. 36, s. 10; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 343.

22. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 22; 1972, c. 26, s. 108; 1976, c. 27, s. 11; 1978, c. 70, s. 15; 1983, c. 49, s. 36.

23. Every person who does not collect a duty that he was bound to collect as a mandatary of the Minister or does not withhold a duty that he was bound to withhold, under a fiscal law or a regulation made under such a law, shall become a debtor of the State for the amount of that duty, with the exception of the withholding provided for in section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3), unless the withholding concerns a duty that a person was required to withhold from an amount paid to another person who is not resident in Canada for services performed in Québec.

However, a person who does not make the withholding provided for in the said section 1015 shall pay interest on such amount as though the first paragraph were applicable. The interest shall cease to accrue on or before 30 April of the year following the year in which the withholding should have been made.

For the purposes of the first paragraph, a person is deemed to be resident in Canada if the person is deemed to be resident in Québec by reason of paragraphs *b* to *g* of section 8 of the Taxation Act.

Where a person pays an amount under the first paragraph as a duty that was required to be withheld pursuant to section 1015 of the Taxation Act, the person may recover that amount from the person in respect of whom the amount was required to be withheld, by bringing an action in a court of competent jurisdiction or by withholding from any amount payable or creditable to that person the equivalent of the amount so paid.

For the purposes of this section, the withholding a person is required to make because of section 37.21 of the Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec (chapter R-5) is deemed to be a withholding provided for in section 1015 of the Taxation Act.

1972, c. 22, s. 23; 1996, c. 31, s. 16; 1997, c. 85, s. 344; 1999, c. 83, s. 279; 2015, c. 21, s. 3.

24. Every person who deducts, withholds or collects an amount under a fiscal law is bound to pay to the Minister, at the date fixed by such law, or in accordance with the provision for such payment, an amount equal to that which the person must remit under the said Act.

The same obligation exists in respect of any amount that a person, whether in good faith or in bad faith, deducts, withholds or collects, believing or claiming that he is acting under a fiscal law.

1972, c. 22, s. 24; 1978, c. 25, s. 8; 1983, c. 49, s. 37; 1991, c. 67, s. 567; 1997, c. 14, s. 297.

24.0.1. Where a corporation has omitted to remit to the Minister an amount referred to in section 24 or to deduct, withhold or collect an amount that it was required to deduct, withhold or collect under a fiscal law, or to pay its employer's contribution under the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9), the Act respecting parental insurance (chapter A-29.011), the Act respecting labour standards (chapter N-1.1), the Act to promote workforce skills development and recognition (chapter D-8.3) or the Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec (chapter R-5), its directors in office on the date of the omission shall become solidary debtors with the corporation for that amount and for interest and penalties related thereto in the following cases:

(a) where the notice of execution of a seizure of movable property in respect of the corporation is returned unfulfilled in whole or in part following a judgment rendered under section 13;

(b) where the corporation is subject to a winding-up order or becomes bankrupt within the meaning of the Bankruptcy and Insolvency Act (R.S.C. 1985, c. B-3) and where a claim is filed;

(c) where the corporation has instituted proceedings for its liquidation or dissolution, or where it has been dissolved.

In addition, if a corporation has obtained an amount as a refund of the net tax or specified net tax under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) without being entitled to the amount and the corporation has omitted to remit the amount to the Minister, its directors in office on the date on which it obtained the refund become solidary debtors with the corporation for that amount and for the related interest and penalties in the cases described in the first paragraph.

Sections 1005 to 1014, 1051 and 1052 of the Taxation Act (chapter I-3) apply, with the necessary modifications.

1986, c. 16, s. 1; 1992, c. 1, s. 214; 1991, c. 67, s. 568; 1994, c. 46, s. 11; 1995, c. 1, s. 204, s. 362; 1995, c. 49, s. 241; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 14, s. 298; 1997, c. 85, s. 361; 1999, c. 89, s. 53; 2004, c. 4, s. 20; 2001, c. 9, s. 132; 2007, c. 3, s. 68; 2007, c. 12, s. 307; 2010, c. 31, s. 99; I.N. 2016-01-01 (NCCP); 2018, c. 18, s. 69.

24.0.2. Section 24.0.1 does not apply to a director who acted with reasonable care, dispatch and skill under the circumstances or who, under the same circumstances, could not have been aware of the omission referred to in that section.

Moreover, in no case may the Minister assess a director in respect of an amount referred to in section 24.0.1 after the expiry of two years from the date on which that director last ceased to be a director of the corporation.

1986, c. 16, s. 1.

24.0.3. Where a person is vested with the power to authorize or cause a payment to be made for another person of an amount that is subject to deduction at source under section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3) and agrees to or causes the amount to be paid, allocated, granted or awarded by or on behalf of the other person, the person is solidarily liable with the other person for any sum required to be deducted or withheld from that amount under the Taxation Act, the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9), the Act respecting parental insurance (chapter A-29.011) or the Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec (chapter R-5).

1997, c. 31, s. 145; 2001, c. 9, s. 133; 2015, c. 21, s. 4.

24.1. Where a person transfers a debt including an amount of duties which must be but are not paid to the Minister in accordance with a fiscal law, the transferee is substituted for the transferor and becomes debtor to the Minister for such amount and, as the case may be, for the penalties and interest.

As such, he shall pay the sums due under the first paragraph to the Minister on behalf of the transferor, under the same terms and conditions and within the same delays as those the latter would have been bound to observe had the said transfer not occurred. However, in the case of a debt arising prior to the transfer, such terms and conditions begin to apply and such delays begin to run, with regard to the transferee, from the date of the transfer.

Sections 1005 to 1014, 1051 and 1052 of the Taxation Act (chapter I-3) apply with the necessary modifications.

1978, c. 25, s. 9; 1980, c. 11, s. 68; 1995, c. 1, s. 362; 1995, c. 63, s. 279; 1997, c. 85, s. 345.

25. The Minister may determine or redetermine the amount of the duties, interest and penalties owed by a person under a fiscal law as well as the amount of the refund to which a person is entitled under a fiscal law and send a notice of assessment to him in this regard.

However, no such assessment may be made

- (a) more than four years after the later of
 - i. the date on which the duties should have been paid, and
 - ii. the date on which the return was filed; or
- (b) more than four years after the application for a refund was filed.

This section does not apply in respect of a repayment referred to in section 21.0.1.

1972, c. 22, s. 25; 1974, c. 17, s. 4; 1983, c. 49, s. 38; 1991, c. 67, s. 569; 1996, c. 31, s. 17; 2000, c. 36, s. 7.

25.1. Notwithstanding section 25, the Minister may determine or redetermine the amount of the duties, refunds, interest and penalties and send a notice of assessment in this regard at any time, if

(a) the facts have been falsely represented through carelessness or voluntary omission or if fraud has been committed in rendering an account, in filing a return, an application for a refund or a report or in supplying information under a fiscal law, or if no account has been rendered or no return, application for a refund or report filed or no information supplied under a fiscal law; or

(b) a waiver has been sent to the Minister on the prescribed form.

1991, c. 67, s. 569; 1998, c. 16, s. 270; I.N. 2016-10-01.

25.1.1. Notwithstanding section 25, the Minister may, following an assessment determined under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) in respect of a period, determine or redetermine the amount of the duties, refunds, interest and penalties of any other period for the sole purpose of correlating the two periods.

1995, c. 1, s. 205.

25.1.2. Subject to the second paragraph, where a formal demand relating to an amount that may be owed by a particular person under a fiscal law or to a refund to which the particular person may be entitled under such a law has been notified in accordance with the first paragraph of section 39 to a person regarding the filing of information, additional information or documents, the time limit described in the second paragraph of section 25, that applies in respect of the particular person, is suspended for the period that begins on the day the formal demand is notified by registered mail or by personal service and ends on the day the formal demand or the order provided for in section 39.2 is complied with or, in the case of contestation, the day on which a final judgment is rendered in relation to the formal demand or the order and on which, if applicable, the information, additional information or documents, as the case may be, are filed in accordance with the formal demand or the order.

Where the formal demand referred to in the first paragraph relates to an amount that may be owed by a particular person under the Act respecting the Québec sales tax (chapter T-0.1) or to a refund to which the particular person may be entitled under that Act, the period during which the time limit described in the second paragraph of section 25 is suspended begins on the day an application for judicial review is presented before the Superior Court in relation to the formal demand, where the formal demand is notified to the particular person in accordance with the first paragraph of section 39, or, where the Minister made, in accordance with section 39.2, an application to a judge of the Court of Québec to issue an order, in relation to the formal demand, the day on which the particular person contests the application for an order, and ends on the day on which a final judgment is rendered in relation to the formal demand or the order and on which, if applicable, the information, additional information or documents, as the case may be, are filed in accordance with the formal demand or the order.

2019, c. 14, s. 1; 2020, c. 16, s. 1.

25.2. For the purposes of paragraph *a* of section 25.1, where a reassessment is made after the expiry of the time limit provided for in the second paragraph of section 25, the Minister shall not consider any amount other than an amount the omission or the inclusion of which results, unless the contrary is established by the person, from a false representation of the facts through carelessness or voluntary omission or from fraud committed by the person in rendering an account, in filing a return, an application for a refund or a report or in supplying information prescribed by a fiscal law.

1991, c. 67, s. 569; 1993, c. 16, s. 360; 1996, c. 31, s. 18.

25.3. Where the Minister would be entitled, by virtue only solely of a waiver contemplated in paragraph *b* of section 25.1, to redetermine the amount of the duties, refunds, interest and penalties under a fiscal law, he may not make such a redetermination after the day that is six months after the date on which a notice of revocation of the waiver is filed with the Minister in prescribed form and in duplicate, by registered mail.

1991, c. 67, s. 569; 1998, c. 16, s. 299; 2010, c. 31, s. 100.

25.4. *(Repealed).*

1991, c. 67, s. 569; 2000, c. 25, s. 6.

26. *(Repealed).*

1972, c. 22, s. 26; 1978, c. 25, s. 10; 1997, c. 3, s. 93.

27. The receipt of the Minister for an amount deducted or withheld under a fiscal law or the regulations made under such a law shall be a good and sufficient discharge of the obligation of any debtor to his creditor in that respect up to the amount that the Minister has attested to have received.

1972, c. 22, s. 27.

DIVISION II.1

PAYMENT TO THE MINISTER

1995, c. 1, s. 206.

27.0.1. Where a notice of assessment is sent to a person, the duties, interest and penalties mentioned in the notice and still outstanding are payable without delay to the Minister upon the sending of the notice even if the assessment is the subject of an objection, a contestation filed in accordance with Chapter III.2 or Chapter IV or an appeal.

1995, c. 1, s. 206; 1997, c. 14, s. 299; 2001, c. 52, s. 6; 2004, c. 4, s. 21; 2004, c. 21, s. 508; 2005, c. 1, s. 309; 2020, c. 12, s. 88.

27.0.2. *(Repealed).*

1995, c. 1, s. 206; 2001, c. 52, s. 7; 2004, c. 21, s. 509.

27.1. Every amount or negotiable instrument remitted to the Minister as payment under a fiscal law or a regulation under a fiscal law is presumed to have been received by the Minister on the date stamped by an employee of the Agency on the form relating to the payment.

Similarly, every amount or negotiable instrument remitted to a financial institution as payment under a fiscal law or a regulation under a fiscal law is presumed to have been received by the Minister on the date it was so remitted.

1988, c. 4, s. 154; 1995, c. 1, s. 207; 2010, c. 31, s. 146.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-025913-161 / 500-09-025914-169
(500-11-040900-116)

DATE : 20 février 2017

**CORAM : LES HONORABLES PAUL VÉZINA, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.
ÉTIENNE PARENT, J.C.A.**

DANS L'AFFAIRE DU PLAN D'ARRANGEMENT AVEC SES CRÉANCIERS, DE
MÉTAUX KITCO INC., DÉBITRICE (*LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*, S.R.C. 1985, CH. C-36) :

N° : 500-09-025913-161

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur / mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

N° : 500-09-025914-169

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur - mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

ARRÊT

[1] Les appelantes, l'Agence du revenu du Québec et la Procureure générale du Canada, se pourvoient contre un jugement rendu le 1^{er} février 2016 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Marie-Anne Paquette), qui les a condamnées à payer à Kitco respectivement 1 443 713,16 \$ et 335 866,78 \$, représentant des remboursements de taxes sur les produits et services (TPS) et de taxes de vente du Québec (TVQ) dus à Kitco jusqu'au 30 novembre 2015, avec intérêt et indemnité additionnelle.

[2] Pour les motifs du juge Vézina, auxquels souscrivent les juges Giroux et Parent, la **COUR** :

[3] **REJETTE** les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).

PAUL VÉZINA, J.C.A.

LORNE GIROUX, J.C.A.

ÉTIENNE PARENT, J.C.A.

Me Daniel Cantin
Larivière Meunier (Revenu Québec)
Pour l'Agence du revenu du Québec

Me Chantal Comtois
Ministère de la Justice Canada
Pour la Procureure générale du Canada

Me Yves Ouellette
Me Alexandre Bayus
Me Lysandre Laferrière Chevrefils
Gowling WLG (Canada)
Pour Métaux Kitco inc.

Me Sylvain A. Vauclair
Woods
Pour Richter Groupe conseil inc.

Me C. Jean Fontaine
Stikeman Elliot
Pour Heraeus Metals New York LLC

Me Éric Vallières
McMillan
Pour ACPIR

Date d'audience : 8 novembre 2016

MOTIFS DU JUGE VÉZINA

[4] La « compagnie » débitrice Métaux Kitco inc. achète de la ferraille d'or (bijoux, chaînes, ustensiles de table, etc.) dont elle extrait l'or fin pour le revendre.

[5] Les achats de ferraille sont assujettis à la taxe sur les produits et services (TPS) et à la taxe de vente du Québec (TVQ), alors que les ventes d'or fin ne le sont pas. C'est l'Agence du revenu du Québec qui perçoit ces deux taxes, ce qui explique que les procureurs généraux du Québec et du Canada parlent ici d'une seule voix avec l'Agence.

[6] Le système de perception des taxes comporte un volet remboursement selon le schéma suivant. À l'achat de ferraille – un « intrant » de son exploitation –, Kitco doit payer les taxes à ses fournisseurs, lesquels en font remise à l'Agence; par contre, lors de la vente d'or fin, comme la loi exempte l'acheteur du paiement de la TPS et de la TVQ, Kitco a droit d'obtenir le remboursement de ces taxes payées à l'achat de l'intrant.

[7] C'est ainsi que, en 2010 et 2011, Kitco réclame et obtient de l'Agence des remboursements de taxes de plus de trois cents millions de dollars.

[8] Le hic, c'est que les fournisseurs de Kitco, grâce à un stratagème de fausse facturation, ne remettaient aucune taxe à l'Agence. Celle-ci a donc « remboursé » à Kitco des taxes jamais perçues.

[9] Lorsque l'Agence découvre le stratagème, elle conclut que Kitco en est partie prenante. De fait, à maintes reprises, Kitco vend son or fin à ses propres fournisseurs pour un volume d'affaires étonnamment élevé. Pour l'Agence, il s'agit d'un cercle vicieux mis en place pour la frauder. Les fournisseurs incorporent l'or fin dans des bijoux grossiers aussitôt revendus comme ferraille d'or à Kitco. En multipliant ainsi les transactions, on multiplie d'autant les remboursements de taxes... non perçues par l'Agence.

[10] À la suite de son enquête, l'Agence cotise donc Kitco pour les millions dont elle a été flouée.

[11] Kitco proteste avec véhémence de son innocence et conteste totalement les cotisations imposées. Elle écrit :

To Kitco's understanding, the ARQ [l'Agence] claims that, for several years, some companies linked to the goldsmith trade have been using a fraudulent scheme to wrongfully avoid the remittance of the GST and QST paid to them by Kitco or

others, and that Kitco is somehow part of this scheme (an allegation that Kitco has always strongly denied);

Prior to even receiving the draft notices of assessment, Kitco supplied the ARQ with all the useful and relevant information to demonstrate that it is not and could not be part of the alleged scheme contemplated by the ARQ;

[12] Mais il est bien connu que les cotisations fiscales sont aussitôt payables, peu importe qu'elles soient contestées¹. Le 7 juin 2011, l'Agence en entreprend l'exécution forcée.

[13] Le lendemain, 8 juin, Kitco dépose un avis d'intention de faire une proposition en vertu de l'article 50.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*², ce qui suspend tout « recours contre [elle] ou contre ses biens » de la part de ses créanciers (*L.f.i.*, art. 69), dont les mesures d'exécution de l'Agence.

[14] Puis, le 7 juillet, Kitco obtient une « ordonnance initiale », rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (L.a.c.c.)*³, qui continue la suspension, toujours tenante aujourd'hui et jusqu'au 31 mai 2017. Le Tribunal pourra la prolonger s'il le juge à propos.

[15] La question de la participation ou non de Kitco dans le stratagème frauduleux dont l'Agence est victime, est actuellement devant une juridiction criminelle. Le procès est en cours et il semble bien qu'il pourrait se prolonger durant des mois et même plus. La validité des cotisations contre Kitco dépend de l'issue du procès. Jusque-là, son entreprise demeure sous la protection de la *L.a.c.c.*, à moins d'un nouvel ordre du Tribunal.

[16] Entretemps, depuis le 8 juin 2011, Kitco en continue l'exploitation – à volume réduit, nous a-t-on dit – et paie les taxes sur les intrants pour ensuite en réclamer le remboursement à l'Agence qui reconnaît lui devoir à ce titre plus de 1,7 M\$. Toutefois, l'Agence ne verse pas cette somme à Kitco, mais l'impute, par compensation, contre les cotisations.

[17] Kitco, qui considère cette compensation illégale, présente une requête pour obliger l'Agence à lui rembourser le 1,7 M\$. Le Tribunal lui donne raison⁴ et ordonne le remboursement. D'où le pourvoi en appel de l'Agence.

[18] Je retiens du jugement le motif suivant :

¹ Voir l'article 315 de la *Loi sur la taxe d'accise (L.t.a.)* L.R.C. (1985), ch. E-15, et l'article 2701 de la *Loi sur l'administration fiscale (L.a.f.)*, RLRQ, c. A-6.002.

² L.R.C. (1985), ch. B-3.

³ L.R.C. (1985), ch. C-36.

⁴ Jugement de la Cour supérieure, 2016 QCCS 444.

[118] [...] les termes de la LACC, tels qu'interprétés par la jurisprudence, ne permettent pas d'opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse, née avant les procédures en insolvabilité, et la dette pour les Crédits non contestés, née après ces procédures.

[19] Pour l'Agence, ce motif est mal fondé. Selon elle, le texte de la disposition qui permet la compensation (*L.a.c.c.*, art. 21, cité ci-après) ne la restreint pas aux seules dettes nées avant les procédures en insolvabilité. Elle écrit :

C'est à tort que la première juge a conclu que les deux créances compensées doivent avoir pris naissance avant l'institution des procédures en raison du libellé de l'article 21 LACC.

[20] À mon avis, l'interprétation littérale de l'Agence n'est pas la bonne car elle fait échec à la restructuration des grandes entreprises en difficulté, l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, et en outre, elle va à l'encontre du principe bien établi en droit de l'insolvabilité du traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité. L'Agence présente aussi un moyen fondé sur l'hypothèse que Kitco fera défaut de présenter un plan d'arrangement.

[21] À mon avis, ce motif est bien fondé et suffit à confirmer le dispositif du jugement. Voici mon analyse en quatre points :

- A) Ce motif, quelques précisions;
- B) La compensation versus la restructuration des entreprises;
- C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité;
- D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement.

A) Ce motif, quelques précisions

[22] En début d'analyse, il est utile de préciser le contenu de ce motif, soit 1) « Les termes de la LACC », 2) « La Dette fiscale litigieuse », 3) « Les procédures en insolvabilité » et 4) une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci.

1) « Les termes de la LACC »

[23] Ces termes sont d'abord ceux de l'article 21 qui permet la compensation, mais c'est l'ensemble de la loi dont se dégagent son objectif et ses principes sous-jacents, lesquels doivent être pris en compte pour une juste interprétation de l'article selon la méthode moderne reconnue.

[24] Voici l'article 21 de la *L.a.c.c.* :

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[25] Comme il m'importe de souligner les rapports étroits entre le *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, voici l'article de cette loi sur la compensation, au même effet :

Compensation

97 (3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Law of set-off or compensation

97 (3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

2) « La Dette fiscale litigieuse »

[26] Ce sont les cotisations imposées par l'Agence à Kitco, contestées par celle-ci.

[27] Au sujet de cette contestation, éliminons un point encore débattu en appel.

[28] Le *Code civil* exige, pour que la compensation s'opère entre deux dettes, que celles-ci soient « certaines » (art. 1673). La contestation des cotisations en fait-elle une dette incertaine? ou leur exigibilité immédiate malgré cette contestation leur octroie-t-elle un caractère certain au sens de cette disposition?

[29] Il n'est pas nécessaire de trancher car, dans l'hypothèse favorable à l'Agence que ses cotisations sont certaines, la question demeure si la compensation est possible

entre deux dettes, l'une née avant la procédure en insolvabilité et l'autre après celle-ci, et la réponse suffit à trancher le litige.

3) « Les procédures en insolvabilité »

[30] Ce sont les actes de la procédure engagée suivant l'une ou l'autre de la *L.a.c.c.* et de la *L.f.i.*, ces deux lois qui forment l'ensemble du droit de l'insolvabilité.

[31] Ici, le premier acte est celui de l'avis d'intention (*L.f.i.*) du 8 juin 2011, suivi du deuxième, l'ordonnance (*L.a.c.c.*) du 7 juillet suivant. Le premier emporte la suspension des recours des créanciers et le second la continue. Un autre lien étroit entre ces deux lois.

[32] C'est aussi au 8 juin que les réclamations des créanciers sont arrêtées et évaluées selon la *L.a.c.c.*, qui renvoie à la *L.f.i.* :

(*L.a.c.c.*)

Réclamations

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à [...]

(ii) la date de la faillite, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou [...]

(*L.f.i.*)

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

ouverture de la faillite Relativement à une personne, le premier en date des événements suivants à survenir :

Claims

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject [...]

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or [...]

Definitions

2 In this Act, [...]

date of the initial bankruptcy event, in respect of a person, means the earliest of the day on which any one of the following is made, filed or

<p>[...] c) le dépôt d'un avis d'intention par elle; [...]</p>	<p>commenced, as the case may be: [...] (c) a notice of intention by the person, [...]</p>
---	--

[33] D'où l'ordonnance du Tribunal du 18 avril 2012 qui précise :

e) "Claim" means any rights [d'un créancier] existing prior to the Determination Date, or which would have been claims provable in bankruptcy had the Petitioner become bankrupt on the Determination Date, and [...]

[...]

n) "Determination Date" means June 8, 2011;

o) "Excluded Claims" means any right of any Person against the Petitioner in connection with (i) any indebtedness, liability or obligation of any kind which came into existence after the Determination Date and [...],

[34] Le 8 juin est donc à la fois la date de l'ouverture de la procédure en insolvabilité et de la suspension des recours des créanciers et celle du jour où leurs réclamations doivent être établies (le jour de l'Ouverture ou l'Ouverture).

4) Une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci

[35] En appel, les parties reprennent la distinction faite par la Juge entre les dettes nées avant l'Ouverture et celles après celle-ci, en les qualifiant de dettes « pré » et « post », ce qui allège l'exposé.

[36] Comme les réclamations s'établissent au jour de l'Ouverture, elles constituent toutes des dettes pré auxquelles « les règles de la compensation s'appliquent » (*L.a.c.c.*, art. 21 et *L.f.i.*, art. 97(3)).

[37] Ici, les parties admettent que la réclamation de l'Agence, fondée sur les cotisations, constitue une dette pré, susceptible de compensation.

[38] Quant au remboursement de 1,7 M\$ réclamé par Kitco, c'est une dette post, également susceptible de compensation selon l'Agence qui plaide que « La compensation d'une réclamation avec une dette née pendant le *statu quo* est permise », « Pendant le *statu quo* » c'est-à-dire née pendant la période depuis l'Ouverture et tant que dure la suspension des recours des créanciers ordonnée par le Tribunal.

[39] Elle écrit encore que si sa réclamation doit être « pré » pour que la compensation s'opère, il n'en est pas de même de sa dette à l'égard de sa débitrice qui peut être « post ». Elle écrit :

Certes, la réclamation compensée doit être en lien avec une créance ou un engagement auquel la débitrice devait être assujettie avant l'institution de procédures d'insolvabilité. Toutefois, cette dernière peut être compensée à l'encontre de « toute action intentée par la débitrice en vue du recouvrement de ses créances » sans égard au moment où les droits sous-jacents ont pu prendre naissance.

[40] C'est un fait qu'au jour de l'Ouverture, Kitco n'a aucun droit au remboursement réclamé. Ce droit lui vient de la continuation de son entreprise et des taxes qu'elle paye à ses fournisseurs sur les intrants de son exploitation depuis l'Ouverture. Le remboursement constitue bien une dette post.

[41] Il sera nécessaire de revenir sur cette distinction entre dettes pré et post en étudiant la jurisprudence car il s'y trouve une certaine confusion.

B) La compensation versus la restructuration des entreprises

[42] L'Agence soumet une interprétation de l'article 21 qui s'attache au texte, laquelle n'est pas dénuée de sens. Comme « les règles de la compensation s'appliquent [...] à toutes les actions intentées par [la compagnie débitrice] en vue du recouvrement de ses créances... », l'Agence peut invoquer la compensation en défense à l'action de Kitco en remboursement des taxes de 1,7 M\$.

[43] À mon avis, cette interprétation littérale va à l'encontre de l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, la restructuration des grandes entreprises en difficulté pour en assurer la survie, en faisant échec à la période de *statu quo* voulue par la loi, pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'aménagement à soumettre à ses créanciers. La Cour suprême écrit dans *Century*⁵ :

[Références omises]

- Sur la nécessité du *statu quo* :

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d'abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation. Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le *statu quo* pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers

⁵ *Century Services inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.

et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira [...]

- Sur l'importance de la survie des entreprises :

[60] [suite] Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable [...] En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée [...]

[44] L'objectif de restructuration est si important que la *L.a.c.c.* permet même à la débitrice d'emprunter en créant sur ses biens une garantie qui prime sur toutes les sûretés existantes.

[45] Pour expliquer en quoi l'interprétation littérale de l'article 21 fait échec à l'objectif de restructuration, j'emprunte aux auteurs Anderson, Gelbman et Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off »⁶ où ils s'interrogent « whether set-off is available in the CCAA context as between pre-filing debts and post-filing debts. »

[46] Les auteurs y analysent la décision *Re Air Canada*⁷, invoquée par l'Agence, qui entrouvre la porte, à tort selon eux, à la compensation de dettes pré et post. Ils élaborent « the following typical scenario »⁸ :

- A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;
- A becomes insolvent and seeks court protection pursuant to the CCAA;
- As of the filing date, A owes B a pre-filing debt;
- A and B continue commercial relations in the ordinary course post-filing; and
- Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

⁶ Robert Anderson, Thomas Gelbman et Benjamin Pullen, « Recent developments in the law of set-off », (2009) *Ann. Rev. Insol.* 1, p. 22.

⁷ *Re Air Canada* (2003), 2003 CarswellOnt 4016, 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.) [Commercial list].

⁸ *Supra*, note 6, p. 23.

If *Air Canada* stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such a set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services from the debtor company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue to do business with its suppliers or customers to avoid having to “work off” the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved, could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.

[47] Ce scénario correspond à la situation présente où l’Agence se retrouve avec une dette post, des taxes à rembourser, qu’elle impute contre les cotisations, une dette pré. Une dette post de l’ordre de 15 % du chiffre d’affaires de Kitco, de sorte que, si le *statu quo* perdure – ce qui est à craindre – l’imputation se continuera « until the entire pre-filing debt is extinguished ».

[48] Comment Kitco peut-elle maintenir son exploitation si, comme ses concurrentes, elle paye 15 % de taxes sur ses intrants mais que, contrairement à celles-ci, elle n’en perçoit pas le remboursement? C’est une situation insoutenable. Les auteurs écrivent⁹ :

If a debtor company provides goods or services and receives no payment in return, the restructuring process will be rendered impossible. This result is especially true if multiple creditors are involved. It is difficult to imagine that the legislators of the day intended that result.

[49] Les auteurs citent les sommités du droit de l’insolvabilité, *Houlden, Morawetz et Sarra*, qui concluent de la même manière¹⁰ :

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

[50] La juste interprétation de l’article 21 doit se concilier avec l’objectif de restructuration.

⁹ *Supra*, note 6, p. 29.

¹⁰ L.W. Houlden, G.B. Morawetz & J.P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed. Rev., vol. 3, looseleaf (Toronto : Carswell, 2009) at. E 64.

C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité

[51] En introduction à cette section, il est opportun de s'arrêter aux liens étroits entre la *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, qui font en sorte que les enseignements de la jurisprudence et les avis des auteurs sont transposables de l'une à l'autre.

[52] Ces lois établissent deux régimes intégrés dans le même ensemble du droit de l'insolvabilité, comme l'enseigne la Cour suprême¹¹ :

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la LACC et la LFI comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la LFI et la LACC, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. [...]

[53] « Deux régimes législatifs en matière de réorganisation », le premier, celui de toute la procédure selon la *L.a.c.c.* en vue d'un arrangement et le second, celui des « Propositions concordataires » selon la Partie III de la *L.f.i.*, en vue d'un concordat. Arrangement ou concordat, c'est-à-dire un contrat avec les créanciers pour effacer le passé déficitaire et permettre la relance de l'entreprise.

[54] Les deux régimes édictent une procédure collective qui assure le maintien du *statu quo* par la suspension des recours individuels des créanciers pour le temps nécessaire à préparer un plan de restructuration à leur soumettre en vue d'un arrangement ou d'un concordat.

[55] Dans *Century*¹², la Cour suprême rétablit la décision de première instance qui « permet une transition harmonieuse » entre les deux lois afin d'assurer « une seule procédure collective » en matière d'insolvabilité. Elle écrit :

[77] La LACC établit les conditions qui permettent de préserver le *statu quo* pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

¹¹ *Supra*, note 5.

¹² *Supra*, note 5.

[56] Deux régimes, l'un qui vise les PME, celui de la *L.f.i.*, et l'autre, les grandes entreprises, celui de la *L.a.c.c.* Comme les propositions des premières sont nombreuses et ont plus en commun, la *L.f.i.* édicte plusieurs normes pour les traiter. Dans les cas de grandes entreprises en difficulté, heureusement plus rares, chaque situation est particulière, d'où la plus grande latitude accordée par la *L.a.c.c.* pour un traitement sur mesure.

[57] Les deux régimes sont intégrés, comme le démontrent leurs nombreuses dispositions concordantes. On a déjà vu les règles de la compensation, la définition des réclamations prouvables et leur traitement, la suspension des recours des créanciers qui commence en vertu de l'une et se continue en vertu de l'autre.

[58] Quant à la compensation, précisons que l'article 97 (3) *L.f.i.*, qui l'édicte en cas de faillite, s'applique aussi aux propositions concordataires par l'article 66 (1)¹³ de cette même loi.

[59] On peut ajouter à ces dispositions celle de la notion de créancier garanti qui couvre d'abord une même réalité : « hypothèque, charge, gage ou privilège contre l'ensemble ou une partie des biens » d'une personne insolvable. (Voir les « définitions » à l'article 2 de chacune des lois.)

[60] L'Agence elle-même souligne ces liens étroits en employant à plusieurs reprises l'expression « le plan ou la proposition ». Par exemple, en rappelant l'objectif commun des deux régimes, elle écrit :

En matière de LACC ou de proposition, une suspension des procédures est établie afin de permettre à la débitrice de se restructurer et de présenter une proposition ou un plan à ses créanciers.*

* Art. 11.2 LACC et 69, 69.1 LFI.

[61] Cette concordance établie, voyons l'enseignement de la Cour suprême relatif à la règle de la compensation en matière d'insolvabilité. Dans *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*¹⁴, elle écrit :

¹³ *L.f.i.*, art. 66 (1) Toutes les dispositions de la présente loi, sauf la section II de la présente partie [Proposition de consommateur], dans la mesure où elles sont applicables, s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux propositions faites aux termes de la présente section.

66 (1) All the provisions of this Act, except Division II of this Part, in so far as they are applicable, apply [...], with such modifications as the circumstances require, to proposals made under this Division.

¹⁴ 2005 CSC 52, [2005] 2 RCS 564.

[55] [...] Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[62] Le traitement des créanciers sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités édictées par la loi, est un principe reconnu du droit de l'insolvabilité.

[63] L'Agence soumet toutefois qu'elle bénéficie d'une priorité par l'effet de la compensation. Elle écrit :

La Cour suprême a reconnu, dans l'affaire *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*¹⁵ [*Husky Oil*], que la compensation entraîne une forme de priorité permise en contexte d'insolvabilité. Le législateur fédéral autorise donc la partie qui l'invoque à modifier l'ordre de priorité établi.

¹⁵ [1995] 3 RCS 453, paragr. 60-61.

[64] Allons un peu plus loin dans cet arrêt *Husky* :

[Je souligne]

[57] Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. [...]

[...]

[59] Du fait qu'elle crée une sorte de garantie sur l'actif de la faillite, l'application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: [...]

[60] [...] Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à « modifier » l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

[65] En droit civil, cette « priorité » créée par la compensation est difficile à saisir du fait que la compensation « s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes... » (C.c.Q., art. 1673), de façon automatique en quelque sorte. C'est plus facile en common law où il n'y a pas d'automatisme et où les deux dettes ont une existence autonome et survivent en parallèle lors d'une faillite.

[66] En droit civil, au jour d'Ouverture, la compensation s'opère et un solde en résulte en faveur du créancier ou de la débitrice si les deux dettes sont liquides et exigibles. Elle s'opérera aussi si la dette n'était pas exigible puisque « le débiteur perd le bénéfice du terme s'il devient insolvable » (C.c.Q., art. 1514). Enfin, s'il faut une liquidation judiciaire (C.c.Q., art. 1672), le calcul du solde se fera rétroactivement au jour d'Ouverture, où les réclamations doivent être établies.

[67] En common law, les deux dettes demeurent après l'Ouverture. Par l'effet de la scission de l'actif et du passif du failli, le créancier conserve donc une réclamation prouvable pour la totalité de sa créance, mais en contrepartie, il doit payer le total de sa dette au syndic. Ce résultat « choquant » est heureusement écarté par le fait que les deux régimes d'insolvabilité permettent la compensation.

[68] Dans ce contexte de common law, on peut voir dans la compensation une forme de garantie prioritaire. Le créancier y possède une garantie qui ne porte toutefois que sur un seul des biens de la débitrice dévolus au syndic, soit la créance de celle-ci contre ce créancier lui-même. Mais une fois cette garantie réalisée, en réduisant sa réclamation du montant de cette créance, le créancier devient un créancier ordinaire pour le solde, sans garantie aucune sur tous les autres biens de la débitrice.

[69] Dans cette optique, qu'en est-il de la créance de l'Agence par rapport aux biens de Kitco?

[70] Au jour d'Ouverture, l'Agence était créancière de Kitco pour les cotisations et elle lui devait un certain remboursement de taxes pour des opérations antérieures (et non celui de 1,7 M\$ pour les opérations postérieures à l'Ouverture). La compensation s'est opérée. L'Agence a réduit ses cotisations du montant de ce remboursement, qu'elle n'a donc pas versé à Kitco, réalisant alors sa garantie sur ce bien de Kitco, sa créance pour un remboursement. Une fois sa garantie ainsi réalisée par la compensation, elle ne possède plus aucune garantie sur les autres biens de Kitco, laquelle peut les conserver pour maintenir son exploitation et mettre en œuvre sa restructuration.

[71] Lorsque l'Agence revient par la suite pour opérer une nouvelle compensation pour 1,7 M\$, force est de constater qu'elle prétend alors exercer une garantie sur ces autres biens de Kitco et ainsi s'octroyer une priorité au détriment des autres créanciers ordinaires, une opération que la loi prohibe, comme le rappelle la Cour suprême dans le passage déjà cité de l'arrêt *DIMS* :

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[72] L'Agence soumet encore que la jurisprudence permet la compensation des dettes pré et post. Je ne reviens pas sur l'affaire *Air Canada* critiquée par la doctrine.

[73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général) [DIMS]*, il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire *Daltech Architectural inc. (Syndic de) [Daltech]*, à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*^[15] [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré.

[75] Selon l'Agence, l'« interprétation large » de la jurisprudence aurait amené la Cour, dans cette affaire *Dolbec*, à permettre la compensation des dettes pré et post. Ce n'est pas le cas.

[76] Dans *Dolbec*, la Cour retient que les deux dettes qui font l'objet de compensation sont pré Ouverture. On y lit :

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

¹⁵ *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698.

[77] L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.

[78] Certes, une obligation peut être incertaine, non liquidée ou non exigible au jour d'Ouverture, mais elle existe et elle donnera lieu à une réclamation si elle devient « réputée prouvée » par décision du tribunal tel que prévu aux articles 121(1) et (2) qui renvoient à 135 (1.1) et (4) de la *L.f.i.*

Art. 121 (1)

Réclamations prouvables

121 (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Décision

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

135 [...]

Réclamations éventuelles et non liquidées

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de

Art. 121 (1)

Claims provable

121 (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Contingent and unliquidated claims

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135 [...]

Determination of provable claims

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

l'évaluation.

[...]

Effet de la décision

(4) La décision et le rejet sont définitifs et péremptoires, à moins que, dans les trente jours suivant la signification de l'avis, ou dans tel autre délai que le tribunal peut accorder, sur demande présentée dans les mêmes trente jours, le destinataire de l'avis n'interjette appel devant le tribunal, conformément aux Règles générales, de la décision du syndic.

[...]

Determination or disallowance final and conclusive

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

[79] Même si la décision du tribunal survient bien après le jour d'Ouverture, elle n'en constitue pas moins, dès ce jour, une « réclamation prouvable », susceptible de compensation.

[80] Dans *Daltech*¹⁶ également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) *L.F.I.* « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou « réputée prouvée » pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 *L.a.c.c.* et 97 (3) *L.f.i.* qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

¹⁶ *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus.

[84] La Juge fonde aussi son jugement sur le principe de l'égalité des créanciers, auquel la compensation ne permet pas de déroger. Elle écrit :

[102] Suivant ces considérations et ce raisonnement, la Cour suprême a spécifiquement énoncé dans *D.I.M.S.* que l'article 97(3) LFI, qui permet le recours à la compensation dans un contexte de faillite, requiert implicitement que les créances mutuelles aient pris naissance avant la faillite.

[55] Peu d'auteurs se sont intéressés à l'effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuridisme canadien ne permet pas d'importer les règles de la common law. [...] Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu'une créance puisse être transférée d'un créancier à l'autre de façon à autoriser une compensation qui n'aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[85] Je fais la même lecture de l'arrêt *DIMS* où on lit encore :

[40] [...]

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

[...]

[55] [...] [L'article 97 (3) *L.f.i.*] doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

[86] La Juge ajoute encore dans la même optique :

[103] La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs suivi cette règle dans plusieurs arrêts⁶³.

[104] Conformément à cette règle, et dans un contexte similaire au présent litige, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé en 2004⁶⁴ que Revenu Canada ne peut imputer les remboursements dus à la débitrice pour surplus de taxes payés

après proposition au paiement d'une dette que la débitrice a envers Revenu Canada pour des taxes impayées avant la proposition.

[105] Vu la très grande similarité des articles 97(3) LIF et 21 LACC et le fait que ces deux lois font partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité⁶⁵, cette conclusion s'applique tout autant à la compensation à opérer dans le cadre d'une restructuration. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le mécanisme de la compensation dans le contexte d'une faillite ou d'une proposition et dans le contexte d'un arrangement.

⁶³ *CSST c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698, par. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, par. 58, 61; *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341, par. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.B.R. (4th) 263, par. 19.

⁶⁵ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 15, 22 - 24, 78.

[87] Quant aux arrêts antérieurs à *DIMS*, leur poids est moindre depuis lors.

[88] Bref, l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* selon la jurisprudence ne va pas dans le sens que souhaiterait l'Agence.

D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement

[89] L'Agence fonde ce moyen additionnel sur une hypothèse alternative, selon que la procédure engagée se termine avec ou sans arrangement. Elle écrit :

En cas d'approbation du plan ou de la proposition, un nouveau contrat lie les créanciers. Il s'agit de la date butoir à compter de laquelle la compensation d'une créance antérieure avec une créance postérieure à l'institution des procédures d'insolvabilité doit cesser, à moins que les parties n'en aient convenu autrement⁶¹. Si le plan ou la proposition ne sont pas approuvés, il y aura faillite en matière de proposition ou levée de la suspension et possiblement faillite en contexte d'arrangement, et c'est à ce moment que surviendra la date butoir. Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

⁶¹ Soulignons que la compensation de dettes antérieures à l'institution des procédures pourra être exercée en tout temps, même après l'homologation de la proposition – *Dolbec*, précité note 21.

[90] Par cette note de bas de page, l'Agence reconnaît, avec raison, que la compensation peut s'opérer même après la mise en place d'un arrangement.

[91] L'arrangement ne modifie pas l'application de la compensation. Il lie tout créancier qui a une réclamation prouvable (*L.f.i.*, art. 2) au jour d'Ouverture, laquelle est déjà réduite de sa propre dette à la débitrice ou laquelle constituera un motif de défense

à une action de la débitrice, même postérieure à l'arrangement conclu. C'est l'arrêt *Dolbec*.

[92] Cette possibilité d'un éventuel arrangement n'aide pas pour l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* et pour déterminer comment l'appliquer durant la période actuelle du *statu quo*.

[93] L'Agence considère plus probable la possibilité du défaut de Kitco. Elle écrit :

Soulignons que Kitco n'a pas déposé de plan et n'a vraisemblablement pas l'intention d'en déposer un, du moins pas avant que le litige fiscal ne soit réglé. Conséquemment, le seul objectif de la protection de la LACC est de stopper les recours des autorités fiscales.

[94] Cette hypothèse d'un échec de la procédure qui prendrait fin sans arrangement ne nous aide pas non plus à y voir clair. L'Agence utilise alors un futur antérieur qui implique une rétroactivité :

Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

[95] Certes, si les cotisations sont confirmées, on peut prévoir un échec de la procédure en cours selon la *L.a.c.c.* et la mise en faillite de Kitco dans les jours suivants. Les réclamations prouvables dans cette faillite seront établies « à la date à laquelle [le failli] devient failli » (*L.f.i.*, art. 121(1)). La réclamation actuelle de l'Agence, arrêtée au 8 juin, deviendra caduque et sa nouvelle réclamation s'arrêtera cette fois à la date de cette mise en faillite.

[96] Et la compensation jouera de nouveau (*L.f.i.*, art. 97 (3)) en tenant compte de toutes les dettes réciproques jusqu'à cette nouvelle date. Il est vrai qu'à ce jour futur, l'Agence aurait alors le droit de compenser contre ses cotisations les remboursements de taxes dus à Kitco, dont celui réclamé de 1,7 M\$, s'il n'est pas encore payé à cette époque.

[97] Mais je ne vois pas en quoi cette nouvelle application de la compensation à l'occasion d'une nouvelle procédure de faillite, hypothétique, viendrait modifier les règles de la compensation applicables aujourd'hui pendant le *statu quo*.

[98] En somme, l'Agence aura peut-être droit éventuellement à la compensation d'une dette post Ouverture de la procédure actuelle selon la *L.a.c.c.* si celle-ci a pris fin sans arrangement, mais elle ne peut invoquer ce droit futur pour fonder un droit actuel à la compensation.

[99] Ce moyen d'appel additionnel est mal fondé.

[100] En conclusion, la Juge a tranché avec raison que la compensation n'est pas permise entre des dettes pré et post.

[101] Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour rejette les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).

PAUL VÉZINA, J.C.A.

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
REGISTRY OF MONTREAL

Nos. 500-09-025913-161 / 500-09-025914-169
(500-11-040900-116)

DATE: February 20, 2017

**CORAM: THE HONOURABLE PAUL VÉZINA, J.A.
LORNE GIROUX, J.A.
ÉTIENNE PARENT, J.A.**

IN THE MATTER OF THE PLAN OF ARRANGEMENT WITH THE CREDITORS OF
KITCO METALS INC., DEBTOR (*COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36):

No. 500-09-025913-161

AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
APPELLANT – creditor – respondent

v.

KITCO METALS INC.
RESPONDENT – debtor – applicant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA
IMPLEADED PARTY – creditor – respondent

and

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
IMPLEADED PARTY – impleaded party

and

RICHTER LLP
IMPLEADED PARTY – monitor / impleaded party

and

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
IMPLEADED PARTY – impleaded party

and

**CANADIAN ASSOCIATION OF INSOLVENCY AND RESTRUCTURING
PROFESSIONALS (CAIRP)**
INTERVENER

No. 500-09-025914-169

ATTORNEY GENERAL OF CANADA
APPELLANT – creditor – respondent

v.

KITCO METALS INC.
RESPONDENT – debtor – applicant

and

RICHTER LLP
IMPLEADED PARTY – monitor – impleaded party

and

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
IMPLEADED PARTY – impleaded party

and

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
IMPLEADED PARTY – impleaded party

and

AGENCE DU REVENU DU QUEBEC
IMPLEADED PARTY – creditor – respondent

and

**CANADIAN ASSOCIATION OF INSOLVENCY AND RESTRUCTURING
PROFESSIONALS (CAIRP)**
INTERVENER

JUDGMENT

[1] The appellants, the Agence du revenu du Québec and the Attorney General of Canada, appeal from a judgment rendered on February 1, 2016, by the Superior Court, District of Montreal (the Honourable Madam Justice Marie-Anne Paquette), which condemned them respectively to pay Kitco \$1,443,713.16 and \$335,866.78, as refunds of the Goods and Services Tax (GST) and the Quebec Sales Tax (QST) owed to Kitco up to November 30, 2015, with interest and the additional indemnity.

[2] For the reasons of Vézina, J.A., with which Giroux and Parent, J.J.A. agree, **THE COURT:**

[3] **DISMISSES** the appeals with legal costs in favour of the respondent (Kitco) and the impleaded parties (Richter LLP and Heraeus Metals New York LLC), with but no costs against the intervener (CAIRP).

PAUL VÉZINA, J.A.

LORNE GIROUX, J.A.

ÉTIENNE PARENT, J.A.

Mtre Daniel Cantin
Larivière Meunier (Revenu Québec)
For the Agence du revenu du Québec

Mtre Chantal Comtois
Department of Justice Canada
For the Attorney General of Canada

Mtre Yves Ouellette
Mtre Alexandre Bayus
Mtre Lysandre Laferrière Chevrefils
Gowling WLG (Canada)
For Kitco Metals Inc.

Mtre Sylvain A. Vauclair
Woods
For Richter LLP

Mtre C. Jean Fontaine
Stikeman Elliot
For Heraeus Metals New York LLC

Mtre Éric Vallières
McMillan
For CAIRP

Date of hearing: November 8, 2016

REASONS OF VÉZINA, J.A.

[4] The debtor “company” Kitco Metals Inc. purchases scrap gold (jewelry, chains, cutlery, etc.), and extracts the pure gold, which it subsequently sells.

[5] Scrap metal purchases are subject to the Goods and Services Tax (GST) and the Quebec Sales Tax (QST), whereas pure gold transactions are exempt. The Agence du revenu du Québec (ARQ) collects both taxes, which explains why the attorney generals of Quebec and Canada are speaking with a single voice in the present proceedings, with the ARQ.

[6] The tax collection system includes a refund mechanism that operates as follows. Upon the purchase of scrap metal, which constitutes an [TRANSLATION] “input” in its operations, Kitco must pay the taxes to its suppliers, which remit them to the ARQ. When pure gold is sold, however, since the law exempts buyers from paying the GST and QST on it, Kitco is entitled to a refund of the tax paid when it purchased the input.

[7] In this way, in 2010 and 2011, Kitco claimed and obtained tax refunds of over \$300 million from the ARQ.

[8] The problem is that Kitco’s suppliers allegedly used a fraudulent billing scheme and remitted no taxes at all to the ARQ. Therefore, the ARQ “refunded” Kitco for taxes never collected.

[9] When the ARQ discovered the scheme, it concluded that Kitco was party to it. Kitco had repeatedly sold its pure gold to its own suppliers, resulting in a surprisingly high sales volume. According to the ARQ, this was a fraudulent cycle set up to defraud the ARQ. The suppliers incorporated the pure gold into crude jewelry that they immediately sold as scrap gold to Kitco. By increasing the transactions, they increased their refunds of taxes that had in fact never been collected by the ARQ in the first place.

[10] Following its investigation, the ARQ sent Kitco an assessment for the millions it had swindled out of the Agency.

[11] Kitco protests strenuously that it was innocent and contests all of the assessments. It writes:

To Kitco’s understanding, the ARQ [l’Agence] claims that, for several years, some companies linked to the goldsmith trade have been using a fraudulent scheme to wrongfully avoid the remittance of the GST and QST paid to them by Kitco or

others, and that Kitco is somehow part of this scheme (an allegation that Kitco has always strongly denied);

Prior to even receiving the draft notices of assessment, Kitco supplied the ARQ with all the useful and relevant information to demonstrate that it is not and could not be part of the alleged scheme contemplated by the ARQ;

[12] It is well known that assessed taxes are nevertheless payable immediately, even when they are contested.¹ On June 7, 2011, the ARQ proceeded with compulsory execution.

[13] The next day, on June 8, 2011, Kitco filed a notice of intention to make a proposal under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*,² which stayed any “remedy against the insolvent person or the insolvent person’s property” by its creditors (s. 69 *BIA*), including the ARQ’s execution proceedings.

[14] Then, on July 7, 2011, Kitco obtained an “initial order” under the *Companies’ Creditors Arrangement Act (CCAA)*³ continuing the stay, which still holds today and will remain in effect until May 31, 2017. The Court could continue it if it considers it appropriate.

[15] The question of whether or not Kitco participated in the fraudulent scheme against the ARQ is now before a criminal court. The trial is underway, and it looks like it could go on for months or even longer. The validity of the assessments of the taxes owed by Kitco depends on the outcome of the trial. Until then, the company remains under the protection of the *CCAA*, unless the Court issues a new order.

[16] In the meantime, since June 8, 2011, Kitco has continued operating – at a reduced volume, we are told – and pays taxes on inputs and then claims refunds from the ARQ, which acknowledges owing Kitco over \$1.7 million. The ARQ does not remit that amount to Kitco, however, but applies it as compensation against the amounts assessed.

[17] Kitco, which considers the compensation illegal, filed a motion to compel the ARQ to refund it the \$1.7 million. The Superior Court ruled in Kitco’s favour⁴ and ordered the refund. This is the reason for the ARQ’s appeal.

[18] The following reason appears in that judgment:

¹ See section 315 of the *Excise Tax Act (ETA)* R.S.C. (1985), c. E-15, and section 2701 of the *Tax Administration Act (TAA)*, CQLR, c. A-6.002.

² R.S.C. (1985), c. B-3.

³ R.S.C. (1985), c. C-36.

⁴ Judgment of the Superior Court, 2016 QCCS 444.

[TRANSLATION]

[118] . . . the CCAA, as interpreted by the jurisprudence, does not allow compensation between the Disputed Fiscal Debt, which was incurred before the insolvency proceedings, and the debt related to the Undisputed Credits, which was incurred after those proceedings.

[19] According to the ARQ, this reason is unfounded because the wording of the provision permitting compensation (s. 21 CCAA, *infra*) does not limit it to debts arising before the insolvency proceedings. It writes:

[TRANSLATION]

The trial judge was wrong to conclude that, according to the wording of section 21 CCAA, the two compensating claims have to arise before proceedings are instituted.

[20] In my opinion, the ARQ's literal interpretation is not correct because it creates an obstacle to the restructuring of large companies in difficulty, which is the primary objective of the CCAA, and also goes against the well-established principle in insolvency law of treating unsecured creditors equally. The ARQ also submits a ground based on the hypothesis that Kitco will fail to submit a plan of arrangement.

[21] In my opinion, the judge's reason is well founded and is sufficient to uphold the judgment. The following is my four-part analysis:

- (A) The reason, with a few clarifications;
- (B) Compensation versus corporate restructuring;
- (C) Compensation versus treating unsecured creditors equally;
- (D) The potential failure of Kitco to submit a plan of arrangement.

(A) The reason, with a few clarifications

[22] To begin with, it is useful to explain the contents of the judge's reason, to wit: (1) "The CCAA," (2) The "Disputed Fiscal Debt," (3) The "Insolvency proceedings" and (4) A debt "incurred before the insolvency proceedings" and another "incurred after" those proceedings.

(1) "The CCAA"

[23] First, the provision in question is section 21, which permits compensation. The act as a whole, however, is the source of the underlying objectives and principles that

must be taken into account to ensure an accurate interpretation of the provision in accordance with the recognized modern approach.

[24] Section 21 CCAA reads as follows:

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[25] As it is in my view important to point out the close relationships between the CCAA and the BIA, here is the provision of the latter statute respecting compensation, which is to the same effect:

Compensation

97 (3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Law of set-off or compensation

97 (3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

(2) "Disputed Fiscal Debt"

[26] This refers to the notices of assessment that the ARQ issued against Kitco, which Kitco is contesting.

[27] With respect to the contestation, another point debated in appeal should be eliminated.

[28] For compensation to be effected between debts, the *Civil Code* requires that the debts be "certain" (art. 1673). Does the fact that the assessments are contested make

them uncertain, or does the fact that they are immediately exigible make them certain within the meaning of that provision?

[29] That question need not be answered, because, even if we adopt the hypothesis favourable to the ARQ whereby the assessments are certain, the question remains whether compensation can be effected between the two debts where one is incurred before the insolvency proceedings and the other is incurred after. The answer to that question will be sufficient to decide the dispute.

(3) The “Insolvency proceedings”

[30] These are the proceedings instituted in accordance with the CCAA or the BIA, which are the two laws that shape the integrated body of insolvency law.

[31] In this case, the first proceeding was the notice of intention (BIA) dated June 8, 2011, followed by the second, the order (CCAA) dated July 7, 2011. The first stayed the creditors’ remedies and the second continued that stay. This constitutes another close connection between the two statutes.

[32] The creditors’ claims were also established and evaluated as at June 8, pursuant to the CCAA, which refers to the BIA:

(CCAA)

Réclamations

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d’une transaction ou d’un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à . . .

(ii) la date de la faillite, au sens de l’article 2 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, si elle a déposé un avis d’intention sous le régime de l’article 50.4 de cette loi ou . . .

Claims

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject. . .

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or. . .

(BIA)

Définitions

Definitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

ouverture de la faillite Relativement à une personne, le premier en date des événements suivants à survenir :

...

c) le dépôt d'un avis d'intention par elle;

...

2 In this Act,

...

date of the initial bankruptcy event, in respect of a person, means the earliest of the day on which any one of the following is made, filed or commenced, as the case may be:

...

(c) a notice of intention by the person,

...

[33] This led to the Court order of April 18, 2012, which states:

e) "Claim" means any rights [[TRANSLATION] of a creditor] existing prior to the Determination Date, or which would have been claims provable in bankruptcy had the Petitioner become bankrupt on the Determination Date, and. . .

...

n) "Determination Date" means June 8, 2011;

o) "Excluded Claims" means any right of any Person against the Petitioner in connection with (i) any indebtedness, liability or obligation of any kind which came into existence after the Determination Date and....

[34] June 8 is thus the date of institution of proceedings in insolvency and of the stay of the creditors' remedies, as well as the date when their claims must be established (the Determination Date or Determination).

(4) A debt "incurred before the insolvency proceedings" and another "incurred after" those proceedings

[35] In appeal, the parties take up the distinction drawn by the trial judge between the debts incurred before the Determination and those incurred after it, referring to [TRANSLATION] "pre-" and [TRANSLATION] "post-" debts, which simplifies the wording.

[36] Since the claims were established as at the Determination Date, they are all pre-debts, to which the "law of set-off or compensation applies" (s. 21 CCAA and s. 97(3) BIA).

[37] Here, the parties admit that the ARQ's claim based on the assessments is a pre-debt, to which compensation applies.

[38] According to the ARQ, the \$1.7 million refund claimed by Kitco is a post-debt against which compensation can also be effected. It argues that [TRANSLATION]

“[c]ompensation of a claim by a debt arising during the *status quo* is permitted.” The phrase [TRANSLATION] “during the *status quo*,” means arising in the period from the day of Determination and as long as the stay of the creditors’ remedies ordered by the Court continues.

[39] It argues that, while its claim must be “pre” for compensation to be effected, the same is not true of its debt to the debtor, which can be “post.” It writes:

[TRANSLATION]

Naturally, the compensated claim must be related to a debt or liability of the debtor prior to the institution of insolvency proceedings. It can, however, be compensated against “any action instituted by the debtor for the recovery of debts” with no regard for the point in time when the underlying rights arose.

[40] It is a fact that, as at the day of Determination, Kitco had no right to the claimed refund. That right arose from the continuation of its business and the taxes it has paid to its suppliers on the input for its operations since Determination. The refund is indeed a post-debt.

[41] It will be necessary to revisit this distinction between pre- and post-debts through a review of the case law, as there is some confusion in this respect.

(B) Compensation in relation to corporate restructuring

[42] The ARQ submitted an interpretation of section 21 that follows the text very closely, which is not an unreasonable approach. Since the “law of set-off or compensation applies to ... all actions instituted by [the debtor company] for the recovery of debts ...,” the ARQ can invoke compensation as a defence against Kitco’s claim for a tax refund of \$1.7 million.

[43] In my opinion, this literal interpretation goes against the primary objective of the CCAA, which is the restructuring of large companies in difficulty to ensure their survival, because it undermines the *status quo* period intended by the statute during which the company can develop a plan of arrangement to be presented to its creditors. In *Century*,⁵ the Supreme Court wrote:

- On the necessity of the *status quo*:

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by staying enforcement actions by creditors to allow the debtor’s business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or

⁵ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 SCR 379.

arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed . . .

[Citations omitted.]

- On the importance of the survival of companies:

[60] . . . In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company . . . In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed . . .

[Citations omitted.]

[44] The objective of restructuring is so important that the CCAA even allows debtors to borrow, subjecting their property to a security that ranks in priority over the claim of any secured creditor.

[45] To explain how a literal interpretation of section 21 creates an obstacle to the objective of restructuring, I will borrow from “Recent Developments in the Law of Set-off”⁶ by Anderson, Gelbman and Pullen, in which they ask “whether set-off is available in the CCAA context as between pre-filing debts and post-filing debts.”

[46] In the article, the authors analyse *Re Air Canada*,⁷ referred to by the ARQ, which they assert wrongly opens the door to compensation between pre- and post-debts. They describe “the following typical scenario”:⁸

- A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;
- A becomes insolvent and seeks court protection pursuant to the CCAA;
- As of the filing date, A owes B a pre-filing debt;
- A and B continue commercial relations in the ordinary course post-filing; and

⁶ Robert Anderson, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off,” (2009) *Ann. Rev. Insol.* 1 at 22.

⁷ *Re Air Canada* (2003), 2003 CarswellOnt 4016, 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.) [Commercial list].

⁸ *Supra* note 6 at 23.

- Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

If *Air Canada* stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such a set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services from the debtor company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue to do business with its suppliers or customers to avoid having to “work off” the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved, could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.

[47] This scenario corresponds to the situation before us, in which the ARQ owes a post-debt, namely, tax refunds, which it uses to effect compensation against the assessments, which are pre-debts. The post-debt accounts for 15% of Kitco’s sales revenue, such that, if the *status quo* persists – which is to be feared – the compensation will continue “until the entire pre-filing debt is extinguished.”

[48] How can Kitco keep its business going if, like its competitors, it pays 15% in taxes on its inputs, but, unlike them, it does not receive a refund? This is an untenable situation. The authors write:⁹

If a debtor company provides goods or services and receives no payment in return, the restructuring process will be rendered impossible. This result is especially true if multiple creditors are involved. It is difficult to imagine that the legislators of the day intended that result.

[49] The authors quote the leading authorities in insolvency law, Houlden, Morawetz and Sarra, who come to the same conclusion:¹⁰

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. . .

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

⁹ *Supra* note 6 at 29.

¹⁰ L.W. Houlden, G.B. Morawetz & J.P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3d ed. Rev., vol. 3, looseleaf (Toronto: Carswell, 2009) at E§ 64.

[50] The correct interpretation of section 21 must be consistent with the objective of restructuring.

(C) Compensation in relation to treating unsecured creditors equally

[51] To begin with, it is useful to focus on the close links between the CCAA and the BIA, which mean that case law and scholarly opinion can be applied to both equally.

[52] These laws form a part of an integrated body of insolvency law, as the Supreme Court has said:¹¹

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the CCAA and the BIA as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the BIA and the CCAA, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms . . .

[53] The “two statutory schemes for reorganization” are, first, the entire arrangement procedure under the CCAA, and, second, the “proposals” under Part III BIA with a view to an arrangement. An arrangement is a contract with the creditors to erase past deficits and relaunch the company.

[54] The two schemes prescribe a combined procedure that ensures maintenance of the *status quo* by the stay of creditors' individual remedies for the time needed to prepare a restructuring plan to be presented to them with a view to an arrangement or compromise.

[55] In *Century*,¹² the Supreme Court restored the trial decision that “fostered a harmonious transition” between the two laws in order to provide a “single collective proceeding” with respect to insolvency. It wrote:

[77] The CCAA creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[56] There are two schemes: the BIA, which is directed at SMEs, , and the CCAA, which is directed at large businesses. Since SME proposals are numerous and have

¹¹ *Supra* note 5.

¹² *Supra* note 5.

more common elements, the *BIA* sets out a number of rules for dealing with them. In cases of large businesses in difficulty, which are fortunately less common, every situation is unique, and the *CCAA* accordingly provides for greater flexibility to ensure the solution is tailored to the situation.

[57] The two schemes are integrated, as can be seen from their many corresponding provisions, such as the rules for compensation, the definition of provable claims and the manner they are dealt with, and the stay of creditors' remedies that begins under one scheme and continues under the other.

[58] It should also be noted that section 97(3) *BIA*, which provides for compensation in the event of bankruptcy, also applies to proposals under section 66(1) *BIA*.¹³

[59] In addition to these provisions, there are also those covering the notion of a secured creditor, which are the same: "a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge or lien on or against the property of the debtor or any part of that property." (See the definitions in section 2 of both laws.)

[60] The ARQ itself draws attention to these close ties by employing the expression [TRANSLATION] "the plan or proposal" a number of times. For example, noting the common objective of the two schemes, it writes:

[TRANSLATION]

Under the *CCAA* or a proposal, a stay of proceedings is established to allow the debtor to restructure and present its creditors with a plan or proposal.*

* Section 11.2 *CCAA* and sections 69 and 69.1 *BIA*.

[61] This concordance now established, we may consider the Supreme Court's comments on the rule of compensation in insolvency cases. In *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Québec (Attorney General)*,¹⁴ it writes:

[55] ... Since s. 97(3) *BIA* is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. ...

¹³ LFI, art. 66 (1) Toutes les dispositions de la présente loi, sauf la section II de la présente partie [Proposition de consommateur], dans la mesure où elles sont applicables, s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux propositions faites aux termes de la présente section.

BIA, s. 66 (1) All the provisions of this Act, except Division II of this Part, in so far as they are applicable, apply ..., with such modifications as the circumstances require, to proposals made under this Division.

¹⁴ 2005 SCC 52, [2005] 2 SCR 564.

[56] ... The general principles of the *BIA* preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy. ...

[62] Equal treatment of creditors, subject to the priorities set out in the statute, is a recognized principle of insolvency law.

[63] The ARQ claims, however, that it has priority by virtue of compensation. It writes:

[TRANSLATION]

In *Husky Oil Operations Ltd. v. M.N.R.*¹⁵ [*Husky Oil*], the Supreme Court recognized that compensation creates a form of priority permitted in the context of insolvency. Parliament thus authorizes the party that invokes it to change the established order of priority.

¹⁵ [1995] 3 SCR 453 at paras. 60–61.

[64] Further on in *Husky*:

[Emphasis added.]

[57] In the bankruptcy context, a right to set-off necessarily has the effect of securing the claim of the party claiming set-off against assets of the bankrupt's estate. ...

....

[59] Indeed, as a result of creating a type of security interest in the estate, the operation of set-off in bankruptcy has been the subject of academic criticism. ...

[60] ... in the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Consequently, in this limited sense the party claiming set-off has Parliament's blessing for the "reordering" of his priority in bankruptcy by virtue of the operation of the law of set-off.

[65] In the civil law, this "priority" created by set-off is difficult to understand because compensation "is effected by operation of law upon the coexistence of debts..." (art. 1673 *CCQ*), essentially automatically. It is easier in the common law, where the operation is not automatic and the two debts exist independently and survive in parallel when bankruptcy occurs.

[66] In the civil law, on the day of Determination, compensation is effected and a balance is calculated in favour of the creditor or the debtor, if the two debts are liquid

and exigible. It is also effected if the debt is not exigible since a “debtor loses the benefit of the term if he becomes insolvent” (art. 1514 CCQ). Lastly, if judicial liquidation is required (art. 1672 CCQ), the balance is calculated retroactively to the day of Determination, since the claims must be established as at that date.

[67] In the common law, the two debts survive Determination. Owing to the cleavage between the bankrupt’s assets and liabilities, creditors retain provable claims for the entire amount owing to them but, in return, the entire amount of their debt must be paid to the trustee. This [TRANSLATION] “shocking” result is fortunately averted by the fact that both insolvency regimes allow for compensation.

[68] In this common law context, compensation can be seen as a form of priority security. The creditor is secured, but with respect to only one piece of the debtor’s property controlled by the trustee, namely, the debtor’s claim against the creditor. Once that security is received by way of a reduction in the amount of the debtor’s debt by the amount of the debtor’s claim, however, the creditor becomes an ordinary creditor with respect to the balance, with no security on any of the debtor’s other property.

[69] How does this apply to the ARQ’s claim on Kitco’s property?

[70] As at the day of Determination, the ARQ was one of Kitco’s creditors for the amounts assessed, but it was also one of Kitco’s debtors since it owed a tax refund for prior operations (not including the \$1.7 million for operations subsequent to Determination). The compensation was effected. The ARQ reduced the assessments by the amount of the refund, which it did not pay to Kitco, thus realizing its security on that piece of Kitco’s property by trading its claim for a refund. Once its security was realized through compensation, it no longer held any security on Kitco’s other property, and Kitco could keep that property to maintain its operations and restructure its business.

[71] When the ARQ later seeks to effect another compensation for \$1.7 million, it is clear that it is claiming a security interest on other property belonging to Kitco and assigning itself priority to the detriment of other ordinary creditors. This is an operation prohibited under the statute, as the Supreme Court notes in the passage from *D.I.M.S.*, cited above:

[56] ... The general principles of the *BIA* preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy. ...

[72] Once again the ARQ argues that the case law allows compensation to be effected between pre- and post-debts. I will not revisit *Air Canada*, the judgment criticized in the commentary.

[73] According to the ARQ, the compensation rule in bankruptcy matters must be given a broad interpretation. It writes:

[TRANSLATION]

. . . since *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Québec (Attorney General) [D.I.M.S.]*, it has been established that equitable set-off is no longer applicable in Quebec.

This is what led this Court, in *Daltech Architectural inc. (Syndic de) [Daltech]*, to conclude that legal compensation under the CCQ must be interpreted broadly:....

Compensation of related debts that are not necessarily certain, liquid or exigible as at the date of institution of insolvency proceedings is thus permitted under Quebec civil law. This right was in fact reaffirmed by the Court in *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Dolbec Transport inc.*^[15] ...

[Citations omitted.]

[74] So far, so good. But problems arise when, at the end of the last paragraph cited, the ARQ adds:

[TRANSLATION]

Regarding this aspect, the trial judge failed to take into account any of the foregoing judgments; she erred.

[75] According to the ARQ, the [TRANSLATION] “broad interpretation” of the case law would have led the Court in *Dolbec* to allow compensation to be effected between pre- and post-debts. This is not the case.

[76] In *Dolbec*, the Court noted that both of the debts to which set-off was applied were incurred before Determination. It wrote:

[TRANSLATION]

[37] This is why, although, following approval by the Court and payment of a dividend, the CSST was bound by the proposal and could no longer claim the balance of its debt under section 62(2) *BIA*, the Court is nevertheless of the opinion that, to defend itself against Dolbec’s action, the CSST could still avail itself of the provisions of section 97(3) *BIA* and effect compensation against the balance of the debt since there is nothing in the proposal to prevent this, the debts are related, and both occurred after Dolbec had filed its notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

[77] The source of the error lies in the fact that the pre-debts include those incurred after Determination where they result from an obligation that originated before

¹⁵ *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698.

Determination. Post-debts are only those incurred after and also resulting from an obligation originating after Determination, such as the \$1.7 million tax refund claimed after Determination and resulting from the company's post-Determination operations.

[78] Certainly, an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as at the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim if a court decision "deems it provable," as provided in sections 121(1) and (2), which refer to 135(1.1) and (4) *BIA*.

Art. 121 (1)

Réclamations prouvables

121 (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Décision

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

135 ...

Réclamations éventuelles et non liquidées

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l'évaluation.

...

Section 121 (1)

Claims provable

121 (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Contingent and unliquidated claims

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135 ...

Determination of provable claims

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

...

Determination or disallowance final

Effet de la décision

(4) La décision et le rejet sont définitifs et péremptoires, à moins que, dans les trente jours suivant la signification de l'avis, ou dans tel autre délai que le tribunal peut accorder, sur demande présentée dans les mêmes trente jours, le destinataire de l'avis n'interjette appel devant le tribunal, conformément aux Règles générales, de la décision du syndic.

and conclusive

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

[79] Even though date of the court's ruling is long after Determination, such an obligation is nonetheless a "provable claim" as of that day, to which compensation can apply.

[80] In *Daltech*¹⁶ as well, the Court reiterated that the mutual obligations at the source of the debts to be compensated must exist on the day of Determination. In that judgment, we read:

[TRANSLATION]

[58] In *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Québec (Attorney General)*, Deschamps, J. interpreted section 97(3) *BIA*. "... as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy". In this case, I share the opinion of the trial judge that compensation applies because, prior to the bankruptcy, the bankrupt had a claim against the respondent, as evidenced by the right of retention set out provided in the Contract. At the time of the bankruptcy, both parties were mutually creditor and debtor.

[81] For compensation to be possible, the question is not whether there is a debt, or whether it is liquid or exigible, or related to another debt, but whether it is a provable claim duly proved or "deemed a proved claim".

[82] In my opinion, sections 21 *CCAA* and 97(3) *BIA*, which provide that the "law of set-off or compensation applies to all claims...", thereby identify the point in time when compensation is effected, or in other words, the moment at which the claims must be established: it is on the date of Determination that temporal reciprocity is established.

[83] Thus, a creditor establishes its claim as at Determination, at which time it subtracts its own debt to the debtor. If the balance is in the creditor's favour, it

¹⁶ *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441.

establishes its provable claim. Otherwise, if the balance is in the debtor's favour, the latter is entitled to claim the balance, but not more.

[84] The judge also based her judgment on the principle of equality between creditors, from which compensation must not stray. She wrote:

[TRANSLATION]

[102] In accordance with these preoccupations and this reasoning, the Supreme Court specifically stated in *D.I.M.S.* that section 97(3) *BIA*, which allows compensation in the context of bankruptcy, implicitly requires that the mutual debts be incurred before the bankruptcy.

[55] Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules ... Section 97(3) *BIA* does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. Since s. 97(3) *BIA* is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly.

[85] I read *D.I.M.S.* in the same way. Another passage from that judgment reads:

[40] ...

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.

...

[55] . . . [Section 97(3) *BIA*] must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 *BIA* as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.

[86] In a similar vein, the judge added:

[TRANSLATION]

[103] Moreover, the Court of Appeal of Québec has abided by this rule in a number of decisions.⁶³

[104] In 2004, in accordance with that rule and in a context similar to that of the current dispute, the Court of Appeal for Ontario ruled⁶⁴ that Canada Revenue Agency cannot assign refunds owing to a debtor for tax overpayments made

after a proposal to the payment of a debt incurred by the debtor toward Revenue Canada for taxes unpaid before the proposal.

[105] Given the strong similarity between sections 97(3) *BIA* and 21 *CCAA*, and the fact that both laws are part of an integrated body of insolvency law, that conclusion applies just as well to set-off in a context of restructuring. There is no reason to differentiate between the set-off mechanism in the context of a bankruptcy or proposal and in the context of an arrangement.

⁶³ *CSST c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698 at para. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, paras. 58, 61; 2945-2802 *Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341 at paras. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.Q.B. (4th) 263 at para. 19.

⁶⁵ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379 at paras. 15, 22-24, 78.

[87] Rulings prior to *D.I.M.S.* now have less weight.

[88] In short, the interpretation in the case law of section 21 *CCAA* does not go in the direction that the ARQ would like.

(D) The potential failure of Kitco to submit a plan of arrangement

[89] The ARQ bases this additional ground on an alternative hypothesis, depending on whether the proceeding ends with or without an arrangement. It writes:

[TRANSLATION]

In the event of the approval of the plan or proposal, a new contract will bind the creditors. This is the cut-off date after which compensation of a debt incurred before insolvency proceedings by a debt incurred after the proceedings must cease, unless the parties have agreed otherwise.⁶¹ If the plan or proposal is not approved, bankruptcy will take place at the proposal stage, or the stay will be lifted and bankruptcy will take place at the arrangement stage, and this is when the cut-off date will be established. Any compensation that will have been effected at that point will be the compensation of debts incurred before the bankruptcy.

⁶¹ Note that the compensation of debts incurred before the institution of proceedings can be effected at any time, even after approval of the proposal – *Dolbec*, *supra* note 21.

[90] In the footnote, the ARQ rightly recognizes that compensation can be effected even after an arrangement has been established.

[91] An arrangement does not change compensation. It binds all creditors with provable claims (s. 2 *BIA*) as at Determination, claims which will have already been

reduced by the amount of the creditor's own debt to the debtor, or which will be a defence against an action by the debtor, even if that action is subsequent to the arrangement agreement. This is what was established in *Dolbec*.

[92] The possibility of a potential arrangement is not helpful in interpreting section 21 CCAA or in determining how to apply it during the present *status quo* period.

[93] The ARQ considers it more probable that Kitco will default. It writes:

[TRANSLATION]

Note that Kitco has not filed a plan and seems not to have the intention to file one, at least not until the tax dispute is resolved. Consequently, the only purpose of the CCAA protection is to prevent the remedies of the tax authorities.

[94] The hypothesis that the proceedings will fail and end with no arrangement does not help us to see clearly either. In the following excerpt, the ARQ uses the future perfect tense, which implies retroactivity:

[TRANSLATION]

All of the compensation that will have been effected at that point will be the compensation of debts incurred before the bankruptcy.

[95] Of course, if the assessments are confirmed, we may anticipate that the proceedings underway pursuant to the CCAA will fail and that Kitco will go into bankruptcy in the following days. The provable claims in the bankruptcy will be established "on the day on which the bankrupt becomes bankrupt" (s. 121(1) *BIA*). The ARQ's present claim, established as at June 8, will no longer be valid, and its new claim will be cut off at the date of bankruptcy.

[96] At that point, compensation will again come into play (s. 97(3) *BIA*), and all of the reciprocal debts up to that new date will be taken into account. It is true that, on that future day, the ARQ will be entitled to compensate its assessments with the tax refunds owed to Kitco, including the claimed refund of \$1.7 million, if it is not yet paid.

[97] I do not see, however, how this new application of compensation on the occasion of hypothetical new bankruptcy proceedings would change the rules of compensation that are applicable now, during the *status quo*.

[98] In short, the ARQ will perhaps be entitled to compensation of a post-Determination debt under the CCAA if these proceedings end without an arrangement, but the ARQ cannot invoke this future right to establish a present right to compensation.

[99] This additional ground of appeal has no merit.

[100] In conclusion, the Judge was right to rule that compensation between pre- and post-debts is not permitted.

[101] For these reasons, I am of the opinion that the Court should dismiss these appeals, with legal costs in favour of the respondent (Kitco) and the impleaded parties (Richter LLP and Heraeus Metals New York LLC), but without costs against the intervener (QAIRP).

PAUL VÉZINA, J.A.

COUR SUPÉRIEURE

(Chambre commerciale)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No: 500-11-040900-116

DATE: 1^{er} février 2016

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE MARIE-ANNE PAQUETTE, J.C.S.

**DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES, L.R.C. (1985) c. C-36, telle qu'amendée**

MÉTAUX KITCO INC.
DÉBITRICE - Requérante

c.
**L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**
CRÉANCIÈRES - Intimés

et
RSM RICHTER INC.
CONTRÔLEUR - Mis en cause

et
PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
Mis en cause

JUGEMENT
SUR LA REQUÊTE RÉ-AMENDÉE DE KITCO CONCERNANT LA COMPENSATION
EFFECTUÉE PAR LES AUTORITÉS FISCALES (SEQ. 132)¹

¹ Titre au long : *Re-amended Motion to enforce the initial order, to declare illegal certain rights of set-off exercised by the Agence du Revenu du Québec and the Attorney General of Canada, to declare inapplicable, invalid, inoperative, unconstitutional or of no force and effect certain provisions of certain tax statutes of the province of Québec and of Canada and to condemn l'Agence du Revenu du Québec and the Attorney General of Canada to pay to the Petitioner the input tax credits and the input tax refunds to which it is entitled (Set-Off Motion) (Requête sur la compensation).*

1. L'APERÇU

[1] Métaux Kitco inc. (**Kitco** ou **Débitrice**) est en restructuration sous l'égide de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies (LACC)*².

[2] Le litige se rapporte aux remboursements de taxes de vente que Kitco, en tant que fournisseur, peut obtenir relativement aux taxes de vente qu'elle a payées à ses propres fournisseurs (**Crédits de taxes**)³.

[3] Plus précisément, le différend découle de la compensation que les autorités fiscales fédérale⁴ et québécoise⁵ (**Agences**)⁶ opèrent entre deux créances.

[4] D'une part, Kitco réclame mensuellement des Agences de Crédits de taxes en lien avec la continuation de ses opérations. Ces crédits se rapportent à des transactions survenues pendant la restructuration et ne sont pas contestés (**Crédits non contestés**).

[5] D'autre part, les Agences réclament le remboursement de Crédits de taxes que Kitco aurait perçus frauduleusement avant le début des présentes procédures. Kitco conteste cette réclamation (**Dettes fiscales litigieuses**).

[6] Le Tribunal conclut que les Agences ne peuvent opérer compensation entre les Crédits non contestés et la Dette fiscale litigieuse.

[7] En effet, les conditions de la compensation dans un contexte d'insolvabilité ne sont pas remplies ici. Les deux dettes en cause ne sont pas connexes, certaines, liquides, exigibles.

[8] De plus, la compensation ne peut s'opérer entre une dette antérieure (Dette fiscale litigieuse) et une dette postérieure (Crédits non contestés) au début des procédures en insolvabilité.

[9] Par ailleurs, la lettre et l'esprit de la LACC écartent l'application des présomptions d'exigibilité et de validité prévues aux lois fiscales et les Agences ne peuvent les invoquer dans le contexte de la présente affaire pour opérer compensation.

² L.R.C. (1985), c. C-36.

³ Pour le remboursement de la TPS (crédit de taxes sur intrants (**CTI**)), voir : *Loi sur la taxe d'accise* L.R.C. (1985), c. E-15 (**LTA**), art. 169.

Pour le remboursement de la TVQ (Remboursement de taxes sur les intrants (**RTI**)), voir : **LTVQ**, art. 199.

⁴ L'Agence du Revenu du Canada (**ARC**), représentée ici par le Procureur général du Canada (**PGC**).

⁵ L'Agence du revenu l'Agence du Revenu du Québec (**ARQ**).

⁶ Le ministre du Revenu du Québec, *via* l'ARQ, est responsable de l'application des lois fiscales au Québec, notamment la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1 (**LTVQ**).

Le ministre du Revenu du Québec, *via* l'ARQ, est également mandataire aux fins de l'application de la Taxe sur les produits et services (**TPS**) au Québec (*Entente relative à l'administration de la TPS par le Québec*).

Ainsi, l'ARQ gère la perception de la Taxe de vente du Québec (**TVQ**) et de la TPS au Québec, de même que le remboursement des Crédits de taxes (RTI pour la TPS et CTI pour la TVQ).

2. LA CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

2.1 Les activités de Kitco et les paiements de taxes de vente

[10] Kitco achète des rebuts d'or de divers fournisseurs (orfèvres) et vend par la suite l'or pur qu'elle en extrait.

[11] Kitco doit payer la TPS et la TVQ à ses fournisseurs lors de l'achat de ces rebuts d'or.

[12] En effet, alors que les transactions sur l'or pur (métal précieux) sont exemptes de taxes⁷, les achats de bijoux et de rebuts d'or sont soumis aux taxes de vente⁸.

[13] Les lois fiscales⁹ permettent par ailleurs à Kitco de réclamer ensuite des Crédits de taxes pour rembourser les taxes de vente qu'elle paye à ses fournisseurs, entre autres à l'occasion de ces achats de rebuts d'or.

2.2 La Dette fiscale litigieuse

[14] La Dette fiscale litigieuse est de plus de 313 millions de dollars¹⁰. Les Agences ont déposé des preuves de réclamation à cet égard¹¹.

[15] Selon les Agences, Kitco aurait participé à un stratagème avec certains de ses fournisseurs et aurait ainsi frauduleusement réclamé et reçu des Crédits de taxes dans le contexte de ses opérations d'achat de rebuts d'or. Les Agences avancent que Kitco n'aurait pas payé à ces fournisseurs la TPS et la TVQ pour lesquelles elle a réclamé et obtenu des Crédits de taxes.

[16] Les avis de cotisation (**Avis de cotisation**)¹² émis à cet effet se rapportent à des Crédits de taxes que Kitco a reçus du 1^{er} janvier 2006 au 31 août 2010, avant le début des procédures en insolvabilité.

[17] Kitco dépose ensuite des Avis d'opposition (**Avis d'opposition**)¹³, où elle nie faire partie du stratagème frauduleux allégué.

[18] Les 7 et 8 juin 2011, les Agences entament des mesures d'exécution des Avis de cotisation et procèdent à des saisies avant jugement des biens de Kitco¹⁴.

⁷ LTVQ, art. 191.4.

⁸ Pour la TPS, voir : LTA, art. 165.

Pour la TVQ, voir : LTVQ, art. 16.

⁹ Pour le CTI, en remboursement de la TPS, voir : LTA, art. 169.

Pour le RTI, en remboursement de la TVQ, voir : LTVQ, art. 199.

¹⁰ 227 088 232,97 \$ en TVQ et 85 301 550,75 \$ en TPS.

¹¹ Pièce R-8. Preuve de réclamation amendée le 15 octobre 2012 (Pièce R-9).

¹² Pièce R-2 : Avis de cotisation émis les 5, 8, 9, 16 et 17 novembre 2010, 26 janvier et 7 février 2011.

¹³ Pièce R-2.

¹⁴ Pièce R-4.

[19] Les lois fiscales permettent en effet aux Agences d'exiger le remboursement immédiat de la Dette fiscale litigieuse, et ce, malgré la contestation de Kitco.

[20] Plus précisément, elles stipulent que les réclamations formulées dans les Avis de cotisation sont réputées valides¹⁵ et sont immédiatement exigibles¹⁶, et ce, nonobstant toute contestation s'y rattachant.

2.3 La judiciarisation du conflit

[21] Le 8 juin 2011, incapable de faire face aux mesures d'exécution forcée entamées par les Agences, Kitco dépose un Avis d'intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)*¹⁷ et un avis de suspendre les procédures.

[22] Le 7 juillet 2011, il est **convenu** de continuer les procédures en vertu LACC et une ordonnance initiale est émise en vertu de cette loi (**Ordonnance initiale**).

[23] Le 5 juillet 2012, dans le cadre de la présente restructuration, les Agences déposent leur preuve de réclamation pour la Dette fiscale litigieuse¹⁸.

[24] Les procédures de contestation de la Dette fiscale litigieuse en sont présentement au stade de la communication et de l'examen de la preuve devant les instances fiscales compétentes¹⁹. L'existence de procédures pénales connexes complique et ralentit le déroulement de cette contestation fiscale.

2.4 La continuation des opérations de Kitco et les Crédits non contestés

[25] Kitco continue à opérer pendant sa restructuration et à réclamer mensuellement des Crédits de taxes.

[26] Les Agences reconnaissent que Kitco a droit au remboursement de ces Crédits non contestés. Ils ne sont pas liés au stratagème frauduleux à l'origine de la Dette fiscale litigieuse. Ils se rapportent à des transactions subséquentes que Kitco a effectuées avec d'autres fournisseurs, non soupçonnés de participer à la fraude alléguée.

[27] Cependant, les Agences refusent de payer les Crédits non contestés. Elles opèrent compensation et les affectent au paiement de la Dette fiscale litigieuse.

¹⁵ Pour la TPS, voir : LTA, art. 299(3)(4).

Pour la TVQ, voir : *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3 (LI), art. 1014, qui s'applique à la TVQ en vertu de la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002 (LAF), art. 95.

¹⁶ Pour la TPS, voir : LTA, art. 299 (3)(4) et 315.

Pour la TVQ, voir : LAF, art. 13 et 27.01.1.

¹⁷ L.R.C. (1985), c. B-3, art. 50.4(1) et 69(1).

¹⁸ Pièce R-8. Preuve de réclamation amendée le 15 octobre 2012 (Pièce R-9).

¹⁹ Devant la Cour canadienne de l'impôt en ce qui concerne la TPS et devant la Cour du Québec, chambre civile en ce qui concerne la TVQ.

2.5 Les affectations de paiement (compensation) et les refus de Crédits de taxes que Kitco a réclamés pendant sa restructuration

[28] Depuis le début des procédures en insolvabilité, les Crédits non contestés que les Agences refusent de payer à Kitco s'élèvent à 1 779 579,94 \$²⁰. Ce montant augmente chaque mois, au gré des taxes de vente que Kitco paye à ses fournisseurs et ne peut se faire rembourser pour le moment.

[29] En effet, les lois fiscales permettent aux Agences d'opérer compensation lorsqu'une personne qui a droit à un remboursement doit également des sommes en vertu d'une loi fiscale²¹.

[30] Les Agences invoquent ce droit à la compensation dans le contexte de la présente restructuration.

[31] Précisons que les Agences ont affecté des Crédits de taxes non contestés au paiement de la Dette fiscale litigieuse, et ce, à la fois avant et après le début des procédures en insolvabilité, le 8 juin 2011.

[32] Du 8 juin 2011²², au 30 novembre 2015²³, les Agences ont affecté 1 779 579,94 \$ des Crédits non contestés au paiement de la Dette fiscale litigieuse. Ces sommes sont au cœur du présent débat sur la compensation.

[33] Par ailleurs, avant le 8 juin 2011, les Agences ont affecté 4 754 656,60 \$²⁴ des Crédits non contestés au paiement de la Dette fiscale litigieuse. La présente requête ne traite pas de ces sommes²⁵.

[34] En 2010 et 2011, l'ARQ a également refusé à Kitco plus de 76 millions de dollars²⁶ en Crédits de taxes pour des motifs autres que la compensation. La présente requête ne se rapporte pas directement à ces refus non plus²⁷.

[35] En effet, la compensation effectuée avant le début des procédures en insolvabilité et les refus de Crédits de taxes font l'objet d'un recours en dommages et en déclaration d'abus que Kitco a intenté en Cour supérieure contre l'ARQ, le PGQ et le PGC²⁸.

²⁰ 1 443 713,16 \$ en RTI (TVQ) et 335 866,78 \$ en CTI (TPS).

²¹ Pour la TVQ : LTA, art. 318. Pour la TVQ : LAF, art. 31.

²² Date d'institution des procédures en insolvabilité.

²³ Date de la dernière estimation disponible.

²⁴ 2 892 769,45 \$ en RTI (TVQ) et 1 861 887,06 \$ en CTI (TPS).

²⁵ Requête ré-amendée en compensation, par. 64.1.

²⁶ 47 051 044,47 \$ en RTI (TVQ) et 29 880 336,78 \$ en CRT (TPS).

²⁷ Par contre, les conclusions que le Tribunal tirera en ce qui a trait au droit de l'ARC d'opérer compensation après le 8 juin 2011 auront un impact sur cette réclamation également, si les motifs de refus des Agences devaient éventuellement être rejetés.

²⁸ Pièce R-14, dossier no 500-17-072346-128. Action instituée le 6 juin 2012. Kitco y réclame 120 738 959,72 \$ en dommages compensatoires et 1 500 000 en dommages punitifs contre l'ARQ, le PGC et le PGQ.

[36] De plus, Kitco a réservé ses droits de contester éventuellement la compensation effectuée avant le 8 juin 2011, au motif qu'elle constituerait une préférence frauduleuse en faveur des Agences.

[37] Le présent litige se rapporte donc uniquement à la compensation effectuée après le début des procédures en insolvabilité (8 juin 2011).

3. LA DISPOSITION DE LA LACC SUR LA COMPENSATION

[38] Tel que le stipule l'article 21 LACC, les règles de la compensation s'appliquent dans le cadre d'une restructuration sous l'égide de cette loi:

<p>21. [Compensation] Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.</p>	<p>21. [Law of set-off or compensation to apply] The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.</p>
---	--

[39] Les articles 97(3) et 101.1(1) LFI sont au même effet. Ainsi, en matière de cession de biens ou de proposition en vertu de la LIF, les règles de la compensation s'appliquent également.

[40] Les règles de la compensation s'appliquent donc dans un contexte d'insolvabilité. Il s'agit ici de déterminer si les conditions pour effectuer une telle compensation dans un contexte d'insolvabilité sont remplies.

4. LA POSITION DES PARTIES

[41] Pour l'essentiel, Kitco, le contrôleur RSM Richter inc. (**Contrôleur**) et Heraeus Metals New York LLC (**Heraeus**), créancière de Kitco, partagent la même position.

[42] Ils estiment que les Agences ne peuvent effectuer compensation et que, si nécessaires, les dispositions des lois fiscales sur lesquelles elles se fondent pour opérer compensation doivent être déclarées inopérantes dans le cadre de procédures en insolvabilité.

[43] Les Agences défendent la validité et l'applicabilité de ces dispositions, et ce, même dans un contexte d'insolvabilité.

5. LES QUESTIONS EN LITIGE

[44] Les questions en litige se résument donc à ceci :

- 1- Les conditions pour opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse et les Crédits non contestés, dans le cadre de la restructuration de Kitco, sont-elles remplies?
- 2- Les Agences peuvent-elles, dans le cadre de la restructuration de Kitco, invoquer le bénéfice des présomptions d'exigibilité et de validité des lois fiscales pour répondre aux conditions de la compensation?

[45] Se fondant sur les principes cardinaux en matière d'insolvabilité et sur les conditions de la compensation dans un contexte d'insolvabilité, le Tribunal répond par la négative à ces deux questions.

6. L'ANALYSE

6.1 Les principes cardinaux en matière de faillite et d'insolvabilité

6.1.1 L'égalité des créanciers

[46] Dans l'exercice de sa compétence en matière de faillite et d'insolvabilité²⁹, le Parlement a adopté deux lois principales : la LACC et la LFI.

[47] La LACC se distingue de la LFI par son objectif réparateur. Elle vise à éviter les effets dévastateurs d'une faillite ou l'arrêt des activités d'une entreprise³⁰. Elle participe néanmoins de la même philosophie que la LFI. En effet, la LACC et la LFI font partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité³¹.

[48] Deux objectifs se trouvent au cœur de ces deux lois³²:

- (1) la réhabilitation financière du débiteur, libre de dettes passées;
- (2) le partage équitable des biens du débiteur entre ses créanciers selon l'ordre de priorité qu'elles établissent.

[49] Le premier objectif passe par le mécanisme de libération que prévoient la LACC et la LFI au terme du processus. La suspension des procédures constitue également un

²⁹ La version française de la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(21) se lit : « La banqueroute et la faillite », alors que la version anglaise se lit : « *Bankruptcy and Insolvency* ».

³⁰ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 18, 59, 60.

³¹ *Id.*, par. 15, 22 - 24, 78.

³² *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, par. 32; *Terre-Neuve-et-Labrador c. Abitibi Bowater Inc.*, [2012] 3 R.C.S. 443, par. 21; *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 22, 60; *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7, 8; *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 2 R.C.S. 417, par. 38; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922 (demande de permission d'en appeler rejetée par la Cour suprême du Canada), par. 33, 34; *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119, par. 95, 96 (j. Clément Gascon).

outil de réhabilitation, entre autres en ce qu'elle permet de ménager au débiteur un minimum vital³³.

[50] Par ailleurs, le principe de l'égalité des créanciers, une des pierres angulaires des régimes de la LACC et de la LFI, découle du second objectif mentionné précédemment.

[51] En effet, dans l'optique d'assurer un partage équitable des biens du débiteur entre les créanciers, la LACC et la LFI imposent une procédure unique devant un même tribunal. La procédure unique vise à faire échec à l'inefficacité et au chaos. Autrement, les créanciers devraient rivaliser entre eux d'astuces et de vitesse pour tenter leurs propres procédures contre le débiteur et maximiser leurs chances de recouvrer leur créance.

[52] La procédure unique permet donc au tribunal de suspendre la plupart des mesures d'exécution contre l'actif du débiteur de façon à maintenir le *statu quo* durant la négociation avec les créanciers aux fins de la transaction ou de l'arrangement à présenter.

[53] Elle facilite également la négociation avec les créanciers en les mettant tous sur un même pied.

[54] Par conséquent, toute disposition qui fait exception au principe de l'égalité des créanciers doit être interprétée restrictivement. Un créancier ne peut donc être avantagé indûment par rapport aux autres, sauf si la loi l'autorise expressément³⁴.

[55] Le principe de l'égalité des créanciers connaît plusieurs déclinaisons.

[56] Certes, une modification de l'ordre de priorité établi par la LFI ou la LACC, non expressément prévue à la loi, est jugée contraire à ce principe.

[57] Toute autre asymétrie dans les règles applicables aux créanciers, à moins qu'elle ne soit expressément prévue à la loi, est également considérée contraire au principe de l'égalité des créanciers.

[58] Par exemple, toute disposition qui aurait pour effet de soumettre certains créanciers à des règles distinctes en ce qui a trait au fardeau de preuve requis pour démontrer leur réclamation ou au délai dont dispose le Syndic ou le Contrôleur pour contester leur réclamation sont considérées dérogatoires au principe de l'égalité des créanciers³⁵.

³³ *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, par. 38-39; *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 2 R.C.S. 417, par. 39.

³⁴ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 55.

³⁵ *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922 (demande de permission d'en appeler rejetée par la Cour suprême du Canada), par. 48, 62, 63.

6.1.2 La Couronne est une créancière non garantie

[59] Tel que le stipule son article 40, la LACC s'applique à la Couronne³⁶ :

<p>40. [Obligation de Sa Majesté] La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.</p>	<p>40. [Act binding on Her Majesty] This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.</p>
--	---

[60] Or, suivant l'article 38(1) LACC³⁷, les réclamations de la Couronne sont en principe des réclamations non garanties dans le contexte d'une restructuration.

<p>38. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de toute procédure intentée sous le régime de la présente loi, les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme <u>réclamations non garanties</u>.</p> <p>[Soulignement ajouté]</p>	<p>38. (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 39 called a "workers' compensation body", rank as <u>unsecured claims</u>.</p> <p>[Emphasis added]</p>
--	---

[61] La LACC aménage cependant certaines exceptions à ce principe.

[62] Entre autres, l'article 38(2) LACC prévoit que la Couronne peut invoquer les charges ou sûretés dont toute personne peut se prévaloir³⁸:

<p>38. (2) [Exceptions] Sont soustraites à l'application du paragraphe (1) :</p> <p>a) les réclamations garanties par un <u>type de charge ou de sûreté dont toute personne, et non seulement Sa Majesté ou l'organisme, peut se prévaloir au titre de dispositions législatives fédérales ou provinciales n'ayant pas pour seul ou principal objet l'établissement de mécanismes garantissant les réclamations de Sa Majesté ou de l'organisme, ou au titre de toute autre règle de droit;</u></p>	<p>38. (2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply</p> <p>(a) in respect of claims that are secured by a <u>security or charge of a kind that can be obtained by persons other than Her Majesty or a workers' compensation body</u></p> <p>(i) pursuant to any law, or</p> <p>(ii) pursuant to provisions of federal or provincial legislation if those provisions do not have as their sole or principal purpose the establishment of a means of securing claims of Her Majesty or a workers'</p>
--	--

³⁶ L'article 4.1 LFI est au même effet.

³⁷ L'article 86 (1) LFI est au même effet.

³⁸ L'article 86 (2) LFI est au même effet.

[...].	<u>compensation body</u> ; and [...].
[Soulignement ajouté]	[Emphasis added]

[63] L'article 38(3) LACC³⁹ énumère également plusieurs autres exceptions au statut de créancier non garanti de la Couronne. Ces exceptions visent entre autres les réclamations de la Couronne ou des provinces pour l'impôt sur le revenu ou pour les retenues à la source aux fins du Régime de pensions du Canada ou d'une province ou des cotisations à la caisse de l'assurance-emploi (**Retenues à la source**).

[64] Notons ici qu'aucune des exceptions prévues à l'article 38(3) LACC ne concerne les réclamations de la Couronne ou des provinces en matière de taxes de vente.

[65] Fidèle à l'intention de traiter la Couronne comme un créancier non garanti, l'article 37 LACC⁴⁰ neutralise les fiducies réputées que d'autres lois établissent en faveur de la Couronne⁴¹:

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) ⁴² et par dérogation à toute <u>disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté</u> , aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.	37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite <u>any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty</u> , property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.
[Soulignements du Tribunal]	[Emphasis added]

[66] Ces fiducies présumées établies en faveur de la Couronne, au même titre que les pouvoirs de saisie-arrêt que des lois particulières accordent à la Couronne, font partie des mécanismes fréquemment utilisés pour protéger les créances de la Couronne et permettre leur exécution⁴³.

[67] Cette exclusion du mécanisme de fiducies présumées illustre l'importance et la préséance accordées au principe de l'égalité des créanciers dans un contexte d'insolvabilité.

³⁹ L'article 86 (2) LFI est au même effet.

⁴⁰ L'article 67 (2) (3) LFI est au même effet.

⁴¹ Sauf en ce qui a trait aux réclamations pour impôt sur le revenu ou pour les Retenues à la source, dont traite l'article 37(2) LACC.

⁴² L'article 37(2) LACC traite des fiducies présumées établies en ce qui a trait aux impôts sur le revenu et aux Retenues à la source.

⁴³ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 30.

[68] Il ressort également de ce qui précède que lorsque le législateur désire que certaines créances demeurent protégées dans un contexte d'insolvabilité, il l'indique de façon claire, explicite et minutieuse. Ainsi, en l'absence d'une disposition législative expresse permettant de conclure qu'une créance de la Couronne bénéficie d'un traitement préférentiel sous le régime LACC, elle sera traitée comme un créancier ordinaire⁴⁴.

[69] Rappelons qu'en 1992, la réforme de la LFI a entre autres significativement réduit les priorités de la Couronne en réponse aux critiques selon lesquelles ce régime de priorités ne laissait souvent rien dans les faillites pour les créanciers ordinaires. Les priorités de la Couronne étaient alors vues comme une des injustices les plus flagrantes de la LFI⁴⁵.

[70] Les dispositions LACC en ce qui a trait au statut de la Couronne en tant que créancier participent de la même philosophie et de la même facture que celles de la LFI. Elles doivent, elles aussi, être interprétées en tenant compte de cet historique. En effet, le souci d'assurer un équilibre entre les créanciers est d'égale importance, tant sous la LACC que la LFI.

[71] À plusieurs reprises, les tribunaux ont adopté une interprétation et une application restrictives des dispositions qui, hors d'un contexte d'insolvabilité, auraient conféré à la Couronne des droits plus étendus que ceux que lui confère la LFI ou la LACC⁴⁶.

[72] Il est en effet reconnu que les Agences ne se retrouvent pas sur un pied différent de tous les autres créanciers, simplement en raison de la nature de leur créance et des présomptions qui s'y rattachent⁴⁷.

6.2 La compensation dans un contexte d'insolvabilité ou de faillite

[73] Tel que le stipule l'article 21 LACC, les règles de la compensation s'appliquent même dans le cadre d'une restructuration sous l'égide de cette loi⁴⁸:

⁴⁴ *Id.*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 45, 51; *Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, 46. *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922, par. 33-34, 48, 62, 63.

⁴⁵ *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 R.C.S. 286, par. 12-14.

⁴⁶ *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51; *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 R.C.S. 286; *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Deloitte Haskins and Sells c. Workers Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922; *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119.

⁴⁷ *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119, par. 95-98 (j. Clément Gascon).

⁴⁸ Les articles 97(3) et 101.1(1) LFI sont au même effet.

<p>21. [Compensation] <u>Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.</u></p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p>21. [Law of set-off or compensation to apply] <u>The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.</u></p> <p>[Emphasis added]</p>
---	---

[74] Tel qu'expliqué ci-après, pour opérer compensation dans le cadre d'une restructuration ou d'une faillite au Québec, le tribunal doit être satisfait que les conditions générales du droit civil québécois en matière de compensation sont respectées. Ainsi, les dettes en cause doivent être réciproques, certaines, liquides, exigibles et connexes.

[75] Il est également nécessaire que les deux parties soient devenues mutuellement débitrices et créancière avant la date de la faillite ou la date d'institution des procédures en vertu LACC, selon la plus ancienne de ces deux dates.

6.2.1 Les conditions qui découlent des règles générales du droit civil québécois

[76] L'article 21 LACCC incorpore le mécanisme de la compensation en matière d'insolvabilité sans le définir. Les règles applicables au mécanisme de la compensation, dans un contexte d'insolvabilité, sont donc établies à la lumière du texte de la loi pertinente, et à la lumière du droit supplétif provincial. Au Québec, le droit civil québécois, et non la *Common law*, agit comme droit supplétif en matière de faillite et d'insolvabilité. Cela exclut entre autres l'application du concept d'*equitable set-off*, propre à ce dernier régime et étrangère au droit civil québécois⁴⁹.

[77] En droit civil québécois, les règles de la compensation sont énoncées à l'article 1673 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu'elle s'opère entre des dettes (1) réciproques, (2) liquides, (3) certaines et (4) exigibles.

<p>1673. La compensation s'opère de plein droit dès que <u>coexistent des dettes</u> qui sont l'une et l'autre <u>certaines, liquides et exigibles</u> et qui ont pour objet une somme</p>	<p>1673. Compensation is effected by operation of law upon the <u>coexistence of debts that are certain, liquid and exigible</u> and the object of both of which is a sum of</p>
---	---

⁴⁹ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 34-36, 64.

d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.	money or a certain quantity of fungible property identical in kind.
Une partie <u>peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.</u>	A party <u>may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.</u>
[Soulignements du Tribunal]	[Emphasis added]

[78] L'article 1681 du *Code civil du Québec* ajoute que si des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, la compensation ne peut avoir pour effet de leur retirer ces droits⁵⁰ :

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.	1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.
--	---

[79] Revenons sur chacune des conditions mentionnées précédemment.

[80] La notion de réciprocité exige une coexistence de dettes « en sens inverse » ou de « dettes croisées ». Les deux créances doivent donc avoir pour titulaires les mêmes personnes prises dans les mêmes qualités⁵¹.

[81] La liquidité d'une créance se rapporte à son montant. Une dette non chiffrée n'est pas liquide.

[82] La certitude d'une créance concerne sa validité juridique. Une dette contestée quant à sa validité n'est pas certaine.

[83] Une créance est exigible si elle est susceptible d'exécution forcée. Une obligation assortie d'un terme ou d'une condition n'est pas exigible tant que ce terme ou cette condition ne sont pas atteints.

[84] Par ailleurs, la compensation peut s'opérer suivant divers mécanismes. Elle peut s'opérer de plein droit (compensation légale) ou dans le cadre d'un jugement qui statue sur le différend entre les parties quant au respect des conditions de la compensation (compensation judiciaire).

⁵⁰ *Id.*, par. 34-36; *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 61-62.

⁵¹ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des Obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, par. 2677.

[85] La compensation légale s'opère de plein droit lorsque les deux dettes remplissent les quatre conditions mentionnées précédemment.

[86] La compensation judiciaire s'opère lorsque le tribunal tranche un différend entre les parties sur cette question et conclut que les conditions mentionnées précédemment sont remplies.

[87] Une exigence s'ajoute cependant pour opérer compensation judiciaire. En effet, le tribunal doit être convaincu qu'en plus d'être (1) réciproques, (2) liquides, (3) certaines et (4) exigibles, les dettes sont (5) connexes.

[88] La notion de connexité est souvent discutée en lien avec l'article 172 C.p.c.⁵², qui exige la connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle. Les réflexions développées dans ce contexte peuvent être utilisées aux fins d'apprécier la connexité entre deux dettes aux fins de compensation⁵³.

[89] Cette jurisprudence nous enseigne que la connexité correspond à une « affinité directe », à un « rapport intime », à une « liaison étroite », fait appel à un « rapport de dépendance ou des similitudes » entre des éléments⁵⁴. La possibilité de faire l'objet d'une preuve commune et le risque de jugements contradictoires si les différentes dettes ou affaires sont traitées isolément constituent de forts indices de connexité.

[90] En *Common law*, la notion d'*equitable set-off* requiert également que les deux dettes en cause soient connexes⁵⁵.

6.2.2 Les conditions ou allègements qui découlent de la LACC et de la LFI

[91] En matière de faillite et d'insolvabilité, le mécanisme de la compensation comporte également deux particularités qui, elles, découlent des dispositions LACC et LFI⁵⁶.

- 1- les créances qui font l'objet de la compensation doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation (donc être antérieures à la faillite ou à l'institution des procédures);
- 2- la compensation peut avoir lieu comme si le failli était le demandeur.

⁵² C.p.c. (c. C-25.01), art. 172.

⁵³ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des Obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, par. 2705.

⁵⁴ *Peerensal inc. c. Toshiba International Corp.*, J.E. 97-169, p. 3 (C.A.); *Foessl c. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1857, p. 7 (C.A.).

⁵⁵ Sur la définition de ce critère de connexité en matière d'*equitable set-off*, voir : *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193, par. 34, 37, 38 : « Une demande de compensation doit être reliée si clairement avec la réclamation du demandeur qu'il serait manifestement injuste de permettre au demandeur d'exiger le paiement sans qu'on tienne compte de la demande de compensation ».

⁵⁶ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 40, 41 53.

6.2.2.1 Les créances mutuelles doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation (donc être antérieures à la faillite ou à l'institution des procédures)

[92] Cette particularité découle des termes de l'article 21 LACC, qui prévoit que les règles de la compensation s'appliquent « à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances »⁵⁷.

[93] L'article 2 LACC définit une « réclamation » par référence à la notion de « réclamation prouvable » au sens de la LFI.

[94] L'article 121 (1) LFI, qui définit la notion de « réclamation prouvable », exige que la réclamation découle d'une obligation contractée avant la date de la faillite.

<p>121 (1) [Réclamations prouvables] Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est <u>assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date,</u> sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.</p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p>121 (1) [Claims provable] All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge <u>by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt</u> shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.</p> <p>[Emphasis added]</p>
--	---

[95] De plus, les réclamations visées par un arrangement en vertu LACC sont définies à l'article 19 LACC, qui exige qu'elles se rapportent à des dettes ou obligations contractées à la date d'institution des procédures en vertu de la LACC ou à la date d'ouverture de la faillite au sens de la LFI, selon la plus ancienne de ces deux dates :

<p>19. (1) [Réclamations considérées dans le cadre des transactions ou arrangements] Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :</p> <p>a) celles <u>se rapportant aux dettes et</u></p>	<p>19. (1) [Claims that may be dealt with by a compromise or arrangement] Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are</p> <p>(a) <u>claims that relate to debts or liabilities,</u></p>
--	--

⁵⁷ En matière de faillite, les termes de l'article 97(3) LFI sont essentiellement au même effet.

<p><u>obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :</u></p> <p>(i) <u>la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,</u></p> <p>(ii) <u>la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;</u></p> <p>b) <u>celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre.</u></p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p>present or future, <u>to which the company is subject on the earlier of</u></p> <p>(i) <u>the day on which proceedings commenced under this Act, and</u></p> <p>(ii) <u>if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the Bankruptcy and Insolvency Act or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the Bankruptcy and Insolvency Act, the date of the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and</u></p> <p>(b) <u>claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).</u></p> <p>[Emphasis added]</p>
--	--

[96] Partant, dans un contexte d'insolvabilité, la compensation ne peut s'opérer qu'à l'égard d'engagements ou de créances qui découlent d'une obligation contractée, selon le cas, avant la date de la faillite ou avant la date d'institution des procédures en vertu de la LACC, selon la plus ancienne des ces deux dates.

[97] La Cour suprême exprime ainsi ce principe dans *D.I.M.S.* :

[40] Premièrement, le par. 97(3) LFI précise que la compensation s'applique aux réclamations contre l'actif du failli. Le créancier doit donc remplir les conditions du par. 121(1) LFI dont la partie pertinente se lit :

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujetti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujetti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.⁵⁸

[Soulignements du Tribunal]

[98] Pour opérer compensation dans un contexte d'insolvabilité, la règle mentionnée précédemment doit être respectée à l'égard de toutes les dettes pour lesquelles la compensation est demandée. Ainsi, tant la créance qui pèse contre la débitrice ou la faillie que la créance dont elle est elle-même créancière doivent exister au moment de la faillite ou de l'institution des procédures.

[99] Il en va ainsi parce que les dispositions qui permettent le recours au mécanisme de la compensation dans un contexte d'insolvabilité doivent recevoir une interprétation restrictive.

[100] En effet, l'application du mécanisme de la compensation dans un contexte d'insolvabilité fait exception au principe de l'égalité des créanciers. Elle a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation⁵⁹.

[101] Cette disposition doit donc être strictement interprétée en conjonction avec les articles qui définissent ce que constitue une réclamation prouvable⁶⁰ et avec les articles qui établissent le plan de répartition ou identifient les réclamations à privilégier par rapport à d'autres⁶¹.

[102] Suivant ces considérations et ce raisonnement, la Cour suprême a spécifiquement énoncé dans *D.I.M.S.*⁶² que l'article 97(3) LFI, qui permet le recours à la compensation dans un contexte de faillite, requiert implicitement que les créances mutuelles aient pris naissance avant la faillite.

[55] Peu d'auteurs se sont intéressés à l'effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuridisme canadien ne permet pas d'importer les règles de la common law. [...] Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu'une créance puisse être transférée d'un créancier à l'autre de façon à autoriser une compensation qui n'aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

[Soulignements du Tribunal]

⁵⁸ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 40.

⁵⁹ *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 57, 58.

⁶⁰ LFI, art. 121; LACC, art. 19.

⁶¹ LFI, art. 136, 141; LACC, art. 2 « créancier chirographaire », « créancier garanti », 6, 19(2).

⁶² *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 55.

[103] La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs suivi cette règle dans plusieurs arrêts⁶³.

[104] Conformément à cette règle, et dans un contexte similaire au présent litige, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé en 2004⁶⁴ que Revenu Canada ne peut imputer les remboursements dus à la débitrice pour surplus de taxes payés après proposition au paiement d'une dette que la débitrice a envers Revenu Canada pour des taxes impayées avant la proposition.

[105] Vu la très grande similarité des articles 97(3) LIF et 21 LACC et le fait que ces deux lois font partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité⁶⁵, cette conclusion s'applique tout autant à la compensation à opérer dans le cadre d'une restructuration. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le mécanisme de la compensation dans le contexte d'une faillite ou d'une proposition et dans le contexte d'un arrangement.

[106] Les Agences tentent de tirer des conclusions contraires en s'inspirant d'autres arrêts de la Cour d'appel, dont le Tribunal n'a pas traité jusqu'ici. Avec respect, ces propositions ne semblent pas résister à une analyse attentive des arrêts que les Agences invoquent. Il apparaît ici utile de rectifier sommairement certains éléments.

[107] La compensation n'était pas une question en litige dans l'affaire *Montreal Fast Print*⁶⁶, antérieur à l'arrêt *D.I.M.S.* de la Cour suprême et aux arrêts *Daltech* et *Dolbec* de la Cour d'appel. Les commentaires de la juge Rousseau-Houle sur ce sujet ne font pas partie des motifs de la majorité. De plus, les deux dettes en cause dans *Montreal Fast Print* étaient antérieures à la faillite.

[108] L'arrêt *Davies*⁶⁷, également antérieur à *D.I.M.S.*, *Daltech* et *Dolbec*, conclut que la compensation n'est pas visée par l'arrêt des procédures ordonné sous l'égide LFI et n'empêche pas, de ce fait, Revenu Canada d'émettre un avis de compensation statutaire en vertu de la LIR⁶⁸. La question de la date d'origine des créances à compenser n'était pas en litige dans cette affaire.

[109] Dans *D'Auteuil (Syndic) (Re)*⁶⁹, aussi antérieur aux arrêts *D.I.M.S.*, *Daltech* et *Dolbec*, les deux dettes précédaient la date de la faillite, dans ce cas la date du rejet de la proposition.

⁶³ *CSST c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698, par. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, par. 58, 61; *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341, par. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.B.R. (4th) 263, par. 19.

⁶⁵ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 15, 22 - 24, 78.

⁶⁶ *Montreal Fast Print Ltd. c. Edifice 9500 Inc.*, J.E. 2003-1229 (C.A.).

⁶⁷ *Industries Davie inc. (Groupe Mil inc.) (Proposition concordataire de)*, J.E. 2000-147 (C.A.), par. 33.

⁶⁸ LIR, art. 224.1.

⁶⁹ J.E. 99-864 (C.A.).

[110] Dans *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*⁷⁰, les deux dettes pour lesquelles compensation a été opérée étaient nées après la date de la faillite. La question de compensation d'une dette post faillite avec une dette pré faillite ne se posait donc pas.

6.2.2.2 La règle suivant laquelle la compensation ne s'opère qu'entre les mêmes parties est assouplie dans un contexte d'insolvabilité

[111] Cette seconde particularité découle du texte même de l'article 21 LFI.

[112] Le régime de la compensation dans un contexte d'insolvabilité déroge donc au principe général suivant lequel la compensation ne peut s'opérer qu'entre les mêmes parties. Cette dérogation met de côté la fonction du syndic ou du contrôleur comme représentant des créanciers.

[113] Ainsi, le créancier qui invoque compensation ne peut se faire opposer que le syndic est un tiers. En cela, les règles de la compensation sont assouplies dans le contexte d'une faillite ou d'une restructuration⁷¹.

6.3 L'application des principes aux faits en l'espèce

[114] Conformément aux principes mentionnés précédemment, la compensation ne peut avoir lieu ici entre la Dette fiscale litigieuse et les Crédits non contestés dans le contexte de la présente restructuration.

[115] Premièrement, les deux créances ne sont pas connexes.

[116] En effet, la Dette fiscale litigieuse et les Crédits non contestés n'ont aucun rapport entre eux, à l'exception de l'identité des parties et des lois en cause. Cela n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'une connexité.

[117] Les événements à l'origine de chacune des créances sont différents. Ils se rapportent à des contextes, des périodes et des transactions distinctes et indépendantes. De plus, les transactions en cause sont intervenues avec des fournisseurs différents. Les fournisseurs impliqués dans les transactions à l'origine des Crédits non contestés ne sont pas impliqués dans les transactions qui ont mené à la Dette fiscale litigieuse.

[118] Deuxièmement, tel que mentionné précédemment, les termes de la LACC, tels qu'interprétés par la jurisprudence, ne permettent pas d'opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse, née avant les procédures en insolvabilité, et la dette pour les Crédits non contestés, née après ces procédures.

⁷⁰ J.E. 98-2341 (C.A.).

⁷¹ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 41.

[119] Quoique ces deux conclusions suffisent à disposer du litige, le Tribunal estime utile, vu les représentations soumises, de traiter de la validité et de l'exigibilité de la Dette fiscale litigieuse, en regard des présomptions stipulées aux lois fiscales.

[120] En effet, la Dette fiscale litigieuse n'est ni certaine ni exigible au sens des règles générales du droit civil québécois en matière de compensation.

[121] L'existence (certitude) et l'exigibilité de cette créance sont contestées. Kitco nie avoir fait partie de quelque stratagème frauduleux. Le Tribunal ne peut trancher ce différend, qui relève des instances fiscales.

[122] Par ailleurs, les présomptions d'exigibilité et de validité que les lois fiscales établissent en faveur des Agences ne sont pas applicables dans le cadre de procédures d'insolvabilité sous la LACC.

[123] Y avoir recours ici pour privilégier la Couronne au détriment des autres créanciers serait contraire au principe cardinal de l'égalité de tous les créanciers, incluant la Couronne. Dans ce sens, la Cour d'appel de l'Ontario a d'ailleurs récemment jugé que la Couronne, particulièrement les agences du revenu, ne peuvent se retrancher derrière les présomptions de validité et d'exigibilité prévues aux lois fiscales pour s'arroger un avantage injustifié par rapport aux autres créanciers⁷².

[124] Il y a lieu d'adopter ici une telle interprétation des lois en cause. Cette interprétation atténuée préserve la constitutionnalité des dispositions fiscales discutées et évite que les présomptions contenues aux lois fiscales, par ailleurs valides, n'entravent la réalisation des objectifs que vise la LACC⁷³.

7. LA CONCLUSION

[125] Le Tribunal répond donc ainsi aux questions en litige :

- 1- Les conditions pour opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse et les Crédits non contestés, dans le cadre de la restructuration de Kitco, sont-elles remplies?

Non. Les deux dettes ne sont pas connexes, certaines, liquides, exigibles et antérieures aux procédures en insolvabilité.

- 2- Les Agences peuvent-elles, dans le cadre de la restructuration de Kitco, invoquer le bénéfice des présomptions d'exigibilité et de validité des lois fiscales pour répondre aux conditions nécessaires pour opérer compensation?

Non. Ces présomptions, quoique constitutionnellement valides, sont inapplicables dans un contexte d'insolvabilité.

⁷² *Schnier v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 5, par. 64.

⁷³ Voir, par analogie : *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, par. 25, 29.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

[126] **DÉCLARE** que les Agences ne peuvent opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse, pour laquelle les Agences ont déposé des preuves de réclamation dans le cadre des présentes procédures, et les Crédits non contestés, que Kitco réclame à titre de Remboursements de taxes sur les intrants (**RTI**) et de Crédits de taxes sur intrants (**CTI**) en lien avec des transactions survenues après l'institution des présentes procédures;

[127] **CONDAMNE** l'Agence du Revenu du Québec à payer 1 443 713,16 \$ à Kitco, représentant des RTI dus à Kitco jusqu'au 30 novembre 2015, avec intérêt au taux légal et indemnité additionnelle à compter de la date à laquelle chacun des RTI réclamés était dû; lequel paiement devra être fait directement au Contrôleur, en fidéicommiss;

[128] **CONDAMNE** Le Procureur général du Canada à payer 335 866,78 \$ à Kitco, représentant des CTI dus à Kitco jusqu'au 30 novembre 2015, avec intérêt au taux légal et indemnité additionnelle à compter de la date à laquelle chacun des CTI réclamés était dû; lequel paiement devra être fait directement au Contrôleur, en fidéicommiss;

[129] **ORDONNE** au Contrôleur de retenir la somme totale de 1 779 579,94 \$ mentionnée précédemment dans son compte en fidéicommiss jusqu'à jugement du Tribunal sur la façon d'en disposer;

[130] **AVEC FRAIS DE JUSTICE** contre les intimés.

MARIE-ANNE PAQUETTE, J.C.S.

Me Patrice Benoît
Me Yves Ouellette
Me Alexander Bayus
GOWLING LAFLEUR HENDERSON
Pour la requérante, Kitco Metals inc.

Me Daniel Cantin
CABINET LARIVIÈRE MEUNIER
Pour l'intimée, L'Agence du revenu du Québec

Me Chantal Comtois
MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA
Pour l'intimé, le Procureur général du Canada

Me Sylvain Vauclair
WOODS S.E.N.C.R.L./LLP
Pour le contrôleur, RSM Richter inc.

Me Jean C. Fontaine

STIKEMAN ELLIOTT

Pour la mise en cause, Heraeus Metals New York LLC

Dates d'audience: 8, 9, 10 décembre 2015

Représentations additionnelles écrites soumises le 21 janvier 2016
(PGC, ARQ, PGQ)

TABLE DES MATIÈRES

1.	L'aperçu	2
2.	La chronologie des événements	3
2.1	Les activités de Kitco et les paiements de taxes de vente	3
2.2	La Dette fiscale litigieuse	3
2.3	La judiciarisation du conflit	4
2.4	La continuation des opérations de Kitco et les Crédits non contestés	4
2.5	Les affectations de paiement (compensation) et les refus de Crédits de taxes que Kitco a réclamés pendant sa restructuration	5
3.	La disposition de la LACC sur la compensation	6
4.	La position des parties	6
5.	Les questions en litige	6
6.	L'analyse.....	7
6.1	Les principes cardinaux en matière de faillite et d'insolvabilité	7
6.1.1	L'égalité des créanciers	7
6.1.2	La Couronne est une créancière non garantie.....	8
6.2	La compensation dans un contexte d'insolvabilité ou de faillite	11
6.2.1	Les conditions qui découlent des règles générales du droit civil québécois	12
6.2.2	Les conditions ou allègements qui découlent de la LACC et de la LFI .	14
6.2.2.1	Les créances mutuelles doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation (donc être antérieures à la faillite ou à l'institution des procédures)	15
6.2.2.2	La règle suivant laquelle la compensation ne s'opère qu'entre les mêmes parties est assouplie dans un contexte d'insolvabilité	19
6.3	L'application des principes aux faits en l'espèce.....	19
7.	La conclusion	20
	POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:	21
	TABLE DES MATIÈRES	23

translation of the original French version

SUPERIOR COURT

Commercial Division

CANADA
PROVINCE OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

No : 500-11-040900-116

DATE: February 1, 2016

PRESENT: THE HONOURABLE MARIE-ANNE PAQUETTE J.S.C.

**IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*
R.S.C., 1985, c. C-36, AS AMENDED**

MÉTAUX KITCO INC.
DEBTOR - Petitioner

v.

**AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
CREDITORS - Respondents

and

RSM RICHTER INC.
MONITOR - Impleaded party

and

ATTORNEY GENERAL OF QUÉBEC
Impleaded party

[131] JUDGMENT

[132] ON KITCO'S RE-AMENDED MOTION CONCERNING
SET-OFF EFFECTED BY THE TAX AUTHORITIES (SEQ. 132)¹

¹ Long title: *Re-amended Motion to enforce the initial order, to declare illegal certain rights of set-off exercised by the Agence du Revenu du Québec and the Attorney General of Canada, to declare inapplicable, invalid, inoperative, unconstitutional or of no force and effect certain provisions of certain tax statutes of the province of Québec and of Canada and to condemn l'Agence du Revenu du Québec and the Attorney General of Canada to pay to the Petitioner the input tax credits and the input tax refunds to which it is entitled (set-off motion).*

1 OVERVIEW

[1] Métaux Kitco inc. (**Kitco** or **Debtor**) is being restructured under the *Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA)*.²

[2] The dispute relates to sales tax refunds that Kitco, as a supplier, can obtain with respect to the sales taxes it paid to its own suppliers (**Tax Credits**).³

[3] Specifically, the dispute arises from the set-off or compensation which the federal⁴ and Québec⁵ fiscal authorities (the **Agencies**⁶) effect between two debts.

[4] On the one hand, Kitco claims from the Agencies, on a monthly basis, Tax Credits in connection with the continuation of its operations. These credits relate to transactions during the restructuring and are not in dispute (**Undisputed Credits**).

[5] On the other hand, the Agencies claim the reimbursement of Tax Credit refunds that Kitco allegedly collected fraudulently before the present proceedings commenced. Kitco is disputing the Agencies' claims in this regard (**Disputed Fiscal Debt**).

[6] The Court concludes that the Agencies cannot effect compensation between the Undisputed Credits and the Disputed Fiscal Debt.

[7] Indeed, the conditions for compensation in a context of insolvency are not met in this case. The two debts in question are not connected, certain, liquid and exigible.

[8] In addition, compensation cannot be effected between a prior debt (Disputed Fiscal Debt) and a debt (Undisputed Credits) which is subsequent to the commencement of the insolvency proceedings.

² R.S.C. (1985), c. C-36.

³ As concerns GST refunds (input tax credit (**ITC**)), see the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (**ETA**), s. 169.

As concerns QST refunds (input tax refund (**ITR**)), see the *Act respecting the Québec sales tax (AQST)*, s. 199.

⁴ The Canada Revenue Agency (**CRA**), represented in this case by the Attorney General of Canada (**AGC**).

⁵ The Agence du Revenu du Québec (**ARQ**).

⁶ The Minister of Revenue of Québec, through the ARQ, is responsible for the administration of fiscal laws in Québec, including the *Act respecting the Québec sales tax*, CQLR, c. T-0.1 (**AQST**).

The Minister of Revenue of Québec, through the ARQ, is also a mandatary for the purposes of the application of the Goods and Services Tax (**GST**) in Québec (*Agreement with Respect to the Administration by Quebec of Part IX of the Excise Tax Act (R.S.C. 1985, c. E-15) relating to the Goods and Services Tax*).

Thus, the ARQ handles collection of the Québec Sales Tax (**QST**) and the GST in Québec, and the refund of tax Credits (ITRs for the GST and ITCs for the QST).

[9] Moreover, the letter and spirit of the CCAA excludes the application of the presumptions of exigibility and validity provided for in the fiscal laws, and the Agencies cannot rely on these presumptions in this case in order to effect compensation.

2 HISTORY OF THE EVENTS

2.1 Kitco's activities and sales tax payments

[10] Kitco purchases scrap gold from various suppliers (goldsmiths and silversmiths) and subsequently sells the pure gold which it extracts from it.

[11] Kitco must pay GST and QST to its suppliers when it purchases scrap gold.

[12] Pure gold (precious metal) transactions are tax-exempt,⁷ whereas purchases of jewellery and scrap gold are subject to sales taxes.⁸

[13] The fiscal laws⁹ allow Kitco to thereafter claim Tax Credits in order to recover the sales taxes it paid to its suppliers, among other things on purchases of scrap gold.

2.2 Disputed fiscal debt

[14] The Disputed Fiscal Debt exceeds \$313 million.¹⁰ The Agencies have filed their proof of claim in this respect.¹¹

[15] According to the Agencies, Kitco and some of its suppliers participated in a stratagem whereby Kitco fraudulently claimed and received Tax Credits in the course of its scrap gold purchasing operations. The Agencies state that Kitco did not actually pay its suppliers the GST and QST for which it claimed and obtained Tax Credits.

[16] The notices of assessment (**Notices of Assessment**)¹² issued in this regard relate to Tax Credits that Kitco received from January 1, 2006 to August 31, 2010, before the insolvency proceedings commenced.

[17] Kitco subsequently filed notices of objection (**Notices of Objection**)¹³ denying any role in the alleged fraudulent stratagem.

⁷ AQST, s. 191.4.

⁸ For the GST, see the ETA, s. 165.

For the QST, see the AQST, s. 16.

⁹ For recovery of the GST by means of an ITC, see the ETA, s. 169.

For recovery of the QST by means of an ITR, see the AQST, s. 199.

¹⁰ QST in the amount of \$227 088 232.97 and GST in the amount of \$85 301 550.75.

¹¹ Exhibit R-8, proof of claim amended on October 15, 2012 (Exhibit R-9).

¹² Exhibit R-2: notices of assessment issued on November 5, 8, 9, 16 and 17, 2010, January 26 and February 7, 2011.

¹³ Exhibit R-2.

[18] On June 7 and 8, 2011, the Agencies took steps to enforce the Notices of Assessment, and seized Kitco's property before judgment.¹⁴

[19] The fiscal laws allow the Agencies to require immediate repayment of the Disputed Fiscal Debt, notwithstanding Kitco's contestation.

[20] Specifically, they stipulate that claims made in Notices of Assessment are deemed valid¹⁵ and immediately payable,¹⁶ notwithstanding any contestation of same.

2.3 Judicialization of the dispute

[21] On June 8, 2011, Kitco, which was unable to abide by the forced execution measures initiated by the Agencies, filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act (BIA)*,¹⁷ together with a notice to stay the proceedings.

[22] On July 7, 2011, it was agreed to continue the proceedings under the CCAA, and an initial order was issued under that Act (**Initial Order**).

[23] On July 5, 2012, in conjunction with the current restructuring, the Agencies filed their proof of claim with respect to the Disputed Fiscal Debt.¹⁸

[24] The contestation proceedings with regard to the Disputed Fiscal Debt are presently at the stage of disclosure and examination of the evidence before the competent fiscal authorities.¹⁹ The existence of related penal proceedings complicates and slows down the progress of this tax dispute.

2.4 Continuation of Kitco's operations and the Undisputed Credits

[25] Kitco is maintaining operations during its restructuring and continues to claim Tax Credits on a monthly basis.

[26] The Agencies acknowledge that Kitco is entitled to the refund of those Undisputed Credits, which are not related to the fraudulent stratagem at the origin of the

¹⁴ Exhibit R-4.

¹⁵ For the GST, see: ETA, s. 299(3)(4).

For the QST, see: *Taxation Act*, CQLR, c. I-3 (**TA**), s. 1014, which applies to the QST in accordance with the *Tax Administration Act*, CQLR, c. A-6.002 (**TAA**), s. 95.

¹⁶ For the GST, see: ETA, ss. 299(3)(4) and 315.

For the QST, see: TAA, ss. 13 and 27.01.1.

¹⁷ R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 50.4(1) and 69(1).

¹⁸ Exhibit R-8. Proof of claim amended on October 15, 2012 (Exhibit R-9).

¹⁹ Before the Tax Court of Canada for the GST, and the Court of Québec, Civil Division, for the QST.

Disputed Fiscal Debt. The Undisputed Credits concern subsequent transactions between Kitco and other suppliers not suspected of having taken part in the alleged fraud.

[27] However, the Agencies refuse to pay the Undisputed Credits. They are effecting compensation and applying these credits to the payment of the Disputed Fiscal Debt.

The payment set-offs (compensation) and the denial of Tax Credits claimed by Kitco during its restructuring

[28] The Undisputed Credits that the Agencies refuse to pay to Kitco since the commencement of the insolvency proceedings amount to \$1 779 579.94.²⁰ That amount increases every month, in keeping with the sales taxes which Kitco pays to its suppliers and for which Kitco is not currently being refunded.

[29] The fiscal laws allow the Agencies to effect compensation when a person who is entitled to a refund also owes amounts under a fiscal law.²¹

[30] The Agencies invoke the right to effect such compensation in the context of the present restructuring.

[31] It should be noted that the Agencies assigned Undisputed Tax Credits to the payment of the Disputed Fiscal Debt, both before and after commencement of the insolvency proceedings on June 8, 2011.

[32] From June 8, 2011²² to November 30, 2015,²³ the Agencies assigned Undisputed Credits of \$1 779 579.94 to the payment of the Disputed Fiscal Debt. These amounts are at the heart of the present debate on compensation.

[33] Prior to June 8, 2011, the Agencies also assigned Undisputed Credits of \$4 754 656.60²⁴ to the payment of the Disputed Fiscal Debt. The current motion does not deal with those amounts.²⁵

[34] In 2010 and 2011, the ARQ also denied Kitco more than \$76 million²⁶ in Tax Credits on grounds other than compensation. This motion does not directly relate to those denials either.²⁷

²⁰ \$1 443 713.16 for ITRs (QST) and \$335 866.78 for ITCs (GST).

²¹ For the QST: the ETA, s. 318. For the QST: the TAA, s. 31.

²² Date on which insolvency proceedings commenced.

²³ Date of latest available estimate.

²⁴ \$2 892 769.45 \$ in ITRs (QST) and \$1 861 887.06 in ITCs (GST).

²⁵ Re-amended motion for compensation, para. 64.1.

²⁶ \$47 051 044.47 for ITRs (QST) and \$29 880 336.78 for ITCs (GST).

²⁷ However, the Court's conclusions concerning CRA's right to effect compensation after June 8, 2011 will have an impact on this claim also, should the Agencies' grounds for denial eventually be dismissed.

[35] In fact, both the compensation effected before the commencement of the insolvency proceedings and the denial of Tax Credits are subject to an action seeking damages and a declaration of abuse of process which Kitco brought against the ARQ, the AGQ and the AGC before the Superior Court.²⁸

[36] In addition, Kitco reserved its right to eventually challenge the compensation effected before June 8, 2011, on the ground that it would amount to fraudulent preferential treatment in favour of the Agencies.

[37] The current dispute therefore only relates to the compensation effected after commencement of the insolvency proceedings (June 8, 2011).

3 CCAA PROVISION ON COMPENSATION

[38] As stipulated in section 21 CCAA, the compensation rules apply in conjunction with restructuring carried out under the CCAA:

<p>21. [Compensation] Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.</p>	<p>21. [Law of set-off or compensation to apply] The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.</p>
---	--

[39] Sections 97(3) and 101.1(1) BIA are to the same effect. Thus, in matters of assignment of assets or proposals under the BIA, the rules of compensation also apply.

[40] The rules of compensation therefore apply in an insolvency context. The Court must determine if the conditions for effecting compensation in a context of insolvency are met in the case at hand.

4 POSITIONS OF THE PARTIES

[41] In essence, Kitco, the monitor, RSM Richter Inc. (**Monitor**) and Heraeus Metals New York LLC (**Heraeus**), a Kitco creditor, have the same position.

[42] They are of the opinion that the Agencies cannot effect compensation and that, if necessary, the provisions of the fiscal laws on which they rely to effect compensation must be declared inoperative within the framework of insolvency proceedings.

²⁸ Exhibit R-14, case number 500-17-072346-128. Action brought on June 6, 2012, in which Kitco is claiming compensatory damages of \$120 738 959.72 and punitive damages of \$1 500 000 from the ARQ, the AGC and the AGQ.

[43] The Agencies claim that those provisions are valid and apply, even in an insolvency context.

5 QUESTIONS IN DISPUTE

[44] Thus, the questions in dispute may be summarized as follows:

- 3- Are the conditions for effecting compensation between the Disputed Fiscal Debt and the Undisputed Credits, within the framework of Kitco restructuring, met?
- 4- Within the framework of Kitco restructuring, can the Agencies rely on the fiscal law presumptions of exigibility and validity to claim that they fulfil the conditions of compensation?

[45] Based on the cardinal principles in matters of insolvency and on the conditions of compensation in a context of insolvency, the Court answers these two questions in the negative.

6 ANALYSIS

6.1 The cardinal principles in bankruptcy and insolvency matters

6.1.1 Equality of creditors

[46] Within the exercise of its powers over matters of bankruptcy and insolvency,²⁹ Parliament has adopted two main laws: the CCAA and the BIA.

[47] The CCAA distinguishes itself from the BIA by its remedial objective. It seeks to avoid the devastating effects of bankruptcy or the termination of business operations.³⁰ Nonetheless, it shares the same philosophy as the BIA. The CCAA and the BIA form part of an integrated body of insolvency law.³¹

[48] Two objectives are at the heart of both these laws:³²

- (1) the financial rehabilitation of the debtor, who is discharged of past debts;

²⁹ The French version of the *Constitution Act, 1867*, s. 91(21) refers to "La banqueroute et la faillite", whereas the English version refers to "Bankruptcy and Insolvency".

³⁰ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)* [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 18, 59, 60.

³¹ *Ibid.*, paras. 15, 22 - 24, 78.

³² *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, para. 32; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, [2012] 3 S.C.R. 443, para. 21; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379, paras. 22, 60; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, paras. 7, 8; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417, para. 38; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922 (motion for leave to appeal dismissed by the Supreme Court of Canada), paras. 33, 34; *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119, paras. 95, 96 (Clément Gascon J.).

(2) the equitable distribution of the debtor's assets among his or her creditors in accordance with the order of priority established in the CCAA and in the BIA.

[49] The first objective is achieved through the mechanism of discharge at the end of the process, provided for in the CCAA and the BIA. A stay of proceedings also constitutes a rehabilitation tool in that, among other things, it provides the debtor with the minimum needed for subsistence.³³

[50] The principle of equality of creditors, a cornerstone of the CCAA and the BIA, stems from the second objective mentioned previously.

[51] In order to ensure the equitable distribution of a debtor's assets among the creditors, the CCAA and the BIA impose a single proceeding before the same court. The goal of the single proceeding is to avoid inefficiency and chaos. If not for the single proceeding, creditors would have to strive hard and swift to institute their own proceedings against the debtor and thereby maximize their chances of recovering their claim.

[52] The single proceeding model allows the court to stay most of the execution measures against the debtor's assets, thus preserving the status quo during negotiations with the creditors for the purposes of the transaction or arrangement to be made.

[53] It also simplifies negotiations with the creditors by placing them all on an equal footing.

[54] As a result, any provision that is at variance with the principle of equality of creditors must be interpreted restrictively. Therefore, a creditor cannot be unduly advantaged in relation to the others, unless the law expressly authorizes it.³⁴

[55] The principle of the equality of creditors takes several forms.

[56] Naturally, a change in the order of priority established by the BIA or CCAA, not expressly provided for by law, is deemed contrary to that principle.

[57] Any other asymmetry in the rules applicable to creditors, unless expressly provided for by law, is also considered contrary to the principle of equality of creditors.

[58] For example, any provision that would subject certain creditors to distinct rules with respect to the burden of proof required to establish their claim or with respect to the time period available to the Trustee or the Monitor to contest their claim are considered derogatory to the principle of the equality of creditors.³⁵

³³ *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, paras. 38 and 39; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417, para. 39.

³⁴ *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, para. 55.

³⁵ *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922 (motion for leave to appeal dismissed by the Supreme Court of Canada), paras. 48, 62, 63.

6.1.2 The Crown is an unsecured creditor

[59] As stipulated in its section 40, the CCAA applies to the Crown:³⁶

<p>40. [Obligation de Sa Majesté] La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.</p>	<p>40. [Act binding on Her Majesty] This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.</p>
--	---

[60] According to section 38(1) CCAA,³⁷ Crown claims are, in principle, unsecured claims in the context of a restructuring.

<p>38. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de toute procédure intentée sous le régime de la présente loi, les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme <u>réclamations non garanties</u>.</p> <p>[Soulignement ajouté]</p>	<p>38. (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 39 called a "workers' compensation body", rank as <u>unsecured claims</u>.</p> <p>[Emphasis added.]</p>
--	--

[61] However, the CCAA provides for certain exceptions to this principle.

[62] Among other things, section 38(2) CCAA provides that the Crown can invoke charges or securities of a kind that can be obtained by any person:³⁸

<p>38. (2) [Exceptions] Sont soustraites à l'application du paragraphe (1) :</p> <p>a) <u>les réclamations garanties par un type de charge ou de sûreté dont toute personne, et non seulement Sa Majesté ou l'organisme, peut se prévaloir au titre de dispositions législatives fédérales ou provinciales n'ayant pas pour seul ou principal objet l'établissement de mécanismes garantissant les réclamations de Sa Majesté ou de l'organisme, ou au titre de toute autre règle de droit;</u></p>	<p>38. (2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply</p> <p>(a) in respect of claims that are secured by a <u>security or charge of a kind that can be obtained by persons other than Her Majesty or a workers' compensation body</u></p> <p>(i) <u>pursuant to any law, or</u></p> <p>(ii) <u>pursuant to provisions of federal or provincial legislation if those provisions do not have as their sole or principal purpose the establishment of a means of securing claims of Her Majesty or a workers'</u></p>
--	--

³⁶ Section 4.1 BIA is to the same effect.

³⁷ Section 86(1) BIA is to the same effect.

³⁸ Section 86(2) BIA is to the same effect.

[...].	<u>compensation body</u> ; and
[Soulignement ajouté]	[Emphasis added.]

[63] Section 38(3) CCAA³⁹ also lists several other exceptions to the Crown's status as unsecured creditor. Those exceptions refer, among other things, to claims of the Crown or the provinces for income tax or source withholdings in relation to the Canada Pension Plan or a plan of a province, or employment insurance contributions (**Source Withholdings**).

[64] Note here that none of the exceptions provided for in section 38(3) CCAA relate to claims of the Crown or of the provinces in sales tax matters.

[65] In keeping with the intention to treat the Crown as an unsecured creditor, section 37 CCAA⁴⁰ neutralizes deemed trusts which other laws establish in favour of the Crown:⁴¹

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute <u>disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté</u> , aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.	37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), ⁴² despite <u>any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty</u> , property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.
[Soulignements du Tribunal]	[Emphasis added]

[66] Deemed trusts established in favour of the Crown, in the same way as the powers of garnishment that certain laws grant to the Crown, are one of the mechanisms frequently used to secure Crown claims and permit their enforcement.⁴³

[67] The exclusion of the deemed-trust mechanism underscores the importance and the precedence given to the principle of the equality of creditors in a context of insolvency.

[68] It is also clear from the preceding that, when the legislator wants to secure certain claims in a context of insolvency, such intent is expressed clearly, explicitly and

³⁹ Section 86(2) BIA is to the same effect.

⁴⁰ Section 67(2)(3) BIA is to the same effect.

⁴¹ Except claims in relation to income tax or source withholdings, which are covered by section 37(2) CCAA.

⁴² Section 37(2) CCAA concerns deemed trusts in relation to income tax and source withholdings.

⁴³ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379, para. 30.

thoroughly. Thus, in the absence of an express legislative provision leading to the conclusion that a claim of the Crown is granted preferential treatment under the CCAA, the Crown will be treated as an ordinary creditor.⁴⁴

[69] In 1992, in response to criticism to the effect that in bankruptcies, the existing priority scheme often left nothing for ordinary creditors, the BIA reform, among other things, significantly lessened the Crown's priorities. The Crown's priorities were, at the time, seen as one of the flagrant injustices of the BIA.⁴⁵

[70] The CCAA provisions dealing with the Crown's status as a creditor share the same philosophy and are similar to those of the BIA. They must also be interpreted by taking the same historical context into account. The goal of maintaining a balance among the creditors is of equal importance in both the CCAA and the BIA.

[71] The courts have adopted several times a restrictive interpretation and application of the provisions that, outside of a context of insolvency, would have vested the Crown with more extensive rights than those conferred by the BIA or the CCAA.⁴⁶

[72] It is acknowledged that the Agencies are not on a different footing from other creditors merely by reason of the nature of their claim and the presumptions related to it.⁴⁷

6.2 Compensation in a context of insolvency or bankruptcy

[73] As stipulated in section 21 CCAA, the compensation rules apply even within the framework of a restructuring carried out under the CCAA:⁴⁸

21. [Compensation] Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse,

21. [Law of set-off or compensation to apply] The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company

⁴⁴ *Ibid.*, [2010] 3 S.C.R. 379, paras. 45, 51; *Deputy Minister of Rev. (Que.) v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35, at 35 and 46; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922, paras. 33-34, 48, 62, 63.

⁴⁵ *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 S.C.R. 286, paras. 12-14.

⁴⁶ *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379; *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 S.C.R. 286; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Deloitte Haskins & Sells v. Worker's Comp. Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Deputy Minister of Rev. (Que.) v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922; *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119.

⁴⁷ *2713250 Canada inc. (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119, paras. 95-98 (Clément Gascon J.).

⁴⁸ Sections 97(3) and 101.1(1) BIA are to the same effect.

<u>selon le cas.</u>	<u>were plaintiff or defendant, as the case may be.</u>
[Soulignements du Tribunal]	[Emphasis added]

[74] As explained below, to effect compensation in a context of restructuring or bankruptcy in Québec, the court must be satisfied that the general conditions of Québec civil law in compensation matters are met. Thus, the debts at issue must be mutual, certain, liquid, exigible and connected.

[75] In addition, both parties must mutually be debtors and creditors before the date of bankruptcy or the date that proceedings commenced under the CCAA, whichever date is earlier.

6.2.1 Conditions stemming from the general rules of Québec civil law

[76] Section 21 CCAA incorporates the compensation mechanism in insolvency matters, but without defining it. The rules that apply to the compensation mechanism in a context of insolvency are therefore established in light of the relevant law and of the provincial suppletive law. In Québec, civil law, not common law, is the suppletive law in bankruptcy and insolvency matters. Among other things, this excludes the application of the concept of equitable set-off, which belongs to common law and is foreign to Québec civil law.⁴⁹

[77] In Québec civil law, the rules of compensation are set out in article 1673 of the *Civil Code of Québec*, which provides that compensation is effected between debts that are (1) mutual, (2) liquid, (3) certain and (4) exigible.

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que <u>coexistent des dettes</u> qui sont l'une et l'autre <u>certaines, liquides et exigibles</u> et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.	1673. Compensation is effected by operation of law upon the <u>coexistence of debts that are certain, liquid and exigible</u> and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.
Une partie <u>peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en</u>	A party <u>may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for</u>

⁴⁹ *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, paras. 34-36, 64.

<u>compensation.</u> [Soulignements du Tribunal]	<u>compensation.</u> [Emphasis added]
---	--

[78] Article 1681 of the *Civil Code of Québec* adds that, if third parties acquire rights before the right to compensation is obtained, compensation cannot withdraw that right from those parties:⁵⁰

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.	1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.
--	---

[79] Let us go back to each of the conditions mentioned above.

[80] The notion of mutuality requires the co-existence of counter-claims or cross obligations. The holders of the two claims must therefore be the same persons in the same capacities.⁵¹

[81] The liquidity of a debt relates to its amount. A debt of unspecified amount is not liquid.

[82] The certainty of a debt pertains to its legal validity. A debt the validity of which is contested is not certain.

[83] A debt is exigible if its execution is likely to be forced. An obligation that comes with a term or a condition is not exigible as long as the term has not expired or the condition has not been met.

[84] Compensation may be effected by means of various mechanisms. It may be effected by operation of law (legal compensation) or in conjunction with a judgment ruling on a dispute between the parties with respect to compliance with the conditions of compensation (judicial compensation).

[85] Legal compensation is effected by operation of law when both debts meet the four conditions mentioned above.

⁵⁰ *Ibid.*, paras. 34-36; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, paras. 61-62.

⁵¹ Didier Luelles and Benoît Moore, *Droit des Obligations*, 2nd ed., (Montréal, QC: Thémis, 2012), para. 2677.

[86] Judicial compensation is effected when the court settles a dispute between the parties on this issue and concludes that the conditions mentioned above have been met.

[87] To effect judicial compensation, however, an additional requirement applies. The court must be convinced that the debts are not only (1) mutual, (2) liquid, (3) certain and (4) exigible, but also that they are (5) connected.

[88] The notion of connection is often discussed in relation to article 172 of the *Code of Civil Procedure*,⁵² which requires that there be a connection between a main claim and a cross-claim. The reasoning developed in that context may be used to assess the connectivity between two debts for compensation purposes.⁵³

[89] That jurisprudence teaches us that connectivity corresponds to a [TRANSLATION] "direct affinity", an [TRANSLATION] "intimate connection", a [TRANSLATION] "close link", and calls for [TRANSLATION] "dependency or similarities between elements".⁵⁴ The possibility of submitting joint evidence and the risk of contradictory judgments if the various debts or issues were dealt with separately constitute strong indications of connectivity.

[90] The common law notion of equitable set-off also requires the two debts in question to be connected.⁵⁵

6.2.2 The conditions or alleviations stemming from the CCAA and the BIA

[91] In bankruptcy and insolvency matters, the compensation mechanism also incorporates two specific features stemming from provisions of the CCAA and the BIA:⁵⁶

- 3- the claims involved in the compensation must be provable by means of a proof of claim (thus, they must antedate the bankruptcy or the commencement of proceedings);
- 4- compensation may be effected as if the bankrupt were the plaintiff.

⁵² *Code of Civil Procedure* (c. C-25.01), a. 172.

⁵³ Didier Lluellas and Benoît Moore, *Droit des Obligations*, 2nd ed., (Montréal, QC: Thémis, 2012), para. 2705.

⁵⁴ *Peerensal inc. c. Toshiba International Corp.*, J.E. 97-169, at 3 (C.A.); *Foessl c. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1857 at 7 (C.A.).

⁵⁵ As concerns the definition of the criterion of connectivity in matters of equitable set-off, see: *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193, paras. 34, 37, 38: "A cross-claim must be so clearly connected with the demand of the plaintiff that it would be manifestly unjust to allow the plaintiff to enforce payment without taking into consideration the cross-claim".

⁵⁶ *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, paras. 40, 41, 53.

6.2.2.1 Mutual claims must be provable by means of a proof of claim (thus, they must antedate the bankruptcy or the commencement of proceedings)

[92] This feature stems from section 21 CCAA, which provides that the rules of compensation apply "to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company"⁵⁷.

[93] Section 2 CCAA defines "claim" with reference to the notion of "claim provable" within the meaning of the BIA.

[94] Section 121(1) BIA, which defines "claim provable", requires the claim to stem from an obligation incurred before the day of the bankruptcy.

<p>121 (1) [Réclamations prouvables] Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est <u>assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date</u>, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.</p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p>121 (1) [Claims provable] All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge <u>by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt</u> shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.</p> <p>[Emphasis added.]</p>
--	--

[95] In addition, claims dealt with by an arrangement under the CCAA are defined in section 19 CCAA, which requires that they relate to debts or liabilities incurred on the day on which CCAA proceedings were commenced or the date of the initial bankruptcy event, within the meaning of the BIA, whichever date is earlier:

<p>19. (1) [Réclamations considérées dans le cadre des transactions ou arrangements] Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :</p> <p>a) celles <u>se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures,</u></p>	<p>19. (1) [Claims that may be dealt with by a compromise or arrangement] Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are</p> <p>(a) <u>claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is</u></p>
---	---

⁵⁷ In bankruptcy matters, the terms of section 97(3) are, in essence, to the same effect.

<p><u>auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :</u></p> <p>(i) <u>la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,</u></p> <p>(ii) <u>la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;</u></p> <p>b) <u>celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre.</u></p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p><u>subject on the earlier of</u></p> <p>(i) <u>the day on which proceedings commenced under this Act, and</u></p> <p>(ii) <u>if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the Bankruptcy and Insolvency Act or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the Bankruptcy and Insolvency Act, the date of the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and</u></p> <p>(b) <u>claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).</u></p> <p>[Emphasis added.]</p>
---	--

[96] Thus, in a context of insolvency, compensation can only be effected in respect of commitments or debts stemming from an obligation incurred, as the case may be, before the date of bankruptcy or the date of commencement of proceedings under the CCAA, whichever date is earlier.

[97] The Supreme Court set forth this principle in *D.I.M.S.*:

[40] First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt's estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.⁵⁸

[Emphasis added.]

[98] To effect compensation in an insolvency context, the rule mentioned above must be complied with for all debts in respect of which compensation is sought. Hence, both the debt against the debtor or the bankrupt and the debt owed to the debtor or the bankrupt must exist at the time of the bankruptcy or of the commencement of proceedings.

[99] Such is the case because the provisions allowing recourse to the compensation mechanism in a context of insolvency must be restrictively interpreted.

[100] The compensation mechanism in a context of insolvency is an exception to the principle of equality of creditors. It unavoidably has the effect of securing the claim of the party invoking compensation.⁵⁹

[101] This provision must therefore be narrowly interpreted in conjunction with the sections that define what constitutes a provable claim⁶⁰ and with the sections that establish the scheme of distribution or identify the claims to be preferred over others.⁶¹

[102] In accordance with these preoccupations and this reasoning, the Supreme Court specifically stated in *D.I.M.S.*⁶² that section 97(3) BIA, which allows compensation in a context of bankruptcy, implicitly requires that the mutual debts be incurred before the bankruptcy.

[55] Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules . . . Section 97(3) BIA does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. Since s. 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.

[Emphasis added.]

⁵⁸ *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, para. 40.

⁵⁹ *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, paras. 57, 58.

⁶⁰ BIA, s. 121; CCAA, s. 19.

⁶¹ BIA, ss. 136, 141; CCAA, s. 2 "unsecured creditor" and "secured creditor", ss. 6, 19(2).

⁶² *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, para. 55.

[103] Moreover, the Court of Appeal of Québec has abided by this rule in a number of decisions.⁶³

[104] In 2004, in accordance with that rule and in a context similar to that of the current dispute, the Court of Appeal for Ontario ruled⁶⁴ that Revenue Canada cannot assign refunds owing to a debtor for tax overpayments made after a proposal to the payment of a debt incurred by the debtor toward Revenue Canada for taxes unpaid before the proposal.

[105] Given the strong similarity between sections 97(3) BIA and 21 CCAA, and the fact that both laws are part of an integrated body of insolvency law,⁶⁵ that conclusion applies just as well to compensation in a context of restructuring. There is no reason to differentiate between the compensation mechanism in the context of a bankruptcy or proposal and in the context of an arrangement.

[106] The Agencies are attempting to reach contrary conclusions based on other Court of Appeal rulings, which the Court has not dealt with up to this point. With all due respect, their submissions do not seem to withstand a thorough analysis of the precedents which the Agencies are raising. It is worthwhile to summarily rectify certain elements.

[107] Compensation was not a disputed issue in *Montreal Fast Print*,⁶⁶ a case prior to the Supreme Court's decision in *D.I.M.S.* and to the Court of Appeal's rulings in *Daltech* and *Dolbec*. The comments of Rousseau-Houle J. on the matter are not included in the reasons of the majority ruling. In addition, the two debts in question in *Montreal Fast Print* were incurred before the bankruptcy.

[108] The *Davies*⁶⁷ decision, which also antedates *D.I.M.S.*, *Daltech* and *Dolbec*, concluded that compensation was not covered by a stay of proceedings ordered under the BIA and thus did not prevent Revenue Canada from issuing a notice of statutory compensation under the ITA.⁶⁸ The issue of the date on which the debts to be compensated were incurred was not in dispute in that case.

[109] In *D'Auteuil (Syndic) (Re)*,⁶⁹ which also antedated *D.I.M.S.*, *Daltech* and *Dolbec*, the two debts were incurred before the date of bankruptcy, i.e. the date of refusal of the proposal in that case.

⁶³ *CSST c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698, para. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, paras. 58, 61; *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341, paras. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.B.R. (4th) 263, para. 19.

⁶⁵ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 15, 22-24, 78.

⁶⁶ *Montreal Fast Print Ltd. c. Edifice 9500 Inc.*, J.E. 2003-1229 (C.A.).

⁶⁷ *Industries Davie inc. (Groupe Mil inc.) (Proposition concordataire de)*, J.E. 2000-147 (C.A.), para. 33.

⁶⁸ ITA, s. 224.1.

⁶⁹ J.E. 99-864 (C.A.).

[110] In *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*,⁷⁰ the two debts for which compensation was effected were incurred after the date of bankruptcy. The matter of compensation between a post-bankruptcy debt and a pre-bankruptcy debt therefore did not arise.

6.2.2.2 The rule that compensation can be effected only between the same parties is more relaxed in a context of insolvency

[111] This second feature stems from the very text of section 21 BIA.

[112] The compensation rules in a context of insolvency therefore depart from the general principle according to which compensation can only be effected between the same parties. This variation to the general rules sets aside the status of the trustee or monitor as representative of the creditors.

[113] Thus, compensation cannot be opposed for the sole reason that the trustee is a third party. In this regard, the compensation rules are relaxed in a context of bankruptcy or restructuring.⁷¹

6.3 Application of the principles to the facts of the case

[114] In accordance with the above principles, in this case, compensation cannot be effected between the Disputed Fiscal Debt and the Undisputed Credits in the context of the current restructuring.

[115] First, the two claims are not connected.

[116] The Disputed Fiscal Debt and the Undisputed Credits are unrelated, except for the identity of the parties and for the laws involved. This is not enough to conclude that a connection exists.

[117] The events at the origin of each debt are different. They relate to distinct and independent contexts, periods and transactions. In addition, the transactions involved relate to different suppliers. The suppliers involved in the transactions at the origin of the Undisputed Credits are not involved in the transactions that resulted in the Disputed Fiscal Debt.

[118] Secondly, as mentioned above, the CCAA, as interpreted by the jurisprudence, does not allow compensation between the Disputed Fiscal Debt, which was incurred before the insolvency proceedings and the debt related to the Undisputed Credits, which was incurred after those proceedings.

[119] Although these two conclusions are sufficient to dispose of the dispute, the Court considers useful, given the representations submitted, to deal with the validity and

⁷⁰ J.E. 98-2341 (C.A.).

⁷¹ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 S.C.R. 564, para. 41.

exigibility of the Disputed Fiscal Debt, in view of the presumptions stipulated in the fiscal laws.

[120] The Disputed Fiscal Debt is neither certain nor exigible within the meaning of the general rules of Québec's civil law on compensation.

[121] The existence (certainty) and exigibility of the debt are contested. Kitco denies having been a party to any fraudulent stratagem whatsoever. The Court cannot settle this dispute, which lies with the tax courts.

[122] Moreover, the presumptions of exigibility and validity that the fiscal laws establish in favour of the Agencies do not apply in the context of insolvency proceedings under the CCAA.

[123] In this case, resorting to such presumptions in order to give preferential treatment to the Crown, to the detriment of the other creditors, would run contrary to the cardinal principle of equality of all creditors, including the Crown. Along these lines, the Court of Appeal for Ontario recently ruled that the Crown, especially the revenue agencies, cannot use the presumptions of validity and exigibility provided for in the fiscal laws to avail themselves of an unjustified advantage over the other creditors.⁷²

[124] In the case at hand, there is every reason to adopt such an interpretation of the laws involved. Such reading down of the laws preserves the constitutionality of the fiscal provisions discussed and prevents the presumptions in the fiscal laws, which are otherwise valid, from hindering the achievement of the CCAA objectives.⁷³

7 CONCLUSION

[125] Therefore, the Court answers the questions in dispute as follows:

- 1- Are the conditions for effecting compensation between the Disputed Fiscal Debt and the Undisputed Credits, within the framework of Kitco restructuring, met?

No. The two debts are not connected, certain, liquid and exigible, and they were not incurred before the insolvency proceedings.

- 2- Within the framework of Kitco restructuring, can the Agencies rely on the fiscal law presumptions of exigibility and validity to claim that they fulfil the conditions of compensation?

No. Although those presumptions are constitutionally valid, they do not apply in a context of insolvency.

⁷² *Schnier v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 5, para. 64.

⁷³ See by way of analogy: *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, paras. 25, 29.

THEREFORE, THE COURT:

[126] **DECLARES** that the Agencies cannot effect compensation between the Disputed Fiscal Debt, for which the Agencies filed proofs of claim in the course of the present proceedings, and the Undisputed Credits that Kitco is claiming as input tax refunds (**ITRs**) and input tax credits (**ITCs**) in relation to the transactions incurred after commencement of the present proceedings;

[127] **CONDEMNS** the Agence du Revenu du Québec to pay \$1 443 713.16 to Kitco, representing the ITRs owing to Kitco up to November 30, 2015, with interest at the legal rate and the additional indemnity, as of the date at which each of the ITRs claimed was due. The said payment must be made directly to the Monitor, in trust;

[128] **CONDEMNS** the Attorney General of Canada to pay \$335 866.78 to Kitco, representing the ITCs owing to Kitco up to November 30, 2015, with interest at the legal rate and the additional indemnity, as of the date at which each of the ITCs claimed was due. The said payment must be made directly to the Monitor, in trust;

[129] **ORDERS** the Monitor to withhold the total amount of \$1 779 579.94 mentioned above in its trust account until judgment by the Court on the manner of disposing of it;

[130] **WITH LEGAL COSTS** to be paid by the respondents.

MARIE-ANNE PAQUETTE J.S.C.

Mtre. Patrice Benoît
Mtre. Yves Ouellette
Mtre. Alexander Bayus
GOWLING LAFLEUR HENDERSON
For the petitioner, Kitco Metals inc.

Mtre. Daniel Cantin
CABINET LARIVIÈRE MEUNIER
For the respondent, Agence du revenu du Québec

Mtre. Chantal Comtois
DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA
For the respondent, the Attorney General of Canada

Mtre. Sylvain Vauclair
WOODS S.E.N.C.R.L./LLP
For the Monitor, RSM Richter Inc.

Mtre. Jean C. Fontaine
8 STIKEMAN ELLIOTT
For the impleaded party, Heraeus Metals New York LLC

Dates of hearing: December 8, 9 and 10, 2015
Additional written representations submitted on January 21, 2016
(AGC, ARQ, AGQ)

TABLE OF CONTENTS

OVERVIEW.....2
HISTORY OF THE EVENTS.....3
Kitco's activities and sales tax payments3
Disputed fiscal debt.....3
Judicialization of the dispute4
Continuation of Kitco's operations and the Undisputed Credits4
The payment set-offs (compensation) and the denial of Tax Credits claimed
by Kitco during its restructuring.....4
CCAA PROVISION ON COMPENSATION.....5
POSITIONS OF THE PARTIES6
QUESTIONS IN DISPUTE.....6
ANALYSIS7
The cardinal principles in bankruptcy and insolvency matters7
 Equality of creditors7
 The Crown is an unsecured creditor8
Compensation in a context of insolvency or bankruptcy11
 Conditions stemming from the general rules of Québec civil law.....11
 The conditions or alleviations stemming from the CCAA and the BIA ..13
 Mutual claims must be provable by means of a proof of claim (thus,
 they must antedate the bankruptcy or the commencement of
 proceedings)14
 The rule that compensation can be effected only between the same
 parties is more relaxed in a context of insolvency17
Application of the principles to the facts of the case18
CONCLUSION.....19
THEREFORE, THE COURT:19
TABLE OF CONTENTS1

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Canada Trustco Mortgage
Company** *Respondent*

**INDEXED AS: CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. v.
CANADA**

Neutral citation: 2005 SCC 54.

File No.: 30290.

2005: March 8; 2005: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Mortgage company claiming substantial capital cost allowance following sale-leaseback transactions involving trailers — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

CTMC carries on business as a mortgage lender, and as part of its business operations, it obtains large revenues from leased assets. CTMC purchased a number of trailers which it then circuitously leased back to the vendor in order to offset revenue from its leased assets by claiming a substantial capital cost allowance (“CCA”) on the trailers for the 1997 taxation year. This arrangement allowed CTMC to defer paying taxes on the amount of profits reduced by the CCA deductions, which would be subject to recapture into income when the trailers were disposed of at a future date. The Minister of National Revenue reassessed CTMC and disallowed the CCA claim. On appeal, the Tax Court of Canada set aside the Minister’s decision. The court found that the transaction fell within the spirit and purpose of the CCA provisions of the *Income Tax Act*, and concluded that the general anti-avoidance rule (“GAAR”) in s. 245 of the Act did not apply to deny the tax benefit. The Federal Court of Appeal affirmed the Tax Court’s decision.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Hypothèques Trustco
Canada** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA c.
CANADA**

Référence neutre : 2005 CSC 54.

N° du greffe : 30290.

2005 : 8 mars; 2005 : 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interpretation et application de la règle générale anti-évitement — Entreprise de crédit hypothécaire demandant une importante déduction pour amortissement à la suite d'opérations de cession-bail portant sur des remorques — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245.

HTC est une entreprise de crédit hypothécaire qui, dans le cadre de ses activités commerciales, tire d’importants revenus de biens loués. HTC a acheté un certain nombre de remorques qu’elle a ensuite louées, de façon indirecte, au vendeur afin de compenser ses revenus de location en demandant, pour les remorques, une importante déduction pour amortissement (« DPA ») pour l’année d’imposition 1997. Ce mécanisme a permis à HTC de reporter le paiement d’impôt sur le montant des profits réduit par les DPA qui pourrait être récupéré dans le revenu lors de la disposition ultérieure des remorques. Le ministre du Revenu national a fait parvenir à HTC une nouvelle cotisation et a rejeté la demande de DPA. En appel, la Cour canadienne de l’impôt (« Cour de l’impôt ») a annulé la décision du ministre. La cour a estimé que l’opération était conforme à l’esprit et à l’objet des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* relatives aux DPA, et a conclu que la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») énoncée à l’art. 245 de la Loi ne permettait pas de supprimer l’avantage fiscal. La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Cour de l’impôt.

Held: The appeal should be dismissed.

The application of the GAAR involves three steps. It must be determined: (1) whether there is a tax benefit arising from a transaction or series of transactions within the meaning of s. 245(1) and (2) of the *Income Tax Act*; (2) whether the transaction is an avoidance transaction under s. 245(3), in the sense of not being “arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”; and (3) whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4), in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. The burden is on the taxpayer to refute points (1) and (2), and on the Minister to establish point (3). Since the Crown has agreed with the Tax Court’s finding that there was a tax benefit and an avoidance transaction, the only issue in this case is whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4). [17] [66-67]

Section 245(4) imposes a two-part inquiry. First, the courts must conduct a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act. Second, the court must examine the factual context of the case in order to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions contemplated by the provisions. In the end, if the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer. [55] [58] [66]

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’application de la RGAÉ comporte trois étapes. Il faut déterminer (1) s’il existe un avantage fiscal découlant d’une opération ou d’une série d’opérations au sens des par. 245(1) et (2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, (2) si l’opération constitue une opération d’évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu’elle n’a pas été « principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable », et (3) s’il y a eu un évitement fiscal abusif visé par le par. 245(4), en ce sens qu’il n’est pas raisonnable de conclure qu’un avantage fiscal serait conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions invoquées par le contribuable. Il incombe au contribuable de démontrer l’inexistence des deux premières conditions, et au ministre d’établir l’existence de la troisième condition. Étant donné que la Couronne a accepté la conclusion de la Cour de l’impôt selon laquelle il y avait avantage fiscal et opération d’évitement, la seule question qui se pose en l’espèce est de savoir s’il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [17] [66-67]

Le paragraphe 245(4) prescrit un examen en deux étapes. Premièrement, les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l’avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l’avantage a été conféré. Le but est d’en arriver à une interprétation téléologique qui s’harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l’avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l’ensemble de la Loi. Deuxièmement, les tribunaux doivent examiner le contexte factuel de l’affaire pour déterminer si l’opération d’évitement contrecarrait l’objet ou l’esprit des dispositions en cause. La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d’autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d’évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu’un élément des faits qui sous-tendent l’affaire et serait insuffisante en soi pour établir l’existence d’un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l’interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. On peut conclure à l’existence d’un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l’objet ou à l’esprit des dispositions censées conférer l’avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions. En définitive, s’il n’est pas certain qu’il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. [55] [58] [66]

Once the provisions of the *Income Tax Act* are properly interpreted, it is a question of fact for the Tax Court judge whether the Minister, in denying the tax benefit, has established abusive tax avoidance under s. 245(4). Provided the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the Act and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error. [46]

Here, the Tax Court judge's decision must be upheld. His conclusions were based on a correct view of the law and were grounded in the evidence. The transaction at issue was not so dissimilar from an ordinary sale-leaseback as to take it outside the object, spirit or purpose of the relevant CCA provisions of the Act. The purpose of the CCA provisions of the Act, as applied to sale-leaseback transactions, was, as found by the Tax Court judge, to permit the deduction of a CCA based on the cost of the assets acquired. This purpose emerges clearly from the scheme of the Act's CCA provisions as a whole. The Minister's suggestion that the usual result of the CCA provisions of the Act should be overridden by s. 245(4) in the absence of real financial risk or "economic cost" in the transaction must be rejected. This suggestion distorts the purpose of the CCA provisions by reducing them to apply only when sums of money are at economic risk. The applicable CCA provisions of the Act do not refer to economic risk. They refer only to "cost" and in view of the text and context of the CCA provisions, they use "cost" in the well-established sense of the amount paid to acquire the assets. Where Parliament has wanted to introduce economic risk into the meaning of cost related to CCA provisions, it has done so expressly. [74-75] [78] [80]

Cases Cited

Not followed: *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260; **referred to:** *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Craven v. White*, [1989] A.C. 398; *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25, 2002 FCA 291.

Une fois que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont interprétées correctement, la question de fait à laquelle doit répondre le juge de la Cour de l'impôt est de savoir si, en supprimant l'avantage fiscal, le ministre a établi l'existence d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Pourvu que le juge de la Cour de l'impôt se soit fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la Loi et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante. [46]

En l'espèce, la décision du juge de la Cour de l'impôt doit être maintenue. Ses conclusions reposaient sur une bonne conception du droit applicable et sur la preuve. L'opération en cause ne différait pas d'une cession-bail ordinaire au point de s'écarter de l'objet et de l'esprit des dispositions de la Loi qui s'appliquent en matière de DPA. L'objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, en ce qui concerne les opérations de cession-bail, était, comme l'a conclu le juge de la Cour de l'impôt, de permettre une DPA fondée sur le coût des biens acquis. Cet objet ressort clairement de l'économie des dispositions de la Loi relatives aux DPA considérées dans leur ensemble. Il faut rejeter l'idée du ministre selon laquelle le résultat habituel des dispositions de la Loi relatives aux DPA devrait être écarté par le par. 245(4) dans le cas où l'opération ne comporte aucun risque financier ou « coût économique » véritable. Cette idée fausse l'objet des dispositions relatives aux DPA en limitant l'application de ces dispositions aux cas où des sommes d'argent sont exposées à un risque économique. Les dispositions de la Loi qui s'appliquent en matière de DPA ne parlent pas de risque économique. Elles ne mentionnent que le « coût » et, compte tenu du texte et du contexte des dispositions relatives aux DPA, elles emploient le mot « coût » dans le sens bien établi de somme payée pour acquérir les biens. Dans les cas où le législateur a voulu introduire la notion de risque économique dans le sens du coût visé par les dispositions relatives aux DPA, il l'a fait expressément. [74-75] [78] [80]

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260; **arrêts mentionnés :** *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Craven c. White*, [1989] A.C. 398; *W. T. Ramsay Ltd. c. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25, 2002 CAF 291.

Statutes and Regulations Cited

Budget Implementation Act, 2004, No. 2, S.C. 2005, c. 19, s. 52.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 13(7.1), (7.2), 20(1)(a), 245(1) to (5), 248(10).

Authors Cited

Canada. Department of Finance. *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax*. Ottawa: Queen's Printer, 1988.
 Duff, David G. "Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*" (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278.
 Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Evans and Pelletier JJ.A.) [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 D.T.C. 6119, [2004] F.C.J. No. 249 (QL), 2004 FCA 67, affirming a decision of Miller J.T.C.C., [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 D.T.C. 587, [2003] T.C.J. No. 271 (QL), 2003 TCC 215. Appeal dismissed.

Graham Garton, Q.C., Anne-Marie Lévesque and Alexandra K. Brown, for the appellant.

Al Meghji, Monica Biringer and Gerald Grenon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

1. Introduction

¹ This appeal and its companion case, *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55 (hereinafter "*Kaulius*"), raise the issue of the interplay between the general anti-avoidance rule ("GAAR") and the application of more specific provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). The Act continues to permit legitimate tax minimization; traditionally, this has involved determining whether the taxpayer brought itself within the wording of the specific provisions relied on for

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(7.1), (7.2), 20(1)a), 245(1) à (5), 248(10).
Loi n^o 2 d'exécution du budget de 2004, L.C. 2005, ch. 19, art. 52.

Doctrine citée

Canada. Ministère des Finances. *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1988.
 Duff, David G. « Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada : *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen* » (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278.
 Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Evans et Pelletier), [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 D.T.C. 6119, [2004] A.C.F. n^o 249 (QL), 2004 CAF 67, confirmant une décision du juge Miller, [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 D.T.C. 587, [2003] A.C.I. n^o 271 (QL), 2003 CCI 215. Pourvoi rejeté.

Graham Garton, c.r., Anne-Marie Lévesque et Alexandra K. Brown, pour l'appelante.

Al Meghji, Monica Biringer et Gerald Grenon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

1. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55 (ci-après « *Kaulius* »), soulèvent la question de l'interaction entre la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») et l'application de dispositions plus précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.). La Loi permet toujours la réduction maximale légitime de l'impôt, ce qui oblige habituellement à déterminer si le contribuable s'est conformé au libellé

the tax benefit. Onto this scheme, the GAAR has superimposed a prohibition on abusive tax avoidance, with the effect that the literal application of provisions of the Act may be seen as abusive in light of their context and purpose. The task in this appeal is to unite these two approaches in a framework that reflects the intention of Parliament in enacting the GAAR and achieves consistent, predictable and fair results.

2. Facts

The respondent, Canada Trustco Mortgage Company (“CTMC”), carries on business as a mortgage lender. As part of its business operations, CTMC enjoyed large revenues from leased assets. In 1996 it purchased a number of trailers which it then circuitously leased back to the vendor, in order to offset revenue from its leased assets by claiming considerable capital cost allowance (“CCA”) on the trailers in the amount of \$31,196,700 against \$51,787,114 for the 1997 taxation year. The essence of the transaction is explained in the memorandum of Michael Lough, CTMC’s officer in charge of the recommendation to proceed: “The transaction provides very attractive returns by generating CCA deductions which can be used to shelter other taxable lease income generated by Canada Trust.” This arrangement allowed CTMC to defer paying taxes on the amount of profits reduced by the CCA deductions which would be subject to recapture into income when the trailers were disposed of at a future date and presumably in excess of the amount claimed as CCA.

The details of the transaction are complex and described in greater detail in the Appendix. Briefly stated, on December 17, 1996, CTMC, with the use of its own money and a loan of approximately \$100 million from the Royal Bank of Canada, purchased trailers from Transamerica Leasing Inc. (“TLI”) at fair market value of \$120 million. CTMC leased the trailers to Maple Assets Investments Limited (“MAIL”) who in turn sub-leased them to TLI, the original owner. TLI then prepaid all amounts due to MAIL under the

des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal. À cette formule, la RGAÉ a superposé une interdiction d’évitement fiscal abusif, de sorte que l’application littérale de certaines dispositions de la Loi peut être perçue comme étant abusive à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il s’agit, en l’espèce, de réunir ces deux approches dans un cadre qui reflète l’intention qu’avait le législateur en édictant la RGAÉ et qui donne des résultats uniformes, prévisibles et équitables.

2. Faits

L’intimée, Hypothèques Trustco Canada (« HTC »), est une entreprise de crédit hypothécaire. Dans le cadre de ses activités commerciales, HTC a tiré d’importants revenus de biens loués. En 1996, elle a acheté un certain nombre de remorques qu’elle a ensuite louées, de façon indirecte, au vendeur afin de compenser ses revenus de location en demandant, pour les remorques, une importante déduction pour amortissement (« DPA ») de 31 196 700 \$ applicable à une somme de 51 787 114 \$ pour l’année d’imposition 1997. L’essence de l’opération est ainsi expliquée dans la note de service de Michael Lough, le cadre de HTC chargé de mettre en œuvre la recommandation : [TRADUCTION] « L’opération offre un taux de rendement très intéressant grâce à des DPA qui peuvent servir d’abri à d’autres revenus de location imposables de Canada Trust. » Ce mécanisme a permis à HTC de reporter le paiement d’impôt sur le montant des profits réduit par les DPA qui pourrait être récupéré dans le revenu lors de la disposition ultérieure des remorques et qui excéderait probablement le montant réclamé à titre de DPA.

Les détails de l’opération sont complexes et font l’objet d’un exposé plus complet à l’annexe. En résumé, le 17 décembre 1996, HTC a utilisé ses propres fonds et a emprunté environ 100 millions de dollars à la Banque Royale du Canada pour acheter des remorques de Transamerica Leasing Inc. (« TLI ») à leur juste valeur marchande de 120 millions de dollars. HTC a loué les remorques à Maple Assets Investments Limited (« MAIL ») qui, à son tour, les a sous-louées à TLI, le propriétaire initial. TLI a ensuite payé d’avance

2

3

sublease. MAIL placed on deposit an amount equal to the loan for purposes of making the lease payments and a bond was pledged as security to guarantee a purchase option payment to CTMC at the end of the lease. These transactions allowed CTMC to substantially minimize its financial risk. They were also accompanied by financial arrangements with various other parties, not relevant to this appeal.

4 On October 18, 2002, the Minister of National Revenue reassessed CTMC on its 1997 taxation year and denied the CCA claim of \$31,196,700 on the basis that CTMC had not acquired title to the trailers and, in the alternative, that the GAAR applied to deny the deduction. CTMC appealed to the Tax Court of Canada.

5 The Crown abandoned the argument that CTMC had failed to obtain title to the trailers and the appeal before the Tax Court proceeded solely on the issue of whether the GAAR applied to deny the deduction. A similar reassessment with respect to CTMC's 1996 taxation year was statute-barred. The Tax Court found in favour of CTMC, as did the Federal Court of Appeal. For the reasons that follow, we would dismiss the Crown's appeal.

3. Legislative Provisions

6 This appeal and its companion case *Kaulius* were brought and argued under s. 245 of the *Income Tax Act*. The relevant provisions of the Act, as they applied to the parties, read in part:

245. (1) [Definitions] In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

toutes les sommes dues à MAIL au titre du sous-bail. MAIL a déposé une somme équivalente au prêt en vue d'effectuer les paiements au titre du bail, et une obligation a été donnée en garantie du paiement d'une option d'achat à HTC à la fin du bail. Ces opérations, qui permettaient à HTC de diminuer sensiblement son risque financier, étaient également assorties d'accords financiers conclus avec plusieurs autres parties, qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

Le 18 octobre 2002, le ministre du Revenu national a fait parvenir à HTC une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1997 et a rejeté la demande de DPA de 31 196 700 \$ pour le motif que HTC n'avait pas acquis le titre de propriété des remorques et, subsidiairement, que la RGAÉ permettait de refuser la déduction. HTC a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt (« Cour de l'impôt »).

La Couronne a abandonné l'argument voulant que HTC n'ait pas acquis le titre de propriété des remorques, et l'appel devant la Cour de l'impôt n'a porté que sur la question de savoir si la RGAÉ permettait de refuser la déduction. Une nouvelle cotisation semblable, établie à l'égard de HTC pour l'année d'imposition 1996, était prescrite. La Cour de l'impôt a donné raison à HTC, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi de la Couronne.

3. Dispositions législatives

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Kaulius* sont fondés sur l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les dispositions pertinentes de la Loi, telles qu'elles s'appliquaient aux parties, prévoient notamment ce qui suit :

245. (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) [General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) [Where s. (2) does not apply] For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) [Determination of tax consequences] Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) [Disposition générale anti-évitement] En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) [Opération d'évitement] L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) [Non-application du par. (2)] Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble — compte non tenu du présent article — n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) [Attributs fiscaux à déterminer] Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

248. . . .

(10) [Series of transactions] For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

7

A recent amendment to s. 245 (*Budget Implementation Act, 2004, No. 2*, S.C. 2005, c. 19, s. 52) has no application to the judgments under appeal. Although this amendment was enacted to apply retroactively, it cannot apply at this stage of appellate review, after the parties argued their cases and the Tax Court judge rendered his decision on the basis of the GAAR as it read prior to the amendment. Furthermore, even if this amendment were to apply, it would not warrant a different approach to the issues on appeal. In our view, this amendment to s. 245 serves *inter alia* to make it clear that the GAAR applies to tax benefits conferred by Regulations enacted under the *Income Tax Act*. The Tax Court judge in the instant case proceeded on this assumption, which was not challenged by the parties in submissions before us.

4. Judicial Decisions

4.1 *Tax Court of Canada*, [2003] 4 C.T.C. 2009, 2003 TCC 215

8

The Tax Court judge found an avoidance transaction giving rise to a tax benefit under s. 245(1) and (3) of the Act. He inquired into the purpose of the CCA provisions of the *Income Tax Act* as applied to sale-leaseback arrangements, in order to determine if the transaction was abusive under s. 245(4) of the Act. He held that the purpose of the

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

248. . . .

(10) [Série d'opérations] Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

Une modification récemment apportée à l'art. 245 (*Loi n° 2 d'exécution du budget de 2004*, L.C. 2005, ch. 19, art. 52) ne s'applique pas aux jugements visés par le présent pourvoi. Bien qu'elle ait été édictée de manière à s'appliquer rétroactivement, cette modification ne saurait s'appliquer à ce stade-ci de l'examen en appel, après que les parties ont présenté leur argumentation et que le juge de la Cour de l'impôt a rendu sa décision fondée sur la RGAÉ telle qu'elle était libellée avant la modification. En outre, même si elle devait s'appliquer, la modification ne justifierait pas une approche différente à l'égard des questions soulevées dans le présent pourvoi. À notre avis, cette modification de l'art. 245 a notamment pour effet d'indiquer clairement que la RGAÉ s'applique aux avantages fiscaux découlant du règlement pris en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur cette supposition, que les parties ne contestent pas dans l'argumentation qu'elles nous ont présentée.

4. Décisions judiciaires

4.1 *Cour canadienne de l'impôt*, [2003] A.C.I. n° 271 (QL), 2003 CCI 215

Le juge de la Cour de l'impôt a conclu à l'existence d'une opération d'évitement générant un avantage fiscal au sens des par. 245(1) et (3) de la Loi. Pour décider si l'opération était abusive au sens du par. 245(4) de la Loi, il a examiné l'objet des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux DPA, telles qu'elles s'appliquent aux

CCA provisions permitted the deduction of CCA based on the “cost” of the trailers, as defined by the transactions documents. He went on to conduct a detailed analysis of the legal transactions. He found that CTMC had acquired title and became the legal owner of the trailers, and declined to recharacterize the legal nature of the transaction. The transactions in issue, in his view, amounted to an ordinary sale-leaseback. The Tax Court judge found that the transaction fell within the spirit and purpose of the CCA provisions of the Act, and concluded that the GAAR did not apply to disallow the tax benefit.

4.2 *Federal Court of Appeal*, [2004] 2 C.T.C. 276, 2004 FCA 67

The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the appeal, relying on the reasons in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288, 2001 FCA 260 (“*OSFC*”), in which the court had set out a two-stage analysis for abuse under the GAAR, focussed first on interpretation of the specific provisions at issue, second on the overarching policy of the *Income Tax Act*. Evans J.A., for the court, held that the Tax Court judge had not erred in concluding that, for the purposes of s. 245(4) of the Act, the transactions at issue did not constitute a misuse of a provision of the Act or an abuse of the CCA scheme as a whole. He noted that counsel for the appellant did not seek to recharacterize the transactions and did not allege that they were a sham, but argued instead that the policy underlying s. 20(1)(a) and the CCA provisions as a whole was “to permit taxpayers to claim CCA in respect of the ‘real’ or ‘economic’ cost that they incurred in acquiring an asset, and not the ‘legal’ cost, that is, on the facts of this case, the purchase price paid by the taxpayer” (para. 2). Going on to consider policy, Evans J.A. found that there was no clear and unambiguous policy underlying s. 20(1)(a) or the CCA scheme read as a whole that rendered the transaction a misuse or abuse of those provisions.

mécanismes de cession-bail. Il a estimé que l’objet des dispositions relatives aux DPA permettait une DPA fondée sur le « coût » des remorques défini dans les documents relatifs aux opérations. Il a ensuite effectué une analyse détaillée des opérations juridiques. Il a conclu que HTC avait acquis le titre de propriété et était devenue légalement propriétaire des remorques, et il a refusé de requalifier la nature juridique de l’opération. Selon lui, les opérations en question constituaient une cession-bail ordinaire. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que l’opération était conforme à l’esprit et à l’objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, et a conclu que la RGAÉ ne permettait pas de supprimer l’avantage fiscal.

4.2 *Cour d’appel fédérale*, [2004] A.C.F. n° 249 (QL), 2004 CAF 67

La Cour d’appel fédérale a rejeté, à l’unanimité, l’appel en se fondant sur l’arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288, 2001 CAF 260 (« *OSFC* »), où la cour avait établi, à l’égard de l’abus visé par la RGAÉ, une méthode d’analyse en deux étapes axée d’abord sur l’interprétation des dispositions en cause et ensuite sur la politique globale de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Le juge Evans a conclu, au nom de la cour, que le juge de la Cour de l’impôt n’avait pas commis d’erreur en décidant que, pour les besoins du par. 245(4) de la Loi, les opérations en question ne constituaient ni un abus dans l’application d’une disposition de la Loi ni un abus des dispositions en matière de DPA dans leur ensemble. Il a souligné que l’avocate de l’appelante ne cherchait pas à faire requalifier les opérations et n’alléguait pas que celles-ci constituaient un stratagème, mais qu’elle affirmait plutôt que la politique sous-jacente de l’al. 20(1)a) et des dispositions en matière de DPA dans leur ensemble était « de permettre au contribuable de réclamer une DPA pour le coût “réel” ou “économique” assumé lors de l’acquisition d’un élément d’actif, et non le coût “sur papier”, c’est-à-dire en l’espèce le prix payé par le contribuable » (par. 2). À ce propos, le juge Evans a ensuite conclu que l’al. 20(1)a) ou les dispositions en matière de DPA dans leur ensemble n’étaient fondés sur aucune politique claire et non équivoque qui faisait en sorte que l’opération constituait un abus dans l’application de ces dispositions.

5. Analysis5.1 *General Principles of Interpretation*

10

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

11

As a result of the Duke of Westminster principle (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)) that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe.

12

The provisions of the *Income Tax Act* must be interpreted in order to achieve consistency,

5. Analyse5.1 *Principes généraux d'interprétation*

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

En raison du principe du duc de Westminster (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent.

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être interprétées de manière à

predictability and fairness so that taxpayers may manage their affairs intelligently. As stated at para. 45 of *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622:

[A]bsent a specific provision to the contrary, it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way. [Emphasis added.]

See also 65302 *British Columbia*, at para. 51, per Iacobucci J. citing P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 475-76:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision.

The *Income Tax Act* remains an instrument dominated by explicit provisions dictating specific consequences, inviting a largely textual interpretation. Onto this compendium of detailed stipulations, Parliament has engrafted quite a different sort of provision, the GAAR. This is a broadly drafted provision, intended to negate arrangements that would be permissible under a literal interpretation of other provisions of the *Income Tax Act*, on the basis that they amount to abusive tax avoidance. To the extent that the GAAR constitutes a "provision to the contrary" as discussed in *Shell* (at para. 45), the Duke of Westminster principle and the emphasis on textual interpretation may be attenuated. Ultimately, as affirmed in *Shell*, "[t]he courts' role is to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament" (para. 45). The court must to the extent possible contemporaneously give effect to both the GAAR and the other provisions of the *Income Tax Act* relevant to a particular transaction.

assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité requises pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires. Comme l'affirme la Cour, au par. 45 de l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 :

[E]n l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. [Nous soulignons.]

Voir également l'arrêt 65302 *British Columbia*, par. 51, où le juge Iacobucci cite P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2^e éd. 1997), p. 475-476 :

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions qui n'y sont pas exprimées, provenant de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* demeure un instrument dominé par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières et commandent une interprétation largement textuelle. À cet ensemble de dispositions détaillées, le législateur a greffé une disposition d'un genre bien différent, la RGAÉ, qui est une disposition générale destinée à invalider, pour le motif qu'ils constituent de l'évitement fiscal abusif, des mécanismes qui seraient acceptables selon une interprétation littérale d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme l'indique l'arrêt *Shell* (par. 45), dans la mesure où la RGAÉ constitue une « disposition [. . .] contraire », le principe du duc de Westminster et l'accent mis sur l'interprétation textuelle peuvent être atténués. En définitive, comme le précise l'arrêt *Shell*, « [i]l incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement » (par. 45). Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, donner effet simultanément à la RGAÉ et aux autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables à une opération donnée.

5.2 Interpretation of the GAAR

14 The GAAR was enacted in 1988, principally in response to *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, which rejected a literal approach to interpreting the Act. At the same time, the Court rejected the business purpose test, which would have restricted tax reduction to transactions with a real business purpose. Instead of the business purpose test, the Court proposed guidelines to limit unacceptable tax avoidance arrangements. Parliament deemed the decision in *Stubart* an inadequate response to the problem and enacted the GAAR.

15 The *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax* issued by the Honourable Michael H. Wilson, Minister of Finance (June 1988) (“Explanatory Notes”) are an aid to interpretation. The Explanatory Notes state at the outset that they “are intended for information purposes only and should not be construed as an official interpretation of the provisions they describe”. They state the purpose of the GAAR at p. 461:

New section 245 of the Act is a general anti-avoidance rule which is intended to prevent abusive tax avoidance transactions or arrangements but at the same time is not intended to interfere with legitimate commercial and family transactions. Consequently, the new rule seeks to distinguish between legitimate tax planning and abusive tax avoidance and to establish a reasonable balance between the protection of the tax base and the need for certainty for taxpayers in planning their affairs.

16 The GAAR draws a line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance. The line is far from bright. The GAAR’s purpose is to deny the tax benefits of certain arrangements that comply with a literal interpretation of the provisions of the Act, but amount to an abuse of the provisions of the Act. But precisely what constitutes abusive tax avoidance remains the subject of debate. Hence these appeals.

17 The application of the GAAR involves three steps. The first step is to determine whether

5.2 Interprétation de la RGAÉ

La RGAÉ a été édictée en 1988, principalement pour donner suite à l’arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, où la Cour a rejeté une méthode d’interprétation littérale de la Loi et, en même temps, le critère de l’objet commercial, qui aurait limité la réduction d’impôt aux opérations ayant un objet commercial véritable. La Cour a proposé de remplacer le critère de l’objet commercial par des lignes directrices destinées à limiter les mécanismes d’évitement fiscal inacceptables. Jugeant que l’arrêt *Stubart* ne réglait pas adéquatement le problème, le législateur a édicté la RGAÉ.

Les *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l’impôt sur le revenu* publiées par l’honorable Michael H. Wilson, ministre des Finances (juin 1988) (« notes explicatives ») sont un outil d’interprétation. Elles précisent, d’entrée de jeu, qu’elles « n’ont qu’un but d’information et ne doivent pas être prises comme une interprétation officielle des dispositions qu’elles décrivent ». À la page 492, elles définissent ainsi l’objet de la RGAÉ :

Le nouvel article 245 de la Loi établit une règle générale anti-évitement qui vise à prévenir les opérations ou mécanismes abusifs d’évitement fiscal, sans gêner pour autant les opérations commerciales et familiales légitimes. En conséquence, la nouvelle règle vise à distinguer la planification fiscale légitime et l’évitement abusif de l’impôt, de manière à établir un équilibre convenable entre la protection de l’assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables pour la planification de leurs activités.

La RGAÉ trace une ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l’impôt et l’évitement fiscal abusif. Cette ligne est loin d’être nette. La RGAÉ a pour objet de supprimer les avantages fiscaux de certains mécanismes qui sont conformes à une interprétation littérale des dispositions de la Loi, mais qui constituent un abus dans l’application de ces dispositions. Cependant, la question de savoir en quoi consiste exactement un évitement fiscal abusif fait toujours l’objet d’un débat, d’où les présents pourvois.

L’application de la RGAÉ comporte trois étapes. La première étape consiste à déterminer s’il existe

there is a “tax benefit” arising from a “transaction” under s. 245(1) and (2). The second step is to determine whether the transaction is an avoidance transaction under s. 245(3), in the sense of not being “arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”. The third step is to determine whether the avoidance transaction is abusive under s. 245(4). All three requirements must be fulfilled before the GAAR can be applied to deny a tax benefit.

5.3 *Tax Benefit*

The first step in applying the GAAR is to determine whether there is a tax benefit arising from a transaction or series of transactions of which the transaction is part.

“Tax benefit” is defined in s. 245(1) as “a reduction, avoidance or deferral of tax” or “an increase in a refund of tax or other amount” paid under the Act. Whether a tax benefit exists is a factual determination, initially by the Minister and on review by the courts, usually the Tax Court. The magnitude of the tax benefit is not relevant at this stage of the analysis.

If a deduction against taxable income is claimed, the existence of a tax benefit is clear, since a deduction results in a reduction of tax. In some other instances, it may be that the existence of a tax benefit can only be established by comparison with an alternative arrangement. For example, characterization of an amount as an annuity rather than as a wage, or as a capital gain rather than as business income, will result in differential tax treatment. In such cases, the existence of a tax benefit might only be established upon a comparison between alternative arrangements. In all cases, it must be determined whether the taxpayer reduced, avoided or deferred tax payable under the Act.

un « avantage fiscal » découlant d’une « opération » au sens des par. 245(1) et (2). La deuxième étape consiste à déterminer si l’opération constitue une opération d’évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu’elle n’a pas été « principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable ». La troisième étape consiste à déterminer si l’opération d’évitement est abusive au sens du par. 245(4). Les trois conditions doivent être remplies pour que la RGAÉ permette de supprimer un avantage fiscal.

5.3 *Avantage fiscal*

La première étape de l’application de la RGAÉ consiste à déterminer si un avantage fiscal découle d’une opération ou d’une série d’opérations dont l’opération en question fait partie.

Le paragraphe 245(1) définit l’« avantage fiscal » comme étant une « [r]éduction, [un] évitement ou [un] report d’impôt » ou une « augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant » visé par la Loi. La question de savoir s’il existe un avantage fiscal est une question de fait qui est d’abord tranchée par le ministre, et ensuite par les tribunaux, habituellement la Cour de l’impôt, dans le cadre d’un contrôle. L’ampleur de l’avantage fiscal n’est pas pertinente à cette étape de l’analyse.

Dans les cas où une déduction est demandée à l’égard d’un revenu imposable, il est évident qu’il existe un avantage fiscal étant donné qu’une déduction entraîne une réduction d’impôt. Dans d’autres cas, il se peut que l’existence d’un avantage fiscal ne puisse être établie qu’au moyen d’une comparaison avec un autre mécanisme. Par exemple, la qualification d’un montant comme étant une rente plutôt qu’un salaire, ou comme étant un gain en capital plutôt qu’un revenu d’entreprise, donne lieu à un traitement fiscal différent. Dans ces cas, l’existence d’un avantage fiscal ne pourrait être établie qu’au moyen d’une comparaison entre différents mécanismes. Dans tous les cas, il faut déterminer si le contribuable a réduit, évité ou reporté un montant d’impôt payable en vertu de la Loi.

18

19

20

5.4 Avoidance Transaction

21 The second requirement for application of the GAAR is that the transaction giving rise to the tax benefit be an avoidance transaction within s. 245(3). The function of this requirement is to remove from the ambit of the GAAR transactions or series of transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The majority of tax benefits claimed by taxpayers on their annual returns will be immune from the GAAR as a result of s. 245(3). The GAAR was enacted as a provision of last resort in order to address abusive tax avoidance, it was not intended to introduce uncertainty in tax planning.

22 A “transaction” is defined under s. 245(1) to include an arrangement or event. Section 245(3) specifically defines “avoidance transaction” as a transaction that results in a tax benefit, either by itself or as part of a series of transactions, “unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit”. These two underlined expressions warrant further discussion.

5.4.1 Series of Transactions

23 Section 245(2) reads:

(2)[General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

24 Section 245(3) reads in part:

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit . . . ; or

5.4 Opération d'évitement

La deuxième condition d'application de la RGAÉ est que l'opération qui génère l'avantage fiscal soit une opération d'évitement au sens du par. 245(3). Cette condition sert à soustraire à l'application de la RGAÉ les opérations ou séries d'opérations qui peuvent raisonnablement être considérées comme ayant été principalement effectuées pour un objet non fiscal. La plupart des avantages fiscaux demandés par les contribuables dans leurs déclarations annuelles échappent à l'application de la RGAÉ en raison du par. 245(3). La RGAÉ, qui représente une mesure de dernier recours destinée à prévenir l'évitement fiscal abusif, ne devait pas créer de l'incertitude en matière de planification fiscale.

Selon le par. 245(1), sont assimilés à une « opération » une convention, un mécanisme ou un événement. Le paragraphe 245(3) définit expressément l'« opération d'évitement » comme étant une opération, ou une opération faisant partie d'une série d'opérations, dont découle un avantage fiscal, « sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». Les deux expressions soulignées méritent qu'on s'y attarde davantage.

5.4.1 Série d'opérations

Le paragraphe 245(2) se lit comme suit :

(2)[Disposition générale anti-évitement] En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

Le paragraphe 245(3) prévoit notamment ceci :

(3) [Opération d'évitement] L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal . . .

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit

The meaning of the expression “series of transactions” under s. 245(2) and (3) is not clear on its face. We agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *OSFC* and endorse the test for a series of transactions as adopted by the House of Lords that a series of transactions involves a number of transactions that are “pre-ordained in order to produce a given result” with “no practical likelihood that the pre-planned events would not take place in the order ordained”: *Craven v. White*, [1989] A.C. 398, at p. 514, *per* Lord Oliver; see also *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865.

Section 248(10) extends the meaning of “series of transactions” to include “related transactions or events completed in contemplation of the series”. The Federal Court of Appeal held, at para. 36 of *OSFC*, that this occurs where the parties to the transaction “knew of the . . . series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction”. We would elaborate that “in contemplation” is read not in the sense of actual knowledge but in the broader sense of “because of” or “in relation to” the series. The phrase can be applied to events either before or after the basic avoidance transaction found under s. 245(3). As has been noted:

It is highly unlikely that Parliament could have intended to include in the statutory definition of “series of transactions” related transactions completed in contemplation of a subsequent series of transactions, but not related transactions in the contemplation of which taxpayers completed a prior series of transactions.

(D. G. Duff, “Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*” (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, at p. 287)

b) soit de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal

Le sens de l’expression « série d’opérations » utilisée aux par. 245(2) et (3) n’est pas clair à première vue. Nous partageons l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *OSFC* et retenons le critère adopté à cet égard par la Chambre des lords, selon lequel une série d’opérations comprend un certain nombre d’opérations [TRADUCTION] « déterminée[s] d’avance de manière à produire un résultat donné [alors qu’] il n’existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d’avance ne se produiraient pas dans l’ordre envisagé » : *Craven c. White*, [1989] A.C. 398, p. 514, lord Oliver; voir également *W. T. Ramsay Ltd. c. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All E.R. 865.

Le paragraphe 248(10) élargit le sens de l’expression « série d’opérations » de manière à inclure les « opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série ». La Cour d’appel fédérale a conclu, au par. 36 de l’arrêt *OSFC*, que c’est le cas lorsque les parties à l’opération « étaient au courant de la série [. . .], de façon qu’on puisse dire qu’elles en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération ». Nous tenons à ajouter que les mots « en vue de réaliser » sont employés non pas dans le sens d’une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de « en raison de » ou « relativement à » la série. Ces mots peuvent s’appliquer à des événements survenus soit avant soit après l’opération d’évitement de base visée par le par. 245(3). Comme nous l’avons vu :

[TRADUCTION] Il est très peu probable que le législateur ait voulu inclure, dans la définition légale de l’expression « série d’opérations », les opérations liées terminées en vue de réaliser une série d’opérations subséquente, mais non les opérations liées en vue desquelles le contribuable a terminé une série d’opérations préalable.

(D. G. Duff, « Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada : *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen* » (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, p. 287)

25

26

5.4.2 Primarily for *Bona Fide* Purposes

27 According to s. 245(3), the GAAR does not apply to a transaction that “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”. If there are both tax and non-tax purposes to a transaction, it must be determined whether it was reasonable to conclude that the non-tax purpose was primary. If so, the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit.

28 While the inquiry proceeds on the premise that both tax and non-tax purposes can be identified, these can be intertwined in the particular circumstances of the transaction at issue. It is not helpful to speak of the threshold imposed by s. 245(3) as high or low. The words of the section simply contemplate an objective assessment of the relative importance of the driving forces of the transaction.

29 Again, this is a factual inquiry. The taxpayer cannot avoid the application of the GAAR by merely stating that the transaction was undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The Tax Court judge must weigh the evidence to determine whether it is reasonable to conclude that the transaction was not undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. The determination invokes reasonableness, suggesting that the possibility of different interpretations of the events must be objectively considered.

30 The courts must examine the relationships between the parties and the actual transactions that were executed between them. The facts of the transactions are central to determining whether there was an avoidance transaction. It is useful to consider what will not suffice to establish an avoidance transaction under s. 245(3). The Explanatory Notes state, at p. 464:

Subsection 245(3) does not permit the “recharacterization” of a transaction for the purposes of determining

5.4.2 Principalement effectuée pour des objets véritables

Selon le par. 245(3), la RGAÉ ne s’applique pas à une opération « dont [. . .] il est raisonnable de considérer [qu’elle] est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable ». Dans le cas où une opération a à la fois un objet fiscal et un objet non fiscal, il faut décider s’il était raisonnable de conclure que l’objet non fiscal était le principal objet. Dans l’affirmative, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l’avantage fiscal.

Bien que l’examen parte du principe que les objets fiscal et non fiscal sont identifiables, il se peut que ces objets soient inextricablement liés dans le cas d’une opération particulière. Il n’est pas utile de qualifier d’exigeant ou de peu exigeant le critère préliminaire prescrit par le par. 245(3). Le libellé de la disposition prévoit simplement une évaluation objective de l’importance relative des motivations auxquelles obéissait l’opération.

Là encore, l’examen porte sur les faits. Le contribuable ne peut se soustraire à l’application de la RGAÉ en déclarant simplement que l’opération a été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Le juge de la Cour de l’impôt doit suser la preuve pour décider s’il est raisonnable de conclure que l’opération n’a pas été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Cette décision fait appel au caractère raisonnable, ce qui indique qu’il faut envisager objectivement la possibilité que les événements se prêtent à diverses interprétations.

Les tribunaux doivent examiner les rapports entre les parties et les opérations véritablement intervenues entre elles. Les faits des opérations sont cruciaux pour décider s’il y a eu opération d’évitement. Il est utile de se demander ce qui n’est pas suffisant pour établir l’existence d’une opération d’évitement au sens du par. 245(3). Les notes explicatives précisent ceci, à la p. 495 :

Le paragraphe 245(3) ne permet pas de « requalifier » une opération afin de déterminer s’il s’agit ou non d’une

whether or not it is an avoidance transaction. In other words, it does not permit a transaction to be considered to be an avoidance transaction because some alternative transaction that might have achieved an equivalent result would have resulted in higher taxes.

According to the Explanatory Notes, Parliament recognized the Duke of Westminster principle “that tax planning — arranging one’s affairs so as to attract the least amount of tax — is a legitimate and accepted part of Canadian tax law” (p. 464). Despite Parliament’s intention to address abusive tax avoidance by enacting the GAAR, Parliament nonetheless intended to preserve predictability, certainty and fairness in Canadian tax law. Parliament intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the *Income Tax Act* that confer tax benefits. Indeed, achieving the various policies that the *Income Tax Act* seeks to promote is dependent on taxpayers doing so.

Section 245(3) merely removes from the ambit of the GAAR transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for a non-tax purpose. Parliament did not intend s. 245(3) to operate simply as a business purpose test, which would have considered transactions that lacked an independent *bona fide* business purpose to be invalid.

The expression “non-tax purpose” has a broader scope than the expression “business purpose”. For example, transactions that may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for family or investment purposes would be immune from the GAAR under s. 245(3). Section 245(3) does not purport to protect only transactions that have a real business purpose. Parliament wanted many schemes that do not have any business purpose to endure. Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) are one example. Parliament recognized that many provisions of the Act confer legitimate tax benefits notwithstanding the lack of a real business purpose. This is apparent from the general language used throughout s. 245, as opposed to language which would have adopted

opération d’évitement. Autrement dit, il ne permet pas de considérer une opération comme une opération d’évitement parce qu’une autre opération, qui aurait pu permettre d’obtenir un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés.

D’après les notes explicatives, le législateur a reconnu le principe du duc de Westminster selon lequel « la planification fiscale — c’est-à-dire le fait d’organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d’impôts — est une dimension légitime et admise du droit fiscal canadien » (p. 495). Bien qu’il ait eu l’intention de prévenir l’évitement fiscal abusif en édictant la RGAÉ, le législateur a néanmoins voulu maintenir la prévisibilité, la certitude et l’équité en droit fiscal canadien. Il veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux. En fait, il s’agit là de la condition de réussite des différentes politiques que la *Loi de l’impôt sur le revenu* cherche à promouvoir.

Le paragraphe 245(3) ne fait que soustraire à l’application de la RGAÉ les opérations dont il est raisonnable de considérer qu’elles ont été principalement effectuées pour un objet non fiscal. Le législateur n’a pas voulu que le par. 245(3) serve simplement de critère d’objet commercial en vertu duquel les opérations dépourvues de véritable objet commercial indépendant seraient jugées invalides.

L’expression « objet non fiscal » a une portée plus large que l’expression « objet commercial ». Par exemple, les opérations dont il est raisonnable de considérer qu’elles ont été principalement effectuées à des fins familiales ou à des fins de placement échapperaient à l’application de la RGAÉ selon le par. 245(3). Le paragraphe 245(3) n’est pas censé protéger uniquement les opérations qui ont un objet commercial véritable. Le législateur voulait que de nombreux régimes dépourvus d’objet commercial subsistent. Les régimes enregistrés d’épargne-retraite (« REER ») en sont un exemple. Le législateur a reconnu que de nombreuses dispositions de la Loi confèrent des avantages fiscaux légitimes malgré l’absence d’objet commercial véritable. C’est ce qui ressort du libellé général de

31

32

33

a broad anti-avoidance test subject to exemptions for specific schemes like RRSP transactions.

34 If at least one transaction in a series of transactions is an “avoidance transaction”, then the tax benefit that results from the series may be denied under the GAAR. This is apparent from the wording of s. 245(3). Conversely, if each transaction in a series was carried out primarily for *bona fide* non-tax purposes, the GAAR cannot be applied to deny a tax benefit.

35 Even if an avoidance transaction is established under the s. 245(3) inquiry, the GAAR will not apply to deny the tax benefit if it may be reasonable to consider that it did not result from abusive tax avoidance under s. 245(4), as discussed more fully below.

5.5 *Abusive Tax Avoidance*

36 The third requirement for application of the GAAR is that the avoidance transaction giving rise to a tax benefit be abusive. The mere existence of an avoidance transaction is not enough to permit the GAAR to be applied. The transaction must also be shown to be *abusive* under s. 245(4).

37 It is this requirement that has given rise to the most difficulty in the interpretation and application of the GAAR. A number of features have provoked judicial debate. The section is cast in terms of a double negative, stating that the GAAR does “not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse . . . or an abuse”. It is tempered by the word “reasonably”, suggesting some ministerial and judicial leeway in determining abuse. It does not precisely define abuse or misuse. To further complicate matters, the English and French versions of s. 245(4) differ. Overarching these particular difficulties is the central issue of the relationship between the GAAR and more specific provisions of the Act.

l’art. 245, par opposition à celui dans lesquels aurait été rédigé un critère général anti-évitement assorti d’exceptions applicables à des régimes particuliers, telles les opérations de REER.

Si au moins une opération qui fait partie d’une série d’opérations constitue une « opération d’évitement », la RGAÉ permet alors de supprimer l’avantage fiscal qui découle de la série. C’est ce qui ressort du libellé du par. 245(3). À l’inverse, si chaque opération de la série a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux, la RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal.

Comme nous le verrons en détail plus loin, même si l’examen fondé sur le par. 245(3) permet de constater l’existence d’une opération d’évitement, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l’avantage fiscal dont il est raisonnable de considérer qu’il ne découle pas d’un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

5.5 *Évitement fiscal abusif*

La troisième condition d’application de la RGAÉ est que l’opération d’évitement qui génère un avantage fiscal soit abusive. L’existence d’une opération d’évitement ne justifie pas à elle seule l’application de la RGAÉ. Il faut également démontrer que l’opération est *abusive* au sens du par. 245(4).

C’est cette condition qui soulève le plus de difficultés en matière d’interprétation et d’application de la RGAÉ. Un certain nombre de caractéristiques ont suscité un débat judiciaire. Cette disposition rédigée sous forme de double négation prévoit que « l’opération dont il est raisonnable de considérer qu’elle n’entraîne pas, directement ou indirectement, d’abus [. . .] n’est pas visée » par la RGAÉ. Elle est atténuée par l’emploi du mot « raisonnable » qui indique que le ministre ou le tribunal dispose d’une certaine latitude pour décider s’il y a abus. Elle ne donne pas une définition précise de l’abus. Pour compliquer davantage les choses, les versions française et anglaise du par. 245(4) sont différentes. Au cœur de ces difficultés se trouve la question du lien entre la RGAÉ et certaines dispositions plus précises de la Loi.

5.5.1 “Misuse and Abuse”: Two Different Concepts?

We turn first to the debate about “misuse” and “abuse” which has arisen from the different English and French versions of s. 245(4). This arises from the apparently disjunctive version of the subsection in English (“misuse of the provisions of this Act” or “abuse having regard to the provisions of this Act . . . read as a whole”) and the non-disjunctive French version (“*d’abus dans l’application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble*”). This discrepancy led the majority of the Federal Court of Appeal to conclude in *OSFC* that s. 245(4) mandates two different inquiries. The first was whether there was a misuse of the particular provisions of the Act that were relied upon to achieve the tax benefit. The second was whether there was an abuse of any policy of the Act read as a whole. The term “policy” was used to refer collectively to purpose, object, spirit, scheme or policy (*OSFC*, at para. 66).

With respect, we cannot agree with this interpretation of s. 245(4). Parliament could not have intended this two-step approach, which on its face raises the impossible question of how one can abuse the Act as a whole without misusing any of its provisions. We agree with the Tax Court judge, in the present case, at para. 90, that “[i]n effect, the analysis of the misuse of the provisions and the analysis of the abuse having regard to the provisions of the *Act* read as a whole are inseparable.” As discussed more fully below, the interpretation of specific provisions of the Act cannot be separated from contextual considerations arising from other provisions. The various provisions of the *Income Tax Act* must be interpreted in their contextual framework, so that the Act functions as a coherent whole, with respect to the particular statutory scheme engaged by the transactions.

5.5.1 « Misuse » et « abuse » : deux notions différentes?

Examinons d’abord le débat concernant les mots « *misuse* » et « *abuse* » qui émane de la différence entre les versions française et anglaise du par. 245(4). Ce débat résulte de la version anglaise apparemment disjunctive du paragraphe (« *misuse of the provisions of this Act* » ou « *abuse having regard to the provisions of this Act [. . .] read as a whole* ») et de sa version française non disjunctive (« *d’abus dans l’application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble* »). Cette disparité a amené les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale à conclure, dans l’arrêt *OSFC*, que le par. 245(4) obligeait à se poser deux questions différentes. Premièrement, il fallait se demander s’il y a eu abus dans l’application des dispositions de la Loi invoquées pour obtenir l’avantage fiscal. Deuxièmement, il fallait se demander s’il y a eu abus de quelque politique générale de la Loi lue dans son ensemble. Le mot « *politique générale* » était employé pour désigner collectivement l’objet, l’esprit, l’économie ou le principe (*OSFC*, par. 66).

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette interprétation du par. 245(4). Le législateur ne peut avoir voulu cette approche en deux étapes qui, à première vue, soulève la question invraisemblable de savoir comment on peut abuser de l’application de la Loi dans son ensemble sans abuser de l’application de l’une ou l’autre de ses dispositions. Nous partageons l’opinion que le juge de la Cour de l’impôt a exprimée, en l’espèce, au par. 90 de ses motifs, selon laquelle « [e]ffectivement, l’analyse de la possibilité d’abus dans l’application des dispositions précises et l’analyse de la possibilité d’abus dans l’application des dispositions de la *Loi* lues dans leur ensemble sont indissociables. » Comme nous le verrons en détail plus loin, l’interprétation de certaines dispositions de la Loi ne peut être dissociée des considérations contextuelles découlant d’autres dispositions. Les diverses dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* doivent être interprétées dans leur cadre contextuel, de manière à ce que la Loi forme un tout cohérent, eu égard au régime législatif particulier que les opérations font intervenir.

40 There is but one principle of interpretation: to determine the intent of the legislator having regard to the text, its context, and other indicators of legislative purpose. The policy analysis proposed as a second step by the Federal Court of Appeal in *OSFC* is properly incorporated into a unified, textual, contextual, and purposive approach to interpreting the specific provisions that give rise to the tax benefit.

41 The courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue. First, such a search is incompatible with the roles of reviewing judges. The *Income Tax Act* is a compendium of highly detailed and often complex provisions. To send the courts on the search for some overarching policy and then to use such a policy to override the wording of the provisions of the *Income Tax Act* would inappropriately place the formulation of taxation policy in the hands of the judiciary, requiring judges to perform a task to which they are unaccustomed and for which they are not equipped. Did Parliament intend judges to formulate taxation policies that are not grounded in the provisions of the Act and to apply them to override the specific provisions of the Act? Notwithstanding the interpretative challenges that the GAAR presents, we cannot find a basis for concluding that such a marked departure from judicial and interpretative norms was Parliament's intent.

42 Second, to search for an overriding policy of the *Income Tax Act* that is not anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit would run counter to the overall policy of Parliament that tax law be certain, predictable and fair, so that taxpayers can intelligently order their affairs. Although Parliament's general purpose in enacting the GAAR was to preserve legitimate tax minimization schemes while prohibiting abusive tax avoidance, Parliament must also be taken to seek consistency, predictability and fairness in

Il n'y a qu'un seul principe d'interprétation : il faut dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé de la disposition, de son contexte et d'autres indices de l'objectif législatif. L'analyse de la politique générale, en tant que deuxième étape proposée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC*, est incorporée, à juste titre, à une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions particulières qui génèrent l'avantage fiscal.

Les tribunaux ne peuvent chercher une politique prépondérante de la Loi qui n'est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause. Premièrement, une telle recherche est incompatible avec le rôle du juge qui effectue un contrôle. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est un recueil de dispositions très détaillées et souvent complexes. Demander aux tribunaux de chercher une politique globale quelconque pour ensuite se servir de cette politique pour passer outre au libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reviendrait à confier indûment à l'appareil judiciaire l'établissement de politiques fiscales, et à demander aux juges d'accomplir une tâche à laquelle ils ne sont pas habitués et qu'ils ne sont pas en mesure d'accomplir. Le législateur a-t-il voulu que les juges établissent des politiques fiscales non fondées sur les dispositions de la Loi et qu'ils s'en servent pour passer outre aux dispositions précises de la Loi? Malgré les problèmes d'interprétation que pose la RGAÉ, nous ne voyons aucune raison de conclure que le législateur a voulu s'écarter à ce point des normes de justice et d'interprétation.

Deuxièmement, la recherche d'une politique prépondérante de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui n'est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal irait à l'encontre de la politique globale du législateur voulant que le droit fiscal soit certain, prévisible et équitable afin que le contribuable puisse organiser intelligemment ses affaires. Bien qu'en édictant la RGAÉ, le législateur ait eu pour objectif général de maintenir les mécanismes de réduction maximale légitime de l'impôt, tout en interdisant

tax law. These three latter purposes would be frustrated if the Minister and/or the courts overrode the provisions of the *Income Tax Act* without any basis in a textual, contextual and purposive interpretation of those provisions.

For these reasons we conclude, as did the Tax Court judge, that the determinations of “misuse” and “abuse” under s. 245(4) are not separate inquiries. Section 245(4) requires a single, unified approach to the textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions of the *Income Tax Act* that are relied upon by the taxpayer in order to determine whether there was abusive tax avoidance.

5.5.2 Abusive Tax Avoidance: A Unified Interpretative Approach

The heart of the analysis under s. 245(4) lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts of a given case. The first task is to interpret the provisions giving rise to the tax benefit to determine their object, spirit and purpose. The next task is to determine whether the transaction falls within or frustrates that purpose. The overall inquiry thus involves a mixed question of fact and law. The textual, contextual and purposive interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* is essentially a question of law but the application of these provisions to the facts of a case is necessarily fact-intensive.

This analysis will lead to a finding of abusive tax avoidance when a taxpayer relies on specific provisions of the *Income Tax Act* in order to achieve an outcome that those provisions seek to prevent. As well, abusive tax avoidance will occur when a transaction defeats the underlying rationale of the provisions that are relied upon. An abuse may also

l'évitement fiscal abusif, il faut également considérer qu'il recherche l'uniformité, la prévisibilité et l'équité en matière de droit fiscal. Ces trois derniers objectifs seraient contrecarrés si le ministre et les tribunaux, ou l'un ou l'autre de ceux-ci, passaient outre aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sans se fonder sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions.

Pour ces motifs, nous concluons, à l'instar du juge de la Cour de l'impôt, que les décisions relatives aux mots « *misuse* » et « *abuse* » utilisés dans la version anglaise du par. 245(4) ne commandent pas des examens différents. Le paragraphe 245(4) exige que, pour décider s'il y a eu évitement fiscal abusif, l'on applique une seule méthode unifiée d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* invoquées par le contribuable.

5.5.2 Évitement fiscal abusif : une méthode d'interprétation unifiée

L'interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l'application des dispositions interprétées correctement aux faits d'une affaire donnée sont au cœur de l'analyse fondée sur le par. 245(4). Il faut d'abord interpréter les dispositions générant l'avantage fiscal pour en déterminer l'objet et l'esprit. Il faut ensuite déterminer si l'opération est conforme à cet objet ou si elle le contrecarre. L'analyse globale porte donc sur une question mixte de fait et de droit. L'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une question de droit, mais l'application de ces dispositions aux faits d'une affaire dépend nécessairement des faits.

Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions

43

44

45

result from an arrangement that circumvents the application of certain provisions, such as specific anti-avoidance rules, in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. By contrast, abuse is not established where it is reasonable to conclude that an avoidance transaction under s. 245(3) was within the object, spirit or purpose of the provisions that confer the tax benefit.

46 Once the provisions of the *Income Tax Act* are properly interpreted, it is a question of fact for the Tax Court judge whether the Minister, in denying the tax benefit, has established abusive tax avoidance under s. 245(4). Provided the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the Act and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.

47 The first part of the inquiry under s. 245(4) requires the court to look beyond the mere text of the provisions and undertake a contextual and purposive approach to interpretation in order to find meaning that harmonizes the wording, object, spirit and purpose of the provisions of the *Income Tax Act*. There is nothing novel in this. Even where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities. “After all, language can never be interpreted independently of its context, and legislative purpose is part of the context. It would seem to follow that consideration of legislative purpose may not only resolve patent ambiguity, but may, on occasion, reveal ambiguity in apparently plain language.” See P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4th ed. 2002), at p. 563. In order to reveal and resolve any latent ambiguities in the meaning of provisions of the *Income Tax Act*, the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation.

invoquées. Un mécanisme qui contourne l’application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d’une manière contraire à l’objet ou à l’esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. Par contre, l’existence d’un abus n’est pas établie lorsqu’il est raisonnable de conclure qu’une opération d’évitement au sens du par. 245(3) était conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions conférant l’avantage fiscal.

Une fois que les dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* sont interprétées correctement, la question de fait à laquelle doit répondre le juge de la Cour de l’impôt est de savoir si, en supprimant l’avantage fiscal, le ministre a établi l’existence d’un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). Pourvu que le juge de la Cour de l’impôt se soit fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la Loi et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d’appel ne doivent pas intervenir en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

La première partie de l’examen fondé sur le par. 245(4) exige que le tribunal aille au-delà du simple texte des dispositions et adopte une méthode d’interprétation contextuelle et téléologique en vue de dégager un sens qui s’harmonise avec le libellé, l’objet et l’esprit des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cela n’a rien de nouveau. Même lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l’objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. [TRADUCTION] « Après tout, le libellé ne peut jamais être interprété indépendamment de son contexte, et l’objectif législatif fait partie de ce contexte. Il semblerait alors que la prise en compte de l’objectif législatif permette non seulement de dissiper les ambiguïtés manifestes, mais aussi de relever, à l’occasion, des ambiguïtés dans un libellé apparemment clair. » Voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4^e éd. 2002), p. 563. Pour relever et dissiper toute ambiguïté latente du sens des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, les tribunaux doivent adopter une méthode d’interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée.

As previously stated, the predominant issue in this and its companion appeal is what constitutes abusive tax avoidance. The Explanatory Notes state in part, at pp. 464-65:

Subsection 245(4) recognizes that the provisions of the Act are intended to apply to transactions with real economic substance, not to transactions intended to exploit, misuse or frustrate the Act to avoid tax. It also recognizes, however, that a number of provisions of the Act either contemplate or encourage transactions that may seem to be primarily tax-motivated. . . . It is not intended that section 245 will apply to deny the tax benefits that result from these transactions as long as they are carried out within the object and spirit of the provisions of the Act read as a whole. Nor is it intended that tax incentives expressly provided for in the legislation would be neutralized by this section.

Where a taxpayer carries out transactions primarily in order to obtain, through the application of specific provisions of the Act, a tax benefit that is not intended by such provisions and by the Act read as a whole, section 245 should apply. This would be the case even though the strict words of the relevant specific provisions may support the tax result sought by the taxpayer. Thus, where applicable, section 245 will override other provisions of the Act since, otherwise, its object and purpose would be defeated.

. . . Thus, in reading the Act as a whole, specific provisions will be read in the context of and in harmony with the other provisions of the Act in order to achieve a result which is consistent with the general scheme of the Act.

Therefore, the application of new subsection 245 must be determined by reference to the facts in a particular case in the context of the scheme of the Act. . . . This can be discerned from a review of the scheme of the Act, its relevant provisions and permissible extrinsic aids.

In all cases where the applicability of s. 245(4) is at issue, the central question is, having regard to the text, context and purpose of the provisions on which the taxpayer relies, whether the transaction frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. The following points are noteworthy:

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi et le pourvoi connexe portent principalement sur la question de savoir en quoi consiste un évitement fiscal abusif. Les notes explicatives indiquent notamment ce qui suit, p. 496-497 :

Le paragraphe 245(4) tient compte du fait que les dispositions de la Loi visent les opérations ayant une raison d'être économique et non les opérations qui visent à exploiter, à détourner ou à frustrer les dispositions de la Loi, afin d'échapper à l'impôt. Il tient aussi compte, cependant, du fait que nombre de dispositions de la Loi envisagent ou favorisent des opérations qui peuvent sembler obéir principalement à des motivations fiscales. [. . .] On ne compte pas appliquer l'article 245 de manière à refuser les avantages fiscaux découlant de ces opérations dans la mesure où elles sont effectuées conformément à l'objet et à l'esprit des dispositions de la Loi dans son ensemble. Cet article n'a pas pour but non plus de neutraliser les avantages fiscaux expressément prévus par la Loi.

Lorsqu'un contribuable effectue des opérations principalement afin d'obtenir, par le jeu de dispositions précises de la Loi, un avantage fiscal qui n'est prévu ni par ses dispositions, ni par la Loi lue dans son ensemble, l'article 245 devrait s'appliquer. Il en serait ainsi même si les dispositions précises considérées, prises au pied de la lettre, justifiaient le résultat fiscal que cherche à obtenir le contribuable. Par conséquent, dans les cas où cela est applicable, l'article 245 primera les autres dispositions de la Loi puisque autrement l'objet et l'esprit de cette dernière seraient battus en brèche.

. . . En conséquence, dans l'interprétation de la Loi dans son ensemble, les dispositions particulières seront lues dans le contexte des autres dispositions de la Loi et en harmonie avec celles-ci de manière à obtenir un résultat conforme à l'agencement général de la Loi.

Par conséquent, l'application du nouvel article 245 doit être déterminée à la lumière des faits de l'espèce dans le contexte de l'agencement de la Loi. [. . .] Cette constatation se dégage d'un examen de l'agencement de la Loi, des dispositions pertinentes et des aides extrinsèques admissibles.

Dans tous les cas où l'applicabilité du par. 245(4) est en cause, la question centrale est de savoir si, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet des dispositions invoquées par le contribuable, l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit de ces dispositions. Les points suivants sont dignes de mention :

(1) While the Explanatory Notes use the phrase “exploit, misuse or frustrate”, we understand these three terms to be synonymous, with their sense most adequately captured by the word “frustrate”.

(2) The Explanatory Notes elaborate that the GAAR is intended to apply where under a literal interpretation of the provisions of the *Income Tax Act*, the object and purpose of those provisions would be defeated.

(3) The Explanatory Notes specify that the application of the GAAR must be determined by reference to the facts of a particular case in the context of the scheme of the *Income Tax Act*.

(4) The Explanatory Notes also elaborate that the provisions of the *Income Tax Act* are intended to apply to transactions with real economic substance.

(1) Bien que les notes explicatives emploient les mots « exploiter, [. . .] détourner ou [. . .] frustrer », il semble que ces trois termes soient synonymes et que le mot « frustrer » au sens de « contrecarrer » permet le mieux d’en saisir le sens.

(2) Les notes explicatives indiquent que la RGAÉ est censée s’appliquer lorsque, selon une interprétation littérale des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’objet et l’esprit de ces dernières seraient contrecarrés.

(3) Les notes explicatives précisent que la RGAÉ doit être appliquée à la lumière des faits de l’affaire en cause dans le contexte de l’agencement de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

(4) Les notes explicatives indiquent également que les dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* visent les opérations ayant une raison d’être économique.

50 As previously discussed, Parliament sought to address abusive tax avoidance while preserving consistency, predictability and fairness in tax law and the GAAR can only be applied to deny a tax benefit when the abusive nature of the transaction is clear.

51 The interpretation of the provisions giving rise to the tax benefit must, in the words of s. 245(4) of the Act, have regard to the Act “read as a whole”. This means that the specific provisions at issue must be interpreted in their legislative context, together with other related and relevant provisions, in light of the purposes that are promoted by those provisions and their statutory schemes. In this respect, it should not be forgotten that the GAAR itself is part of the Act.

52 In general, Parliament confers tax benefits under the *Income Tax Act* to promote purposes related to specific activities. For example, tax benefits associated with business losses, CCA and RRSPs, are conferred for reasons intrinsic to the activities

Comme nous l’avons vu, le législateur cherchait à prévenir l’évitement fiscal abusif tout en maintenant l’uniformité, la prévisibilité et l’équité en matière de droit fiscal, et la RGAÉ ne permet de supprimer un avantage fiscal que dans les cas où l’opération en cause est manifestement abusive.

Aux termes du par. 245(4) de la Loi, l’interprétation des dispositions générant l’avantage fiscal doit se faire compte tenu de la Loi « lue dans son ensemble ». Cela signifie que les dispositions en cause doivent être interprétées dans leur contexte législatif, conjointement avec les autres dispositions connexes pertinentes, à la lumière des objectifs dont ces dispositions et le régime législatif qu’elles établissent favorisent la réalisation. À cet égard, il ne faut pas oublier que la RGAÉ fait elle-même partie de la Loi.

En général, les avantages fiscaux que le législateur confère dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont pour objet de favoriser la réalisation d’objectifs liés à des activités précises. Par exemple, les avantages fiscaux liés aux pertes d’entreprise, aux DPA

involved. Unless the Minister can establish that the avoidance transaction frustrates or defeats the purpose for which the tax benefit was intended to be conferred, it is not abusive.

Care must be taken in assessing the purposes for which the provisions at issue confer a tax benefit. “The [*Income Tax Act*] is a complex statute through which Parliament seeks to balance a myriad of principles” (*Shell*, at para. 43). The conferring of particular tax benefits can serve a variety of independent and interlocking purposes. These range from imposing fair business accounting principles and promoting particular kinds of commercial activity, to providing family and social benefits.

In interpreting the provisions of the *Income Tax Act*, the statutory language must be respected and should be interpreted according to its well-established legal meaning. In some cases, a contextual and purposive interpretation may add nuance to the well-established legal meaning of the statutory language. Section 245(4) does not rewrite the provisions of the *Income Tax Act*; it only requires that a tax benefit be consistent with the object, spirit and purpose of the provisions that are relied upon.

In summary, s. 245(4) imposes a two-part inquiry. The first step is to determine the object, spirit or purpose of the provisions of the *Income Tax Act* that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids. The second step is to examine the factual context of a case in order to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue.

The Explanatory Notes elaborate that the provisions of the *Income Tax Act* are intended to apply to transactions with real economic substance. Although the expression “economic substance” may be open to different interpretations,

et aux REER sont conférés pour des raisons indissociables des activités en cause. À moins que le ministre ne puisse établir qu'elle contrecarre l'objet pour lequel l'avantage fiscal est censé avoir été conféré, l'opération d'évitement n'est pas abusive.

Il faut agir avec prudence en appréciant les objets pour lesquels les dispositions en cause confèrent un avantage fiscal. « La [*Loi de l'impôt sur le revenu*] est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes » (*Shell*, par. 43). L'attribution d'avantages fiscaux particuliers peut viser toute une gamme d'objectifs indépendants et interdépendants, qui vont de l'établissement de principes de comptabilité d'entreprise équitables et de la promotion de certains types d'activités commerciales au versement d'allocations familiales et de prestations sociales.

Dans l'interprétation des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut respecter le libellé de la loi et lui donner son sens juridique bien établi. Dans certains cas, une interprétation contextuelle et téléologique peut nuancer le sens juridique bien établi de ce libellé. Le paragraphe 245(4) ne réécrit pas les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; il exige seulement que l'avantage fiscal soit conforme à l'objet et à l'esprit des dispositions invoquées.

En résumé, le par. 245(4) prescrit un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'objet ou l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées pour obtenir l'avantage fiscal, eu égard à l'économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques admissibles. La deuxième étape consiste à examiner le contexte factuel de l'affaire pour déterminer si l'opération d'évitement contrecarrait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause.

Selon les notes explicatives, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent les opérations ayant une raison d'être économique. Bien que l'expression « raison d'être économique » puisse se prêter à différentes interprétations, cet énoncé

53

54

55

56

this statement recognizes that the provisions of the Act were intended to apply to transactions that were executed within the object, spirit and purpose of the provisions that are relied upon for the tax benefit. The courts should not turn a blind eye to the underlying facts of a case, and become fixated on compliance with the literal meaning of the wording of the provisions of the *Income Tax Act*. Rather, the courts should in all cases interpret the provisions in their proper context in light of the purposes they intend to promote.

57

Courts have to be careful not to conclude too hastily that simply because a non-tax purpose is not evident, the avoidance transaction is the result of abusive tax avoidance. Although the Explanatory Notes make reference to the expression “economic substance”, s. 245(4) does not consider a transaction to result in abusive tax avoidance merely because an economic or commercial purpose is not evident. As previously stated, the GAAR was not intended to outlaw all tax benefits; Parliament intended for many to endure. The central inquiry is focussed on whether the transaction was consistent with the purpose of the provisions of the *Income Tax Act* that are relied upon by the taxpayer, when those provisions are properly interpreted in light of their context. Abusive tax avoidance will be established if the transactions frustrate or defeat those purposes.

58

Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose. When properly interpreted, the statutory provisions at issue in a given case may dictate that a particular tax benefit may apply only to transactions with a certain economic, commercial, family or other non-tax purpose. The absence of such considerations may then become a relevant factor towards the inference that the

reconnaît que les dispositions de la Loi visaient les opérations conformes à l’objet et à l’esprit des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal. Les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux sur les faits qui sous-tendent une affaire et devenir obsédés par le respect du sens littéral du libellé des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Au contraire, ils doivent dans tous les cas interpréter les dispositions dans le contexte qui leur est propre et en tenant compte des objectifs dont elles sont censées favoriser la réalisation.

Les tribunaux doivent se garder de conclure trop hâtivement que l’opération d’évitement résulte d’un évitement fiscal abusif du seul fait que l’objet non fiscal n’est pas manifeste. Même si les notes explicatives emploient l’expression « raison d’être économique », le par. 245(4) ne considère pas qu’une opération donne lieu à un évitement fiscal abusif du seul fait que l’objet économique ou commercial n’est pas manifeste. Comme nous l’avons vu, la RGAÉ n’était pas censée bannir tous les avantages fiscaux; le législateur voulait que beaucoup d’entre eux subsistent. La question centrale est de savoir si l’opération était conforme à l’objet des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui sont invoquées par le contribuable, lorsque ces dispositions sont interprétées correctement à la lumière de leur contexte. Il y a évitement fiscal abusif si les opérations contrecarrent ces objets.

La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d’autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d’évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu’un élément des faits qui sous-tendent l’affaire et serait insuffisante en soi pour établir l’existence d’un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l’interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il se peut que, lorsqu’elles sont interprétées correctement, les dispositions législatives en cause dans une affaire donnée exigent qu’un avantage fiscal particulier ne puisse s’appliquer qu’aux opérations

transactions abused the provisions at issue, but there is no golden rule in this respect.

Similarly, courts have on occasion discussed transactions in terms of their “lack of substance” or requiring “recharacterization”. However, such terms have no meaning in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act*. The analysis under s. 245(4) requires a close examination of the facts in order to determine whether allowing a tax benefit would be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer, when those provisions are interpreted textually, contextually and purposively. Only after first, properly construing the provisions to determine their scope and second, examining all of the relevant facts, can a proper conclusion regarding abusive tax avoidance under s. 245(4) be reached.

A transaction may be considered to be “artificial” or to “lack substance” *with respect to specific provisions* of the *Income Tax Act*, if allowing a tax benefit would not be consistent with the object, spirit or purpose of those provisions. We should reject any analysis under s. 245(4) that depends entirely on “substance” viewed in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* or the relevant factual context of a case. However, abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.

A proper approach to the wording of the provisions of the *Income Tax Act* together with the

ayant un certain objet économique, commercial, familial ou un autre objet non fiscal. L'absence de telles considérations peut alors devenir un facteur pertinent pour inférer que les opérations constituaient un abus dans l'application des dispositions en cause, mais il n'existe aucune règle d'or à ce sujet.

De même, les tribunaux ont parfois analysé des opérations sous l'angle de leur « manque de raison d'être » ou de la nécessité de les « requalifier ». Ces termes n'ont toutefois aucun sens en dehors de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'analyse fondée sur le par. 245(4) oblige à examiner attentivement les faits pour décider si l'attribution d'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions. Ce n'est qu'après avoir d'abord interprété correctement les dispositions en cause pour en déterminer la portée, puis examiné tous les facteurs pertinents, que l'on peut tirer une conclusion appropriée quant à l'existence d'un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

Une opération peut être considérée comme étant « artificielle » ou comme « dénuée de raison d'être » *en ce qui concerne des dispositions particulières* de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans les cas où l'attribution d'un avantage fiscal ne serait pas conforme à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions. Nous devons rejeter toute analyse fondée sur le par. 245(4) qui tient entièrement à la « raison d'être » considérée indépendamment de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou du contexte factuel pertinent d'une affaire. Toutefois, on peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.

Une interprétation correcte du libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que

59

60

61

relevant factual context of a given case achieve balance between the need to address abusive tax avoidance while preserving certainty, predictability and fairness in tax law so that taxpayers may manage their affairs accordingly. Parliament intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the Act that confer tax benefits. Parliament did not intend the GAAR to undermine this basic tenet of tax law.

62 The GAAR may be applied to deny a tax benefit only after it is determined that it was not reasonable to consider the tax benefit to be within the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer. The negative language in which s. 245(4) is cast indicates that the starting point for the analysis is the assumption that a tax benefit that would be conferred by the plain words of the Act is not abusive. This means that a finding of abuse is only warranted where the opposite conclusion — that the avoidance transaction was consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer — cannot be reasonably entertained. In other words, the abusive nature of the transaction must be clear. The GAAR will not apply to deny a tax benefit where it may reasonably be considered that the transactions were carried out in a manner consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act, as interpreted textually, contextually and purposively.

5.6 *Burden of Proof*

63 The determination of the existence of a tax benefit and an avoidance transaction under s. 245(1), (2) and (3) involves factual decisions. As such, the burden of proof is the same as in any tax proceeding where the taxpayer disputes the Minister's assessment and its underlying assumptions of facts. The initial obligation is on the taxpayer to "refute" or challenge the Minister's factual assumptions by contesting the existence of a tax benefit or by showing that a *bona fide* non-tax purpose primarily drove the transaction: see *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 92. It is not unfair to impose this burden, as the taxpayer

le contexte factuel pertinent d'une affaire donnée permettent d'établir un équilibre entre la nécessité de prévenir l'évitement fiscal abusif et celle de maintenir la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal afin que les contribuables puissent organiser leurs affaires en conséquence. Le législateur souhaite que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la Loi qui confèrent des avantages fiscaux. Il n'a pas voulu que la RGAÉ mine ce précepte fondamental du droit fiscal.

La RGAÉ ne permet de supprimer un avantage fiscal que si l'on décide qu'il n'était pas raisonnable de considérer que l'avantage fiscal était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable. La formulation négative du par. 245(4) indique que l'analyse part du principe qu'un avantage fiscal qui serait conféré par le texte même de la Loi n'est pas abusif. Cela signifie qu'une conclusion d'abus n'est justifiée que lorsqu'il n'est pas raisonnable de conclure le contraire, c'est-à-dire que l'opération d'évitement était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable. Autrement dit, l'opération doit être manifestement abusive. La RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal s'il est raisonnable de considérer que les opérations étaient conformes à l'objet ou à l'esprit des dispositions de la Loi, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions.

5.6 *Fardeau de la preuve*

La détermination de l'existence d'un avantage fiscal et d'une opération d'évitement au sens des par. 245(1), (2) et (3) commande des décisions relatives aux faits. Voilà pourquoi le fardeau de la preuve est le même que dans n'importe quelle instance fiscale où le contribuable conteste la cotisation établie par le ministre et les présomptions de fait qui la sous-tendent. Au départ, il incombe au contribuable de « réfuter » ou de mettre en doute les présomptions de fait du ministre, en contestant l'existence d'un avantage fiscal ou en démontrant que l'opération visait principalement un objet non fiscal véritable : voir l'arrêt *Hickman Motors Ltd.*

would presumably have knowledge of the factual background of the transaction.

By contrast, the inquiry into abusive tax avoidance under s. 245(4) involves a textual, contextual and purposive analysis of the provisions on which the tax benefit is based. We see no reason to maintain the distinction between a theoretical and practical perspective on the burden of proof, adopted by the majority of the Federal Court of Appeal in *OSFC*. The Federal Court of Appeal held that there is no burden on either party at the stage of interpreting the provisions at issue, since this is a question of law, which is ultimately for the court to decide. It went on to state at para. 68 that “from a practical perspective, . . . [t]he Minister should set out the policy with reference to the provisions of the Act or extrinsic aids upon which he relies”.

For practical purposes, the last statement is the important one. The taxpayer, once he or she has shown compliance with the wording of a provision, should not be required to disprove that he or she has thereby violated the object, spirit or purpose of the provision. It is for the Minister who seeks to rely on the GAAR to identify the object, spirit or purpose of the provisions that are claimed to have been frustrated or defeated, when the provisions of the Act are interpreted in a textual, contextual and purposive manner. The Minister is in a better position than the taxpayer to make submissions on legislative intent with a view to interpreting the provisions harmoniously within the broader statutory scheme that is relevant to the transaction at issue.

5.7 Summary

The approach to s. 245 of the *Income Tax Act* may be summarized as follows.

1. Three requirements must be established to permit application of the GAAR:

c. Canada, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 92. Il n'est pas inéquitable d'imposer un tel fardeau, puisque le contribuable connaîtrait vraisemblablement le contexte factuel de l'opération.

Par contre, pour décider s'il y a évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4), il faut effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. Nous ne voyons aucune raison de maintenir la distinction entre la conception théorique et la conception pratique du fardeau de la preuve que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont établie dans l'arrêt *OSFC*. La Cour d'appel fédérale a statué qu'aucun fardeau ne pèse sur l'une ou l'autre des parties à l'étape de l'interprétation des dispositions en cause, puisqu'il s'agit là d'une question de droit qu'il incombe en fin de compte à la cour de trancher. Elle a ajouté, au par. 68, que « dans une perspective pratique, le ministre doit [. . .] énoncer la politique générale en mentionnant les dispositions de la Loi ou les moyens extrinsèques sur lesquels il s'appuie ».

En pratique, c'est le dernier énoncé qui est important. Une fois qu'il a démontré qu'il respecte le libellé d'une disposition, le contribuable ne devrait pas avoir à prouver qu'il n'a pas, de ce fait, contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition. Il appartient au ministre qui tente d'invoquer la RGAÉ de décrire l'objet ou l'esprit des dispositions qui auraient été contournées, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi. Le ministre est mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur dans le but d'interpréter les dispositions de façon harmonieuse avec le régime législatif général qui s'applique à l'opération en cause.

5.7 Résumé

L'approche relative à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut se résumer ainsi.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :

64

65

66

- | | |
|---|--|
| <p>(1) A tax benefit resulting from a transaction or part of a series of transactions (s. 245(1) and (2));</p> <p>(2) that the transaction is an <i>avoidance transaction</i> in the sense that it cannot be said to have been reasonably undertaken or arranged primarily for a <i>bona fide</i> purpose other than to obtain a tax benefit; and</p> <p>(3) that there was <i>abusive tax avoidance</i> in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer.</p> | <p>(1) il doit exister un <i>avantage fiscal découlant d'une opération</i> ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));</p> <p>(2) l'opération doit être une <i>opération d'évitement</i> en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;</p> <p>(3) il doit y avoir eu <i>évitement fiscal abusif</i> en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.</p> |
| <p>2. The burden is on the taxpayer to refute (1) and (2), and on the Minister to establish (3).</p> | <p>2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.</p> |
| <p>3. If the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer.</p> | <p>3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.</p> |
| <p>4. The courts proceed by conducting a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine why they were put in place and why the benefit was conferred. The goal is to arrive at a purposive interpretation that is harmonious with the provisions of the Act that confer the tax benefit, read in the context of the whole Act.</p> | <p>4. Les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l'avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l'avantage a été conféré. Le but est d'en arriver à une interprétation téléologique qui s'harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l'avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l'ensemble de la Loi.</p> |
| <p>5. Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the</p> | <p>5. La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif.</p> |

relevant provisions in light of their context and purpose.

6. Abusive tax avoidance may be found where the relationships and transactions as expressed in the relevant documentation lack a proper basis relative to the object, spirit or purpose of the provisions that are purported to confer the tax benefit, or where they are wholly dissimilar to the relationships or transactions that are contemplated by the provisions.

7. Where the Tax Court judge has proceeded on a proper construction of the provisions of the *Income Tax Act* and on findings supported by the evidence, appellate tribunals should not interfere, absent a palpable and overriding error.

6. Application to the Facts of This Case

The appellant Crown agreed with the finding of the Tax Court judge that there was a tax benefit and an avoidance transaction. Therefore, the only issue is whether there was abusive tax avoidance under s. 245(4).

The respondent purchased and leased trailers in order to generate CCA deductions, which were then used to shelter other taxable lease income generated by CTMC. It is common ground that on their face, the CCA provisions permit the deductions claimed. It is also common ground that a standard sale-leaseback transaction, involving qualifying assets, where the vendor is also the lessee, is consistent with the object, spirit or purpose of the CCA provisions. However, the appellant submits that the manner in which the respondent structured and financed the purchase, lease and sublease of the trailers contravened the object, spirit or purpose of the CCA regime and resulted in abusive tax avoidance under s. 245(4) of the *Income Tax Act*.

As discussed above, the practical burden of showing that there was abusive tax avoidance lies

La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet.

6. On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.

7. Si le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

6. Application aux faits de la présente affaire

La Couronne appelante a accepté la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle il y avait avantage fiscal et opération d'évitement. La seule question qui se pose est donc de savoir s'il y a eu évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4).

L'intimée a acheté et loué des remorques afin de générer des DPA qui ont ensuite servi d'abri à d'autres revenus de location imposables de HTC. Nul ne conteste que les dispositions relatives aux DPA permettent, à première vue, les déductions demandées. Personne ne conteste non plus que l'opération de cession-bail courante, qui porte sur des biens admissibles et dans laquelle le vendeur est aussi locataire, est conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions relatives aux DPA. L'appelante prétend toutefois que la façon dont l'intimée a structuré et financé l'achat, la location et la sous-location des remorques contrevient à l'objet ou à l'esprit du régime de DPA et a donné lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Comme nous l'avons vu, il appartient, en pratique, au ministre de démontrer l'existence d'un

67

68

69

on the Minister. The abuse of the Act must be clear, with the result that doubts must be resolved in favour of the taxpayer. The analysis focusses on the purpose of the particular provisions that on their face give rise to the benefit, and on whether the transaction frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions.

70

The appellant submits that the object and spirit of the CCA provisions are “to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process”, relying on the reasons of Noël J.A. in *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25, 2002 FCA 291, at para. 44. The appellant submits that the transaction involved no real risk and that CTMC thus did not actually spend \$120 million to purchase the trailers from TLI. In the appellant’s view, CTMC created a “cost for CCA purposes that is an illusion” without incurring any “real” expense. This, the appellant argues, contravenes the object and spirit of the CCA provisions and constitutes abusive tax avoidance within s. 245(4) of the Act. The appellant summarizes its main submission as follows:

In this case, the pre-ordained series of transactions misuses and abuses the CCA regime because it manufactures a cost for CCA purposes that does not represent the real economic cost to CTMC of the trailers. CTMC borrowed \$97.4 million from the Royal Bank, but . . . the loan was effectively repaid in its entirety on the day it was made. The assignment by CTMC to the Bank of MAIL’s rent payments under the lease continued the circular flow of money . . . There was no risk at all that the rent payments would not be made. Even the \$5.9 million that CTMC apparently paid in fees was fully covered as it, along with the rest of CTMC’s contribution of \$24.9 million in funding, will be reimbursed when the \$19 million bond pledged to CTMC matures in December 2005 at \$33.5 million.

CTMC incurred no real economic cost, and thus was not entitled to any “recognition for money spent to

éviterment fiscal abusif. L’abus dans l’application de la Loi doit être manifeste, de sorte qu’il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. L’analyse doit porter sur l’objet des dispositions particulières qui, à première vue, génèrent l’avantage fiscal, et sur la question de savoir si l’opération contrecarre l’objet ou l’esprit de ces dispositions.

S’appuyant sur les motifs du juge Noël dans l’arrêt *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25, 2002 CAF 291, par. 44, l’appelante prétend que l’objet et l’esprit des dispositions relatives aux DPA sont « de tenir compte de l’argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu ». L’appelante fait valoir que l’opération ne comportait aucun risque réel, et que HTC n’a donc pas vraiment dépensé 120 millions de dollars pour acheter les remorques de TLI. Selon l’appelante, HTC a créé [TRADUCTION] « de toutes pièces un coût aux fins d’obtention d’une DPA » sans engager une « véritable » dépense, ce qui, affirme-t-elle, va à l’encontre de l’objet et de l’esprit des dispositions relatives aux DPA et constitue un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) de la Loi. L’appelante résume ainsi son principal argument :

[TRADUCTION] En l’espèce, la série d’opérations prédéterminées entraîne un abus dans l’application du régime de DPA parce qu’elle crée un coût aux fins d’obtention d’une DPA, qui ne représente pas le coût économique véritable des remorques pour HTC. HTC a emprunté 97,4 millions de dollars de la Banque Royale, mais [. . .] le prêt a, en fait, été entièrement remboursé le jour même où il a été consenti. La cession à la Banque par HTC des paiements de loyer de MAIL aux termes du bail a assuré la continuation du flux circulaire d’argent [. . .] Il n’y avait aucun risque que les paiements de loyer ne soient pas effectués. Même les honoraires de 5,9 millions de dollars que HTC a apparemment acquittés étaient entièrement couverts, étant donné qu’ils seront remboursés, en même temps que le reste de la contribution de 24,9 millions de dollars que HTC a versée au titre du financement, lorsque l’obligation de 19 millions de dollars donnée en garantie à HTC viendra à échéance en décembre 2005 et vaudra alors 33,5 millions de dollars.

Il n’y a pas eu de coût économique véritable pour HTC, qui n’avait donc pas droit à ce qu’il soit « [tenu]

acquire qualifying assets”. [Emphasis added; paras. 80-81.]

The respondent takes a different view of the purpose of the CCA provisions and the transaction. It relies on the Tax Court judge’s conclusion that the transaction was a profitable commercial investment and fully consistent with the object and spirit of the Act. The respondent submits that its deductions were permitted under the “Leasing Property Rules” and the “Specified Leasing Property Rules” of the Act. It argues that the specific rules enacted by Parliament to address CCA on leased assets are plainly a vital part of the statutory scheme, and that the GAAR cannot be utilized to change the scope of those rules. The respondent submits that it is the policy of the Act that “cost” means the price that the taxpayer gave up in order to get the asset, except in specific and precisely prescribed circumstances not here applicable. The respondent argues that the GAAR cannot be used to override Parliament’s explicit policy decision to limit the scope of the rules.

The respondent argues that the transaction was consistent with the object and spirit of the legislation. The Act’s inclusion of specific provisions that take “cost” to mean the amount “at risk” in limited circumstances illustrates the general policy of the Act that the term “cost” outside of those specific provisions means cost as understood at law, namely the amount paid. A cost is not reduced to reflect a mitigation of economic risk. In the result, the respondent argues that on the facts of this case “it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse . . . or an abuse . . .” under s. 245(4).

We are of the view that the appellant’s arguments do not reflect a proper interpretation of the GAAR and that the respondent’s position should prevail. We are led to this conclusion by a textual,

compte de l’argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles ». [Nous soulignons; par. 80-81.]

L’intimée perçoit différemment l’objet des dispositions relatives aux DPA et l’opération. Elle invoque la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle l’opération représentait un placement commercial rentable et était parfaitement conforme à l’objet et à l’esprit de la Loi. L’intimée fait valoir que ses déductions étaient permises en vertu des règles relatives aux biens donnés en location à bail et des règles relatives aux biens de location déterminés édictées en vertu de la Loi. Selon elle, les règles particulières que le législateur a édictées relativement aux DPA pour des biens loués constituent manifestement une partie essentielle du régime législatif, et la RGAÉ ne peut servir à modifier la portée de ces règles. L’intimée soutient que la politique générale de la Loi veut que le mot « coût » s’entende du prix que le contribuable a payé pour se procurer le bien, sauf dans des circonstances particulières et bien déterminées qui n’existent pas en l’espèce. L’intimée affirme que la RGAÉ ne permet pas de passer outre à une décision de politique générale explicite du législateur de limiter la portée de ces règles.

L’intimée fait valoir que l’opération était conforme à l’objet et à l’esprit de la mesure législative. L’insertion dans la Loi de dispositions particulières voulant que le « coût » désigne la somme « exposée à un risque » dans certains cas précis illustre bien la politique générale de la Loi selon laquelle, en dehors des cas visés par ces dispositions particulières, le « coût » s’entend du coût au sens légal, à savoir la somme payée. Un coût ne se réduit pas pour refléter l’atténuation d’un risque économique. En définitive, l’intimée prétend que, selon les faits de la présente affaire, « il est raisonnable de considérer [que l’opération] n’entraîne pas, directement ou indirectement, d’abus » au sens du par. 245(4).

Nous sommes d’avis que l’argumentation de l’appelante ne reflète pas une interprétation correcte de la RGAÉ et que le point de vue de l’intimée doit l’emporter. C’est une interprétation

71

72

73

contextual and purposive interpretation of the relevant provisions of the *Income Tax Act*.

74 Textually, the CCA provisions use “cost” in the well-established sense of the amount paid to acquire the assets. Contextually, other provisions of the Act support this interpretation. Finally, the purpose of the CCA provisions of the Act, as applied to sale-leaseback transactions, was, as found by the Tax Court judge, to permit deduction of CCA based on the cost of the assets acquired. This purpose emerges clearly from the scheme of the CCA provisions within the Act as a whole. The appellant’s argument was not that the purpose of these provisions was unclear, but rather that the GAAR ought to override their accepted purpose and effect, for reasons external to the provisions themselves.

75 The appellant suggests that the usual result of the CCA provisions of the Act should be overridden in the absence of real financial risk or “economic cost” in the transaction. However, this suggestion distorts the purpose of the CCA provisions by reducing them to apply only when sums of money are at economic risk. The applicable CCA provisions of the Act do not refer to economic risk. They refer only to “cost”. Where Parliament wanted to introduce economic risk into the meaning of cost related to CCA provisions, it did so expressly, as, for instance, in s. 13(7.1) and (7.2) of the Act, which makes adjustments to the cost of depreciable property when a taxpayer receives government assistance. “Cost” in the context of CCA is a well-understood legal concept. It has been carefully defined by the Act and the jurisprudence. Like the Tax Court judge, we see nothing in the GAAR or the object of the CCA provisions that permits us to rewrite them to interpret “cost” to mean “amount economically at risk” in the applicable provisions. To do so would be to invite inconsistent results. The result would vary with the degree of risk in each case. This would offend the goal of the Act to provide sufficient certainty and predictability to permit taxpayers to intelligently order their affairs.

textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui nous mène à cette conclusion.

Sur le plan textuel, les dispositions relatives aux DPA emploient le mot « coût » dans le sens bien établi de somme payée pour acquérir les biens. Sur le plan contextuel, d’autres dispositions de la Loi appuient cette interprétation. Enfin, l’objet des dispositions de la Loi relatives aux DPA, en ce qui concerne les opérations de cession-bail, était, comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt, de permettre une DPA fondée sur le coût des biens acquis. Cet objet ressort clairement de l’économie des dispositions de la Loi relatives aux DPA considérées dans leur ensemble. L’appelante prétendait non pas que l’objet de ces dispositions était ambigu, mais plutôt que la RGAÉ devait l’emporter sur leur objet et leur effet reconnus, et ce, pour des raisons n’ayant rien à voir avec les dispositions elles-mêmes.

L’appelante indique que le résultat habituel des dispositions de la Loi relatives aux DPA devrait être écarté dans le cas où l’opération ne comporte aucun risque financier ou « coût économique » véritable. Cependant, cette idée fausse l’objet des dispositions relatives aux DPA en limitant l’application de ces dispositions aux cas où des sommes d’argent sont exposées à un risque économique. Les dispositions de la Loi qui s’appliquent en matière de DPA ne parlent pas de risque économique. Elles ne mentionnent que le « coût ». Dans les cas où le législateur a voulu introduire la notion de risque économique dans le sens du coût visé par les dispositions relatives aux DPA, il l’a fait expressément comme, par exemple, aux par. 13(7.1) et (7.2) de la Loi, qui permettent d’ajuster le coût d’un bien amortissable lorsque le contribuable reçoit une aide gouvernementale. Dans le contexte de la DPA, le « coût » est une notion juridique bien comprise. Cette notion a été bien définie par la Loi et la jurisprudence. À l’instar du juge de la Cour de l’impôt, nous ne voyons rien dans la RGAÉ ou dans l’objet des dispositions relatives aux DPA qui nous permette de les récrire de manière à pouvoir interpréter le mot « coût » comme signifiant « somme exposée à un risque économique » dans

For all these reasons, we agree with the Tax Court judge's conclusion that the "cost" was \$120 million, not zero as argued by the appellant.

The appellant's submissions on this point amount to a narrow consideration of the "economic substance" of the transaction, viewed in isolation from a textual, contextual and purposive interpretation of the CCA provisions. It did not focus on the purpose of the CCA provisions read in the context of the Act as a whole, to determine whether the tax benefit fell outside the object, spirit or purpose of the relevant provisions. Instead, it simply argued that since there was (as it alleged) no "real economic cost", the GAAR must apply. As discussed earlier, the application of the GAAR is a complex matter of statutory interpretation in which the object, spirit and purpose of the provisions giving rise to the tax benefit are assessed in light of the requirements and wording of the GAAR. While the "economic substance" of the transaction may be relevant at various stages of the analysis, this expression has little meaning in isolation from the proper interpretation of specific provisions of the Act. Any "economic substance" must be considered in relation to the proper interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit.

The appellant originally suggested that the GAAR should be used to override the usual effect of the CCA provisions for a second reason — namely that the relationships and transactions that are expressed in the documents are abusive of the provisions of the *Income Tax Act* and should be set aside. It properly abandoned this argument and the submission that the transaction was a sham before the Federal Court of Appeal. Here the documents detailing the transaction left no uncertainty as to

les dispositions applicables. Agir ainsi pourrait mener à des résultats contradictoires. Les résultats varieraient selon le degré de risque couru dans chaque cas. Cela irait à l'encontre de l'objectif de la Loi qui est d'assurer assez de certitude et de prévisibilité pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires. Pour tous ces motifs, nous souscrivons à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle le « coût » était de 120 millions de dollars, et non nul comme l'a allégué l'appelante.

Les observations de l'appelante sur ce point correspondent à un examen étroit de la « raison d'être économique » de l'opération, considérée indépendamment d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions relatives aux DPA. Elle ne s'est pas concentrée sur l'objet des dispositions relatives aux DPA lues dans le contexte de la Loi dans son ensemble, pour déterminer si l'avantage fiscal s'écartait de l'objet ou de l'esprit des dispositions pertinentes. Elle s'est plutôt contentée d'affirmer que, puisqu'il n'y avait (selon elle) aucun « coût économique véritable », la RGAÉ devait s'appliquer. Comme nous l'avons vu, l'application de la RGAÉ est une question complexe d'interprétation législative qui oblige à évaluer l'objet et l'esprit des dispositions générant l'avantage fiscal à la lumière des exigences et du texte de la RGAÉ. Bien que la « raison d'être économique » de l'opération puisse être pertinente à diverses étapes de l'analyse, cette expression a peu de sens en dehors de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la Loi. L'examen de la « raison d'être économique » doit tenir compte de l'interprétation correcte des dispositions particulières invoquées pour obtenir l'avantage fiscal.

L'appelante a d'abord laissé entendre que la RGAÉ doit être utilisée pour annuler l'effet habituel des dispositions relatives aux DPA pour une deuxième raison — à savoir que les rapports et les opérations décrits dans la documentation constituent un abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et doivent être écartés. En Cour d'appel fédérale, elle a, à juste titre, abandonné cet argument et celui voulant que l'opération ait constitué un stratagème. En

the relationships between the parties. CTMC paid \$120 million to TLI for the equipment, partly with borrowed funds and partly with its own money. Having become the owner of the equipment, it leased it to MAIL. MAIL then subleased it back to the vendor, TLI. The relationships between the parties as expressed in the relevant documentation were not superfluous elements; they were the very essence of the transaction.

78

As the Tax Court judge concluded, under the CCA scheme, “[l]eases of such [exempt] properties will continue to be viewed as acceptable means of providing lower cost financing” (para. 67). TLI’s use of the money ultimately reduced the risk, but a company in the financing business is expected to do what it can to reduce risk. Therefore, the way the borrowed money was used provided no grounds for concluding that there was abusive tax avoidance. The Tax Court judge, after considering all the circumstances, found that the transaction was not so dissimilar from an ordinary sale-leaseback to take it outside the object, spirit or purpose of the relevant CCA provisions of the Act and Regulations.

79

In determining the result in this appeal, the Tax Court judge’s conclusions on matters of fact should not be displaced provided that they are based on the correct legal analysis and find support in the evidence.

80

The Tax Court judge’s analysis on the issue of abuse under s. 245(4) is largely consistent with the approach to the application of the GAAR we have adopted. He rejected the two-stage overriding-policy approach to abuse and misuse. He went on to inquire into the policy or purpose underlying the CCA treatment in sale-leaseback arrangements. Construing the CCA provisions as a whole, he rejected the submission that “cost” in the relevant provisions of the Act should be reread as “money at risk”, and he also rejected the argument that the “economic substance” of the transaction determined that there was abusive tax avoidance.

l’espèce, les documents décrivant l’opération ne laissaient planer aucun doute quant aux rapports entre les parties; HTC a versé à TLI la somme de 120 millions de dollars pour l’équipement, en utilisant des fonds empruntés et ses propres fonds. Après être devenue propriétaire de l’équipement, elle l’a loué à MAIL, qui l’a ensuite sous-loué au vendeur, TLI. Les rapports entre les parties décrits dans la documentation pertinente n’étaient pas des éléments superflus; ils constituaient l’essence même de l’opération.

Comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt, suivant le régime de DPA, « [l]a location de ces biens [exclus] continuera d’être perçue comme un moyen acceptable de financement » (par. 67). L’usage qu’a fait TLI de l’argent a, en fin de compte, réduit le risque, mais une société exerçant des activités de financement est censée faire son possible pour réduire les risques. Par conséquent, la façon dont l’argent emprunté a été utilisé ne justifiait pas de conclure qu’il y a eu évitement fiscal abusif. Après avoir examiné tous les faits, le juge de la Cour de l’impôt a estimé que l’opération ne différait pas d’une cession-bail ordinaire au point de s’écarter de l’objet et de l’esprit des dispositions de la Loi et du Règlement qui s’appliquent en matière de DPA.

Pour trancher le présent pourvoi, il n’y a pas lieu d’écarter les conclusions que le juge de la Cour de l’impôt a tirées sur des questions de fait, pourvu qu’elles soient fondées sur une bonne analyse juridique et étayées par la preuve.

L’analyse du juge de la Cour de l’impôt portant sur la question d’un abus au sens du par. 245(4) est largement compatible avec l’approche que nous avons adoptée relativement à l’application de la RGAÉ. Il a rejeté le recours à une approche en deux étapes fondée sur une politique prépondérante pour déterminer l’existence d’un abus. Il s’est ensuite demandé quelle politique ou objet sous-tend le traitement des DPA dans les mécanismes de cession-bail. Interprétant les dispositions relatives aux DPA dans leur ensemble, il a rejeté l’argument voulant que le mot « coût » utilisé dans les dispositions pertinentes de la Loi doive être

He conducted a detailed analysis of the transactions to determine whether they fell within the object, spirit or purpose of the CCA provisions. In the end, he concluded that a tax benefit was consistent with the object, spirit and purpose of the CCA provisions and held that the GAAR could not apply to disallow the tax benefit. These conclusions were based on a correct view of the law and were grounded in the evidence. They should be confirmed.

7. Conclusion

We would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

I. The following parties weave through the multiple transactions at one point or another:

Canada Trustco Mortgage Company (“CTMC” or “Purchaser” or “Lessor” or “Borrower”), respondent, was a large diversified financial institution carrying on business in Canada.

Royal Bank of Canada (Canadian branch) (“RBC” or “Lender”).

Transamerica Leasing Inc. (“TLI” or “Vendor” or “Sublessee”), a corporation in the United States.

Maple Assets Investments Limited (“MAIL” or “Lessee” or “Sublessor”), a limited liability company incorporated under the laws of England.

Maple Assets Charitable Trust (“MACT” or “Trust”), constituted by an instrument of trust dated December 17, 1996, owns 100 percent of the shares in MAIL.

réinterprété de manière à signifier « somme exposée à un risque », et il a également rejeté l’argument selon lequel la « raison d’être économique » de l’opération démontrait qu’il y avait eu évitement fiscal abusif. Il s’est livré à une analyse détaillée des opérations pour déterminer si elles étaient conformes à l’objet ou à l’esprit des dispositions relatives aux DPA. En définitive, il a conclu qu’un avantage fiscal était conforme à l’objet et à l’esprit de ces dispositions, et que la RGAÉ ne permettait pas de supprimer cet avantage fiscal. Ces conclusions reposaient sur une bonne conception du droit applicable et sur la preuve. Il y a lieu de les confirmer.

7. Conclusion

Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

I. Les parties suivantes sont intervenues à un moment ou à un autre dans les multiples opérations :

L’intimée Hypothèques Trustco Canada (« HTC », « l’acheteur », « le bailleur » ou « l’emprunteur ») était une grande institution financière diversifiée exploitée au Canada.

La Banque Royale du Canada (succursale canadienne) (« BRC » ou « prêteur »).

Transamerica Leasing Inc. (« TLI », « le vendeur » ou « le sous-preneur »), société située aux États-Unis.

Maple Assets Investments Limited (« MAIL », « le preneur à bail » ou « le sous-bailleur »), société à responsabilité limitée constituée en personne morale sous le régime des lois de l’Angleterre.

Maple Assets Charitable Trust (« MACT » ou « la fiducie »), constituée par instrument de fiducie en date du 17 décembre 1996, est propriétaire de la totalité des actions de MAIL.

Royal Bank of Canada Trust Company (Jersey) Limited (“RBC Jersey” or “Trustee”) is the trustee of MACT and is a wholly owned subsidiary of RBC, incorporated in Jersey.

Royal Bank of Canada Trust Corporation Limited (“RBCTC” or “Manager”), a company incorporated in England, undertook to manage and fulfil the affairs and obligations of MAIL under the relevant transactions and to provide the directors and officers of MAIL.

Transamerica Finance Corporation (“TFC” or “Guarantor”), the parent corporation of TLI, who guaranteed to MAIL the performance of all TLI’s obligations under the sublease agreement and to CTMC all TLI’s obligations under the “Equipment Purchase Agreement”.

Macquarie Corporate Finance (USA) Inc. (“Lease Arranger”).

- II. CTMC held as part of its ongoing business a portfolio of loans and leases to generally larger corporations and government agencies. CTMC testified that it was looking for a leasing arrangement in the range of \$100 million. It specified the type of equipment (long-term assets that were easy to value, such as tractors or trailers), the duration of the lease and the strength of the proposed lessee. The structure of the leasing arrangement was left to the Lease Arranger. The trailers remained in the possession of TLI and CTMC continued to own the trailers, to lease them out, and to earn income from them. CTMC previously entered into similar arrangements to the one implemented in this case. The Lease Arranger arranged the TLI deal which was approved by CTMC’s Board of Directors. The key transactions proceeded as follows:

Royal Bank of Canada Trust Company (Jersey) Limited (« RBC Jersey » ou « le fiduciaire ») est le fiduciaire de MACT et une filiale en propriété exclusive de BRC, constituée en personne morale sous le régime des lois du Jersey.

Royal Bank of Canada Trust Corporation Limited (« RBCTC » ou « le gestionnaire »), société constituée en personne morale en Angleterre, s’est engagée à gérer les affaires et les obligations de MAIL et à s’en occuper dans le cadre des opérations pertinentes, ainsi qu’à attribuer les postes de direction et de cadre de MAIL.

Transamerica Finance Corporation (« TFC » ou « le garant »), la société-mère de TLI, qui a garanti à MAIL l’exécution de toutes les obligations de TLI aux termes du sous-bail, et à HTC l’exécution de toutes les obligations de TLI aux termes de la « convention d’achat d’équipement ».

Macquarie Corporate Finance (USA) Inc. (« l’arrangeur de baux »).

- II. HTC gérait, dans le cadre de ses activités courantes, un portefeuille de prêts et de baux consentis, en général, à des grandes sociétés et à des organismes gouvernementaux. HTC a témoigné qu’elle cherchait à conclure une convention de bail de l’ordre de 100 millions de dollars. Elle a précisé le type d’équipement (des biens durables faciles à évaluer comme des tracteurs ou des remorques), la durée du bail et la capacité financière du preneur proposé. La planification de la convention de bail a été confiée à l’arrangeur de baux. Les remorques sont demeurées en la possession de TLI et HTC en a conservé la propriété et a continué à les louer et à en tirer des revenus. HTC avait déjà conclu des conventions similaires à celle intervenue en l’espèce. L’arrangeur de baux a mis au point le marché avec TLI, lequel a été approuvé par le conseil d’administration de HTC. Les principales opérations se sont déroulées de la façon suivante :

The Purchase and Sale of the Trailers

- III. On December 17, 1996, CTMC and TLI entered into an agreement for the purchase and sale of trailers at a fair market value of \$120 million. TLI agreed to sell and CTMC agreed to purchase the trailers absolutely and ownership in the trailers passed from TLI to CTMC.
- IV. On December 17, 1996, for administrative convenience, CTMC appointed TLI as trustee and agent of CTMC to hold in TLI's name, the certificate of title, certificate of ownership, registration and like documentation in respect of the trailers.

Lease of the Trailers to MAIL and the Option to Purchase

- V. The terms of the Lease between CTMC and MAIL included the following:
1. the term was for an initial period ending December 1, 2014;
 2. the rent payments under the Lease were based upon an effective interest rate of 8.5 percent;
 3. MAIL, as lessee, was required to make semi-annual payments to CTMC; and
 4. MAIL was provided with an option to purchase the trailers, \$84 million being the First Option Value on December 1, 2005 and another option exercisable at the fair market value on December 1, 2014.

Sublease of the Trailers to TLI

- VI. Most of the terms of the Sublease to TLI are similar to those in the Lease to MAIL.

L'achat et la vente des remorques

- III. Le 17 décembre 1996, HTC et TLI ont conclu une convention d'achat de remorques à leur juste valeur marchande de 120 millions de dollars. TLI a convenu de vendre les remorques que HTC a convenu d'acheter inconditionnellement, et le droit de propriété des remorques est passé de TLI à HTC.
- IV. Le 17 décembre 1996, pour des raisons purement administratives, HTC a désigné TLI comme fiduciaire et mandataire qui détiendra, au nom de TLI, le certificat de titre, le certificat de propriété, l'enregistrement et autres documents semblables concernant les remorques.

Location des remorques à MAIL et option d'achat

- V. Les modalités du bail intervenu entre HTC et MAIL étaient notamment les suivantes :
1. la période initiale visée par le bail prenait fin le 1^{er} décembre 2014;
 2. les paiements de loyer aux termes du bail étaient assujettis à un taux d'intérêt effectif de 8,5 pour 100;
 3. MAIL, en tant que preneur à bail, devait effectuer des paiements semestriels à HTC;
 4. MAIL disposait d'une option d'achat des remorques, qui pouvait être exercée la première fois le 1^{er} décembre 2005, en contrepartie d'une somme de 84 millions de dollars, et la deuxième fois le 1^{er} décembre 2014, en contrepartie d'une somme égale à la juste valeur marchande.

Sous-location des remorques à TLI

- VI. La plupart des modalités du sous-bail consenti à TLI sont similaires à celles du

The Sublease provided TLI with purchase options similar to those provided to MAIL.

Security for the Sublease

VII. On December 17, 1996, pursuant to the terms of the Sublease, TLI prepaid all amounts due to MAIL under the Sublease (approximately \$120 million). As a result of the prepayment, TLI had no ongoing Sublease payment obligations and there was no credit risk to MAIL under the terms of the Sublease. TLI maintained certain obligations with respect to indemnities and early termination. TLI retained a net present value benefit of 3.35 percent of the cost of the trailers being the difference between the payment TLI received from CTMC for the sale of the trailers and the prepayment of rent TLI paid to MAIL.

Security for the Lease

VIII. On December 17, 1996, MAIL applied the prepayment it received from TLI as follows:

1. MAIL placed on deposit with the RBC an amount equal to the Loan (approximately \$100 million); and
2. MAIL paid the balance of the prepayment (approximately \$20 million) to RBC Jersey on the condition that RBC Jersey use these funds to purchase a Government of Ontario Bond (“Bond”), maturing on December 1, 2005.

IX. On December 17, 1996, the Bond was pledged to CTMC as security for MAIL’s obligation to pay the Purchase Option Payments or the Termination Values under the Lease. The risk of the inability of MAIL to pay the First Option Value was removed

bail consenti à MAIL. Le sous-bail consenti à TLI comportait des options d’achat similaires à celles accordées à MAIL.

Garantie relative au sous-bail

VII. Le 17 décembre 1996, conformément aux modalités du sous-bail, TLI a payé d’avance toutes les sommes dues à MAIL au titre du sous-bail (environ 120 millions de dollars). À la suite de ce paiement anticipé, TLI n’avait plus d’obligation de paiement aux termes du sous-bail et MAIL n’était plus exposée à un risque de crédit aux termes du sous-bail. TLI conservait certaines obligations en matière d’indemnités et de résiliation anticipée. TLI conservait un bénéfice lié à la valeur actualisée nette de 3,35 pour 100 du coût des remorques, qui correspondait à la différence entre le paiement que TLI avait reçu de HTC pour la vente des remorques et le paiement de loyer anticipé que TLI avait effectué à MAIL.

Garantie relative au bail

VIII. Le 17 décembre 1996, MAIL a utilisé ainsi le paiement anticipé qu’elle avait reçu de TLI :

1. MAIL a déposé à la BRC une somme égale au prêt (environ 100 millions de dollars);
2. MAIL a versé le solde du paiement anticipé (environ 20 millions de dollars) à RBC Jersey à la condition que RBC Jersey utilise ces fonds pour acheter une obligation du gouvernement de l’Ontario (« obligation »), dont la date d’échéance est le 1^{er} décembre 2005.

IX. Le 17 décembre 1996, l’obligation a été donnée en gage à HTC pour garantir que MAIL effectuera les versements liés à l’option d’achat ou aux valeurs exigibles à la date de résiliation du bail. Le risque que MAIL soit incapable de payer la valeur de

by the acquisition of the Bond and the provision to CTMC of a security interest in the Bond.

Security for the Loan

- X. On December 17, 1996, CTMC assigned to RBC the rent payments owed to CTMC from MAIL under the Lease. CTMC also provided MAIL with an irrevocable instruction to pay the assigned rent payments to RBC such that RBC would apply the rent payments directly to the installment payments due by CTMC to RBC under the terms of the Loan Agreement. RBC's recourse under the Loan was limited to the rent payments assigned to it by CTMC.
- XI. The rent payments under the Lease and a portion of the First Option Value would be applied to pay off the RBC loan and the remainder of the purchase option price would be covered by the Bond.

The Effect of Non-Recourse Debt on Regulatory Capital Requirements

- XII. The use of non-recourse debt to finance the purchase of the trailers significantly improved CTMC's management of regulatory capital requirements.

Guarantees

- XIII. On December 18, 1996, TFC, the parent corporation of TLI, unconditionally and irrevocably guaranteed to MAIL and to CTMC the performance of TLI's obligations under the relevant transactions.

Reversibility of the Transactions

- XIV. The transactions in issue could be unwound if there were adverse changes affecting CTMC.

Return on Investment

- XV. CTMC would realize a before-tax return of approximately \$8.5 million from the transactions.

la première option a été écarté par l'acquisition de l'obligation et par l'attribution à HTC d'une sûreté réelle à l'égard de l'obligation.

Garantie relative au prêt

- X. Le 17 décembre 1996, HTC a cédé à BRC les paiements de loyer que MAIL lui devait aux termes du bail. HTC a également donné à MAIL l'ordre irrévocable d'effectuer les paiements de loyer cédés à la BRC afin que cette dernière puisse les affecter directement au remboursement du prêt qu'elle avait consenti à HTC. Le recours dont disposait la BRC aux termes du prêt se limitait aux paiements de loyer que HTC lui avait cédés.
- XI. Les paiements de loyer au titre du bail et une partie du premier prix d'option d'achat seraient affectés au remboursement du prêt de la BRC, et le reste du prix de l'option d'achat serait garanti par l'obligation.

Incidence d'une créance garantie uniquement par sûreté réelle sur les besoins de liquidités réglementaires

- XII. Le recours à une créance garantie uniquement par sûreté réelle pour financer l'achat des remorques a contribué à améliorer sensiblement la gestion par HTC de ses besoins de liquidités réglementaires.

Garanties

- XIII. Le 18 décembre 1996, TFC, la société-mère de TLI, a garanti inconditionnellement et irrévocablement à MAIL et à HTC l'exécution des obligations que TLI a contractées au titre des opérations pertinentes.

Possibilité d'annuler les opérations

- XIV. Les opérations en cause pouvaient être annulées en cas de changements négatifs dans la situation de HTC.

Rendement du capital investi

- XV. Ces opérations rapporteraient à HTC la somme d'environ 8,5 millions de dollars avant impôt.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

**Bell ExpressVu Limited
Partnership** *Appellant*

v.

Richard Rex, Richard Rex, c.o.b. as ‘Can-Am Satellites’, and c.o.b. as ‘Can Am Satellites’ and c.o.b. as ‘CanAm Satellites’ and c.o.b. as ‘Can Am Satellite’ and c.o.b. as ‘Can Am Sat’ and c.o.b. as ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’ and c.o.b. as ‘Can-Am Digital Media Group’ and c.o.b. as ‘Digital Media Group’, Anne Marie Halley a.k.a. Anne Marie Rex, Michael Rex a.k.a. Mike Rex, Rodney Kibler a.k.a. Rod Kibler, Lee-Anne Patterson, Michelle Lee, Jay Raymond, Jason Anthony, John Doe 1 to 20, Jane Doe 1 to 20 and any other person or persons found on the premises or identified as working at the premises at 22409 McIntosh Avenue, Maple Ridge, British Columbia, who operate or work for businesses carrying on business under the name and style of ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’, ‘Digital Media Group’, or one or more of them *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Canadian Motion Picture Distributors Association, DIRECTV, Inc., the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas, and the Congres Iberoamericain du Canada *Interveners*

INDEXED AS: BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP v. REX

Neutral citation: 2002 SCC 42.

File No.: 28227.

2001: December 4; 2002: April 26.

**Bell ExpressVu Limited
Partnership** *Appelante*

c.

Richard Rex, Richard Rex, faisant affaire sous les dénominations sociales ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’ et ‘Digital Media Group’, Anne Marie Halley, alias Anne Marie Rex, Michael Rex, alias Mike Rex, Rodney Kibler, alias Rod Kibler, Lee-Anne Patterson, Michelle Lee, Jay Raymond, Jason Anthony, M. Untel 1 à 20, M^{me} Unetelle 1 à 20 et toute autre personne qui a été vue travaillant dans les locaux situés au 22409, avenue McIntosh, Maple Ridge, Colombie-Britannique, ou identifiée comme étant une telle personne, qui exploite des entreprises, ou l’une ou plusieurs de celles-ci, faisant affaire sous les dénominations sociales ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’, ‘Digital Media Group’, ou qui travaille pour ces entreprises ou pour l’une ou plusieurs de celles-ci *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, l’Association canadienne des distributeurs de films, DIRECTV, Inc., la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas et le Congres Iberoamericain du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP c. REX

Référence neutre : 2002 CSC 42.

N° du greffe : 28227.

2001 : 4 décembre; 2002 : 26 avril.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Communications law — Radiocommunications — Direct-to-home distribution of television programming — Decoding in Canada of encrypted signals originating from foreign satellite distributor — Whether s. 9(1)(c) of Radiocommunication Act prohibits decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 9(1)(c).

Droit des communications — Radiocommunication — Distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe — Décodage au Canada de signaux encodés émanant de distributeurs étrangers utilisant des satellites — L'article 9(1)(c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de tous les signaux encodés émis par des satellites, sous réserve d'une exception limitée, ou prohibe-t-il seulement le décodage de signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires de licence? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 9(1)(c).

Statutes — Interpretation — Principles — Contextual approach — Grammatical and ordinary sense — “Charter values” to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity.

Lois — Interprétation — Principes — Approche contextuelle — Sens ordinaire et grammatical — Recours aux « valeurs de la Charte » comme principe d'interprétation seulement en cas d'ambiguïté véritable.

Appeals — Constitutional questions — Factual record necessary for constitutional questions to be answered.

Appels — Questions constitutionnelles — Refus de répondre aux questions constitutionnelles pour cause d'absence de fondement factuel.

The appellant engages in the distribution of direct-to-home (DTH) television programming and encrypts its signals to control reception. The respondents sell U.S. decoding systems to Canadian customers that enable them to receive and watch U.S. DTH programming. They also provide U.S. mailing addresses to their customers who do not have one, since the U.S. broadcasters will not knowingly authorize their signals to be decoded by persons outside the United States. The appellant, as a licensed distribution undertaking, brought an action in the British Columbia Supreme Court, pursuant to ss. 9(1)(c) and 18(1) of the *Radiocommunication Act*, requesting in part an injunction prohibiting the respondents from assisting resident Canadians in subscribing to and decoding U.S. DTH programming. Section 9(1)(c) enjoins the decoding of encrypted signals without the authorization of the “lawful distributor of the signal or feed”. The chambers judge declined to grant the injunctive relief. A majority of the Court of Appeal held that there is no contravention of s. 9(1)(c) where a person decodes unregulated signals such as those broadcast by the U.S. DTH companies, and dismissed the appellant’s appeal.

L'appelante, une entreprise de distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe (« SRD »), encode ses signaux pour en circonscrire la réception. Les intimés vendent à des clients canadiens des décodeurs américains leur permettant de recevoir et de regarder de la programmation SRD américaine. Ils fournissent en outre une adresse postale aux États-Unis à ceux de leurs clients qui n'en possèdent pas déjà une, car les radiodiffuseurs américains n'autorisent pas sciemment le décodage de leurs signaux par des personnes se trouvant à l'extérieur des États-Unis. L'appelante, à titre d'entreprise de distribution titulaire d'une licence, a intenté une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'al. 9(1)(c) et du par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*, sollicitant notamment une injonction interdisant aux intimés d'aider des résidents canadiens à s'abonner à la programmation SRD américaine et à décoder les signaux pertinents. L'alinéa 9(1)(c) interdit « de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime, [. . .] un signal d'abonnement ou une alimentation réseau ». Le juge siégeant en chambre a refusé l'injonction demandée. La Cour d'appel à la majorité a jugé que la personne qui décède des signaux non visés par la réglementation, tels ceux diffusés par les entreprises SRD américaines, ne contrevient pas à la disposition en question et elle a rejeté l'appel formé par l'appelante.

Held: The appeal should be allowed. Section 9(1)(c) of the Act prohibits the decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception.

It is necessary in every case for the court charged with interpreting a provision to undertake the preferred contextual and purposive interpretive approach before determining that the words are ambiguous. This requires reading the words of the Act in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids, including other principles of interpretation such as the strict construction of penal statutes and the “*Charter values*” presumption.

When the entire context of s. 9(1)(c) is considered, and its words are read in their grammatical and ordinary sense in harmony with the legislative framework in which the provision is found, there is no ambiguity and accordingly no need to resort to any of the subsidiary principles of statutory interpretation. Because the *Radiocommunication Act* does not prohibit the broadcasting of subscription programming signals (apart from s. 9(1)(e), which forbids their unauthorized retransmission within Canada) and only concerns decrypting that occurs in Canada or other locations contemplated in s. 3(3), this does not give rise to any extra-territorial exercise of authority. Parliament intended to create an absolute bar on Canadian residents’ decoding encrypted programming signals. The only exception to this prohibition occurs where authorization is acquired from a distributor holding the necessary legal rights in Canada to transmit the signal and provide the required authorization. The U.S. DTH distributors in the present case are not “lawful distributors” under the Act. This interpretation of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception accords well with the objectives set out in the *Broadcasting Act* and complements the scheme of the *Copyright Act*.

The constitutional questions stated in this appeal are not answered because there is no *Charter* record permitting this Court to address the stated questions. A party cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial. “*Charter values*” cannot inform the interpretation given to s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act*, for these

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 9(1)c) interdit le décodage de tous les signaux encodés transmis par satellite, sous réserve d’une exception limitée.

Le tribunal appelé à interpréter une disposition législative doit, dans chaque cas, se livrer à l’analyse contextuelle et téléologique privilégiée avant de décider si le texte de la disposition est ambigu. À cette fin, il lui faut lire les mots de la disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de celle-ci et l’intention du législateur. C’est uniquement lorsque au moins deux interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d’interprétation externes, y compris d’autres principes d’interprétation — telles l’interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des « valeurs de la *Charte* ».

L’examen du contexte global de l’al. 9(1)c) et l’interprétation des mots qui le composent suivant leur sens ordinaire et grammatical, en conformité avec le cadre législatif dans lequel s’inscrit cette disposition, ne révèlent aucune ambiguïté et il n’est en conséquence pas nécessaire de recourir à l’un ou l’autre des principes subsidiaires d’interprétation législative. Puisque la *Loi sur la radiocommunication* n’interdit pas la radiodiffusion de signaux d’abonnement (exception faite de l’al. 9(1)e) qui interdit la retransmission non autorisée au Canada de tels signaux) et ne s’applique qu’au décodage survenant au Canada et aux autres endroits prévus au par. 3(3), la présente affaire ne soulève aucune question touchant à l’exercice extra-territorial de certains pouvoirs. Le législateur entendait interdire de manière absolue aux résidents du Canada de décoder des signaux d’abonnement encodés. La seule exception à cette interdiction est le cas où l’intéressé a obtenu l’autorisation de le faire du distributeur détenant au Canada les droits requis pour transmettre le signal concerné et en permettre le décodage. En l’espèce, les radiodiffuseurs SRD américains ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi. Le fait de considérer que l’al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d’une exception limitée est une interprétation qui s’accorde bien avec les objets de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui complète le régime établi par la *Loi sur le droit d’auteur*.

Aucune réponse n’a été donnée à l’égard des questions constitutionnelles, puisque le dossier ne comportait pas d’éléments relatifs à la *Charte* propres à permettre à la Cour de se prononcer sur ces questions. Une partie ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès. Les « valeurs de la *Charte* » ne peuvent être

values are to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity. A blanket presumption of *Charter* consistency could sometimes frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction, and wrongly upset the dialogic balance among the branches of governance. Where a statute is unambiguous, courts must give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result.

Cases Cited

Not followed: *R. v. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123; *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71; *R. v. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL); *R. v. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736, aff'd Sup. Ct. Drummondville, No. 405-36-000044-003, June 13, 2001; *R. v. Gregory Électronique Inc.*, [2000] Q.J. No. 4923 (QL), aff'd [2001] Q.J. No. 4925 (QL); *R. v. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, No. 540-73-000055-980, October 31, 2000; *R. v. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL), aff'd (1995), 106 Man. R. (2d) 37, leave to appeal ref'd (1996), 110 Man. R. (2d) 153; *R. v. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL), rev'd (1997), 187 N.B.R. (2d) 185; *R. v. Knibb* (1997), 198 A.R. 161, aff'd [1998] A.J. No. 628 (QL); *ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 F.C. 245, aff'd (1997), 222 N.R. 213; *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628; *Canada (Procureure générale) v. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026; *Ryan v. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396; *R. v. Scullion*, [2001] R.J.Q. 2018; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Goullis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian*

utilisées pour éclairer l'interprétation de l'al. 9(1)c), puisqu'elles ne doivent être utilisées comme principe d'interprétation qu'en cas d'ambiguïté véritable. L'application d'une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l'intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d'interprétation législative, et perturber à tort l'équilibre dialogique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Lorsqu'une loi n'est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l'intention clairement exprimée par le législateur et éviter d'utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent.

Jurisprudence

Arrêts non suivis : *R. c. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123; *R. c. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71; *R. c. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL); *R. c. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736, conf. par C.S. Drummondville, n° 405-36-000044-003, 13 juin 2001; *R. c. Gregory Électronique Inc.*, [2000] J.Q. n° 4923 (QL), conf. par [2001] J.Q. n° 4925 (QL); *R. c. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, n° 540-73-000055-980, 31 octobre 2000; *R. c. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL), conf. par (1995), 106 Man. R. (2d) 37, autorisation d'appel refusée (1996), 110 Man. R. (2d) 153; *R. c. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL), inf. par (1997), 187 R.N.-B. (2d) 185; *R. c. Knibb* (1997), 198 A.R. 161, conf. par [1998] A.J. No. 628 (QL); *ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 C.F. 245, conf. par [1997] A.C.F. n° 1563 (QL); *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628; *Canada (Procureure générale) c. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026; *Ryan c. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396; *R. c. Scullion*, [2001] R.J.Q. 2018; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Goullis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Westminster Bank Ltd. c. Zang*, [1966] A.C. 182; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831;

and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 1 S.C.R. vii; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, Direction to the CRTC (Ineligibility of Non-Canadians), SOR/96-192.
Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) “broadcasting”, “broadcasting undertaking”, “distribution undertaking”, (2) [rep. & sub. 1993, c. 38, s. 81], (3), 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 21 [rep. 1994, c. 47, s. 59; ad. 1997, c. 24, s. 14], 31(2) [rep. c. 10 (4th Supp.), s. 7; ad. 1988, c. 65, s. 63; s. 28.01 renumbered as s. 31, 1997, c. 24, s. 16].
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 10, 12.
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, ss. 2, “broadcasting”, “encrypted” [ad. 1991, c. 11, s. 81], “lawful distributor” [idem], “radiocommunication” or “radio”, “subscription programming signal” [idem], 3(3)(a), (b) [rep. & sub. 1989, c. 17, s. 4], (c) [idem; am. 1996, c. 31, s. 94], 5(1)(a), 9(1)(c) [ad. 1989, c. 17, s. 6; am. 1991, c. 11, s. 83], (e) [ad. 1991, c. 11, s. 83], 10(1)(b) [ad. 1989, c. 17, s. 6], (2.1) [ad. 1991, c. 11, s. 84], (2.5) [idem], 18(1) [idem, s. 85], (6) [idem].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 32.

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, “a”.

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36, autorisation d’appel à la C.S.C. refusée, [2002] 1 R.C.S. vii; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 10, 12.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 2 « distributeur légitime » [aj. 1991, ch. 11, art. 81], « encodage » [idem], « radiocommunication » ou « radio », « radiodiffusion », « signal d’abonnement » [idem], 3(3)a), b) [abr. & rempl. 1989, ch. 17, art. 4], c) [idem; mod. 1996, ch. 31, art. 94], 5(1)a), 9(1)c) [aj. 1989, ch. 17, art. 6; mod. 1991, ch. 11, art. 83], e) [aj. 1991, ch. 11, art. 83], 10(1)b) [aj. 1989, ch. 17, art. 6]; (2.1) [aj. 1991, ch. 11, art. 84], (2.5) [idem], 18(1) [idem, art. 85], (6) [idem].
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », « entreprise de radiodiffusion », « radiodiffusion », (2) [abr. & rempl. 1993, ch. 38, art. 81], (3), 3.
Loi sur la radiodiffusion, Instructions au CRTC (inadmissibilité de non-Canadiens), DORS/96-192.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 21 [abr. 1994, ch. 47, art. 59; aj. 1997, ch. 24, art. 14], 31(2) [abr. ch. 10 (4^e suppl.), art. 7; aj. 1988, ch. 65, art. 63; art. 28.01 devient l’art. 31, 1997, ch. 24, art. 16; mod. *idem*, art. 52(1)a)].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.

Doctrine citée

Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1999.

Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Eliadis, F. Pearl, and Stuart C. McCormack. “Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers: The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals” (1993), 3 *M.C.L.R.* 211.

Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 2000 (including Service Issues 2001).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Willis, John. “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 191 D.L.R. (4th) 662, 9 W.W.R. 205, 142 B.C.A.C. 230, 233 W.A.C. 230, 79 B.C.L.R. (3d) 250, [2000] B.C.J. No. 1803 (QL), 2000 BCCA 493, dismissing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL), refusing to grant an injunction. Appeal allowed.

K. William McKenzie, Eugene Meehan, Q.C., and Jessica Duncan, for the appellant.

Alan D. Gold and Maureen McGuire, for all respondents except Michelle Lee.

Graham R. Garton, Q.C., and Christopher Rupar, for the intervener the Attorney General of Canada.

Roger T. Hughes, Q.C., for the intervener the Canadian Motion Picture Distributors Association.

Christopher D. Bredt, Jeffrey D. Vallis and Davit D. Akman, for the intervener DIRECTV, Inc.

Ian W. M. Angus, for the intervener the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas.

Alan Riddell, for the intervener the Congress Iberoamerican du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal involves an issue that has divided courts in our country. It concerns the proper interpretation of s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication*

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Eliadis, F. Pearl, and Stuart C. McCormack. « Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers : The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals » (1993), 3 *M.C.L.R.* 211.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd., t. 6. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « un, une ».

Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada*, loose-leaf ed. Toronto : Butterworths, 2000 (including Service Issues 2001).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2000), 191 D.L.R. (4th) 662, 9 W.W.R. 205, 142 B.C.A.C. 230, 233 W.A.C. 230, 79 B.C.L.R. (3d) 250, [2000] B.C.J. No. 1803 (QL), 2000 BCCA 493, qui a rejeté l’appel formé contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL). Pourvoi accueilli.

K. William McKenzie, Eugene Meehan, c.r., et Jessica Duncan, pour l’appelante.

Alan D. Gold et Maureen McGuire, pour tous les intimés, à l’exception de Michelle Lee.

Graham R. Garton, c.r., et Christopher Rupar, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Roger T. Hughes, c.r., pour l’intervenante l’Association canadienne des distributeurs de films.

Christopher D. Bredt, Jeffrey D. Vallis et Davit D. Akman, pour l’intervenante DIRECTV, Inc.

Ian W. M. Angus, pour l’intervenante la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas.

Alan Riddell, pour l’intervenant le Congrès Iberoaméricain du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une question qui divise les tribunaux du pays, en l’occurrence l’interprétation qu’il convient de donner à l’al.

Act, R.S.C. 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1991, c. 11, s. 83). In practical terms, the issue is whether s. 9(1)(c) prohibits the decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only the unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors.

The respondents facilitate what is generally referred to as “grey marketing” of foreign broadcast signals. Although there is much debate — indeed rhetoric — about the term, it is not necessary to enter that discussion in these reasons. Rather, the central issue is the much narrower one surrounding the above statutory provision: does s. 9(1)(c) operate on these facts to prohibit the decryption of encrypted signals emanating from U.S. broadcasters? For the reasons that follow, my conclusion is that it does have this effect. Consequently, I would allow the appeal.

II. Background

The appellant is a limited partnership engaged in the distribution of direct-to-home (“DTH”) television programming. It is one of two current providers licensed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) as a DTH distribution undertaking under the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11. There are two similar DTH satellite television distributors in the United States, neither of which possesses a CRTC licence. The door has effectively been shut on foreign entry into the regulated Canadian broadcast market since April 1996, when the Governor in Council directed the CRTC not to issue, amend or renew broadcasting licences for non-Canadian applicants (SOR/96-192). The U.S. companies are, however, licensed by their country’s Federal Communications Commission to broadcast their signals within that country. The intervenor DIRECTV is the larger of these two U.S. companies.

9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2 (mod. par L.C. 1991, ch. 11, art. 83). Plus concrètement, il s’agit de décider si l’al. 9(1)(c) interdit le décodage de tous les signaux encodés transmis par satellite, sous réserve d’une exception limitée, ou s’il interdit seulement le décodage non autorisé des signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires d’une licence.

Les intimés facilitent ce que l’on appelle généralement le « marché gris » de la radiodiffusion des signaux étrangers. Quoique cette expression suscite de nombreux débats — de fait une polémique — il n’est pas nécessaire d’y prendre part dans les présents motifs. En effet, la question fondamentale est plus restreinte et touche à l’interprétation de la disposition en cause : Eu égard aux faits de l’espèce, l’al. 9(1)(c) a-t-il pour effet d’interdire le décodage des signaux encodés émanant de radiodiffuseurs américains? Pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que cette disposition produit cet effet. En conséquence, j’accueillerais le pourvoi.

II. Contexte

L’appelante, une société en commandite, est une entreprise de distribution d’émissions de télévision par satellite de radiodiffusion directe (ci-après « entreprise de distribution SRD » ou « radiodiffuseur SRD »). Elle est l’un des deux fournisseurs qui exploitent actuellement la licence d’entreprise de distribution SRD que leur a accordée le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC ») en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Il existe deux distributeurs dans la même situation aux États-Unis, mais aucun n’est titulaire d’une licence du CRTC. Le marché de la radiodiffusion réglementée au Canada est effectivement fermé aux non-Canadiens depuis avril 1996, par suite de la décision du gouverneur en conseil ordonnant au CRTC de ne pas délivrer de licences de radiodiffusion ni d’accorder de modification ou de renouvellement de telles licences aux demandeurs qui sont des non-Canadiens (DORS/96-192). Cependant, les entreprises américaines sont titulaires de licences délivrées par la Federal Communications Commission des États-Unis qui les autorisent à diffuser leurs signaux dans ce pays. L’intervenante DIRECTV est la plus importante des deux sociétés américaines.

4

DTH broadcasting makes use of satellite technology to transmit television programming signals to viewers. All DTH broadcasters own or have access to one or more satellites located in geosynchronous orbit, in a fixed position relative to the globe. The satellites are usually separated by a few degrees of Earth longitude, occupying “slots” assigned by international convention to their various countries of affiliation. The DTH broadcasters send their signals from land-based uplink stations to the satellites, which then diffuse the signals over a broad aspect of the Earth’s surface, covering an area referred to as a “footprint”. The broadcasting range of the satellites is oblivious to international boundaries and often extends over the territory of multiple countries. Any person who is somewhere within the footprint and equipped with the proper reception devices (typically, a small satellite reception dish antenna, amplifier, and receiver) can receive the signal.

Les fournisseurs de services de radiodiffusion directe transmettent leurs signaux aux téléspectateurs au moyen de satellites. Ils possèdent tous un ou plusieurs satellites en orbite géosynchrone, ou ont accès à de tels appareils. Seulement quelques degrés de longitude terrestre séparent habituellement les satellites, qui occupent les créneaux orbitaux attribués par convention internationale à chacun des différents pays signataires. À partir de stations terrestres de transmission sans terre-satellite, les fournisseurs de services de radiodiffusion directe transmettent leurs signaux aux satellites, qui les rediffusent sur une large portion de la surface terrestre, qu’on appelle l’« empreinte » du satellite. Les signaux relayés par satellite ont une portée qui ne respecte pas les frontières internationales et s’étend souvent à de nombreux pays. Toute personne qui se trouve à l’intérieur de l’empreinte et dispose du matériel requis (en général une petite antenne parabolique de réception, un amplificateur et un récepteur) peut capter les signaux.

5

The appellant makes use of satellites owned and operated by Telesat Canada, a Canadian company. Moreover, like every other DTH broadcaster in Canada and the U.S., the appellant encrypts its signals to control reception. To decode or unscramble the appellant’s signals so as to permit intelligible viewing, customers must possess an additional decoding system that is specific to the appellant: the decoding systems used by other DTH broadcasters are not cross-compatible and cannot be used to decode the appellant’s signals. The operational component of the decoding system is a computerized “smart card” that bears a unique code and is remotely accessible by the appellant. Through this device, once a customer has chosen and subscribed to a programming package, and rendered the appropriate fee, the appellant can communicate to the decoder that the customer is authorized to decode its signals. The decoder is then activated and the customer receives unscrambled programming.

L’appelante utilise les satellites d’une entreprise canadienne, Telesat Canada. De plus, comme tous les autres radiodiffuseurs SRD au Canada et aux États-Unis, l’appelante encode ses signaux pour en circonscrire la réception. Pour décoder ou débrouiller les signaux de l’appelante et obtenir leur réception en clair, le client doit être muni d’un dispositif supplémentaire propre à l’appelante, les décodeurs des différents distributeurs n’étant pas compatibles entre eux. L’élément fonctionnel du décodeur est constitué d’une carte à puce à code unique que l’appelante active à distance. Grâce à ce dispositif, une fois que le client a choisi un bloc d’émissions et payé les frais d’abonnement, l’appelante peut transmettre au décodeur le message indiquant que le client est autorisé à décoder ses signaux. Le décodeur est ensuite activé et le client a accès à la programmation débrouillée.

6

The respondent, Richard Rex, carries on business as Can-Am Satellites. The other respondents are employees of, or independent contractors working for, Can-Am Satellites. The respondents are engaged in the business of selling U.S. DTH decoding

L’intimé Richard Rex exploite une entreprise connue sous le nom Can-Am Satellites. Les autres intimés sont soit des employés de Can-Am Satellites soit des entrepreneurs indépendants retenus par celle-ci. Les intimés vendent des

systems to Canadian customers who wish to subscribe to the services offered by the U.S. DTH broadcasters, which make use of satellites owned and operated by U.S. companies and parked in orbital slots assigned to the U.S. The footprints pertaining to the U.S. DTH broadcasters are large enough for their signals to be receivable in much of Canada, but because these broadcasters will not knowingly authorize their signals to be decoded by persons outside of the U.S., the respondents also provide U.S. mailing addresses for their customers who do not already have one. The respondents then contact the U.S. DTH broadcasters on behalf of their customers, providing the customer's name, U.S. mailing address, and credit card number. Apparently, this suffices to satisfy the U.S. DTH broadcasters that the subscriber is resident in the U.S., and they then activate the customer's smart card.

In the past, the respondents were providing similar services for U.S. residents, so that they could obtain authorization to decode the Canadian appellant's programming signals. The respondents were authorized sales agents for the appellant at the time, but because this constituted a breach of the terms of the agency agreement, the appellant unilaterally terminated the relationship.

The present appeal arises from an action brought by the appellant in the Supreme Court of British Columbia. The appellant, as a licensed distribution undertaking, commenced the action pursuant to ss. 9(1)(c) and 18(1) of the *Radiocommunication Act*. As part of the relief it sought, the appellant requested an injunction prohibiting the respondents from assisting resident Canadians in subscribing to and decoding U.S. DTH programming. The chambers judge hearing the matter declined to grant the injunctive relief, and directed that the trial of the matter proceed on an expedited basis. On appeal of the chambers judge's ruling, Huddart J.A. dissenting, the Court of Appeal for British Columbia dismissed the appellant's appeal.

décodeurs américains de signaux SRD aux clients canadiens qui désirent s'abonner aux services offerts par les radiodiffuseurs SRD américains, lesquels utilisent des satellites qui appartiennent à des sociétés américaines et qui sont exploités par celles-ci et occupent des créneaux orbitaux ayant été attribués aux États-Unis. Les empreintes des radiodiffuseurs SRD américains sont suffisamment larges pour que leurs signaux puissent être captés presque partout au Canada. Mais comme ces radiodiffuseurs n'autorisent pas sciemment le décodage de leurs signaux par des personnes se trouvant à l'extérieur des États-Unis, les intimés fournissent en outre une adresse postale aux États-Unis à ceux de leurs clients qui n'en possèdent pas déjà une. Les intimés communiquent ensuite avec les radiodiffuseurs SRD américains pour le compte de leurs clients, fournissant les noms, adresse postale aux États-Unis et numéro de carte de crédit de chacun de ceux-ci. Il semble que cela soit suffisant pour convaincre les radiodiffuseurs américains que l'abonné est un résident des États-Unis. La carte à puce du client est ensuite activée.

Dans le passé, les intimés offraient des services analogues à des résidents des États-Unis, de façon à pouvoir obtenir l'autorisation de décoder les signaux de l'appelante. Les intimés étaient des vendeurs autorisés de l'appelante à l'époque, mais comme cette pratique constituait un manquement à la convention de mandat, l'appelante a mis fin unilatéralement à leurs relations.

Le présent pourvoi fait suite à une action intentée par l'appelante devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'appelante, à titre d'entreprise de distribution titulaire d'une licence, a pris action en vertu de l'al. 9(1)c) et du par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*. Elle a notamment demandé une injonction interdisant aux intimés d'aider des résidents canadiens à s'abonner aux émissions transmises par des services SRD américains et à décoder les signaux pertinents. Le juge siégeant en chambre qui a été saisi de la demande a refusé l'injonction demandée et a ordonné que l'affaire soit entendue promptement. En appel de cette décision, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a débouté l'appelante, madame le juge Huddart rédisant des motifs de dissidence.

9 The appellant applied for leave to appeal to this Court, which was granted on April 19, 2001, with costs to the applicant in any event of the cause ([2001] 1 S.C.R. vi). The Chief Justice granted the respondents' subsequent motion to state constitutional questions on September 4, 2001.

10 III. Relevant Statutory Provisions

The *Radiocommunication Act* is one of the legislative pillars of Canada's broadcasting framework. It and another of the pillars, the *Broadcasting Act*, provide context that is of central importance to this appeal. I set out the most pertinent provisions below. I will cite other provisions throughout the course of my reasons as they become relevant.

11 *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2

2. In this Act,

“broadcasting” means any radiocommunication in which the transmissions are intended for direct reception by the general public;

. . . .

“encrypted” means treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception;

“lawful distributor”, in relation to an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed, means a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding;

. . . .

“radiocommunication” or “radio” means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by means of electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide;

. . . .

“subscription programming signal” means radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge;

L'appelante a sollicité l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, qui a fait droit à sa demande le 19 avril 2001, avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel ([2001] 1 R.C.S. vi). Le 4 septembre 2001, le Juge en chef a accueilli la requête présentée subséquemment par les intimés afin d'obtenir la formulation de questions constitutionnelles.

III. Dispositions législatives applicables

La *Loi sur la radiocommunication* est l'un des piliers législatifs du système canadien de radiodiffusion. Cette loi, ainsi qu'une autre tout aussi importante, la *Loi sur la radiodiffusion*, établissent le contexte crucial pour juger le présent pourvoi. Les dispositions les plus pertinentes sont reproduites ci-après, mais j'en citerai d'autres au besoin dans l'exposé de mes motifs.

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

« distributeur légitime » La personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d'abonnement ou une alimentation réseau, en situation d'encodage, et à en permettre le décodage.

« encodage » Traitement électronique ou autre visant à empêcher la réception en clair.

. . . .

« radiocommunication » ou « radio » Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel.

« radiodiffusion » Toute radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues directement par le public en général.

. . . .

« signal d'abonnement » Radiocommunication destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs moyennant paiement d'un prix d'abonnement ou de toute autre forme de redevance.

9. (1) No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

. . .

10. (1) Every person who

. . .

(b) without lawful excuse, manufactures, imports, distributes, leases, offers for sale, sells, installs, modifies, operates or possesses any equipment or device, or any component thereof, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9,

. . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, in the case of an individual, to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both, or, in the case of a corporation, to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars.

. . .

(2.1) Every person who contravenes paragraph 9(1)(c) or (d) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, in the case of an individual, to a fine not exceeding ten thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both, or, in the case of a corporation, to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars.

. . .

(2.5) No person shall be convicted of an offence under paragraph 9(1)(c), (d) or (e) if the person exercised all due diligence to prevent the commission of the offence.

. . .

9. (1) Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau;

. . .

10. (1) Commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, dans le cas d'une personne physique, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines, ou, dans le cas d'une personne morale, une amende maximale de vingt-cinq mille dollars quiconque, selon le cas :

. . .

b) sans excuse légitime, fabrique, importe, distribue, loue, met en vente, vend, installe, modifie, exploite ou possède tout matériel ou dispositif, ou composante de celui-ci, dans des circonstances donnant à penser que l'un ou l'autre est utilisé en vue d'enfreindre l'article 9, l'a été ou est destiné à l'être;

18. (1) Any person who

(a) holds an interest in the content of a subscription programming signal or network feed, by virtue of copyright ownership or a licence granted by a copyright owner,

. . . .

(c) holds a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*, or

. . . .

may, where the person has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b), in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct, or obtain such other remedy, by way of injunction, accounting or otherwise, as the court considers appropriate.

. . . .

(6) Nothing in this section affects any right or remedy that an aggrieved person may have under the *Copyright Act*.

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11

2. (1) In this Act,

“broadcasting” means any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus, but does not include any such transmission of programs that is made solely for performance or display in a public place;

. . . .

“broadcasting undertaking” includes a distribution undertaking, a programming undertaking and a network;

. . . .

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or

18. (1) Peut former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l’encontre du contrevenant quiconque a subi une perte ou des dommages par suite d’une contravention aux alinéas 9(1)c), d) ou e) ou 10(1)b) et :

a) soit détient, à titre de titulaire du droit d’auteur ou d’une licence accordée par ce dernier, un droit dans le contenu d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau;

. . . .

c) soit est titulaire d’une licence attribuée, au titre de la *Loi sur la radiodiffusion*, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l’autorisant à exploiter une entreprise de radiodiffusion;

. . . .

Cette personne est admise à exercer tous recours, notamment par voie de dommages-intérêts, d’injonction ou de reddition de compte, selon ce que le tribunal estime indiqué.

. . . .

(6) Le présent article ne porte pas atteinte aux droits et aux recours prévus par la *Loi sur le droit d’auteur*.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

. . . .

« entreprise de radiodiffusion » S’entend notamment d’une entreprise de distribution ou de programmation, ou d’un réseau.

. . . .

temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

« radiodiffusion » Transmission, à l'aide d'ondes radio-électriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d'émissions encodées ou non et destinées à être reçues par le public à l'aide d'un récepteur, à l'exception de celle qui est destinée à la présentation dans un lieu public seulement.

(2) For the purposes of this Act, “other means of telecommunication” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system.

(2) Pour l'application de la présente loi, sont inclus dans les moyens de télécommunication les systèmes électromagnétiques — notamment les fils, les câbles et les systèmes radio ou optiques —, ainsi que les autres procédés techniques semblables.

(3) This Act shall be construed and applied in a manner that is consistent with the freedom of expression and journalistic, creative and programming independence enjoyed by broadcasting undertakings.

(3) L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion.

3. (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion :

(a) the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians;

a) le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle;

(b) the Canadian broadcasting system, operating primarily in the English and French languages and comprising public, private and community elements, makes use of radio frequencies that are public property and provides, through its programming, a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty;

b) le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle;

(d) the Canadian broadcasting system should

d) le système canadien de radiodiffusion devrait :

(i) serve to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada,

(i) servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada,

(ii) encourage the development of Canadian expression by providing a wide range of programming that reflects Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity, by displaying Canadian talent in entertainment programming and by offering information and analysis concerning Canada and other countries from a Canadian point of view,

(ii) favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduise des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes, qui mette en valeur des divertissements faisant appel à des artistes canadiens et qui fournisse de l'information et de l'analyse concernant le Canada et l'étranger considérés d'un point de vue canadien,

(iii) through its programming and the employment opportunities arising out of its operations, serve the needs and interests, and reflect the circumstances

(iii) par sa programmation et par les chances que son fonctionnement offre en matière d'emploi, répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition

and aspirations, of Canadian men, women and children, including equal rights, the linguistic duality and multicultural and multiracial nature of Canadian society and the special place of aboriginal peoples within that society, and

(iv) be readily adaptable to scientific and technological change;

. . . .

(t) distribution undertakings

(i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,

(ii) should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost,

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

(iv) may, where the Commission considers it appropriate, originate programming, including local programming, on such terms as are conducive to the achievement of the objectives of the broadcasting policy set out in this subsection, and in particular provide access for underserved linguistic and cultural minority communities.

(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.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

21. (1) Subject to subsection (2), a broadcaster has a copyright in the communication signals that it broadcasts, consisting of the sole right to do the following in relation to the communication signal or any substantial part thereof:

(a) to fix it,

(b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent,

et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens, notamment l'égalité sur le plan des droits, la dualité linguistique et le caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne ainsi que la place particulière qu'y occupent les peuples autochtones,

(iv) demeurer aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques;

. . . .

t) les entreprises de distribution :

(i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,

(ii) devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

(iv) peuvent, si le Conseil le juge opportun, créer une programmation — locale ou autre — de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion, et en particulier à permettre aux minorités linguistiques et culturelles mal desservies d'avoir accès aux services de radiodiffusion.

(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.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

21. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

a) de le fixer;

b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;

(c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast, and

(d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

31. . . .

(2) It is not an infringement of copyright to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and in its entirety, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada; and

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act.

IV. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL)

In a judgment delivered orally in chambers, Brenner J. (now C.J.B.C.S.C.) noted that there is conflicting jurisprudence on the interpretation of s. 9(1)(c). It was the chambers judge's opinion, however, that the provision is unambiguous, and that it poses no contradiction to the remainder of the *Radiocommunication Act*. He interpreted s. 9(1)(c) as applying only to the theft of signals from "lawful distributors" in Canada, and not applying to the "paid subscription by Canadians to signals from distributors outside Canada" (para. 20). He reasoned (at paras. 18-19):

The offence in that section that was created by the language Parliament chose to use was the offence of stealing encrypted signals from distributors in Canada. In my view, if Parliament had intended in that section to make it an offence in Canada to decode foreign encrypted

c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;

d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

31. . . .

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur la communication au public, par télécommunication, d'une œuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL)

Dans un jugement prononcé de vive voix dans son cabinet, le juge Brenner (maintenant juge en chef de la C.S.C.-B.) a souligné l'existence de décisions ayant interprété de façon contradictoire l'al. 9(1)c). À son avis, cependant, cette disposition n'est ni ambiguë ni incompatible avec les autres dispositions de la *Loi sur la radiocommunication*. Selon lui, l'al. 9(1)c) ne s'applique qu'au vol de signaux commis contre un « distributeur légitime » au Canada, et non aux [TRADUCTION] « abonnements pris et payés par des Canadiens afin de recevoir des signaux transmis par des distributeurs de l'extérieur du Canada » (par. 20). Le juge Brenner a fait le raisonnement suivant (aux par. 18-19) :

[TRADUCTION] Dans cette disposition, l'infraction créée par le législateur au moyen de libellé qu'il a choisi d'utiliser est le vol de signaux encodés aux distributeurs situés au Canada. À mon sens, si, comme le prétend [l'appelante], le législateur avait voulu que l'infraction soit le

transmissions originating outside Canada as contended by the [appellant], it would have said so. In s. 9(1)(c) Parliament could have used language prohibiting the unauthorized decoding of all or any subscription programming in Canada. This, it chose not to do.

The interpretation of s. 9(1)(c) asserted by the [appellant] makes no distinction between those who subscribe and pay for services from non-resident distributors and those who steal the signals of lawful distributors in Canada. That interpretation would create a theft offence applicable to persons in Canada who are nonetheless paying for the services they receive. If Parliament had intended s. 9(1)(c) to apply to such conduct, it would have said so in clear language. In my view the quasi criminal provisions in the Radiocommunication Act should not be interpreted in this manner in the absence of such clear parliamentary language.

13 Brenner J. therefore refused to grant the injunctive relief sought by the appellant. He directed that the trial of the matter proceed on an expedited basis.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 250, 2000 BCCA 493

14 The majority of the Court of Appeal, in a judgment written by Finch J.A. (now C.J.B.C.), identified two divergent strands of case law regarding the proper interpretation of s. 9(1)(c). The majority also noted that judgments representing each side had found the provision to be unambiguous; in its assessment, though, “[l]egislation which can reasonably be said to bear two unambiguous but contradictory, interpretations must, at the very least, be said to be ambiguous” (para. 35). For this reason, and the fact that s. 9(1)(c) bears penal consequences, the majority held that the “narrower interpretation adopted by the chambers judge . . . must . . . prevail” (para. 35). Conflicting authorities aside, however, the majority was prepared to reach the same result through application of the principles of statutory construction.

décodage, au Canada, d’un signal émanant de l’extérieur du Canada, il l’aurait dit. Le législateur aurait pu, à l’al. 9(1)(c), interdire expressément le décodage non autorisé de tout signal d’abonnement. Or il a décidé de ne pas le faire.

L’interprétation de l’al. 9(1)(c) préconisée par [l’appelante] ne fait aucune distinction entre la personne qui s’abonne, moyennant paiement, aux services d’un distributeur non résidant et la personne qui vole les signaux d’un distributeur légitime au Canada. Suivant une telle interprétation, une personne résidant au Canada pourrait commettre un vol, même si elle paie les services qu’elle reçoit. Si le législateur avait voulu que l’al. 9(1)(c) s’applique à cette situation, il l’aurait dit clairement. Selon moi, les dispositions quasi pénales de la Loi sur la radiocommunication ne doivent pas être interprétées ainsi en l’absence d’une disposition législative claire à cet effet.

Le juge Brenner a en conséquence refusé à l’appelante l’injonction qu’elle demandait et il a ordonné que l’affaire soit entendue promptement.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 250, 2000 BCCA 493

S’exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Finch (maintenant juge en chef de la Colombie-Britannique) a relevé deux courants jurisprudentiels divergents concernant l’interprétation qu’il convient de donner à l’al. 9(1)(c). Les juges majoritaires ont également souligné que, dans des jugements de chacun de ces courants, on a jugé que la disposition n’était pas ambiguë, mais, de l’avis des juges de la majorité, [TRADUCTION] « [u]ne disposition dont on peut raisonnablement dire qu’elle se prête à deux interprétations non ambiguës mais contradictoires doit à tout le moins être considérée comme ambiguë » (par. 35). Pour cette raison et parce que l’al. 9(1)(c) entraîne des conséquences du point de vue pénal, les juges majoritaires ont conclu que [TRADUCTION] « l’interprétation restrictive du juge siégeant en chambre [. . .] doit [. . .] être retenue » (par. 35). Toutefois, indépendamment de la jurisprudence contradictoire, la majorité était disposée à aboutir au même résultat par l’application des principes d’interprétation législative.

Section 9(1)(c) enjoins the decoding of encrypted signals without the authorization of the “lawful distributor of the signal or feed” (emphasis added). The majority interpreted the legislator’s choice of the definite article “the”, underlined in the above phrase, to mean that the prohibition applies only “to signals broadcast by lawful distributors who are licensed to authorize decoding of that signal” (para. 36). In other words, “[i]f there is no lawful distributor for an encrypted subscription program signal in Canada, there can be no one licensed to authorize its decoding” (para. 36). Consequently, according to the majority, there is no contravention of s. 9(1)(c) where a person decodes unregulated signals such as those broadcast by the U.S. DTH companies.

The majority characterized s. 9(1)(c) as being clearly directed at regulation of the recipient rather than the distributor, but stated that Parliament had not chosen language that would prohibit the decoding of encrypted signals regardless of origin. Rather, in the majority’s view, Parliament elected to regulate merely in respect of signals transmitted by parties who are authorized by Canadian law to do so. Dismissing the appellant’s argument regarding the words “or elsewhere” in the definition of “subscription programming signal”, the majority held that “the fact that a subscription program signal originating outside Canada was intended for reception outside Canada, does not avoid the requirement in s. 9(1)(c) that the decoding of such signals is only unlawful if it is done without the authorization of a lawful distributor” (para. 40).

Basing its reasons on these considerations, the majority held that it was unnecessary to address “the wider policy issues” or the issues arising from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (para. 44). Finding no error in the chambers judge’s interpretation, the majority dismissed the appeal.

Aux termes du texte anglais de l’al. 9(1)c), il est interdit de décoder un signal d’abonnement ou une alimentation réseau sans l’autorisation du « *lawful distributor of the signal or feed* » (je souligne). La majorité a considéré que le fait que le législateur ait choisi d’utiliser l’article défini « *the* » — qui est souligné dans l’extrait qui précède — signifie que l’interdiction ne s’applique qu’aux [TRADUCTION] « signaux radiodiffusés par les distributeurs légitimes titulaires d’une licence les autorisant à permettre le décodage du signal en question » (par. 36). En d’autres termes, [TRADUCTION] « [s]i un signal d’abonnement n’a pas de distributeur légitime au Canada, personne ne saurait être autorisé à en permettre le décodage » (par. 36). Par conséquent, la majorité a conclu que la personne qui décode des signaux non visés par la réglementation, tels ceux diffusés par les entreprises SRD américaines, ne contrevient pas à l’al. 9(1)c).

La majorité a jugé que l’al. 9(1)c) visait clairement la personne qui reçoit le signal et non celle qui le distribue, mais elle a ajouté que le législateur ne s’était pas exprimé d’une manière qui aurait pour effet d’interdire le décodage de tout signal encodé, indépendamment de son origine. Au contraire, de l’avis de la majorité, le législateur a plutôt décidé de réglementer uniquement les signaux transmis par des personnes légalement autorisées par le droit canadien à le faire. Rejetant la thèse de l’appelante concernant les mots « *or elsewhere* » (« ou ailleurs » en français) employés dans la définition de « signal d’abonnement », la majorité a conclu que [TRADUCTION] « le fait qu’un signal d’abonnement émanant de l’extérieur du Canada soit destiné à être capté à l’extérieur du Canada n’empêche pas que, suivant l’al. 9(1)c), le décodage d’un tel signal n’est illégal que s’il a lieu sans la permission d’un distributeur légitime » (par. 40).

S’appuyant sur ces considérations, la majorité a estimé qu’il était inutile d’examiner [TRADUCTION] « les questions de principe plus générales » ou les questions touchant à l’application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 44). Ne relevant aucune erreur dans l’interprétation du juge siégeant en chambre, la majorité a rejeté l’appel.

15

2002 SCC 42 (CanLII)

16

17

18 Dissenting, Huddart J.A. considered the text of s. 9(1)(c) in light of the definitions set out in s. 2, and concluded that Parliamentary intent was evident: the provision “simply render[s] unlawful the decoding in Canada of all encrypted programming signals . . . regardless of their source or intended destination”, except where authorization is given by a person having the lawful right in Canada to transmit and authorize the decoding of the signals (para. 48). She stressed that the line of cases relied upon by the chambers judge “[a]t most . . . provides support for a less inclusive interpretation of s. 9(1)(c) than its wording suggests on its face because it has penal consequences” (para. 54), and proceeded to set out a number of reasons for which these cases should not be followed.

19 For one, “the task of interpreting a statutory provision does not begin with its being typed as penal. The task of interpretation is a search for the intention of Parliament” (para. 55). As well, the more restrictive reading of s. 9(1)(c) “ignores the broader policy objective” of the governing regulatory scheme, this being “the maintenance of a distinctively Canadian broadcasting industry in a large country with a small population within the transmission footprint of arguably the most culturally assertive country in the world with a population ten times larger” (para. 49). Huddart J.A. also referred to the existence of copyright interests, and stated that “[i]t can reasonably be inferred that U.S. distributors have commercial or legal reasons apart from Canadian laws for not seeking a Canadian market. . . . Yet only Canada can control the reception of foreign signals in Canada” (para. 50).

20 Huddart J.A. declined the respondents’ invitation to read s. 9(1)(c) in a manner that “respect[s] section 2(b) of the *Charter*” (para. 57), relying on *Canada*

Dissidente, madame le juge Huddart a examiné le texte de l’al. 9(1)c) à la lumière des définitions figurant à l’art. 2 et elle a estimé que l’intention du législateur était évidente : la disposition [TRADUCTION] « a tout simplement pour effet de frapper d’illégalité le décodage au Canada de tous les signaux d’abonnement encodés [. . .] indépendamment de leur source ou de leur destination », sauf dans les cas où la personne légitimement autorisée au Canada à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage accorde la permission de le faire (par. 48). Elle a souligné que les décisions invoquées par le juge siégeant en chambre [TRADUCTION] « [t]out au plus [. . .] appuient une interprétation de l’al. 9(1)c) lui reconnaissant une portée moins exhaustive que celle suggérée par son libellé, en raison des conséquences qu’il emporte du point de vue pénal » (par. 54), puis elle énonce un certain nombre de raisons pour lesquelles ces décisions ne devraient pas être suivies.

Tout d’abord, [TRADUCTION] « on n’amorce pas l’interprétation d’une disposition législative en la qualifiant de pénale. L’interprétation consiste à dégager l’intention du législateur » (par. 55). De plus, l’interprétation restrictive de l’al. 9(1)c) [TRADUCTION] « ne tient pas compte de l’objectif directeur plus général » du cadre réglementaire applicable, savoir « l’existence d’un système de radiodiffusion véritablement canadien dans un pays au vaste territoire mais faiblement peuplé, et ce à l’intérieur de l’empreinte de transmission d’un pays à la population dix fois plus grande et qui, peut-on prétendre, est celui qui répand le plus sa culture aux quatre coins du monde » (par. 49). Le juge Huddart a également fait état de la question des droits d’auteur et affirmé qu’[TRADUCTION] « [i]l est raisonnablement possible d’inférer que, indépendamment des lois canadiennes, les distributeurs américains ont des motifs commerciaux ou juridiques de ne pas s’attaquer au marché canadien. [. . .] Néanmoins, seul le Canada peut régir la réception de signaux étrangers au Canada » (par. 50).

S’appuyant sur l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, madame le juge Huddart a refusé de donner à l’al. 9(1)c) une

(*Attorney General*) v. *Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, in this regard. She then concluded (at para. 58):

In summary, I am not persuaded the line of cases on which the chambers judge relied establish the provision is ambiguous or capable of contradictory meanings. I do not consider courts have found two entirely different unambiguous meanings for the provision. The words of section 9(1)(c), taken alone, provide a clear basis for the determination of Parliament's intention. That meaning is consistent with the purpose of the entire regulatory scheme in the context of the international copyright agreements, with the purpose of the *Act* within that scheme, and with the scheme of the *Act* itself. Those cases interpreting the provision differently have done so with the purpose of narrowing its application to avoid penal consequences of what Parliament clearly intended to have penal consequences, as at least one of the judges taking that view explicitly acknowledged in his reasons. In my view it takes a convoluted reading of the provision to produce the result reached by the court in *R. v. Love* [(1997), 117 Man. R. (2d) 123 (Q.B.)], and the decisions that have followed it.

Huddart J.A. would have allowed the appeal and granted the declaration requested by the appellant.

V. Issues

This appeal raises three issues:

1. Does s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* create an absolute prohibition against decoding, followed by a limited exception, or does it allow all decoding, except for those signals for which there is a lawful distributor who has not granted its authorization?
2. Is s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to the above question is "yes", can the statutory provision be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

interprétation [TRADUCTION] « respect[ant] l'al. 2b) de la *Charte* » (par. 57), comme l'invitaient à le faire les intimés. Elle a ensuite conclu ainsi (au par. 58) :

[TRADUCTION] En résumé, je ne suis pas persuadée que la jurisprudence sur laquelle s'est fondé le juge siégeant en chambre établit que la disposition est ambiguë ou susceptible d'interprétations contradictoires. Je n'estime pas que les tribunaux ont dégagé deux interprétations tout à fait différentes mais non équivoques. Considéré isolément, le texte de l'al. 9(1)c) permet de dégager clairement l'intention du législateur. Cette interprétation est compatible avec l'objet de l'ensemble du cadre réglementaire dans le contexte des conventions internationales sur le droit d'auteur, avec l'objet de la *Loi* à l'intérieur de ce cadre et avec le régime établi par la *Loi* elle-même. Les juges et les tribunaux qui ont interprété la disposition différemment l'ont fait pour limiter son application de manière à éviter les conséquences d'ordre pénal, alors que le législateur a manifestement voulu que les actes en question produisent de telles conséquences, comme au moins un des juges souscrivant à cette thèse l'a reconnu expressément dans ses motifs. À mon avis, il faut donner une interprétation alambiquée à cette disposition pour arriver à la conclusion tirée dans *R. c. Love* [(1997), 117 Man. R. (2d) 123 (B.R.)] et dans les décisions qui l'ont suivie.

Le juge Huddart aurait accueilli le pourvoi et rendu le jugement déclaratoire demandé par l'appelante.

V. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions :

1. L'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* interdit-il le décodage de manière absolue, sous réserve d'une exception limitée, ou autorise-t-il le décodage de tous les signaux, sauf ceux pour lesquels il existe un distributeur légitime qui n'a pas donné l'autorisation de le faire?
2. L'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Dans l'affirmative, la disposition législative peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

VI. Analysis

A. *Introduction*

22 It is no exaggeration to state that s. 9(1)(c) of the federal *Radiocommunication Act* has received inconsistent application in the courts of this country. On one hand, there is a series of cases interpreting the provision (or suggesting that it might be interpreted) so as to create an absolute prohibition, with a limited exception where authorization from a lawful Canadian distributor is received: *R. v. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL) (Prov. Ct.), at para. 36, aff'd (1995), 106 Man. R. (2d) 37 (Q.B.) (*sub nom. R. v. O'Connor*), at para. 10, leave to appeal refused on other grounds (1996), 110 Man. R. (2d) 153 (C.A.); *R. v. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL) (Q.B.), at paras. 19-20, rev'd on other grounds (1997), 187 N.B.R. (2d) 185 (C.A.) (*sub nom. King v. Canada (Attorney General)*); *R. v. Knibb* (1997), 198 A.R. 161 (Prov. Ct.), aff'd [1998] A.J. No. 628 (QL) (Q.B.) (*sub nom. R. v. Quality Electronics (Taber) Ltd.*); *ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 F.C. 245 (T.D.), aff'd (1997), 222 N.R. 213 (F.C.A.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628, at para. 72; *Canada (Procureure générale) v. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026 (C.Q.), at p. 2034.

23 On the other hand, there are a number of conflicting cases that have adopted the more restrictive interpretation favoured by the majority of the Court of Appeal for British Columbia in the case at bar: *R. v. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123 (Q.B.); *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71 (Q.B.); *R. v. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL) (S.C.); *Ryan v. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396 (Prov. Ct.), at para. 12; *R. v. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736 (C.Q.), aff'd Sup. Ct. Drummondville, No. 405-36-000044-003, June 13, 2001 (*sub nom. R. v. D'Argy*); *R. v. Gregory Électronique Inc.*, [2000] Q.J. No. 4923 (QL) (C.Q.), aff'd [2001] Q.J. No. 4925 (QL) (Sup. Ct.); *R. v. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, No. 540-73-000055-980, October 31, 2000; *R. v.*

VI. L'analyse

A. *Introduction*

On peut, sans exagérer, affirmer que l'al. 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication*, une loi fédérale, n'a pas été appliqué de manière uniforme par les tribunaux du pays. D'une part, dans certaines décisions les tribunaux ont interprété cette disposition (ou suggéré qu'elle pouvait l'être) d'une manière ayant pour effet de créer une interdiction absolue, assortie d'une exception limitée, savoir les cas où le distributeur canadien légitime accorde l'autorisation prévue : *R. c. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL) (C. prov.), par. 36, conf. par (1995), 106 Man. R. (2d) 37 (B.R.) (*sub nom. R. c. O'Connor*), par. 10, demande d'autorisation d'appel à la Cour d'appel refusée pour d'autres motifs (1996), 110 Man. R. (2d) 153 (C.A.); *R. c. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL) (B.R.), par. 19-20, inf. pour d'autres motifs par (1997), 187 R.N.-B. (2d) 185 (C.A.) (*sub nom. King c. Canada (Attorney General)*); *R. c. Knibb* (1997), 198 A.R. 161 (C. prov.), conf. par [1998] A.J. No. 628 (QL) (B.R.) (*sub nom. R. c. Quality Electronics (Taber) Ltd.*); *ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), conf. par [1997] A.C.F. n^o 1563 (QL) (C.A.); *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628, par. 72; *Canada (Procureure générale) c. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026 (C.Q.), p. 2034.

D'autre part, on relève un certain nombre de décisions à l'effet contraire, où les tribunaux ont adhéré à l'interprétation plus restrictive retenue en l'espèce par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *R. c. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123 (B.R.); *R. c. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71 (B.R.); *R. c. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL) (C.S.); *Ryan c. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396 (C. prov.), par. 12; *R. c. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736 (C.Q.), conf. par C.S. Drummondville, n^o 405-36-000044-003, 13 juin 2001 (*sub nom. R. c. D'Argy*); *R. c. Gregory Électronique Inc.*, [2000] J.Q. n^o 4923 (QL) (C.Q.), conf. par [2001] J.Q. n^o 4925 (QL) (C.S.); *R. c. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, n^o 540-73-000055-980, 31 octobre 2000;

Scullion, [2001] R.J.Q. 2018 (C.Q.); *R. v. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737 (C.A.).

As can be seen, the schism is not explained simply by the adoption of different approaches in different jurisdictions. Although the highest courts in British Columbia and Ontario have now produced decisions that bind the lower courts in those provinces to the restrictive interpretation, and although the Federal Court of Appeal has similarly bound the Trial Division courts under it to the contrary interpretation, the trial courts in Alberta, Manitoba, and Quebec have produced irreconcilable decisions. Those provinces remain without an authoritative determination on the matter. This appeal, therefore, places this Court in a position to harmonize the interpretive dissonance that is echoing throughout Canada.

In attempting to steer its way through this maze of cases, the Court of Appeal for British Columbia, in my respectful view, erred in its interpretation of s. 9(1)(c). In my view, there are five aspects of the majority's decision that warrant discussion. First, it commenced analysis from the belief that an ambiguity existed. Second, it placed undue emphasis on the sheer number of judges who had disagreed as to the proper interpretation of s. 9(1)(c). Third, it did not direct sufficient attention to the context of the *Radiocommunication Act* within the regulatory *régime* for broadcasting in Canada, and did not consider the objectives of that *régime*, feeling that it was unnecessary to address these "wider policy issues". Fourth, the majority did not read s. 9(1)(c) grammatically in accordance with its structure, namely, a prohibition with a limited exception. Finally, the majority of the court effectively inverted the words of the provision, such that the signals for which a lawful distributor could provide authorization to decode (i.e., the exception) defined the very scope of the prohibition.

R. c. Scullion, [2001] R.J.Q. 2018 (C.Q.); *R. c. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737 (C.A.).

Comme on peut le constater, cette divergence d'interprétations ne s'explique pas seulement par le fait que différentes juridictions dans diverses provinces ont adopté des démarches distinctes. Bien que les tribunaux de dernier ressort de la Colombie-Britannique et de l'Ontario se soient prononcés en faveur de l'interprétation restrictive et que ces décisions lient les tribunaux inférieurs de ces provinces, et que la Cour d'appel fédérale ait rendu une décision à l'effet contraire liant la Section de première instance de cette cour, les tribunaux de première instance de l'Alberta, du Manitoba et du Québec ont rendu des décisions inconciliables et il n'y a pas encore, dans ces provinces, d'arrêt contraignant sur la question. Le présent pourvoi offre donc à notre Cour l'occasion d'harmoniser les interprétations discordantes qui existent dans l'ensemble du Canada.

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a mal interprété l'al. 9(1)c) en tentant de trouver son chemin dans ce dédale de décisions contradictoires. À mon avis, cinq aspects de la décision des juges majoritaires requièrent examen. Premièrement, les juges majoritaires ont commencé leur analyse en tenant pour acquis qu'il y avait ambiguïté. Deuxièmement, ils ont accordé une importance excessive au seul fait qu'un grand nombre de juges avaient divergé d'opinions quant à l'interprétation de l'al. 9(1)c). Troisièmement, ils ne se sont pas arrêtés suffisamment à la place de la *Loi sur la radiocommunication* au sein du régime de réglementation de la radiodiffusion au Canada ni pris en considération les objectifs de ce régime, estimant plutôt qu'il était inutile d'examiner ces [TRADUCTION] « questions de principe plus générales ». Quatrièmement, les juges majoritaires n'ont pas interprété le texte anglais de la disposition conformément à sa structure grammaticale, à savoir une interdiction suivie d'une exception limitée. Enfin, ils ont dans les faits inversé les éléments du texte de la disposition, de telle sorte que les signaux dont un distributeur légitime pouvait permettre le décodage (c'est-à-dire l'exception) se trouvaient à définir l'étendue même de l'interdiction.

24

25

B. *Does Section 9(1)(c) of the Radiocommunication Act Create an Absolute Prohibition Against Decoding, Followed by a Limited Exception, or Does it Allow all Decoding, Except for Those Signals for Which There Is a Lawful Distributor who Has not Granted its Authorization?*

(1) Principles of Statutory Interpretation

26

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: see, for example, *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, per Estey J.; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at para. 26; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, per McLachlin C.J.; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 27. I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

27

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like

B. *L'alinéa 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de manière absolue, sous réserve d'une exception limitée, ou autorise-t-il le décodage de tous les signaux, sauf ceux pour lesquels il existe un distributeur légitime qui n'a pas donné l'autorisation de le faire?*

(1) Principes d'interprétation législative

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : voir, par exemple, *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578, le juge Estey; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 25; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 26; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, le juge en chef McLachlin; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 27. Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B.*

people, take their colour from their surroundings”. This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger’s principle gives rise to what was described in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52, as “the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter”. (See also *Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1079; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, at para. 61, *per* Lamer C.J.)

Other principles of interpretation — such as the strict construction of penal statutes and the “Charter values” presumption — only receive application where there is ambiguity as to the meaning of a provision. (On strict construction, see: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115, *per* Dickson J. (as he then was); *R. v. Goullis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), at pp. 59-60; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at p. 413; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 46. I shall discuss the “Charter values” principle later in these reasons.)

What, then, in law is an ambiguity? To answer, an ambiguity must be “real” (*Marcotte, supra*, at p. 115). The words of the provision must be “reasonably capable of more than one meaning” (*Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), at p. 222, *per* Lord Reid). By necessity, however, one must consider the “entire context” of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations. In this regard, Major J.’s statement in *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14, is apposite: “It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids” (emphasis added), to

can. 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d’une loi qui est elle-même un élément d’un cadre législatif plus large, l’environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s’inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l’application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52, de « principe d’interprétation qui présume l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet ». (Voir également *Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1079; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 61, le juge en chef Lamer.)

D’autres principes d’interprétation — telles l’interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des « valeurs de la Charte » — ne s’appliquent que si le sens d’une disposition est ambiguë. (Voir, relativement à l’interprétation stricte : *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115, le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada); *R. c. Goullis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), p. 59-60; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, p. 413, et *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 46. Je vais examiner plus loin le principe du respect des « valeurs de la Charte ».)

Qu’est-ce donc qu’une ambiguïté en droit? Une ambiguïté doit être « réelle » (*Marcotte, précité*, p. 115). Le texte de la disposition doit être [TRADUCTION] « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d’une interprétation » (*Westminster Bank Ltd. c. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), p. 222, lord Reid). Il est cependant nécessaire de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations. Sont pertinents à cet égard les propos suivants, prononcés par le juge Major dans l’arrêt *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14 : « C’est uniquement lorsque deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune

which I would add, “including other principles of interpretation”.

30

For this reason, ambiguity cannot reside in the mere fact that several courts — or, for that matter, several doctrinal writers — have come to differing conclusions on the interpretation of a given provision. Just as it would be improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the “higher score”, it is not appropriate to take as one’s starting point the premise that differing interpretations reveal an ambiguity. It is necessary, in every case, for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and thereafter to determine if “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning” (Willis, *supra*, at pp. 4-5).

(2) Application to this Case

31

The interpretive factors laid out by Driedger need not be canvassed separately in every case, and in any event are closely related and interdependent (*Chieu, supra*, at para. 28). In the context of the present appeal, I will group my discussion under two broad headings. Before commencing my analysis, however, I wish to highlight a number of issues on these facts. First, there is no dispute surrounding the fact that the signals of the U.S. DTH broadcasters are “encrypted” under the meaning of the Act, nor is there any dispute regarding the fact that the U.S. broadcasters are not “lawful distributors” under the Act. Secondly, all of the DTH broadcasters in Canada and the U.S. require a person to pay “a subscription fee or other charge” for unscrambled reception. Finally, I note that the “encrypted network feed” portion of s. 9(1)(c) is not relevant on these facts and can be ignored for the purposes of analysis.

également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d’interprétation externes » (je souligne), propos auxquels j’ajouterais ce qui suit : « y compris d’autres principes d’interprétation ».

Voilà pourquoi on ne saurait conclure à l’existence d’une ambiguïté du seul fait que plusieurs tribunaux — et d’ailleurs plusieurs auteurs — ont interprété différemment une même disposition. Autant il serait inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d’appliquer celle qui recueille le « plus haut total », autant il est inapproprié de partir du principe que l’existence d’interprétations divergentes révèle la présence d’une ambiguïté. Il est donc nécessaire, dans chaque cas, que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l’analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, puis se demande si [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » (Willis, *loc. cit.*, p. 4-5).

(2) Application aux faits de l’espèce

Il n’est pas nécessaire, dans chaque cas, d’analyser séparément les divers facteurs d’interprétation énumérés par Driedger et, quoi qu’il en soit, ils sont étroitement liés et interdépendants (*Chieu, précité*, par. 28). Dans le contexte du présent pourvoi, mon analyse est divisée en deux grandes rubriques. Toutefois, avant de l’amorcer, je tiens à mettre en relief un certain nombre d’éléments propres à la présente affaire. Premièrement, nul ne conteste le fait que les signaux des radiodiffuseurs SRD américains sont « encodés » au sens de la Loi, non plus que le fait que ces radiodiffuseurs ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi. Deuxièmement, tous les radiodiffuseurs SRD au Canada et aux États-Unis exigent le paiement « d’un prix d’abonnement ou de toute autre forme de redevance » pour l’accès à leurs signaux débrouillés. Enfin, je précise que les mots « alimentation réseau » figurant à l’al. 9(1)(c) ne sont pas pertinents en l’espèce et qu’on peut en faire abstraction dans l’analyse.

(a) *Grammatical and Ordinary Sense*

In its basic form, s. 9(1)(c) is structured as a prohibition with a limited exception. Again, with the relevant portions emphasized, it states that:

No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau; [Emphasis added.]

The provision opens with the announcement of a broad prohibition (“No person shall”), follows by announcing the nature (“decode”) and object (“an encrypted subscription programming signal”) of the prohibition, and then announces an exception to it (“otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor”). The French version shares the same four features, albeit in a modified order (see Provost C.Q.J. in *Pearlman*, *supra*, at p. 2031).

The forbidden activity is decoding. Therefore, as noted by the Court of Appeal, the prohibition in s. 9(1)(c) is directed towards the reception side of the broadcasting equation. Quite apart from the provenance of the signals at issue, where the impugned decoding occurs within Canada, there can be no issue of the statute’s having an extraterritorial reach. In the present case, the reception that the appellant seeks to enjoin occurs entirely within Canada.

The object of the prohibition is of central importance to this appeal. What is interdicted by s. 9(1)(c) is the decoding of “an encrypted subscription programming signal” (in French, “un signal d’abonnement”) (emphasis added). The usage of the indefinite article here is telling: it signifies

a) *Sens ordinaire et grammatical*

Fondamentalement, l’al. 9(1)c) se présente comme une interdiction assortie d’une exception limitée. Je reproduis à nouveau le texte de cette disposition en en soulignant les passages pertinents :

Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau;

No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed; [Je souligne.]

La disposition énonce une interdiction générale (« Il est interdit »), qu’elle précise en en indiquant la nature (« décoder ») et l’objet (« un signal d’abonnement ou une alimentation réseau ») et qu’elle assortit d’une exception (« sans l’autorisation de leur distributeur légitime ») : voir *Pearlman*, précité, p. 2031. La version anglaise énonce elle aussi ces quatre éléments, quoique dans un ordre légèrement différent.

L’activité interdite est le décodage. Par conséquent, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, l’interdiction prévue à l’al. 9(1)c) vise l’aspect réception de la radiodiffusion. Indépendamment de la provenance des signaux, lorsque le décodage reproché a lieu au Canada, la question de la possible portée extraterritoriale de la Loi ne se soulève pas. Dans la présente affaire, la réception dont l’appelante demande l’interdiction se produit entièrement au Canada.

L’objet de l’interdiction revêt une importance cruciale dans le présent pourvoi. Aux termes de l’al. 9(1)c), il est interdit de décoder « un signal d’abonnement » (en anglais « an encrypted subscription programming signal ») (je souligne). L’emploi de l’article indéfini est révélateur. Le mot « un »

32

33

34

“one, some [or] any” (*Canadian Oxford Dictionary* (1998), at p. 1). Thus, what is prohibited is the decoding of any encrypted subscription programming signal, subject to the ensuing exception.

35 The definition of “subscription programming signal” suggests that the prohibition extends to signals emanating from other countries. Section 2 of the Act defines that term as, “radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge” (emphasis added). I respectfully disagree with the respondents and Weiler J.A. in *Branton*, *supra*, at para. 26, “that the wording ‘or elsewhere’ is limited to the type of situation contemplated in s. 3(3)” of the Act. Section 3(3) reads:

3. . . .

(3) This Act applies within Canada and on board

(a) any ship, vessel or aircraft that is

(i) registered or licensed under an Act of Parliament, or

(ii) owned by, or under the direction or control of, Her Majesty in right of Canada or a province;

(b) any spacecraft that is under the direction or control of

(i) Her Majesty in right of Canada or a province,

(ii) a citizen or resident of Canada, or

(iii) a corporation incorporated or resident in Canada; and

(c) any platform, rig, structure or formation that is affixed or attached to land situated in the continental shelf of Canada.

36 This provision is directed at an entirely different issue from that which is at play in the definition of “subscription programming signal”. Section 3(3) specifies the geographic scope of the *Radiocommunication Act* and all its constituent

a notamment le sens suivant : « . . . 2 (Avec une valeur générale au sens de “tous les”) . . . » (*Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), t. 6, p. 1607). La loi interdit donc de décoder tous les signaux d’abonnement, sous réserve de l’exception prévue.

La définition de « signal d’abonnement » tend à indiquer que l’interdiction frappe également les signaux émanant d’autres pays. Cette expression est définie ainsi à l’art. 2 de la Loi : « Radiocommunication destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs [“or elsewhere” dans la version anglaise] moyennant paiement d’un prix d’abonnement ou de toute autre forme de redevance » (je souligne). En toute déférence, je ne souscris ni à la thèse des intimés ni à l’opinion exprimée par madame le juge Weiler de la Cour d’appel dans l’affaire *Branton*, précitée, par. 26, selon laquelle [TRADUCTION] « les termes “or elsewhere” ne visent que le genre de situations envisagées au par. 3(3) » de la Loi, dont voici le texte :

3. . . .

(3) La présente loi s’applique au Canada et à bord :

a) d’un navire, bâtiment ou aéronef soit immatriculé ou faisant l’objet d’un permis aux termes d’une loi fédérale, soit appartenant à Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, ou placé sous sa responsabilité;

b) d’un véhicule spatial placé sous la responsabilité de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, ou de celle d’un citoyen canadien, d’un résident du Canada ou d’une personne morale constituée ou résidant au Canada;

c) d’une plate-forme, installation, construction ou formation fixée au plateau continental canadien.

Cette disposition vise une situation tout à fait différente de celle visée par la définition de « signal d’abonnement ». Le paragraphe 3(3) précise la portée géographique de la *Loi sur la radiocommunication* et de toutes les dispositions qui la composent,

provisions, as is confirmed by the marginal note accompanying the subsection, which states “Geographical application”. To phrase this in the context of the present appeal, any person within Canada or on board any of the things enumerated in ss. 3(3)(a) through (c) could potentially be subject to liability for unlawful decoding under s. 9(1)(c); in this way, s. 3(3) addresses the “where” question. On the other hand, the definition of “subscription programming signal” provides meaning to the s. 9(1)(c) liability by setting out the class of signals whose unauthorized decoding will trigger the provision; this addresses the object of the prohibition, or the “what” question. These are two altogether separate issues.

Furthermore, it was not necessary for Parliament to include the phrase “or elsewhere” in the s. 2 definition if it merely intended “subscription programming signal” to be interpreted as radiocommunication intended for direct or indirect reception by the public on board any of the s. 3(3) vessels, spacecrafts or rigs. In my view, the words “or elsewhere” were not meant to be tautological. It is sometimes stated, when a court considers the grammatical and ordinary sense of a provision, that “[t]he legislator does not speak in vain” (*Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Parliament has provided express direction to this effect through its enactment of s. 10 of the *Interpretation Act*, which states in part that “[t]he law shall be considered as always speaking”. In any event, “or elsewhere” (“*ou ailleurs*”, in French) suggests a much broader ambit than the particular and limited examples in s. 3(3), and I would be reticent to equate the two.

In my opinion, therefore, the definition of “subscription programming signal” encompasses signals originating from foreign distributors and intended for reception by a foreign public. Again, because the *Radiocommunication Act* does not prohibit the broadcasting of subscription programming signals (apart from s. 9(1)(e), which forbids their

comme le confirme la note marginale « Application géographique ». Si l’on reformule cette explication dans le contexte du présent pourvoi, cela signifie que quiconque se trouve au Canada ou à bord de l’une des choses énumérées aux al. 3(3)a) à c) est susceptible de se voir reprocher l’infraction de décodage illégal prévue à l’al. 9(1)c); en ce sens, le par. 3(3) aide à répondre à la question de savoir « où » s’applique la loi. Par ailleurs, la définition de « signal d’abonnement » précise dans quel cas une personne engage sa responsabilité au titre de l’al. 9(1)c) en indiquant la catégorie de signaux dont le décodage non autorisé déclenche l’application de cette disposition; cela permet de répondre à la question de l’objet de l’interdiction, la question du « quoi ». Il s’agit de deux questions tout à fait distinctes.

En outre, le législateur n’aurait pas eu besoin d’inclure les mots « ou ailleurs » en français à la définition de « signal d’abonnement » à l’art. 2 (et « *or elsewhere* » en anglais) s’il avait seulement voulu que cette expression s’entende d’une radiocommunication destinée à être reçue directement ou non par le public à bord des bâtiments, véhicules spatiaux ou installations visés au par. 3(3). À mon avis, l’emploi de ces mots ne se voulait pas tautologique. On affirme parfois, lorsqu’un tribunal se penche sur le sens ordinaire et grammatical d’une disposition, que « [l]e législateur ne parle pas pour ne rien dire » (*Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Le législateur l’a confirmé expressément en édictant l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, qui précise notamment que « [l]a règle de droit a vocation permanente ». Quoi qu’il en soit, l’expression « ou ailleurs » en français (« *or elsewhere* » en anglais) évoque un champ d’application beaucoup plus vaste que celui correspondant aux exemples restreints énumérés au par. 3(3), et je serais réticent à établir une équivalence entre les deux.

Par conséquent, je suis d’avis que la définition de « signal d’abonnement » vise les signaux émanant de distributeurs étrangers et destinés à être reçus par un public étranger. Rappelons que, puisque la *Loi sur la radiocommunication* n’interdit pas la radiodiffusion de signaux d’abonnement (exception faite de l’al. 9(1)e) qui interdit la retransmission non

unauthorized retransmission within Canada) and only concerns decrypting that occurs in the s. 3(3) locations, this does not give rise to any extra-territorial exercise of authority. At this stage, what this means is that, contrary to the holdings of the chambers judge and the majority of the Court of Appeal in the instant case, Parliament *did* in fact choose language in s. 9(1)(c) that prohibits the decoding of all encrypted subscription signals, regardless of their origin, “otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed”. I shall now consider this exception.

39

The Court of Appeal relied upon the definite article found in this portion of s. 9(1)(c) (“the signal”), in order to support its narrower reading of the provision. Before this Court, counsel for the respondents submitted as well that the definite article preceding the words “lawful distributor” confirms that the provision “is only intended to operate where there is a lawful distributor”. Finally, the respondents draw to our attention the French language version of the provision, and particularly the word “leur” that modifies “*distributeur légitime*”: a number of cases considering the French version of s. 9(1)(c) have relied upon that word to arrive at the narrower interpretation (see the Court of Quebec judgments in *Thériault, supra*, at p. 2739; *Gregory Électronique, supra*, at paras. 24-26; and *S.D.S. Satellite, supra*, at para. 7. See also *Branton, supra*, at para. 25).

40

I do not agree with these opinions. The definite article “the” and the possessive adjective “leur” merely identify the party who can authorize the decoding in accordance with the exception (see *Pearlman, supra*, at p. 2032). Thus, while I agree with the majority of the Court of Appeal that “[i]f there is no lawful distributor for an encrypted subscription program signal in Canada, there can be no one licensed to authorize its decoding”, I cannot see how it necessarily follows that decoding unregulated signals “cannot therefore be in breach of the *Radiocommunication Act*” (par. 36). Such an

autorisée au Canada de tels signaux) et ne s’applique qu’au décodage survenant aux endroits prévus au par. 3(3), la présente affaire ne soulève aucune question touchant à l’exercice extraterritorial de certains pouvoirs. À ce stade-ci de l’analyse, cela signifie, contrairement à la conclusion du juge siégeant en chambre et à celle des juges majoritaires de la Cour d’appel, que le législateur a en fait choisi, à l’al. 9(1)c), un libellé interdisant le décodage de tous les signaux d’abonnement, indépendamment de leur origine, « sans l’autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci ». Je vais maintenant examiner cette exception.

La Cour d’appel a invoqué la présence de l’article défini à la fin du texte anglais de l’al. 9(1)c) (« *the signal* ») au soutien de son interprétation restrictive de cette disposition. Devant notre Cour, l’avocat des intimés a également fait valoir que la présence de l’article défini « *the* » qui précède les mots « *lawful distributor* » confirme que la disposition [TRADUCTION] « n’est censée s’appliquer que lorsqu’il existe un distributeur légitime ». Enfin, les intimés ont attiré notre attention sur le texte de la version française de la disposition et, en particulier, sur la présence du déterminant possessif « leur » avant les mots « distributeur légitime » : dans un certain nombre d’affaires où l’on a analysé la version française de l’al. 9(1)c), le tribunal a fondé son interprétation restrictive sur l’emploi de ce mot (voir les décisions suivantes de la Cour du Québec : *Thériault*, précitée, p. 2739; *Gregory Électronique*, précitée, par. 24-26, et *S.D.S. Satellite*, précitée, par. 7. Voir également l’affaire *Branton*, précitée, par. 25).

Je ne partage pas ces opinions. L’adjectif possessif « leur » et l’article défini « *the* » ne font qu’identifier la partie qui peut autoriser le décodage conformément à l’exception prévue (voir *Pearlman*, précité, p. 2032). En conséquence, bien que je souscrive à l’opinion de la majorité de la Cour d’appel selon laquelle, [TRADUCTION] « [s]i un signal d’abonnement n’a pas de distributeur légitime au Canada, personne ne saurait être autorisé à en permettre le décodage », je ne vois pas comment il s’ensuit nécessairement que le décodage de signaux non assujettis à la

approach would require one to read words from the exception into the prohibition, which is circular and incorrect. Again, as Provost C.Q.J. stated in *Pearlman, supra*, at p. 2031: [TRANSLATION] “To seek the meaning of the exception at the outset, and thereafter to define the rule by reference to the exception, is likely to distort the meaning of the text and misrepresent the intention of its author.”

In my view, the definite articles are used in the exception portion of s. 9(1)(c) in order to identify from amongst the genus of signals captured by the prohibition (any encrypted subscription programming signal) that species of signals for which the rule is “otherwise”. Grammatically, then, the choice of definite and indefinite articles essentially plays out into the following rendition: No person shall decode any (indefinite) encrypted subscription programming signal unless, for the (definite) particular signal that is decoded, the person has received authorization from the (definite) lawful distributor. Thus, as might happen, if no lawful distributor exists to grant such authorization, the general prohibition must remain in effect.

Although I have already stated that the U.S. DTH distributors in the present case are not “lawful distributors” under the Act, I should discuss this term, because it is important to the interpretive process. Section 2 provides that a “lawful distributor” of an encrypted subscription programming signal is “a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding”. In this connection, the fact that a person is authorized to transmit programming in another country does not, by that fact alone, qualify as granting the lawful right to do so in Canada. Moreover, the phrase “lawful right” (“*légitimement autorisée*”) comprehends factors in addition to licences granted by the CRTC. In defining “lawful distributor”, Parliament could have made specific reference to a person holding a CRTC licence (as it did in s. 18(1)(c)) or a Minister’s licence (s. 5(1)(a)). Instead, it deliberately chose broader language. I therefore agree with the opinion

réglementation « ne peut de ce fait contrevenir à la *Loi sur la radiocommunication* » (par. 36). Pareille conclusion exigerait que l’on intègre à l’interdiction certains mots de l’exception, ce qui constituerait une démarche circulaire et erronée. Je vais me référer à nouveau à la décision du juge Provost, de la Cour du Québec, dans l’affaire *Pearlman*, précitée, p. 2031 : « Rechercher d’abord l’exception et définir ensuite le principe par rapport à l’exception risquent de fausser le sens du texte et de trahir l’intention de son rédacteur. »

À mon avis, les articles définis employés dans la version anglaise de l’exception prévue à l’al. 9(1)(c) servent à identifier, parmi le genre de signaux touchés par l’interdiction (tous les signaux d’abonnement), ceux pour lesquels la règle cède le pas à l’exception. Du point de vue grammatical, donc, le choix d’articles définis et indéfinis donne essentiellement lieu à l’interprétation suivante : Il est interdit à quiconque de décoder quelque (indéfini) signal d’abonnement que ce soit à moins d’avoir obtenu, pour le (défini) signal en cause, l’autorisation du (défini) distributeur légitime. Par conséquent, comme cela peut arriver, s’il n’existe aucun distributeur légitime susceptible d’accorder cette autorisation, l’interdiction générale doit continuer à produire ses effets.

Bien que j’aie déjà indiqué que, dans la présente affaire, les distributeurs SRD américains ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi, il convient d’analyser cette expression, car elle est importante dans le processus d’interprétation. Aux termes de l’art. 2, « distributeur légitime » s’entend de « [l]a personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d’abonnement [. . .] et à en permettre le décodage ». À cet égard, le seul fait qu’une personne soit autorisée dans un autre pays à transmettre des signaux n’a pas pour effet de faire de celle-ci le distributeur légitimement autorisé de ces signaux au Canada. En outre l’expression « légitimement autorisée » (« *lawful right* ») suppose le respect d’autres conditions que la seule obtention d’une licence du CRTC. En définissant ce terme, le législateur aurait pu mentionner expressément qu’il s’agit d’une personne titulaire d’une licence délivrée par le CRTC (comme il l’a fait

of Létourneau J.A. in the Federal Court of Appeal decision in *Norsat*, *supra*, at para. 4, that

[t]he concept of “lawful right” refers to the person who possesses the regulatory rights through proper licensing under the *Act*, the authorization of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as well as the contractual and copyrights necessarily pertaining to the content involved in the transmission of the encrypted subscription programming signal or encrypted network feed.

As pointed out by the Attorney General of Canada, this interpretation means that even where the transmission of subscription programming signals falls outside of the definition of “broadcasting” under the *Broadcasting Act* (i.e., where the transmitted programming is “made solely for performance or display in a public place”) and no broadcasting licence is therefore required, additional factors must still be considered before it can be determined whether the transmitter of the signals is a “lawful distributor” for the purposes of the *Radiocommunication Act*.

43 In the end, I conclude that when the words of s. 9(1)(c) are read in their grammatical and ordinary sense, taking into account the definitions provided in s. 2, the provision prohibits the decoding in Canada of any encrypted subscription programming signal, regardless of the signal’s origin, unless authorization is received from the person holding the necessary lawful rights under Canadian law.

(b) *Broader Context*

44 Although the *Radiocommunication Act* is not, unfortunately, equipped with its own statement of purpose, it does not exist in a vacuum. The Act’s focus is upon the allocation of specified radio frequencies, the authorization to possess and operate radio apparatuses, and the technical regulation of the radio spectrum. The Act also places restrictions on the reception of and interference with

à l’al. 18(1)c)) ou par le ministre (al. 5(1)a)). Il a plutôt opté pour une formulation plus générale. En conséquence, je partage l’opinion suivante, exprimée par le juge Létourneau de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Norsat*, précitée, par. 4 :

La personne « légitimement autorisée » est celle qui possède les droits réglementaires en vertu de la licence qui lui est régulièrement délivrée conformément à la Loi, l’autorisation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ainsi que les droits contractuels et les droits d’auteur se rapportant nécessairement au contenu qu’implique la transmission d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau.

Comme l’a fait remarquer le procureur général du Canada, cette interprétation signifie que, même lorsque la transmission du signal d’abonnement n’est pas visée par la définition de « radiodiffusion » au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* (c’est-à-dire lorsque la transmission d’émissions est « destinée à la présentation dans un lieu public seulement ») et qu’aucune licence de radiodiffusion n’est donc requise, d’autres facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si le transmetteur du signal est un « distributeur légitime » pour l’application de la *Loi sur la radiocommunication*.

En fin de compte, j’arrive à la conclusion que, lorsqu’on interprète les mots utilisés à l’al. 9(1)c) suivant leur sens ordinaire et grammatical et en tenant compte des définitions de l’art. 2, cette disposition a pour effet d’interdire à quiconque de décoder au Canada tout signal d’abonnement brouillé — quelle que soit son origine — à moins d’avoir obtenu la permission de le faire de la personne légitimement autorisée, suivant le droit canadien, à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage.

b) *Contexte élargi*

Bien que la *Loi sur la radiocommunication* ne comporte malheureusement pas de disposition précisant son objet, elle s’inscrit dans un cadre plus large. Elle établit principalement les règles relatives à l’attribution de fréquences de radiocommunication définies, aux autorisations de posséder et d’utiliser des appareils radio et à la réglementation technique du spectre des radiofréquences. La Loi

radiocommunication, which includes encrypted broadcast programming signals of the sort at issue. S. Handa et al., *Communications Law in Canada* (loose-leaf), at p. 3.8, describe the *Radiocommunication Act* as one “of the three statutory pillars governing carriage in Canada”. These same authors note at p. 3.17 that:

The *Radiocommunication Act* embraces all private and public use of the radio spectrum. The close relationship between this and the telecommunications and broadcasting Acts is determined by the fact that telecommunications and broadcasting are the two principal users of the radioelectric spectrum.

The *Broadcasting Act* came into force in 1991, in an omnibus statute that also brought substantial amendments to the *Radiocommunication Act*, including the addition thereto of s. 9(1)(c). Its purpose, generally, is to regulate and supervise the transmission of programming to the Canadian public. Of note for the present appeal is that the definition of “broadcasting” in the *Broadcasting Act* captures the encrypted DTH programme transmissions at issue and that DTH broadcasters such as the appellant receive their licences under, and are subject to, that Act. The *Broadcasting Act* also enumerates 20 broad objectives of the broadcasting policy for Canada (in s. 3(1)(a) through (t)). The emphasis of the Act, however, is placed on broadcasting and not reception.

Ultimately, the Acts operate in tandem. On this point, 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. The provisions of each statute must accordingly be read in the context of the other and

établit également des restrictions applicables en matière de réception et de brouillage des radiocommunications, y compris le type de signaux d’abonnement en litige dans le présent pourvoi. S. Handa et autres, dans *Communications Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 3.8, disent de la *Loi sur la radiocommunication* qu’elle est l’un [TRADUCTION] « des trois piliers législatifs régissant la distribution au Canada ». Ils ajoutent ce qui suit, à la p. 3.17 :

[TRADUCTION] La *Loi sur la radiocommunication* régit toutes les utilisations privées et publiques du spectre des radiofréquences. Le lien étroit unissant cette loi et celles relatives aux télécommunications et à la radiodiffusion tient au fait que les télécommunications et la radiodiffusion sont les deux principaux domaines d’utilisation du spectre des radiofréquences.

Entrée en vigueur en 1991, la *Loi sur la radiodiffusion* est une loi omnibus qui a également apporté des modifications substantielles à la *Loi sur la radiocommunication*, notamment par l’ajout de l’al. 9(1)(c). Elle a pour objet général de réglementer et de surveiller la transmission d’émissions au public canadien. Un aspect important à signaler dans le cadre du présent pourvoi est le fait que la transmission d’émissions encodées dont il est question en l’espèce est visée par la définition de « radiodiffusion » dans la *Loi sur la radiodiffusion* et que les radiodiffuseurs SRD, telle l’appelante, sont assujettis à cette loi et obtiennent leur licence sous son régime. Sont énoncés, aux al. 3(1)(a) à (t) de la *Loi sur la radiodiffusion*, 20 objectifs généraux de la politique canadienne de radiodiffusion. Toutefois, la loi met l’accent sur la radiodiffusion, et non sur la réception.

En fin de compte, ces lois s’appliquent en tandem. À cet égard, 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. Les dispositions de chaque loi doivent

consideration must be given to each statute's roll [*sic*] in the overall scheme. [Cite to R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 286.]

The addition of s. 9(1)(c), (d) and (e) and other sections to the *Radiocommunication Act* through the provisions of the *Broadcasting Act*, 1991 are supportive of that approach in my view. Subsections 9(1)(c), (d) and (e) of the *Radiocommunication Act* must be seen as part of the mechanism by which the stated policy of regulation of broadcasting in Canada is to be fulfilled.

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". Sections 3(1)(d) and 3(1)(t) enumerate a number of specific developmental goals for, respectively, the broadcasting system as a whole and for distribution undertakings (including DTH distribution undertakings) in particular. Finally, s. 3(2) declares that "the Canadian broadcasting system constitutes a single system" best regulated and supervised "by a single independent public authority".

48 In this context, one finds little support for the restrictive interpretation of s. 9(1)(c). Indeed, as counsel for the Attorney General of Canada argued before us, after consideration of the Canadian broadcasting policy Parliament has chosen to adopt, one may legitimately wonder

why would Parliament enact a provision like the restrictive interpretation? Why would Parliament provide for Canadian ownership, Canadian production, Canadian content in its broadcasting and then simply leave the door open for unregulated, foreign broadcasting to come

donc être lues en tenant compte de leurs contextes réciproques et il faut tenir compte du rôle de chaque loi dans le régime général. [Renvoi à R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 286.]

Selon moi, l'ajout des al. 9(1)(c), (d) et (e) et d'autres dispositions à la *Loi sur la radiocommunication*, par l'intermédiaire des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991, appuie cette méthode d'interprétation. Les alinéas 9(1)(c), (d) et (e) de la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérés comme faisant partie du mécanisme par lequel doit être mise en œuvre la politique de réglementation de la radiodiffusion au Canada qui y est énoncée.

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 ». Les alinéas 3(1)(d) et (t) énoncent un certain nombre d'objectifs de mise en œuvre précis à l'intention du système de radiodiffusion en général, et des entreprises de distribution en particulier (y compris les entreprises de distribution SRD). Enfin, le par. 3(2) dispose que « le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique » dont il convient de confier la réglementation et la surveillance « à un seul organisme public autonome ».

Dans ce contexte, peu d'éléments appuient une interprétation restrictive de l'al. 9(1)(c). En effet, comme l'a soutenu devant nous l'avocat du procureur général du Canada, après examen de la politique canadienne de radiodiffusion adoptée par le législateur, l'on peut à juste titre poser les questions suivantes :

[TRADUCTION] Pourquoi le législateur aurait-il adopté une disposition correspondant à l'interprétation restrictive préconisée en l'espèce? Pourquoi le législateur aurait-il précisé que le système doit être la propriété des Canadiens et pourvu à la production canadienne et

in and sweep all of that aside? What purpose would have been served?

On the other hand, the interpretation of s. 9(1)(c) that I have determined to result from the grammatical and ordinary sense of the provision accords well with the objectives set out in the *Broadcasting Act*. The fact that DTH broadcasters encrypt their signals, making it possible to concentrate regulatory efforts on the reception/decryption side of the equation, actually assists with attempts to pursue the statutory broadcasting policy objectives and to regulate and supervise the Canadian broadcasting system as a single system. It makes sense in these circumstances that Parliament would seek to encourage broadcasters to go through the regulatory process by providing that they could only grant authorization to have their signal decoded, and thereby collect their subscription fees, after regulatory approval has been granted.

There is another contextual factor that, while not in any way determinative, is confirmatory of the interpretation of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception. As I have noted above, the concept of “lawful right” in the definition of “lawful distributor” incorporates contractual and copyright issues. According to the evidence in the present record, the commercial agreements between the appellant and its various programme suppliers require the appellant to respect the rights that these suppliers are granted by the persons holding the copyright in the programming content. The rights so acquired by the programme suppliers permit the programmes to be broadcast in specific locations, being all or part of Canada. As such, the appellant would have no lawful right to authorize decoding of its programming signals in an area not included in its geographically limited contractual right to exhibit the programming.

au contenu canadien de la radiodiffusion, puis tout bonnement laisser les radiodiffuseurs étrangers non assujettis à la réglementation s’amener sur le marché et faire fi de toutes ces exigences? Quelle fin aurait alors été servie?

Par contre, l’interprétation de l’al. 9(1)c) qui, à mon avis, découle du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés dans cette disposition s’accorde bien avec les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le fait que les radiodiffuseurs SRD encodent leurs signaux, permettant ainsi la concentration des mesures de réglementation sur les aspects réception et décodage du système, contribue d’ailleurs à la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion établis par la loi, ainsi qu’à la réglementation et à la surveillance du système canadien de radiodiffusion en tant que système unique. Dans ces circonstances, il est logique que le législateur ait voulu inciter les radiodiffuseurs à se plier au processus réglementaire en disposant qu’ils ne peuvent autoriser le décodage de leurs signaux et percevoir en contrepartie un prix d’abonnement qu’après avoir obtenu les approbations requises des autorités compétentes.

Il existe un autre facteur contextuel qui, bien qu’il ne soit en aucune manière déterminant, confirme l’interprétation selon laquelle l’al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d’une exception limitée. Comme je l’ai souligné précédemment, l’expression « légitimement autorisée » figurant dans la définition de « distributeur légitime » intègre des aspects touchant au droit des contrats et au droit d’auteur. Selon la preuve versée au dossier, les accords commerciaux liant l’appelante et ses divers fournisseurs d’émissions stipulent que l’appelante doit respecter les droits accordés à ces fournisseurs par les titulaires du droit d’auteur sur le contenu des émissions. Les droits qu’acquiert ainsi les fournisseurs permettent la radiodiffusion des émissions dans des régions données, que ce soit à la grandeur du Canada ou dans une partie du pays. En conséquence, l’appelante n’est pas légitimement autorisée à permettre le décodage de ses signaux d’abonnement à l’extérieur du champ d’application géographique du droit de présenter sa programmation que lui accorde le contrat.

49

50

51 In this way, the person holding the copyright in the programming can conclude separate licensing deals in different regions, or in different countries (e.g., Canada and the U.S.). Indeed, these arrangements appear typical of the industry: in the present appeal, the U.S. DTH broadcaster DIRECTV has advocated the same interpretation of s. 9(1)(c) as the appellant, in part because of the potential liability it faces towards both U.S. copyright holders and Canadian licencees due to the fact that its programming signals spill across the border and are being decoded in Canada.

52 I also believe that the reading of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception complements the scheme of the *Copyright Act*. Sections 21(1)(c) and 21(1)(d) of the *Copyright Act* provide broadcasters with a copyright in the communication signals they transmit, granting them the sole right of retransmission (subject to the exceptions in s. 31(2)) and, in the case of a television communication signal, of performing it on payment of a fee. By reading s. 9(1)(c) as an absolute prohibition against decoding except where authorization is granted by the person with the lawful right to transmit and authorize decoding of the signal, the provision extends protection to the holders of the copyright in the programming itself, since it would proscribe the unauthorized reception of signals that violate copyright, even where no retransmission or reproduction occurs: see F. P. Eliadis and S. C. McCormack, “Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers: The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals” (1993), 3 *M.C.L.R.* 211, at pp. 213-18. Finally, I note that the civil remedies provided for in ss. 18(1)(a) and 18(6) of the *Radiocommunication Act* both illustrate that copyright concerns are of relevance to the scheme of the Act, thus supporting the finding that there is a connection between these two statutes.

Ainsi, le titulaire du droit d’auteur sur la programmation peut conclure des contrats de licence distincts dans des régions différentes ou dans des pays différents (par exemple au Canada et aux États-Unis). Il semble d’ailleurs que de tels arrangements soient monnaie courante dans ce secteur d’activité. Dans la présente affaire, le radiodiffuseur SRD américain DIRECTV a plaidé la même interprétation de l’al. 9(1)c) que celle préconisée par l’appelante, en partie à cause de la responsabilité à laquelle il s’expose tant vis-à-vis des titulaires du droit d’auteur aux États-Unis que des titulaires de licence au Canada du fait que ses signaux débordent la frontière et sont décodés au Canada.

J’estime également que le fait de considérer que l’al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d’une exception limitée complète le régime établi par la *Loi sur le droit d’auteur*. Les alinéas 21(1)c) et d) de cette loi confèrent au radiodiffuseur, à l’égard du signal de communication qu’il émet, un droit d’auteur comportant le droit exclusif de le retransmettre (sous réserve des exceptions prévues au par. 31(2)) et, dans le cas d’un signal de communication télévisuel, de l’exécuter en public moyennant droit d’entrée. Si l’on considère que l’al. 9(1)c) a pour effet d’interdire absolument tout décodage, sauf avec la permission de la personne légitimement autorisée à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage, la protection de cette disposition s’étend également aux titulaires des droits d’auteur sur la programmation elle-même, puisqu’il interdit la réception non autorisée de tout signal violant le droit d’auteur, même s’il n’y a ni retransmission ni reproduction : voir F. P. Eliadis et S. C. McCormack, « Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers : The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals » (1993), 3 *M.C.L.R.* 211, p. 213-218. Enfin, je signale que les recours civils prévus à l’al. 18(1)a) et au par. 18(6) de la *Loi sur la radiocommunication* indiquent que les questions touchant au droit d’auteur sont pertinentes pour l’application de celle-ci, facteur qui appuie la conclusion selon laquelle il existe un lien entre cette loi et celle sur le droit d’auteur.

(c) *Section 9(1)(c) as a “Quasi-Criminal” Provision*

I wish to comment regarding the respondents’ argument regarding the penal effects that the “absolute prohibition” interpretation would bring to bear. Although the present case only arises in the context of a civil remedy the appellant is seeking under s. 18(1) of the Act (as a person who “has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c)”) and does not therefore directly engage the penal aspects of the *Radiocommunication Act*, the respondents direct our attention to ss. 10(1)(b) and 10(2.1). These provisions, respectively, create summary conviction offences for every person providing equipment for the purposes of contravening s. 9 and for every person who in fact contravenes s. 9(1)(c). Respondents’ counsel argued before us that, if s. 9(1)(c) is interpreted in the manner suggested by the appellant, “hundreds of thousands of Canadians can expect a knock on their door, because they will be in breach of the statute” and that “the effect of [the appellant’s] submissions is to criminalize subscribers even if they pay every cent to which DIRECTV is entitled”. The thrust of the respondents’ submission is that the presence of ss. 10(1)(b) and 10(2.1) in the *Radiocommunication Act* provides context that is important to the interpretation of s. 9(1)(c), and that this context militates in favour of the respondents’ position.

Section 9(1)(c) does have a “dual aspect”, in so far as it gives rise to both civil and criminal penalties. I am not, however, persuaded that this plays an important role in the interpretive process here. In any event, I do not think it correct to insinuate that the decision in this appeal will have the effect of automatically branding every Canadian resident who subscribes to and pays for U.S. DTH broadcasting services as a criminal. The penal offence in s. 10(1)(b) requires that circumstances “give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9”

c) *L’alinéa 9(1)(c) en tant que disposition « quasi pénale »*

Je tiens à commenter l’argument des intimés relatif aux conséquences pénales qu’entraînerait l’interprétation voulant que la disposition en cause constitue une « interdiction absolue ». Bien que la présente affaire découle d’un recours civil exercé par l’appelante en vertu du par. 18(1) de la Loi (en qualité de personne qui « a subi une perte ou des dommages par suite d’une contravention [à l’]aliné[a] 9(1)(c) ») et ne fasse donc pas intervenir directement les aspects pénaux de cette loi, les intimés invitent notre Cour à se pencher sur l’al. 10(1)(b) et le par. 10(2.1) de la *Loi sur la radiocommunication*. Suivant chacune de ces dispositions, commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque fournit du matériel en vue d’enfreindre l’art. 9 et quiconque contrevient dans les faits à l’al. 9(1)(c). Devant nous, l’avocat des intimés a plaidé que, si l’al. 9(1)(c) est interprété de la manière suggérée par l’appelante, [TRADUCTION] « des centaines de milliers de canadiens peuvent s’attendre à recevoir de la visite, puisqu’ils enfreindront la loi » et que « les arguments [de l’appelante] ont pour effet de transformer les abonnés en criminels, et ce même s’ils paient jusqu’au dernier cent les sommes auxquelles a droit DIRECTV ». Essentiellement, l’intimé prétend que la présence de l’al. 10(1)(b) et du par. 10(2.1) dans la *Loi sur la radiocommunication* constitue un élément contextuel important pour l’interprétation de l’al. 9(1)(c) et que cet élément milite en faveur de sa thèse.

L’alinéa 9(1)(c) a effectivement un « caractère hybride », dans la mesure où son application emporte des sanctions civiles et des sanctions pénales. Cependant, je ne suis pas convaincu que ce facteur joue un rôle important dans le processus d’interprétation en l’espèce. Quoi qu’il en soit, je ne crois pas qu’il soit exact d’insinuer que la décision rendue dans le présent pourvoi aura pour effet de transformer sur-le-champ en criminels les résidents canadiens qui sont abonnés à des services SRD américains et paient leur abonnement. L’infraction d’ordre pénal créée par l’al. 10(1)(b) doit être commise dans des circonstances « donnant à penser que

(emphasis added), and allows for a “lawful excuse” defence. Section 10(2.5) further provides that “[n]o person shall be convicted of an offence under paragraph 9(1)(c) . . . if the person exercised all due diligence to prevent the commission of the offence”. Since it is neither necessary nor appropriate to pursue the meaning of these provisions absent the proper factual context, I refrain from doing so.

(d) *Conclusion*

55 After considering the entire context of s. 9(1)(c), and after reading its words in their grammatical and ordinary sense in harmony with the legislative framework in which the provision is found, I find no ambiguity. Rather, I can conclude only that Parliament intended to create an absolute bar on Canadian residents decoding encrypted programming signals. The only exception to this prohibition occurs where authorization is acquired from a distributor holding the necessary legal rights in Canada to transmit the signal and provide the required authorization. There is no need in this circumstance to resort to any of the subsidiary principles of statutory interpretation.

C. *The Constitutional Questions*

56 As I will discuss, I do not propose to answer the constitutional questions that have been stated in this appeal.

57 Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, mandates that constitutional questions be stated in every appeal in which the constitutional validity or applicability of legislation is challenged, and sets out the procedural requirements to that end. As recognized by this Court, the purpose of Rule 32 is to ensure that the Attorney General of Canada, the attorneys general of the provinces, and the ministers of justice of the territories are alerted to constitutional challenges, in order that they may decide whether or not to

[tout matériel ou dispositif, ou composante de celui-ci] est utilisé en vue d’enfreindre l’article 9, l’a été ou est destiné à l’être » (je souligne). De plus, l’alinéa 10(1)b) permet à la personne à qui on reproche cette infraction de plaider l’« excuse légitime » en défense. En outre, le par. 10(2.5) dispose que « [n]ul ne peut être déclaré coupable de l’infraction visée [à l’alinéa] 9(1)c) [. . .] s’il a pris les mesures nécessaires pour l’empêcher ». Comme il n’est ni nécessaire ni opportun de s’interroger sur le sens de ces dispositions en l’absence du contexte factuel approprié, je m’abstiendrai de le faire.

d) *Conclusion*

Après examen du contexte global de l’al. 9(1)c) et interprétation des mots qui le composent suivant leur sens ordinaire et grammatical, en conformité avec le cadre législatif dans lequel s’inscrit cette disposition, j’arrive à la conclusion que celle-ci ne recèle aucune ambiguïté. Je ne peux que conclure que le législateur entendait interdire de manière absolue aux résidents du Canada de décoder des signaux d’abonnement encodés. La seule exception à cette interdiction est le cas où l’intéressé a obtenu l’autorisation de le faire du distributeur détenant au Canada les droits requis pour transmettre le signal concerné et en permettre le décodage. Il n’est pas nécessaire, dans les circonstances, de recourir à l’un ou l’autre des principes subsidiaires d’interprétation législative.

C. *Les questions constitutionnelles*

Comme je vais le préciser ci-après, je n’entends pas répondre aux questions constitutionnelles formulées dans le cadre du présent pourvoi.

L’article 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, requiert la formulation de questions constitutionnelles dans tout pourvoi où la validité ou l’applicabilité constitutionnelle d’une loi est contestée, en plus d’établir les exigences procédurales à respecter à cette fin. Comme l’a reconnu notre Cour, la règle 32 vise à faire en sorte que le procureur général du Canada, les procureurs généraux des provinces et les ministres de la Justice des territoires soient informés de toute contestation constitutionnelle et puissent décider s’il y a lieu

intervene: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 49, *per* L'Heureux-Dubé J.; see also B. A. Crane and H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), at p. 253. Rule 32 also serves to advise the parties and other potential interveners of the constitutional issues before the Court.

On the whole, the parties to an appeal are granted “wide latitude” by the Chief Justice or other judge of this Court in formulating the questions to be stated: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71; *Corbiere*, *supra*, at para. 48. This wide latitude is especially appropriate in a case like the present, where the motion to state constitutional questions was brought by the respondents: generally, a respondent may advance any argument on appeal that would support the judgment below (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 240; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 643-44, *per* Cory J.). Like many general rules, however, this one is subject to an exception. A respondent, like any other party, cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial: *Perka*, *supra*; *Idziak*, *supra*; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), at para. 69, leave to appeal refused January 24, 2002, [2002] 1 S.C.R. vii.

In like manner, even where constitutional questions are stated under Rule 32, it may ultimately turn out that the factual record on appeal provides an insufficient basis for their resolution. The Court is not obliged in such cases to provide answers: *Bisaillon*, *supra*; Crane and Brown, *supra*, at p. 254. In fact, there are compelling reasons not to: while we will not deal with abstract questions in the ordinary course, “[t]his policy . . . is of particular importance in constitutional matters” (*Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1580; see also *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 452; *R. v. Mills*,

ou non qu'ils interviennent : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 49, le juge L'Heureux-Dubé; voir également B. A. Crane et H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), p. 253. La règle 32 a également pour objet d'informer les parties et d'éventuels intervenants des questions constitutionnelles soumises à la Cour.

De façon générale, le Juge en chef ou un autre juge de notre Cour accorde aux parties à un pourvoi une « grande latitude » dans la formulation des questions constitutionnelles : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 71; *Corbiere*, précité, par. 48. Cette grande latitude est particulièrement pertinente dans une affaire comme celle qui nous occupe, où ce sont les intimés qui ont présenté la requête sollicitant la formulation des questions constitutionnelles. Généralement, l'intimé peut avancer, en appel, tout argument tendant à justifier la décision du tribunal d'instance inférieure (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 240; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 643-644, le juge Cory). Toutefois, comme bien d'autres règles d'ordre général, cette règle souffre une exception. L'intimé, comme toute autre partie d'ailleurs, ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d'éléments de preuve additionnels au procès : *Perka*, précité; *Idziak*, précité; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), par. 69, autorisation de pourvoi refusée le 24 janvier 2002, [2002] 1 R.C.S. vii.

Par ailleurs, même lorsque des questions constitutionnelles sont formulées conformément à la règle 32, il peut en bout de ligne arriver que le dossier factuel constitué en appel soit insuffisant pour permettre de trancher ces questions. En pareil cas, notre Cour n'est pas tenue de répondre aux questions formulées : *Bisaillon*, précité; Crane et Brown, *op. cit.*, p. 254. En fait, il existe des raisons impérieuses de ne pas répondre à de telles questions : bien que notre Cour s'abstienne généralement de se prononcer sur des questions abstraites, « [c]ette politique [. . .] revêt une importance particulière dans les affaires constitutionnelles » (*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, p.

[1999] 3 S.C.R. 668, at para. 38, *per* McLachlin and Iacobucci JJ.). Thus, as Sopinka J. stated for the Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 357: “The procedural requirements of Rule 32 of the *Supreme Court Rules* are not designed to introduce new issues but to define with precision the constitutional points in issue which emerge from the record” (emphasis added).

1580; voir également *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 452; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 38, les juges McLachlin et Iacobucci). En conséquence, comme l’a dit le juge Sopinka au nom de notre Cour dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 357 : « La procédure établie par l’art. 32 des *Règles de la Cour suprême* ne vise pas à introduire de nouvelles questions, mais à définir avec précision les questions constitutionnelles litigieuses qui ressortent du dossier » (je souligne).

60 Respondents’ counsel properly conceded during oral argument that there is no *Charter* record permitting this Court to address the stated questions. Rather, he argued that “*Charter* values” must inform the interpretation given to the *Radiocommunication Act*. This submission, inasmuch as it is presented as a stand alone proposition, must be rejected. Although I have already set out the preferred approach to statutory interpretation above, the manner in which the respondents would have this Court consider and apply the *Charter* warrants additional attention at this stage.

Au cours des plaidoiries, l’avocat des intimés a à juste titre concédé que le dossier ne renferme pas d’éléments relatifs à la *Charte* propres à permettre à notre Cour de se prononcer sur les questions formulées. Il a plutôt fait valoir que les « valeurs de la *Charte* » devaient éclairer l’interprétation de la *Loi sur la radiocommunication*. Dans la mesure où cet argument est présenté comme une proposition indépendante, il doit être rejeté. Bien que j’aie déjà exposé la démarche à privilégier en matière d’interprétation législative, il y a lieu d’y revenir, étant donné la manière dont les intimés voudraient que notre Cour tienne compte de la *Charte* et l’applique.

61 It has long been accepted that, where it will not upset the appropriate balance between judicial and legislative action, courts should apply and develop the rules of the common law in accordance with the values and principles enshrined in the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603, *per* McIntyre J.; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 86, *per* Iacobucci and Arbour JJ.; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at paras. 18-19. One must keep in mind, of course, that the common law is the province of the judiciary: the courts are responsible for its application, and for ensuring that it continues to reflect the basic values of society. The courts do not, however, occupy the same role *vis-à-vis* statute law.

Il est depuis longtemps admis que, lorsqu’il leur est possible de le faire sans perturber le juste équilibre entre l’action judiciaire et l’action législative, les tribunaux doivent appliquer et faire évoluer les règles de la common law en conformité avec les valeurs et principes consacrés par la *Charte* : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603, le juge McIntyre; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 675; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 86, les juges Iacobucci et Arbour; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, par. 18-19. Il faut évidemment se rappeler que la common law ressortit au pouvoir judiciaire. En effet les tribunaux sont chargés d’appliquer la common law et de veiller à ce qu’elle continue de refléter les valeurs fondamentales de la société. Cependant, ils ne jouent pas le même rôle *vis-à-vis* du droit d’origine législative.

Statutory enactments embody legislative will. They supplement, modify or supersede the common law. More pointedly, when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator. In this regard, although it is sometimes suggested that “it is appropriate for courts to prefer interpretations that tend to promote those [*Charter*] principles and values over interpretations that do not” (Sullivan, *supra*, at p. 325), it must be stressed that, to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations.

This Court has striven to make this point clear on many occasions: see, e.g., *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771, *per* McLachlin J. (as she then was); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *Mossop, supra*, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J.; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66, *per* Cory J.; *Mills, supra*, at paras. 22 and 56; *Sharpe, supra*, at para. 33.

These cases recognize that a blanket presumption of *Charter* consistency could sometimes frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction. Moreover, another rationale for restricting the “*Charter* values” rule was expressed in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 752:

[T]o consult the *Charter* in the absence of such ambiguity is to deprive the *Charter* of a more powerful purpose, namely, the determination of a statute’s constitutional

Les textes législatifs sont l’expression de la volonté du législateur. Ils complètent, modifient ou remplacent la common law. Plus précisément, lorsqu’une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d’ordre constitutionnel) de l’interpréter et de l’appliquer conformément à l’intention souveraine du législateur. À cet égard, bien qu’on affirme parfois qu’[TRADUCTION] « il convient que les tribunaux privilégient les interprétations tendant à favoriser les principes et les valeurs consacrés par la *Charte* plutôt que celles qui n’ont pas cet effet » (Sullivan, *op. cit.*, p. 325), il importe de souligner le fait que, dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre.

Notre Cour s’est efforcée d’exprimer clairement ce principe à de nombreuses reprises : voir, par exemple, *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, p. 558, le juge L’Heureux-Dubé; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *Mossop*, précité, p. 581-582, le juge en chef Lamer; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66, le juge Cory; *Mills*, précité, par. 22 et 56; *Sharpe*, précité, par. 33.

Dans ces arrêts, notre Cour reconnaît qu’appliquer une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l’intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d’interprétation législative. Dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 752, la Cour a énoncé une raison supplémentaire justifiant de limiter l’application de la règle d’interprétation fondée sur le respect des « valeurs de la *Charte* » :

[C]onsulter la *Charte* en l’absence d’une telle ambiguïté la prive d’un objet plus important, la détermination de la constitutionnalité d’une loi. Si les dispositions

validity. If statutory meanings must be made congruent with the *Charter* even in the absence of ambiguity, then it would never be possible to apply, rather than simply consult, the values of the *Charter*. Furthermore, it would never be possible for the government to justify infringements as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*, since the interpretive process would preclude one from finding infringements in the first place. [Emphasis in original.]

(See also *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 679-80, *per* Sopinka J.)

65

This last point touches, fundamentally, upon the proper function of the courts within the Canadian democracy. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 136-42, the Court described the relationship among the legislative, executive, and judicial branches of governance as being one of dialogue and mutual respect. As was stated, judicial review on *Charter* grounds brings a certain measure of vitality to the democratic process, in that it fosters both dynamic interaction and accountability amongst the various branches. “The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*)” (*Vriend*, *supra*, at para. 139).

66

To reiterate what was stated in *Symes*, *supra*, and *Willick*, *supra*, if courts were to interpret all statutes such that they conformed to the *Charter*, this would wrongly upset the dialogic balance. Every time the principle were applied, it would pre-empt judicial review on *Charter* grounds, where resort to the internal checks and balances of s. 1 may be had. In this fashion, the legislatures would be largely shorn of their constitutional power to enact reasonable limits on *Charter* rights and freedoms, which would in turn be inflated to near absolute status. Quite literally, in order to avoid this result a legislature would somehow have to set out its justification for qualifying the *Charter* right expressly in the statutory text, all without the benefit of judicial discussion regarding the limitations that are permissible in a free and democratic society. Before long, courts would be asked to interpret this sort of enactment in light of *Charter* principles. The patent unworkability of

législatives devaient être rendues compatibles avec la *Charte* même en l’absence d’ambiguïté, alors il ne serait jamais possible d’appliquer, plutôt que de simplement consulter, les valeurs de la *Charte*. En outre, le gouvernement ne pourrait jamais justifier une atteinte à la *Charte* comme une limite raisonnable en vertu de l’article premier puisque le processus d’interprétation empêcherait initialement de conclure à l’existence d’une atteinte à la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

(Voir également *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 679-680, le juge Sopinka.)

Fondamentalement, ce dernier point évoque la question du rôle que doivent jouer les tribunaux au sein de la démocratie canadienne. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136-142, notre Cour a dit que dialogue et respect mutuels devaient être au cœur des rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Elle a ajouté que le contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte* confère une certaine vitalité au processus démocratique en ce qu’il favorise à la fois l’interaction dynamique et la responsabilité entre ces divers pouvoirs. « Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d’autres textes de loi (ou même en se prévalant de l’art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*) » (*Vriend*, précité, par. 139).

Pour rappeler ce qui a été dit dans les arrêts *Symes* et *Willick*, précités, si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu’elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l’équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l’article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d’apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels possèderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d’une manière ou d’une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des

such a scheme highlights the importance of retaining a forum for dialogue among the branches of governance. As such, where a statute is unambiguous, courts must give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result.

It may well be that, when this matter returns to trial, the respondents' counsel will make an application to have s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* declared unconstitutional for violating the *Charter*. At that time, it will be necessary to consider evidence regarding whose expressive rights are engaged, whether these rights are violated by s. 9(1)(c), and, if they are, whether they are justified under s. 1.

VII. Disposition

In the result, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Court of Appeal for British Columbia, and declare that s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* creates a prohibition against all decoding of encrypted programming signals, followed by an exception where authorization is received from the person holding the lawful right in Canada to transmit and authorize decoding of the signal. No answer is given to the constitutional questions stated by order of the Chief Justice.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia and Lang Michener, Ottawa.

Solicitors for all the respondents, except Michelle Lee: Gold & Fuerst, Toronto.

avantages d'un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter ce genre de texte de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d'une telle façon de faire met en évidence l'importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l'État. Par conséquent, lorsqu'une loi n'est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l'intention clairement exprimée par le législateur et éviter d'utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent.

Il est fort possible, lorsque l'affaire retournera à procès, que l'avocat des intimés demande que l'al. 9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication* soit déclaré inconstitutionnel au motif qu'il porte atteinte à la *Charte*. À ce moment, il sera nécessaire d'examiner la preuve relative à l'identité des titulaires des droits à la liberté d'expression en cause, et de se demander si l'al. 9(1)(c) porte atteinte à ces droits et, dans l'affirmative, si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier.

VII. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de déclarer que l'al. 9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication* a pour effet de créer une interdiction prohibant tout décodage de signaux d'abonnement, sous réserve d'une exception, savoir le cas où l'intéressé a obtenu la permission de le faire de la personne légitimement autorisée au Canada à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage. Aucune réponse n'est donnée à l'égard des questions constitutionnelles formulées sur ordonnance du Juge en chef.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia et Lang Michener, Ottawa.

Procureurs de tous les intimés, à l'exception de Michelle Lee : Gold & Fuerst, Toronto.

67

68

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Motion Picture Distributors Association: Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Solicitors for the intervener DIRECTV, Inc.: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas: Ian W. M. Angus, Port Hope.

Solicitors for the intervener the Congres Iberoamerican du Canada: Soloway, Wright, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des distributeurs de films : Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Procureurs de l'intervenante DIRECTV, Inc. : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas : Ian W. M. Angus, Port Hope.

Procureurs de l'intervenant le Congres Iberoamericain du Canada : Soloway, Wright, Ottawa.

Ontario (Minister of Finance) *Appellant***Ontario (Ministre des Finances)** *Appelante*

v.

c.

Placer Dome Canada Limited *Respondent***Placer Dome Canada Limited** *Intimée***INDEXED AS: PLACER DOME CANADA LTD. v.
ONTARIO (MINISTER OF FINANCE)****RÉPERTORIÉ : PLACER DOME CANADA LTD. c.
ONTARIO (MINISTRE DES FINANCES)****Neutral citation: 2006 SCC 20.****Référence neutre : 2006 CSC 20.**

File No.: 30580.

N° du greffe : 30580.

2005: November 17; 2006: May 25.

2005 : 17 novembre; 2006 : 25 mai.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish,
Abella and Charron JJ.Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella et Charron.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

*Taxation — Mining tax — Hedging — Whether definition of “hedging” in mining tax legislation restricted to transactions that result in delivery of output of mine — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) “hedging”.**Droit fiscal — Impôt sur l'exploitation minière — Couverture — La définition du terme « couverture », figurant dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière, vise-t-elle uniquement les opérations donnant lieu à la livraison de la production d'une mine? — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».**Statutes — Interpretation — Taxation legislation — Administrative practices — Presumption against tautology — Meaning of definition of “hedging” in mining tax legislation — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) “hedging”.**Législation — Interprétation — Loi fiscale — Pratiques administratives — Présomption d'absence de tautologie — Sens de la définition du terme « couverture » dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».*

In late 1993, PDC entered into an agreement with its parent company, PDI, whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. On or shortly after entering into those transactions, PDI allocated them to PDC. The total net gains that PDC realized from those transactions were \$6,423,000 in 1995 and \$11,440,000 in 1996. At the time, the Minister of Finance's own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of “hedging” unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. Consistent with this practice, PDC excluded the gains from its computation of profits under the Ontario *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By

À la fin de 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 \$ en 1995 et à 11 440 000 \$ en 1996. À l'époque, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n'étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. Conformément à cette pratique administrative, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l'impôt sur*

the time PDC was reassessed in 2000, the policy had changed. Under the new policy, transactions constitute hedging so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. The Minister thus sought to include the gains in PDC's profits for the tax years in question. PDC unsuccessfully appealed this reassessment before the Superior Court of Justice. The trial judge found that the transactions at issue fell within the statutory definition of hedging because there was a nexus or "some link" between the output of the mines and the financial transactions. A majority of the Court of Appeal set aside the decision and allowed PDC's appeal, concluding that the definition of hedging was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine.

Held: The appeal should be allowed.

The definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds" of mining operations. Under the Act, "hedging" is defined in terms of a number of components, including "the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale". The expression "fix the price" cannot mean simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. If so, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of "hedging" as the price received upon delivery of the output would clearly fall within all "consideration that is received . . . from the output of the mine", the first component of the definition of "proceeds", and within "all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine", the third component. A court should avoid adopting an interpretation that renders any portion of a statute meaningless or redundant and, in this case, the presumption against tautology carries considerable weight. [3] [43-46]

The broader interpretation of "hedging" is consistent with the context of the statutory definition. In

l'exploitation minière de l'Ontario pour le motif que les opérations en cause n'avaient donné lieu à aucune livraison d'or. Au moment où PDC a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 2000, la politique avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de couverture pour autant qu'elles soient conclues avant la livraison de la production et que le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d'imposition en question. PDC a appelé sans succès de cette nouvelle cotisation devant la Cour supérieure de justice. Le juge de première instance a conclu que les opérations en cause étaient visées par la définition légale du terme « couverture » en raison de l'existence d'un lien entre la production des mines et les opérations financières. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé cette décision et accueilli l'appel de PDC, statuant que la définition du terme « couverture » ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Cette interprétation permet d'éviter la redondance entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d'activités d'exploitation minière. La définition légale du terme « couverture » comporte un certain nombre d'éléments dont « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ». L'expression « fixer le prix » ne peut pas signifier simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. Si tel était le cas, le législateur n'aurait pas eu besoin d'inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par toute « contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition). Les tribunaux devraient éviter d'adopter une interprétation qui dépouille une partie d'une loi de tout son sens ou qui la rend redondante, et, en l'espèce, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable. [3] [43-46]

L'interprétation large du terme « couverture » s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En

addition to “the fixing of a price . . . by means of a forward sale”, the definition of “hedging” refers to “the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange”, “the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine” and “does not include speculative currency hedging”. It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. [47]

In light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of “hedging” must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The “some link” test applied by the trial judge is an appropriate response to the gap left in the Act by the failure to express more clearly what constitutes the “fixing of a price” for output of a mine. [49]

The shift in the Minister’s administrative practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an “important factor” in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice. [40]

Cases Cited

Considered: *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; **distinguished:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **referred to:** *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Johnston*

plus de mentionner « [l]a fixation d’un prix [. . .] au moyen d’une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d’un prix [. . .] au moyen [. . .] d’un contrat à terme sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue » et de « l’achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d’une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison. De même, l’achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d’une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. [47]

Compte tenu de l’économie et du contexte de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l’existence d’un lien » appliqué par le juge de première instance constitue un bon moyen de combler le vide que la Loi a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu’est la « fixation d’un prix » pour la production d’une mine. [49]

La modification de la pratique administrative du ministre témoigne de l’ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d’outil d’interprétation, si ce n’est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n’est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n’est pas déterminante quoiqu’elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d’un texte législatif. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d’un sens, le ministre n’est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; **distinction d’avec les arrêts :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **arrêts mentionnés :** *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S.

v. *M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 53.
Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 80(18).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 152(8).
Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, ss. 1(1) “hedging”, “proceeds”, 3(1), (5), 8(7).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 140, s. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb), 1(7)(j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, ss. 1(f), 4(1).

Authors Cited

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. “The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada” (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. “A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options” (1997), 1017 *PLI/Corp* 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Gillese, Armstrong and Blair J.J.A.) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), setting aside a decision of Cullity J. (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Appeal allowed.

Anita C. Veiga and Leslie M. McIntosh, for the appellant.

Al Meghji, Mahmud Jamal and Jacqueline Code, for the respondent.

622; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Hill c. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 53.
Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture », « recettes », 3(1), (5), 8(7).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 152(8).
Loi sur l'imposition des corporations, L.R.O. 1990, ch. C.40 [maintenant *Loi sur l'imposition des sociétés*], art. 80(18).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, ch. 140, art. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, ch. 11, art. 1(4)(cb), 1(7)(j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, art. 1f), 4(1).

Doctrine citée

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. « A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 *PLI/Corp* 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Gillese, Armstrong et Blair) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), qui a annulé une décision du juge Cullity (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Pourvoi accueilli.

Anita C. Veiga et Leslie M. McIntosh, pour l'appelante.

Al Meghji, Mahmud Jamal et Jacqueline Code, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

LEBEL J. —

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

I. Introduction

The issue at the core of this appeal concerns the proper interpretation of “hedging” in s. 1(1) of the *Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15, in order to determine the scope of the tax base under the Act. Hedging, as it is commonly understood, refers to transactions that offset financial risk inherent in other transactions, such as price risk or foreign exchange risk. In the present case, the Court is called upon to determine whether the definition of “hedging” in the *Mining Tax Act* is informed by, or is narrower than, the commonly understood meaning of the term. Specifically, the Court must decide whether the statutory definition is restricted to transactions that result in the physical delivery of the output of an Ontario mine or includes profits derived from “hedging” programs in respect of mining operations.

La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de l'interprétation qui doit être donnée au terme « couverture », figurant au par. 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, L.R.O. 1990, ch. M.15, pour déterminer l'étendue de l'assiette fiscale prévue par la Loi. Le terme « couverture » désigne généralement les opérations destinées à compenser l'exposition au risque inhérent à d'autres opérations, tel le risque de prix ou de change. En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer si la définition de « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* s'inspire de l'acceptation courante de ce terme ou si elle a une portée plus restreinte. Plus précisément, notre Cour doit décider si la définition légale vise uniquement les opérations donnant lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne ou si elle comprend également les bénéfices tirés de programmes de « couverture » concernant des activités d'exploitation minière.

Until 1998, the Minister of Finance's own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of “hedging” unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. In 1995 and 1996, Placer Dome Canada Limited (“PDC”) realized gains of \$6,423,000 and \$11,440,000, respectively, from certain financial transactions. Consistent with the Minister's administrative practice prevailing at the time, it excluded those gains from its computation of profits under the *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By the time PDC was reassessed in 2000, the Minister's policy had changed. Under the new policy, transactions constitute “hedging” so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. This would mean that certain non-speculative transactions which fix the ultimate

Jusqu'en 1998, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n'étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. En 1995 et 1996, Placer Dome Canada Limited (« PDC ») a effectué certaines opérations financières qui lui ont permis de réaliser des gains de 6 423 000 \$ et de 11 440 000 \$ respectivement. Conformément à la pratique administrative suivie par le ministre à l'époque, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* pour le motif que les opérations en cause n'avaient donné lieu à aucune livraison d'or. Au moment où PDC a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 2000, la politique du ministre avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de « couverture » pour autant qu'elles soient conclues avant la livraison de la production et que

1

2

price of mine output would fall within the statutory definition of “hedging”, even if such transactions did not result in the physical delivery of output. Thus, the Minister sought to include the gains in PDC’s profits for the tax years in question. PDC appealed this reassessment. Although PDC was unsuccessful before Cullity J. of the Ontario Superior Court of Justice, a majority of the Court of Appeal for Ontario allowed PDC’s appeal.

le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. Cela signifiait que la définition légale du terme « couverture » s’appliquerait à certaines opérations non spéculatives fixant le prix final de la production de la mine, même si ces opérations n’aboutissaient pas à la livraison physique de cette production. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d’imposition en question. PDC a appelé de cette nouvelle cotisation. Elle n’a pas eu gain de cause devant le juge Cullity de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, mais les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont accueilli son appel.

3 I conclude that the definition of “hedging” in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results, on PDC’s interpretation, between the statutory definitions of “hedging” and “proceeds” of mining operations. Moreover, it ensures that resources are taxed at their “locked in” value or their “realized price”.

Je conclus que la définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d’une mine ontarienne. Cette interprétation permet d’éviter la redondance que l’interprétation préconisée par PDC crée entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d’activités d’exploitation minière. De plus, elle garantit que les ressources seront imposées en fonction de leur valeur « arrêtée » ou de leur « prix de réalisation ».

II. Background

II. Contexte

4 PDC is a wholly owned subsidiary of Placer Dome International (“PDI”). PDI has approximately 50 direct and indirect subsidiaries around the world and, together with those subsidiaries, is engaged in the international exploration, production and sale of gold. In 1995 and 1996, PDC, or a predecessor prior to an amalgamation, operated three mines in Ontario: the Campbell Red Lake underground mine, the Detour Lake mine and the Dome mine. It also operated the Sigma gold mine in Quebec and the Endako molybdenum mine in British Columbia, and owned all the shares of a corporation that operated the Kiena gold mine in Quebec.

PDC est une filiale en propriété exclusive de Placer Dome International (« PDI »). PDI compte, dans le monde, environ 50 filiales directes et indirectes avec lesquelles elle exerce des activités d’exploration de gisements aurifères ainsi que de production et de vente d’or à l’échelle internationale. En 1995 et en 1996, PDC, ou une société qu’elle a remplacée à la suite d’une fusion, exploitait trois mines en Ontario : la mine souterraine de Campbell Red Lake, la mine de Detour Lake et la mine Dome. Elle exploitait également la mine d’or Sigma au Québec et la mine de molybdène Endako en Colombie-Britannique, en plus de détenir la totalité des actions d’une société exploitant la mine d’or Kiena au Québec.

5 It is not disputed by the parties that all the gold produced by PDC in 1995 and 1996 was sold to bullion dealers at, or approximately at, the spot market

Les parties ne contestent pas que tout l’or produit par PDC en 1995 et en 1996 a été vendu à des courtiers en lingots d’or au prix du marché au

price and that none of the gold produced was the subject of a forward sale or a futures contract. At issue in the present case is a series of transactions entered into by PDI on PDC's behalf as part of a comprehensive program designed to manage the risk associated with fluctuations in the spot price of gold. Those transactions included forward contracts, spot deferred contracts, fixed interest floating lease rate contracts, put options and call options. It is common ground that none of these transactions were settled by physical delivery of gold from any of PDC's Ontario mines.

On December 21, 1993, PDC entered into an agency agreement with PDI whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. Under the terms of the agreement, PDI took instruction from PDC as to the amounts of precious metals to be hedged, but was otherwise free to conduct hedging activity on PDC's behalf at its discretion. On or shortly after entering into these transactions, PDI allocated them to PDC. In its internal bookkeeping and financial statements and in computing its income from gold production for the purpose of claiming a resource allowance in its corporate tax returns, PDC, in turn, allocated the transactions among its Canadian mines on the basis of proportionate production from each mine. The gold that was so allocated was less than the actual production from the mines. The total net gains that PDC realized from these transactions were \$6,423,000 in 1995 and \$11,440,000 in 1996.

III. Legislative Framework and Application of the Law

The present appeal concerns only a very specific and limited part of the taxation regime of the mining industry in Canada. Over the years, this industry has seen the rise and fall of a number of

comptant ou à un prix s'en approchant et qu'aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'une vente à terme ou d'un contrat à terme. Le présent litige porte sur une série d'opérations que PDI a conclues pour le compte de PDC dans le cadre d'un vaste programme destiné à gérer le risque lié aux fluctuations du prix au comptant de l'or. Ces opérations comprenaient des contrats à terme de gré à gré, des contrats à livraison différée, des contrats de vente à taux d'intérêt variable fixé à l'échéance, des options de vente et des options d'achat. Il est acquis qu'aucune de ces opérations ne s'est dénouée par une livraison physique d'or provenant de l'une des mines ontariennes de PDC.

Le 21 décembre 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. Aux termes de la convention, PDI recevait des directives de PDC au sujet des quantités de métaux précieux devant faire l'objet d'une opération de couverture, mais elle restait par ailleurs libre d'effectuer à son gré des opérations de couverture au nom de PDC. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Dans sa comptabilité interne et ses états financiers, de même qu'en calculant le revenu tiré de sa production d'or pour demander une déduction relative aux ressources dans ses déclarations de revenus, PDC attribuait à son tour les opérations à ses différentes mines canadiennes proportionnellement à leur taux de production. La quantité d'or ainsi attribuée demeurait inférieure à la production réelle de ces mines. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 \$ en 1995 et à 11 440 000 \$ en 1996.

III. Cadre législatif et application de la Loi

Le présent pourvoi ne porte que sur une partie très précise et limitée du régime fiscal de l'industrie minière canadienne. Au fil des ans, cette industrie a vu naître et disparaître un certain nombre de

6

7

rules and policies designed to address its particular needs and difficulties. Many of them will be found, for example, in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), more particularly in provisions about the deductibility of Crown royalties or mining taxes and, for a long time, about depletion allowances.

règles et de politiques portant sur ses difficultés et besoins particuliers. On trouve plusieurs de ces règles et politiques dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), notamment dans les dispositions concernant la déductibilité des redevances à la Couronne ou des impôts miniers et, depuis longtemps, dans celles concernant les déductions pour épuisement.

8 Under s. 3(1) of the *Mining Tax Act*, mine operators pay tax based on profit. Profit is defined in s. 3(5) as proceeds less allowable deductions, and “proceeds” is defined in s. 1(1) as follows:

Aux termes du par. 3(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, l'impôt à payer des exploitants miniers est fonction des bénéfices qu'ils réalisent. Le paragraphe 3(5) définit les bénéfices comme étant les recettes moins les montants déductibles et le par. 1(1) donne la définition suivante du terme « recettes » :

“proceeds” means the total consideration that is received or is receivable from another person or persons, in any currency, whether in cash or non-cash form, from the output of the mine, including all by-products sold, or the amount determined in the prescribed manner, and all consideration received or receivable from hedging and future sales or forward sales of the output of the mine, converted at the date of receipt of the consideration to the equivalent in Canadian funds, if receivable in funds of another country;

« recettes » La contrepartie totale reçue ou recevable d'une ou de plusieurs autres personnes, en toutes devises, que ce soit en espèces ou sous une autre forme, provenant de la production de la mine, y compris les dérivés vendus, ou le montant déterminé de la manière prescrite, ainsi que toute contrepartie reçue ou recevable à la suite d'opérations de couverture et de ventes à terme de la production de la mine, convertie à la date de la réception de la contrepartie en l'équivalent en monnaie canadienne, si elle est recevable en monnaie d'un autre pays.

Thus, this definition includes three components: (a) total consideration from the output of the mine; (b) all consideration from hedging; and (c) all consideration from future or forward sales of the output of the mine.

Cette définition comporte donc trois éléments : a) la contrepartie totale provenant de la production de la mine; b) toute contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) toute contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

9 “Hedging” is defined in s. 1(1) as follows:

Le terme « couverture » est défini ainsi au par. 1(1) :

“hedging” means the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale or a futures contract on a recognized commodity exchange, or the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine, but does not include speculative currency hedging except to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output;

« couverture » La fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ou d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue, ou l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine. La présente définition exclut toutefois la couverture du risque de change, sauf dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

10 It is well established that in resolving doubt about the meaning of a tax provision, the administrative

Il est bien établi qu'en cas de doute sur le sens d'une disposition fiscale la pratique administrative

practice and interpretation adopted by the Minister, while not determinative, are important factors to be weighed: see *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, *per* de Grandpré J.; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 66, *per* Binnie J. (dissenting, but not on this point). Prior to 1998, the Minister took the position that a hedging transaction only fell within the statutory definition if it was settled by physical delivery of the mining operator's output. In October 1998, the Minister's policy changed. Under the new policy, transactions that did not result in physical delivery would be caught by the statutory definition so long as they were entered into prior to the delivery of output and to the extent that the quantities of the commodity hedged did not exceed the operator's output for the taxation year in question.

There is no dispute that at the time PDC filed its mining tax returns for the years in question, it did so in conformity with the administrative practice prevailing at the time. However, by the time that PDC's returns were reassessed in 2000, the policy had changed. While PDC emphasizes that its returns were consistent with the Minister's own practice at the time they were filed and argues that the former policy is entitled to substantial weight in interpreting the *Mining Tax Act*, the Minister submits that it is not estopped from changing its practice having decided that its original interpretation was incorrect.

The Minister argues that PDC's interpretation and, indeed, its own interpretation under the former administrative practice, result in a substantial redundancy between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds". In the Minister's view, "hedging" encompasses transactions that do not culminate in delivery of output so long as there is a sufficient nexus between the output of the mine and the hedging contract.

PDC responds that the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* is limited to transactions that

et l'interprétation adoptées par le ministre ont un certain poids, bien qu'elles ne soient pas des sources concluantes : voir *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, p. 859, le juge de Grandpré; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 66, le juge Binnie (dissident mais non sur ce point). Avant 1998, le ministre estimait qu'une opération de couverture n'était visée par la définition légale que si elle se dénouait par une livraison physique de la production de l'exploitant minier. En octobre 1998, la politique du ministre a changé. Désormais, les opérations n'aboutissant pas à une livraison physique seraient comprises dans la définition légale pour autant qu'elles aient été conclues avant la livraison de la production et que les quantités de matière faisant l'objet d'une opération de couverture n'excèdent pas la production de l'exploitant pour l'année d'imposition en cause.

Personne ne conteste qu'au moment où PDC a produit ses déclarations de revenus tirés de l'exploitation minière pour les années en question, elle l'a fait conformément à la pratique administrative alors en vigueur. Toutefois, lorsque les déclarations de PDC ont fait l'objet de nouvelles cotisations en 2000, cette politique avait changé. PDC souligne que ses déclarations étaient conformes à la pratique du ministre au moment de leur production, et elle ajoute qu'il faut accorder une grande importance à l'ancienne politique en interprétant la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Le ministre, quant à lui, fait valoir qu'il n'était pas préclus de modifier sa pratique après avoir décidé que sa première interprétation était incorrecte.

Le ministre prétend que l'interprétation de PDC et, en fait, l'interprétation qu'il préconisait lui-même dans son ancienne pratique administrative, créent une forte redondance entre les définitions légales des termes « couverture » et « recettes ». Selon lui, le terme « couverture » vise les opérations n'aboutissant pas à la livraison de la production pourvu qu'il existe un lien suffisant entre la production de la mine et le contrat de couverture.

PDC répond que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation*

11

12

13

result in the physical delivery of the output of an Ontario mine. Any redundancy in the *Mining Tax Act*, it submits, cannot displace the clear words of that provision.

IV. Judicial History

A. *Superior Court of Justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

14 Cullity J. dismissed PDC's appeal from the confirmation of the assessments by the Minister. He relied in part on the principles outlined in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707 (T.D.), about the general purpose, characteristics and methods of hedging and held that those principles should inform the meaning of the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act*. In his view, the terms of the statutory definition make it clear that there must be a nexus, or "some link", between the output of a mine and the financial transaction, but restricting that definition to transactions that culminate in the delivery of the output of the mine would introduce a significant redundancy into the Act. Specifically, if hedging "by means of a forward sale" were restricted to sales that are settled by delivery of output, then that part of the statutory definition would be deprived of any meaning that is not already covered by the inclusion in the definition of "proceeds" of the "total consideration . . . from the output of the mine".

15 The trial judge stated that whether or not there is a sufficient link between a hedging transaction and output is a question of fact. In light of a number of factors, including: (a) the underlying purpose of the transactions; (b) the existence and terms of the agency agreement between PDI and PDC; (c) the allocation of the transactions to PDC pursuant to that agreement; and (d) PDC's treatment of the gains and losses for the purpose of its internal accounting and corporate tax returns, Cullity J. concluded that the transactions were related to the output of PDC's mines. He observed

minière ne vise que les opérations aboutissant à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Toute redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, soutient-elle, ne saurait primer le texte clair de la disposition.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

Le juge Cullity a rejeté l'appel de PDC contre la ratification des cotisations par le ministre. Il s'est appuyé en partie sur les principes exposés dans la décision *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (1^{re} inst.), concernant l'objectif général, les caractéristiques et la forme des opérations de couverture, et il a conclu que ces principes devaient servir à préciser le sens de la définition du terme « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. À son avis, le texte de la définition légale montre clairement qu'il doit exister un lien entre la production de la mine et l'opération financière, mais considérer que cette définition ne vise que les opérations aboutissant à la livraison de la production de la mine créerait une forte redondance dans la Loi. Plus précisément si la couverture « au moyen d'une vente à terme » était limitée aux ventes se dénouant par une livraison de la production, cette partie de la définition légale n'ajouterait rien de plus à ce que signifie déjà l'expression « contrepartie totale [. . .] provenant de la production de la mine » qui est incluse dans la définition du terme « recettes ».

Le juge de première instance a affirmé que la détermination de l'existence d'un lien suffisant entre une opération de couverture et la production constitue une question de fait. Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, dont a) l'objectif qui sous-tend les opérations, b) l'existence et les modalités d'une convention de mandat entre PDI et PDC, c) l'attribution des opérations à PDC conformément à cette convention, et d) la façon dont PDC traite les gains et les pertes pour les besoins de sa comptabilité interne et de ses déclarations de revenus, le juge Cullity a conclu que les

that any other conclusion would not have been reasonable or realistic in the circumstances.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

Writing for the majority, Armstrong J.A. allowed PDC's appeal. In his view, the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* was clear, unambiguous and precise, and was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine. Applying this interpretation, two findings of fact made by the trial judge were determinative: (a) all gold produced by PDC's Ontario mines was sold to bullion dealers at approximately the spot market price; and (b) none of the gold was the subject of a forward sales contract. In light of those facts, Armstrong J.A. found it impossible to conclude that the transactions could be said to fix the price for output of the Ontario mines. The principles articulated in *Echo Bay Mines* were inapplicable as that case involved the interpretation of a different statute, one in which no statutory definition for hedging was provided. Moreover, in applying expert evidence adduced in *Echo Bay Mines* to fill a perceived deficiency in the record before him, Armstrong J.A. considered that Cullity J. had run afoul of the rule against judicial innovation articulated by this Court in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 38.

Armstrong J.A. concluded that there was no fatal redundancy in the Act because there could be future sales or forward sales contracts relating to the output of the mine that are not caught by the definition of "hedging" in the Act, "either because they do not take place on a recognized commodity exchange or for some other reason" (para. 40). In the alternative, he held that any such redundancy could not displace the plain meaning of the provisions at issue. He was reinforced in his conclusion by the

opérations étaient liées à la production des mines de PDC. Il a d'ailleurs fait remarquer que toute autre conclusion n'aurait été ni raisonnable ni réaliste dans les circonstances.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Armstrong a accueilli l'appel de PDC. Il a estimé que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* était claire, précise et sans ambiguïté, et qu'elle ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne. Selon cette interprétation, deux conclusions de fait du juge de première instance étaient déterminantes : a) toute la production d'or des mines ontariennes de PDC a été vendue à des courtiers en lingots d'or à un prix s'approchant de celui du marché au comptant; b) aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'un contrat de vente à terme. À la lumière de ces faits, le juge Armstrong a décidé qu'il était impossible d'affirmer que ces opérations avaient fixé le prix de la production des mines ontariennes. Les principes énoncés dans la décision *Echo Bay Mines* ne s'appliquaient pas parce que celle-ci portait sur l'interprétation d'une autre loi ne donnant aucune définition du terme « couverture ». De plus, utilisant la preuve d'expert présentée dans l'affaire *Echo Bay Mines* pour combler une lacune qu'il percevait dans le dossier dont il était saisi, le juge Armstrong a considéré que le juge Cullity avait dérogé aux principes déconseillant l'innovation judiciaire que notre Cour a établis dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 38.

Le juge Armstrong a conclu à l'absence de redondance fatale dans la Loi étant donné que la production d'une mine pouvait faire l'objet de contrats à terme ou de ventes à terme non visés par la définition du terme « couverture » figurant dans la Loi, [TRADUCTION] « soit parce qu'ils ne sont pas conclus sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue soit pour une autre raison » (par. 40). À titre subsidiaire, il a ajouté que toute redondance de cette nature ne pouvait pas

observation that, while consideration is inherently a gross concept, gains and losses from hedging transactions are necessarily computed as net values. Including a net amount within the computation of consideration would distort fundamental concepts of accounting. He also opined that the Minister's administrative practice was entitled to be given some weight based on the principles articulated in *Harel* and *Will-Kare Paving*. He noted that the burden for proving that the *Mining Tax Act* imposes a tax on net gains from the transactions rests with the Minister, relying on Gonthier J.'s statement in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, for that purpose. If mistaken in the view that the statutory definition of "hedging" was unambiguous, Armstrong J.A. would have resolved any reasonable doubt in favour of the taxpayer in accordance with the residual presumption.

supplanter le sens ordinaire des dispositions en cause. Sa conclusion était étayée par la remarque selon laquelle la contrepartie est forcément une valeur brute alors que les gains et les pertes résultant d'opérations de couverture sont nécessairement des valeurs nettes. L'inclusion d'un montant net dans le calcul de la contrepartie fausserait les principes comptables fondamentaux. Il estimait également que, compte tenu des principes énoncés dans les arrêts *Harel* et *Will-Kare Paving*, la pratique administrative du ministre avait un certain poids. S'appuyant sur les motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, il a souligné qu'il incombe au ministre d'établir que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* impose une taxe sur les gains nets tirés de ces opérations. Le juge Armstrong était d'avis que, s'il avait tort de considérer que la définition légale du terme « couverture » n'est pas ambiguë, tout doute raisonnable devrait profiter aux contribuables conformément à la présomption résiduelle en faveur de ceux-ci.

18

Gillease J.A. would have dismissed PDC's appeal. In her view, the statutory definition is ambiguous in that it admits of two reasonable interpretations. The "narrow" interpretation, which was reflected in the Minister's former administrative practice, restricts "hedging" to contracts, the subject matter of which is the output of a mine. The "broad" interpretation, reflected in the Minister's new administrative practice (and the Minister's position in the present case), encompasses contracts which have as their subject matter something other than the output of a mine, but which can nevertheless be said to fix the price for the output of a mine. In her view, the narrow interpretation results in a serious redundancy between the second and third elements of the statutory definition of "proceeds", that is, "hedging" and "forward sales of the output of the mine", respectively. She concluded that the broad interpretation is preferable and that the statutory definition refers to contracts with a subject matter other than the output of a mine so long as those contracts are: (a) formed prior to delivery of

La juge Gillease aurait rejeté l'appel de PDC. Selon elle, la définition légale est ambiguë du fait qu'elle peut recevoir deux interprétations raisonnables. Suivant l'interprétation « restrictive », que reflétait l'ancienne pratique administrative du ministre, la « couverture » est limitée aux contrats portant sur la production d'une mine. L'interprétation « large » représentée par la nouvelle pratique administrative du ministre (et la position qu'il défend en l'espèce) vise les contrats qui portent sur autre chose que la production d'une mine, mais dont on peut néanmoins dire qu'ils fixent le prix de la production d'une mine. La juge Gillease estimait que l'interprétation restrictive créait une forte redondance entre les deuxième et troisième éléments de la définition légale du terme « recettes », c'est-à-dire les éléments « opérations de couverture » et « ventes à terme de la production de la mine » respectivement. Elle a conclu que l'interprétation large est préférable et que la définition légale vise les contrats portant sur autre chose que la production d'une mine pour autant que ces contrats soient a) conclus avant la livraison de la production, b) sur le

output; (b) on a recognized commodity exchange; and (c) the means by which the price for the output of an Ontario mine is fixed.

In addressing the subsidiary arguments, Gillese J.A. concluded that the Minister was not estopped from changing his administrative practice and, if anything, the change in administrative practice supported the view that the statutory definition is ambiguous. She noted that hedging is necessarily a net concept and that, as a result, “consideration from hedging” has to be a net concept in the circumstances. On the question of whether options could properly be considered forward sales contracts, she noted that the characterization by the trial judge of the transactions is a mixed question of law and fact and, as such, is entitled to some deference.

V. Analysis

A. *The Issue*

As I have noted, the central issue in this case concerns the computation of profits for the purpose of the *Mining Tax Act*. Specifically, the issue is whether the statutory definition of “hedging” encompasses financial transactions that are not settled by physical delivery of the output of an Ontario mine. I will first address the principles of statutory interpretation applicable to taxation statutes. Next, I will briefly review the nature and mechanisms of hedging, as that term is used under generally accepted accounting principles (“GAAP”). Finally, I will turn to an analysis of the statutory provision at issue in this appeal.

B. *Interpretation of Tax Statutes*

(1) General Principles

In *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, this Court rejected the strict approach to the construction of taxation statutes and held that

parquet d’une Bourse de commerce reconnue, et c) qu’ils servent à fixer le prix de la production d’une mine ontarienne.

Quant aux arguments subsidiaires, la juge Gillese a décidé que le ministre n’était pas préclus de modifier sa pratique administrative et qu’en réalité la modification de la pratique administrative tendait à confirmer l’ambiguïté de la définition légale. Elle a fait remarquer que, dans les opérations de couverture, il est nécessairement question de valeur nette et que, par conséquent, la « contrepartie provenant d’une opération de couverture » doit être une valeur nette dans ces circonstances. Quant à savoir si les options pouvaient être considérées à juste titre comme des contrats de vente à terme, elle a souligné que la qualification des opérations par le juge de première instance constitue une question mixte de droit et de fait et que, pour cette raison, elle commande une certaine déférence.

V. Analyse

A. *La question en litige*

Comme je l’ai déjà indiqué, la question du calcul des bénéfices pour l’application de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* se situe au cœur du présent pourvoi. Il s’agit plus précisément de déterminer si la définition légale du terme « couverture » vise les opérations financières ne se dénouant pas par une livraison physique de la production d’une mine ontarienne. Je vais d’abord examiner les principes d’interprétation des lois fiscales. Ensuite, j’étudierai brièvement la nature et les mécanismes de la couverture au sens dans lequel ce terme est utilisé dans les principes comptables généralement reconnus (« PCGR »). Enfin, je procéderai à l’analyse de la disposition législative en cause dans le présent pourvoi.

B. *Interprétation des lois fiscales*

(1) Principes généraux

Dans l’arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l’approche restrictive en matière d’interprétation des

the modern approach applies to taxation statutes no less than it does to other statutes. That is, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (p. 578): see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. However, because of the degree of precision and detail characteristic of many tax provisions, a greater emphasis has often been placed on textual interpretation where taxation statutes are concerned: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 11. Taxpayers are entitled to rely on the clear meaning of taxation provisions in structuring their affairs. Where the words of a statute are precise and unequivocal, those words will play a dominant role in the interpretive process.

22

On the other hand, where the words of a statute give rise to more than one reasonable interpretation, the ordinary meaning of words will play a lesser role, and greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary: *Canada Trustco*, at para. 10. Moreover, as McLachlin C.J. noted at para. 47, “[e]ven where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities.” The Chief Justice went on to explain that in order to resolve explicit and latent ambiguities in taxation legislation, “the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation”.

23

The interpretive approach is thus informed by the level of precision and clarity with which a taxing provision is drafted. Where such a provision admits of no ambiguity in its meaning or in its application to the facts, it must simply be applied. Reference to the purpose of the provision “cannot be used to create an unexpressed exception to clear language”: see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5th ed. 2005), at p. 569; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. Where, as in this case, the provision admits of more than one reasonable interpretation, greater emphasis must be placed on the context, scheme

lois fiscales et a statué que la méthode d’interprétation moderne s’applique autant à ces lois qu’aux autres lois. En d’autres termes, « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (p. 578) : voir l’arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l’accent sur l’interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s’en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu’il est précis et non équivoque, le texte d’une loi joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation.

Par contre, lorsque le texte d’une loi peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l’objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l’a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l’objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d’une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d’interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

Le degré de précision et de clarté du libellé d’une disposition fiscale influe donc sur la méthode d’interprétation. Lorsque le sens d’une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l’appliquer. La mention de l’objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5^e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l’espèce, la disposition peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, il faut accorder plus

and purpose of the Act. Thus, legislative purpose may not be used to supplant clear statutory language, but to arrive at the most plausible interpretation of an ambiguous statutory provision.

Although there is a residual presumption in favour of the taxpayer, it is residual only and applies in the exceptional case where application of the ordinary principles of interpretation does not resolve the issue: *Notre-Dame de Bon-Secours*, at p. 19. Any doubt about the meaning of a taxation statute must be reasonable, and no recourse to the presumption lies unless the usual rules of interpretation have been applied, to no avail, in an attempt to discern the meaning of the provision at issue. In my view, the residual presumption does not assist PDC in the present case because the ambiguity in the *Mining Tax Act* can be resolved through the application of the ordinary principles of statutory interpretation. I will say more on this below.

(2) The Burden of Proof

The parties disagree on who bears the burden of proof in this case. The burden of proof under the *Mining Tax Act* is set out in s. 8(7). That section referentially incorporates s. 80(18) of the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, which provides that

[a]n assessment, subject to being varied or vacated on an objection or appeal and subject to a reassessment, shall be deemed to be valid and binding despite any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto.

Thus, the taxpayer bears the burden of establishing that the factual findings upon which the Minister based the assessment are wrong. This is the same burden that applies under the *Income Tax Act*, s. 152(8): see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at p. 35; *Johnston v. M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486.

d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

Bien qu'il existe une présomption résiduelle en faveur du contribuable, elle demeure seulement résiduelle et ne s'applique donc que dans le cas exceptionnel où les principes d'interprétation ordinaires ne permettent pas de régler la question en litige : *Notre-Dame de Bon-Secours*, p. 19. Tout doute concernant le sens d'une loi fiscale doit être raisonnable et la présomption ne peut être invoquée que si l'application des règles d'interprétation habituelles n'a pas permis de déterminer le sens de la disposition en cause. J'estime qu'en l'espèce la présomption résiduelle n'est d'aucune utilité à PDC puisque l'application des règles ordinaires d'interprétation législative permet de dissiper l'ambiguïté de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Je reviendrai sur cette question plus loin.

(2) Le fardeau de la preuve

Les parties ne s'entendent pas sur la question de l'attribution du fardeau de la preuve en l'espèce. Le fardeau de la preuve que dicte la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* est décrit au par. 8(7). Ce paragraphe incorpore par renvoi le par. 80(18) de la *Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40 (devenue la *Loi sur l'imposition des sociétés*), qui prévoit que

[s]ous réserve des modifications qui y sont apportées ou d'une annulation prononcée à la suite d'une opposition ou d'un appel et sous réserve d'une nouvelle cotisation, la cotisation est réputée valide et lie les parties malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute instance à ce sujet introduite aux termes de la présente loi.

Il incombe donc au contribuable d'établir que les conclusions de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé pour établir la cotisation sont erronées. Ce fardeau de la preuve est identique à celui qui s'applique en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par. 152(8) : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8^e éd. 2004), p. 35; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486.

24

25

26

PDC and the majority of the Court of Appeal, cite *Notre-Dame de Bon-Secours* for the proposition that the party claiming the benefit of a legislative provision has the burden of showing that he or she is entitled to rely on it. Specifically, at p. 15, Gonthier J. held:

The burden of proof thus rests with the tax department in the case of a provision imposing a tax obligation and with the taxpayer in the case of a provision creating a tax exemption.

Gonthier J.'s statement in *Notre-Dame de Bon-Secours* was *obiter dicta*, made in the context of explaining the traditional rule that tax legislation must be strictly construed. His point was simply that the residual presumption in favour of the taxpayer, which follows from the strict construction rule, was distinct from the concept of burden of proof. The burden of proof was not at issue in the case before him, and Gonthier J.'s comment was made in passing, without reference to the leading case law establishing the burden of proof in tax cases. The fundamental rules on the allocation of evidentiary burden in this matter remain valid. I cannot accept that, with this statement, he intended to overrule an established body of jurisprudence. The taxpayer bears the burden of displacing the Minister's factual assumptions, but the concept of burden of proof is not applicable to the interpretation of a statute, which is necessarily a question of law: *Johnston*.

27

Before moving on from this point, I wish to address the similar observation made in the context of explaining the analytical approach to the general anti-avoidance rule ("GAAR") in *Canada Trustco*, at paras. 64-65. In that case, the Court noted that, as a practical matter, the taxpayer was not required to disprove that he or she had violated the object, spirit or purpose of the provision. Rather, the Minister, who is in a better position than the taxpayer to make submissions as to the legislative intent behind particular taxation provisions, was obliged to identify the purpose of the provisions and to show how that purpose would be frustrated or defeated by the taxpayer's arrangements.

PDC et les juges majoritaires de la Cour d'appel citent l'arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours* à l'appui de la thèse selon laquelle il appartient à la partie qui invoque une disposition législative de démontrer qu'elle peut s'en prévaloir. Plus particulièrement, le juge Gonthier conclut, à la p. 15 :

Le fardeau de preuve repose donc sur le fisc lorsqu'on est en présence d'une disposition qui impose une charge fiscale et sur le contribuable dans le cas d'une disposition qui porte exemption de taxe.

Il s'agissait là d'une remarque incidente que le juge Gonthier a formulée en expliquant la règle traditionnelle selon laquelle une mesure législative fiscale doit recevoir une interprétation stricte. Il voulait simplement dire que la présomption résiduelle en faveur du contribuable — qui découle de la règle de l'interprétation stricte — était un concept différent de celui du fardeau de la preuve. Il n'était pas question du fardeau de la preuve dans l'affaire dont le juge Gonthier était saisi et celui-ci a fait sa remarque de manière incidente sans mentionner les arrêts de principe sur le fardeau de la preuve en matière fiscale. Les règles fondamentales de l'attribution du fardeau de la preuve dans ce domaine demeurent valides. Je ne puis admettre qu'en faisant cette remarque le juge Gonthier a voulu renverser la jurisprudence établie. Il appartient au contribuable de réfuter les présomptions de fait du ministre, mais le concept du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'interprétation d'une loi, qui constitue nécessairement une question de droit : *Johnston*.

Avant de passer à un autre point, je tiens à examiner l'observation similaire que la Cour a formulée, aux par. 64 et 65 de l'arrêt *Trustco Canada*, en expliquant la méthode analytique applicable à la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). Dans cette affaire, la Cour a fait remarquer qu'en pratique le contribuable n'était pas tenu de prouver qu'il n'avait pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition en cause. Il appartenait plutôt au ministre — qui se trouve mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur qui sous-tend certaines dispositions fiscales — de décrire l'objet des dispositions et de démontrer de quelle façon les mesures du contribuable contrecarreraient cet objet.

The statement in *Canada Trustco* is distinguishable in that it applies in cases where the taxpayer has complied with the letter of the law, and where the Minister seeks to rely on GAAR to nevertheless disallow the taxpayer's claim on the basis that it is inconsistent with the object and spirit of the provision in question. It would be both impractical and unduly onerous to require a taxpayer whose transaction falls within the four corners of a tax provision to also disprove that he or she has violated the object, spirit or purpose of the provision. The same line of reasoning does not apply in the present case where the meaning of the provision is ambiguous. In a case such as the present one, the meaning of the relevant provision is a question of law, and there is no onus on either party in respect of it — the duty to ascertain the correct interpretation lies with the court.

C. Hedging

In order to give some context to the discussion of the statutory definition of “hedging”, I will begin with a brief overview of hedging, as it is commonly understood under GAAP. The transactions at issue in the present case are financial derivatives. Generally speaking, financial derivatives are contracts whose value is based on the value of an underlying asset, reference rate, or index. As Professors Grottenthaler and Henderson explain, there are essentially two reasons for entering into such a contract — to speculate on the movement of the underlying asset, reference rate or index, or to hedge exposure to a particular financial risk such as the risk posed by volatility in the prices of commodities: see M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf), at p. 1-8. This distinction between speculation and hedging is an important one. A transaction is a hedge where the party to it genuinely has assets or liabilities exposed to market fluctuations, while speculation is “the degree to which a hedger engages in derivatives transactions with a notional value in excess of its actual risk exposure”: see B. W. Kraus, “The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada” (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, at p. 38. Because the gold that was allocated to the transactions at issue in the present

L'énoncé de l'arrêt *Trustco Canada* peut être distingué, car il ne vise que les cas où le contribuable a respecté la lettre de la loi et où le ministre cherche à invoquer la RGAÉ pour néanmoins rejeter la demande du contribuable pour cause d'incompatibilité avec l'objet et l'esprit de la disposition en cause. Il serait à la fois irréaliste et trop lourd d'obliger un contribuable, dont l'opération respecte en tous points une disposition fiscale, à prouver en outre qu'il n'a pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de cette disposition. Le même raisonnement ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe où le sens de la disposition en cause est ambigu. Dans un cas comme la présente affaire, le sens de la disposition applicable reste une question de droit et aucune des parties n'assume un fardeau quelconque à l'égard de cette question — il appartient à la cour de déterminer la bonne interprétation.

C. Couverture

Afin de situer dans son contexte l'analyse de la définition légale du terme « couverture », je vais d'abord donner un bref aperçu de ce qu'est la couverture au sens qu'on lui donne généralement dans les PCGR. Les opérations en cause dans la présente affaire sont des instruments financiers dérivés. De façon générale, les instruments financiers dérivés sont des contrats dont la valeur devient fonction de celle d'un actif, d'un taux de référence ou d'un indice qui lui est sous-jacent. Comme l'expliquent les professeurs Grottenthaler et Henderson, il y a essentiellement deux raisons de conclure un contrat de cette nature : soit la spéculation sur les fluctuations de la valeur de l'actif, du taux de référence ou de l'indice sous-jacent, soit la volonté de couvrir une position exposée à un risque financier particulier, comme celui que présente la volatilité des prix des marchandises : voir M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 1-8. Cette distinction entre la spéculation et l'opération de couverture est importante. Il y a opération de couverture lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie qui l'effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle l'opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale

case did not exceed the actual production from the respective mines, the transactions were not speculative in the ordinary sense of the term.

excède le risque couru » : voir B. W. Kraus, « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, p. 38. Étant donné que l'or affecté aux opérations en cause dans la présente affaire n'excédait pas la production réelle des mines respectives, les opérations n'étaient pas spéculatives au sens ordinaire de ce terme.

30 The two basic types of derivative transactions are forward contracts and options: see Grottenthaler and Henderson, at pp. 1-4 *et seq.* A forward contract is a contract that obligates one party to buy, and another party to sell, a specified amount of a particular asset at a specified price, on a given date in the future. The obligation contained in a forward contract is two-sided in that both parties are obligated to perform the contract. By contrast, an option which grants the purchaser upon payment of a premium the right, but not the obligation, to purchase (“call option”) or sell (“put option”) an asset on a specified date is a one-sided obligation. Nevertheless, they both function as hedging tools.

Les deux types fondamentaux d'opérations dérivées sont les contrats à terme de gré à gré et les options : voir Grottenthaler et Henderson, p. 1-4 et suiv. Un contrat à terme de gré à gré est un contrat qui oblige une partie à acheter, et une autre à vendre, une certaine quantité d'éléments d'actif à un prix et à une date fixés d'avance. Ce contrat crée une obligation bilatérale en ce sens que les deux parties sont tenues de l'exécuter. Par contre, l'option crée une obligation unilatérale en ce sens que l'acheteur ayant versé une prime a seulement le droit, et non l'obligation, d'acheter (« option d'achat ») ou de vendre (« option de vente ») un actif à une date déterminée. Les deux sont néanmoins des instruments de couverture.

31 Derivative transactions may be settled in a number of different ways: physical delivery of the underlying asset, cash settlement or offsetting contract. Most derivative contracts, however, are not settled by physical delivery. The most important point about settlement is that, at least for the purposes of GAAP, the way in which a derivative contract functions as a “hedge” is unaffected by the method by which the contract is settled.

Les opérations dérivées peuvent avoir différents dénouements : la livraison physique de l'actif sous-jacent, le règlement en espèces ou la conclusion d'un contrat symétrique. Toutefois, la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas par une livraison physique. Ce qui importe le plus à cet égard, c'est que, tout au moins pour l'application des PCGR, le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu'en soit le dénouement.

32 An example may be useful at this stage to better illustrate how hedging transactions work and to identify the distinction between hedging and speculation. Assume that on January 1, 2006, the price of gold is \$200/oz. Company A is a gold producer and wishes to hedge its exposure to fluctuating gold prices. On January 21, A enters into a forward sale contract for 100 oz. of gold at \$200/oz. If the price of gold falls, the value of the hedging contract *increases*. Conversely, if the price of gold increases, the value of the contract decreases. It is this characteristic that separates a hedge from a purely speculative transaction. The producer who faces genuine exposure to price fluctuations effectively trades some of the opportunity for gains that would

À ce stade, il peut être utile de donner un exemple pour illustrer le fonctionnement des opérations de couverture et pour comprendre ce qui les différencie de la spéculation. Supposons que, le 1^{er} janvier 2006, le prix de l'once d'or est de 200 \$. La société A est un producteur d'or qui souhaite effectuer une opération de couverture pour se protéger contre les fluctuations du prix de ce métal. Le 21 janvier, la société A conclut un contrat de vente à terme de 100 onces d'or à 200 \$ l'once. Si le prix de l'or chute, la valeur du contrat de couverture *augmente*. À l'inverse, si le prix de l'or augmente, la valeur de ce contrat diminue. C'est ce qui différencie l'opération de couverture d'une opération purement spéculative. Le producteur qui est véritablement exposé à

accompany increasing gold prices for security against decreasing gold prices. This relationship is most visible where derivative transactions are cash settled (as they most commonly are). If, on July 31, the price of gold has fallen to \$100/oz., the contract may be cash settled by a payment of the difference between the strike price (\$20,000) and the spot market price at the time of settlement (\$10,000). Thus, the counterparty to the forward sale contract would issue a cheque to A for \$10,000. The greater the margin by which the price of gold decreases, the greater the profit on the hedging contract.

In *Echo Bay Mines*, the Trial Division of the Federal Court considered the principles of hedging under GAAP. In that case, the taxpayer was a silver producer that had entered into forward sales contracts in order to protect itself against the risk of declining silver prices. When the price of silver fell, the taxpayer realized gains on those contracts by closing them out or rolling them over. None of the contracts resulted in the delivery of any silver. Nevertheless, the taxpayer treated those gains as “resource profits” on the basis that they were income from the production of minerals in Canada. Doing so enabled the taxpayer to take advantage of the resource allowance, as provided for in s. 20(1)(v.1) of the *Income Tax Act* and s. 1204(1) of the *Income Tax Regulations*. MacKay J. accepted that

under generally accepted accounting principles, a producer’s gain or loss from its execution of forward sales contracts may be considered a “hedge” and therefore matched against the production of the goods produced, if four conditions are met. . . .

1. The item to be hedged exposes the enterprise to price (or interest rate) risk.

des fluctuations de prix renonce, dans une certaine mesure, à la possibilité de gain qui accompagnerait une hausse du prix de l’or pour se prémunir contre une baisse du prix de ce métal. Ce lien apparaît très évident lorsque les opérations dérivées se dénouent par un règlement en espèces (comme c’est le cas le plus souvent). Si, le 31 juillet, le prix de l’or baisse à 100 \$ l’once, le contrat peut être dénoué au moyen d’un règlement en espèces consistant à verser la différence entre le prix d’exercice convenu (20 000 \$) et le prix du marché au comptant à la date du règlement (10 000 \$). Ainsi, l’autre partie au contrat de vente à terme ferait un chèque de 10 000 \$ à la société A. Plus la baisse du prix de l’or est marquée, plus le bénéfice réalisé sur l’opération de couverture est important.

Dans la décision *Echo Bay Mines*, la Section de première instance de la Cour fédérale a examiné les règles applicables aux opérations de couverture selon les PCGR. Dans cette affaire, le contribuable était un producteur d’argent qui avait conclu des contrats de vente à terme pour se protéger contre le risque de chute du prix de ce métal. Lorsque le prix de l’argent baissait, le contribuable réalisait des gains sur ces contrats en les liquidant ou en les convertissant en d’autres contrats. Aucun des contrats n’avait donné lieu à une livraison d’argent. Le contribuable considérait néanmoins que ces gains représentaient des « bénéfices relatifs à des ressources » parce qu’ils constituaient un revenu tiré de la production de minéraux au Canada. Ce faisant, le contribuable pouvait bénéficier de la déduction relative aux ressources prévue à l’al. 20(1)v.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et au par. 1204(1) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*. Le juge MacKay a reconnu que

selon les principes comptables généralement reconnus, le bénéfice réalisé ou la perte subie par le producteur à la liquidation du contrat de vente à terme peut être considéré comme une « couverture » et par conséquent mis sur le compte de la marchandise effectivement produite, si quatre conditions sont réunies. . . .

[TRADUCTION]

1. La marchandise à couvrir expose l’entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d’intérêt).

2. The futures contract reduces that exposure and is designated as a hedge.
3. The significant characteristics and expected terms of the anticipated transactions are identified.
4. It is probable that the anticipated transaction will occur. [pp. 715-16]

He concluded at p. 733 that the price received for the silver produced was the sum of receipts from delivery of actual production and from the settlement of forward sales contracts.

34 The decision in *Echo Bay Mines* illustrates the way in which financial transactions, though they may not be settled by physical delivery of the output of an Ontario mine, may nevertheless be said to “fix the price” for that output. I agree with the following endorsement of the decision in *Echo Bay Mines*:

This conclusion is clearly a sensible one. If the transactions had been physically settled then the gain or loss on the transactions would have been the actual revenue or loss from the sale of the silver and would have been on income account. Treating the gain or loss on the forward contracts having the same economic result in any different way would have created an unjustified artificial distinction.

(Grottenthaler and Henderson, at pp. 11-8 and 11-9)

From the perspective of what constitutes hedging under GAAP, the distinction between cash-settled and delivery-settled contracts is arbitrary.

35 Although I am mindful that *Echo Bay Mines* concerned a different statute, one in which “hedging” is not a defined term, I conclude that the general principles articulated in that case have some relevance here. The central issue in *Echo Bay Mines* was whether gains and losses from hedging were sufficiently linked to the underlying transactions, namely the production and sale of silver, to constitute “resource profits” within the meaning of the Regulations under the *Income Tax Act*. In essence, the court in *Echo Bay Mines* was grappling with the same question that is raised in the present

2. Le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture.
3. Les caractéristiques importantes et les stipulations de l’opération prévue sont précisées.
4. Il est probable que l’opération prévue aura lieu. [p. 715-716]

Il a conclu, à la p. 733, que le prix reçu pour l’argent produit comprenait la somme des montants reçus à la livraison de l’argent effectivement produit et à la liquidation des contrats de vente à terme.

La décision *Echo Bay Mines* indique comment une opération financière, qui ne se dénoue pas nécessairement par une livraison physique de la production d’une mine ontarienne, peut néanmoins être considérée comme « fixant le prix » de cette production. Je souscris à ce commentaire favorable à la décision *Echo Bay Mines* :

[TRADUCTION] Cette conclusion est nettement raisonnable. Si ces opérations avaient donné lieu à une livraison physique, le gain ou la perte en découlant aurait constitué le revenu ou la perte provenant réellement de la vente de l’argent et aurait figuré au compte de produits. Traiter différemment les gains et les pertes résultant des contrats à terme de gré à gré ayant le même résultat économique aurait créé une distinction injustifiée et artificielle.

(Grottenthaler et Henderson, p. 11-8 et 11-9)

Eu égard à ce qui constitue une opération de couverture selon les PCGR, la distinction entre les contrats se dénouant par un règlement en espèces et ceux se dénouant par la livraison du sous-jacent reste arbitraire.

Tout en étant conscient que la décision *Echo Bay Mines* porte sur une loi différente qui ne définit pas le terme « couverture », je conclus que les principes généraux qui y sont énoncés ont une certaine pertinence en l’espèce. En effet, la principale question posée dans *Echo Bay Mines* était de savoir si les gains et pertes résultant des opérations de couverture avaient avec les opérations sous-jacentes, à savoir la production et la vente d’argent, un lien suffisant pour constituer des « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du Règlement pris en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Essentiellement,

case: Can synthetic derivative transactions be said to “fix the price” for the underlying commodity even where those transactions do not result in the delivery of the underlying commodity?

D. *The Inclusion of Hedging Profits*

The parties agree that the transactions at issue in the present case constitute “hedging” in the ordinary sense of the term. However, notwithstanding that it is common in the industry vernacular to speak of “realized price” as the aggregate of proceeds from spot sales and gains and losses from hedging, PDC argued before this Court that the price for the output of an Ontario mine could only be “fixed”, for the purpose of the *Mining Tax Act*, by a transaction that culminated in the physical delivery of that output. I turn, then, to a consideration of the meaning of the statutory definition of “hedging”.

The definition of “hedging” first appeared in 1975 in the Regulation to the *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, c. 140: O. Reg. 126/75, s. 1(f). At that time, profit was calculated under s. 3(3) of the Act using: (a) the amount of gross receipts from the output of the mine during the taxation year; (b) where the output was not sold but was treated by or for the producer of the mine, the amount of the actual market value of the output at the pit’s mouth; or (c) where there was no means for determining the actual value at the pit’s mouth in (b), the amount at which the mine assessor appraised the output. The method by which the assessor was to appraise output under (c) was set out in s. 4(1) of the Regulation. It was only in this last context that the definition of “hedging” came into play. In 1987, the definition of “hedging” was introduced into the Act itself and incorporated into the definition of “proceeds”: *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb) and 1(7)(j).

dans *Echo Bay Mines* la Cour fédérale était saisie de la même question qui est soulevée en l’espèce : Peut-on affirmer que les opérations synthétiques dérivées « fixent le prix » de la marchandise sous-jacente même lorsque ces opérations ne donnent pas lieu à la livraison de cette marchandise?

D. *L’inclusion des bénéfices tirés d’une opération de couverture*

Les parties conviennent que les opérations en cause dans la présente affaire sont des opérations de « couverture » au sens ordinaire du terme. Toutefois, bien que le vocabulaire particulier de l’industrie utilise l’expression « prix de réalisation » pour désigner l’ensemble des recettes provenant des ventes au comptant et des gains et pertes résultant des opérations de couverture, PDC a soutenu devant notre Cour que, pour l’application de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, le prix de la production d’une mine ontarienne ne pouvait être « fixé » qu’au moyen d’une opération aboutissant à la livraison physique de cette production. Je vais donc examiner le sens de la définition légale du terme « couverture ».

La définition du terme « couverture » est apparue pour la première fois en 1975 dans le règlement d’application de la *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, ch. 140 : O. Reg. 126/75, al. 1f). À cette époque, le bénéfice était calculé conformément au par. 3(3) de la Loi en utilisant a) le montant des recettes brutes tirées de la production de la mine pendant l’année d’imposition, b) lorsque la production n’était pas vendue, mais qu’elle était traitée par le producteur de la mine ou pour son compte, la valeur marchande effective de la production à l’entrée de la mine, ou c) s’il n’y avait aucun moyen d’établir la valeur effective de la production à l’entrée de la mine, prévue à l’alinéa b), sa valeur telle que prise par l’évaluateur minier. La méthode que l’évaluateur devait employer pour évaluer la production en application de l’alinéa c) était décrite au par. 4(1) du Règlement. La définition du terme « couverture » n’entrait en jeu que dans ce dernier contexte. En 1987, la définition de « couverture » a été insérée dans la Loi elle-même et incorporée dans la définition du terme « recettes » : *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 11, al. 1(4)cb) et 1(7)j).

36

37

38

PDC raised several arguments, based on the statutory and constitutional limits on the power of the Lieutenant Governor in Council at the time, about the meaning of “hedging” when it was first introduced in the Regulation. Specifically, PDC argues that no power had been vested in the Lieutenant Governor in Council to make regulations imposing a new tax or expanding the existing tax base, and that any such attempt would have been contrary to s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, which requires that bills imposing any tax originate in the House of Commons. Both of these arguments depend for their validity on the proposition that the 1975 Regulation created a new tax or expanded the tax base. I am not satisfied that the 1975 Regulation can be so construed — it did not alter the primary definition of “gross receipts” in the Act, but merely clarified the method by which a subsidiary, discretionary amount was to be assessed. This does not, in my view, constitute a change of the radical nature that PDC suggests.

39

In any event, whatever the precise effect of the 1975 Regulation, which need not be decided in this case, it is clear that the decision to incorporate the definition of “hedging” into the Act itself in 1987 signified a change in the statutory framework for the computation of profit. Hedging gains were no longer included in income only where it was otherwise impossible to ascertain the market value of the output of a mine before processing. The Act now includes them in every case as an integral component of the statutory definition of “proceeds”. No constitutional or other impediment in 1987 prevented the enactment of such a provision, with respect to either of the proposed definitions. Since the definitions of “hedging” and “proceeds” remain unchanged in the present Act, the task at hand is to set out the precise nature and scope of the 1987 amendments. Although both parties rely on Hansard evidence related to the movement of the hedging provision from the Regulation to the Act, I find that evidence to be ambiguous and of little assistance in this case. Accordingly, any analysis of the 1987 amendments must be grounded in

PDC avance, au sujet du sens qu’avait le mot « couverture » lorsqu’il a été incorporé pour la première fois dans le Règlement, plusieurs arguments fondés sur les limites légales et constitutionnelles auxquelles était alors assujéti le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil. Elle soutient, plus précisément, que le lieutenant-gouverneur en conseil n’avait pas le pouvoir de prendre des règlements créant une nouvelle taxe ou élargissant l’assiette fiscale existante, et que toute tentative en ce sens aurait contrevenu à l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les projets de loi créant une taxe émanent de la Chambre des communes. Ces deux arguments supposent que le Règlement de 1975 créait une nouvelle taxe ou élargissait l’assiette fiscale. Je ne suis pas convaincu que le Règlement de 1975 puisse recevoir une telle interprétation — il n’a pas modifié la définition fondamentale du terme « recettes brutes » dans la Loi, mais il a simplement clarifié le mode de cotisation applicable à une somme accessoire discrétionnaire. J’estime que cela ne constitue pas un changement aussi radical que le laisse entendre PDC.

De toute façon, quel que soit l’effet précis du Règlement de 1975 — qui n’a pas à être déterminé en l’espèce —, il est clair que la décision d’incorporer la définition du terme « couverture » dans la Loi elle-même en 1987 a modifié le cadre légal du calcul des bénéfiques. Les gains tirés d’une opération de couverture n’étaient plus inclus dans le revenu uniquement s’il se révélait par ailleurs impossible d’établir la valeur marchande de la production d’une mine avant son traitement. La Loi inclut désormais ces gains dans tous les cas en tant que partie intégrante de la définition qu’elle donne du mot « recettes ». Il n’existait, en 1987, aucun obstacle constitutionnel ou autre à l’adoption d’une telle disposition, en ce qui concernait l’une ou l’autre des définitions proposées. Puisque les définitions des termes « couverture » et « recettes » demeurent inchangées dans la Loi actuelle, il nous faut en l’espèce décrire la nature et la portée exactes des modifications de 1987. Bien que les parties s’appuient sur la transcription des débats parlementaires concernant le passage du Règlement à la Loi de la disposition relative aux opérations de

an examination of the scheme and context of the revised Act.

At the outset, I note that I do not find the arguments based on the Minister's administrative practice to be helpful in the present case. The fact is that there are two administrative practices — one corresponding to each of the proposed interpretations. The shift in the Minister's practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice.

PDC argues that the Minister's change in administrative practice is arbitrary and unfair, noting that in the same month the Minister argued for the application of the new administrative policy before Cullity J. in the present case, and for the application of the former administrative policy in *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (S.C.J.). Inco had incurred substantial losses on its hedging activities in its taxation years 1988 to 1990 and sought to deduct those losses based on the decision in *Echo Bay Mines*. The critical distinction between the present case and *Inco*, however, is that the statutory limitation period for reassessment in *Inco* expired while the old administrative policy was still in place. Whenever the Minister changes its administrative practice, it is inevitable that different taxpayers will have been taxed differently under the same provision depending on whether they were assessed prior to, or after, the change in policy. The line between taxpayers who fall on either side of the administrative policy must be drawn somewhere, and doing so on the

couverture, je considère cette preuve comme ambiguë et peu utile en l'espèce. En conséquence, toute analyse des modifications de 1987 doit reposer sur un examen de l'économie et du contexte de la Loi révisée.

D'emblée, je souligne que je ne considère pas utiles en l'espèce les arguments fondés sur la pratique administrative du ministre. On se trouve, en réalité, devant deux pratiques administratives, dont chacune correspond à l'une des interprétations proposées. La modification de la pratique du ministre témoigne de l'ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d'outil d'interprétation, si ce n'est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n'est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n'est pas déterminante quoiqu'elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d'un texte législatif : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d'un sens, le ministre n'est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte.

PDC prétend que la modification de la pratique administrative du ministre est arbitraire et inéquitable, faisant remarquer que le ministre a, au cours du même mois, plaidé en faveur de l'application de la nouvelle politique administrative devant le juge Cullity dans le cadre de la présente affaire, et en faveur de l'application de l'ancienne politique administrative dans l'affaire *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (C.S.J.). Inco avait subi d'importantes pertes résultant de ses opérations de couverture au cours de ses années d'imposition 1988 à 1990 et elle cherchait à déduire ses pertes en invoquant la décision *Echo Bay Mines*. Toutefois, la distinction cruciale entre le cas qui nous occupe et l'affaire *Inco* se trouve dans le fait que, dans cette dernière affaire, le délai de prescription applicable à l'établissement d'une nouvelle cotisation avait expiré pendant que l'ancienne politique administrative était encore en vigueur. Dans tous les cas où le ministre modifie sa pratique administrative, il est inévitable que des contribuables soient imposés de façon différente en

basis of whether a taxpayer's taxation year is open or closed under the statute is a principled and practical approach.

42 As I noted above, "proceeds" is defined in s. 1(1) of the *Mining Tax Act* in terms of three components: (a) consideration received from the output of a mine; (b) consideration from hedging; and (c) consideration from future sales or forward sales of the output of the mine.

43 "Hedging" is also defined in terms of a number of elements. Although only one of those elements is at issue in the present appeal, it is worth parsing the full definition in order to better appreciate the context and scheme within which the disputed phrase is placed. Specifically, "hedging" means:

- (a) the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of
 - (i) a forward sale or
 - (ii) a futures contract on a recognized commodity exchange;
- (b) the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine; and
- (c) speculative currency hedging, to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output.

Only "the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale" is at issue in the present appeal. I note at this stage that my parsing of the definition of "hedging" differs from both the majority and dissenting reasons of the Court of Appeal. Both Armstrong and Gillese J.J.A. suggested that forward sales and futures contracts, as the terms are used in the definition of "hedging", must take place on a recognized commodity exchange. However, such a view does not accord

vertu de la même disposition, selon que leur cotisation a été établie avant ou après ce changement de politique. Il faut d'une manière ou d'une autre distinguer les contribuables visés par la politique administrative de ceux qui ne le sont pas, et il devient alors rationnel et pratique de le faire en se demandant si l'année d'imposition d'un contribuable est terminée ou non selon la Loi.

Comme je l'ai déjà signalé, la définition du terme « recettes » au par. 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* comporte trois éléments : a) la contrepartie provenant de la production de la mine; b) la contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) la contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

La définition du terme « couverture » comprend elle aussi un certain nombre d'éléments. Bien qu'un seul de ceux-ci soit en cause en l'espèce, il vaut la peine d'analyser la définition au complet afin de mieux saisir le contexte et l'économie dans lesquels s'inscrit l'expression controversée. Plus précisément, le terme « couverture » désigne ceci :

- a) la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen
 - (i) d'une vente à terme ou
 - (ii) d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue;
- b) l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine;
- c) la couverture du risque de change, dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

Seule « la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme » est en cause dans la présente affaire. Je note, à ce stade, que mon analyse de la définition du terme « couverture » diffère de celle qui a été effectuée dans les motifs majoritaires et les motifs dissidents de la Cour d'appel. Les juges Armstrong et Gillese ont indiqué que les ventes à terme et les contrats à terme, au sens dans lequel ces expressions sont utilisées dans la définition de « couverture »,

with the ordinary usage of these terms. Forward sales are by definition “over-the-counter” products, while futures contracts are by definition exchange-traded. Indeed, futures contracts are simply an exchange-traded form of forward sales contracts: C. W. Smithson, “A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options” (1997), 1017 PLI/Corp 9. The significance of this point is that “forward sales” within the meaning of the definition of “hedging” cannot be distinguished from “forward sales” in the third element of the definition of “proceeds” on the basis that the former take place on a recognized commodity exchange while the latter do not. I will say more on this point below.

The difficulty that arises in coming to a plausible interpretation of this provision is that the Act does not specify what it means to “fix the price” for output of a mine by means of a forward sale. At first blush, it might seem that fixing a price is simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. Indeed, this is the interpretation advocated for by PDC (the narrow interpretation). If that were so, however, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of “hedging” as the price received upon delivery of the output would clearly fall within “[all] consideration that is received . . . from the output of the mine”; the first component of the definition of “proceeds”, and within “all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine”, the third component.

Under the presumption against tautology, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose”: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159. To the extent that it is possible to do so, courts should avoid adopting interpretations that render any portion of a statute meaningless or redundant:

doivent être conclus sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue. Toutefois, ce point de vue ne s’accorde pas avec le sens ordinaire de ces expressions. Par définition, la « vente à terme » est un produit « hors cote », alors que le « contrat à terme » est négocié sur un marché organisé. De fait, le contrat à terme représente simplement une forme de contrat de vente à terme qui se négocie sur un marché organisé : C. W. Smithson, « A Building Block Approach to Financial Engineering : An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 PLI/Corp 9. Cette remarque est importante en ce sens qu’il n’est pas possible de distinguer la « vente à terme » visée par la définition du terme « couverture » de la « vente à terme » dont fait état le troisième élément de la définition du terme « recettes », en faisant valoir que seule la vente à terme dont il est question dans le premier cas se conclut sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue. Je reviendrai sur cette question plus loin.

Il est difficile de donner une interprétation plausible à cette disposition parce que la Loi ne précise pas ce que signifie « fixer le prix » de la production d’une mine au moyen d’une vente à terme. Il pourrait sembler, à première vue, que fixer un prix signifie simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. En fait, c’est l’interprétation que préconise PDC (l’interprétation restrictive). Or, si tel était le cas, le législateur n’aurait pas eu besoin d’inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par « [toute] contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition).

Selon la présomption d’absence de tautologie, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » : voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 159. Dans la mesure du possible, les tribunaux devraient éviter d’adopter des interprétations qui dépouillent une partie d’une loi de

Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd., [1949] A.C. 530 (H.L.), at p. 546, *per* Viscount Simon.

46 Although the presumption is rebuttable where it can be shown that the words do serve a function, or that the words were added for greater certainty, I do not think that either of those arguments can succeed in the present case. Here, a definition was introduced into the *Mining Tax Act* for a term that appears only once in the Act, outside its definitional section. Moreover, the value of a forward sale contract that is settled by delivery of output is for all intents and purposes just the price received for the output. There is no doubt that this amount would be caught by the definition of proceeds, and there would have been no need for the legislature to include this element in a statutory definition of “hedging”. In the circumstances, the presumption against tautology carries considerable weight.

47 It follows that “the fixing of a price for output of a mine” cannot be restricted to transactions that are settled by delivery of output. This is, in my opinion, consistent with the context of the statutory definition. In addition to “the fixing of a price . . . by means of a forward sale”, the definition of “hedging” refers to “the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange”, “the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine”, and “does not include speculative currency hedging”. It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. In short, the other elements in the statutory definition of “hedging” are consistent with the broader interpretation.

48 PDC relies on the fact that the Minister successfully applied the “hedging” provision of the

tout son sens ou qui la rendent redondante : *Hill c. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530 (H.L.), p. 546, le vicomte Simon.

Bien que la présomption soit réfutable lorsqu'on peut démontrer que les mots en question possèdent une utilité quelconque ou qu'ils ont été ajoutés par souci de précision, j'estime qu'aucun de ces arguments ne peut être retenu dans le présent pourvoi. En l'espèce, on a inséré dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* la définition d'un terme qui n'est utilisé qu'à un seul autre endroit dans la Loi. De plus, la valeur d'un contrat de vente à terme dénoué par une livraison de la production n'équivaut, à toutes fins pratiques, qu'au prix reçu pour la production. Il ne fait pas de doute que cette somme serait visée par la définition de « recettes » et qu'il n'aurait pas été nécessaire que le législateur inclue cet élément dans une définition légale du terme « couverture ». Dans les circonstances, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable.

Il s'ensuit que « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine » ne peut pas viser uniquement les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. J'estime que cette interprétation s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En plus de mentionner « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen d'une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen [. . .] d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue » et de « l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison physique. De même, l'achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d'une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. Bref, les autres éléments de la définition légale du terme « couverture » s'accordent avec l'interprétation large.

Selon PDC, le fait que, sous le régime de l'ancienne politique administrative, le ministre ait

Mining Tax Act to impose and collect tax from mining companies under the former administrative policy as evidence that the narrow interpretation of “hedging” does not introduce redundancy into the *Mining Tax Act*. This argument is unpersuasive. Redundancy does not necessarily prevent the consistent or successful application of a statutory provision. Rather, an interpretation that gives rise to a redundancy simply fails to give full effect to all of the elements in the statutory provision.

In my view, in light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of “hedging” must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The “some link” test applied by Cullity J. is an appropriate response to the gap left in the *Mining Tax Act* by the failure to express more clearly what constitutes the “fixing of a price” for output of a mine. Moreover, the “some link” test accords with general accounting practices. It is certain that well-accepted business and accounting principles are not rules of law. They should not be used to displace rules of law, as legislatures are not bound by them and may modify them as they see fit for tax purposes. They must therefore play a subsidiary role to clear rules of law. However, this Court has readily acknowledged that “it would be unwise for the law to eschew the valuable guidance offered by well-established business principles” where statutory definitions are absent or incomplete: see *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 35.

Before this Court, PDC argued that the interpretation urged by the Minister would introduce intolerable uncertainty into the *Mining Tax Act*. Without a bright line for distinguishing hedging transactions for the purpose of the *Mining Tax Act*, such as a delivery requirement, taxpayers would be unable to effectively predict their tax situations and to order their affairs intelligently. This argument is

réussi à appliquer la disposition relative à la « couverture », figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, pour imposer et percevoir des taxes payables par les sociétés minières démontre que l'interprétation restrictive du terme « couverture » ne crée aucune redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Cet argument ne convainc pas. Une redondance ne fait pas nécessairement obstacle à l'application cohérente ou efficace d'une disposition législative. Au contraire, l'interprétation qui crée une redondance ne donne tout simplement pas plein effet à tous les éléments de la disposition législative.

Selon moi, compte tenu de l'économie et du contexte de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l'existence d'un lien » appliqué par le juge Cullity constitue un bon moyen de combler le vide que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu'est la « fixation d'un prix » pour la production d'une mine. De plus, il s'accorde avec les pratiques comptables générales. Les principes commerciaux et comptables reconnus ne sont certes pas des règles de droit. En effet, ils ne doivent pas servir à écarter des règles de droit, car ils ne lient pas le législateur qui peut leur apporter les modifications jugées appropriées à des fins fiscales. Ils doivent donc jouer un rôle secondaire par rapport à des règles de droit claires. Toutefois, notre Cour a déjà reconnu que, en l'absence de définition légale ou en présence d'une définition légale incomplète, « il ne serait pas sage que le droit renonce aux indications précieuses qu'offrent des principes commerciaux bien établis » : voir l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 35.

PDC a soutenu, devant notre Cour, que l'interprétation préconisée par le ministre créerait une incertitude intolérable dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Faute d'une délimitation claire des opérations de couverture pour l'application de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* en établissant, par exemple, une exigence de livraison, les contribuables seraient incapables de

not compelling. The fact that the taxpayer can and does, presumably on a principled basis, determine whether hedging profits relate directly to the output of a mine, for the purpose of claiming the resource allowance under the *Income Tax Act* and the *Ontario Corporations Tax Act* belies PDC's predictability argument. I note, in this vein, that PDC used the same financial information that it submitted with its tax return under the *Mining Tax Act* to claim that its hedging gains qualified as "resource profits" so as to entitle it to the resource allowance under the *Corporations Tax Act*.

prévoir quelle sera leur situation fiscale et d'organiser intelligemment leurs affaires. Cet argument n'est pas convaincant. L'argument de la prévisibilité avancé par PDC est contredit par le fait que les contribuables peuvent décider et qu'ils décident effectivement, vraisemblablement d'une manière rationnelle, si les bénéficiaires tirés d'une opération de couverture ont un lien direct avec la production d'une mine, en vue de demander la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur l'imposition des corporations* de l'Ontario. Dans le même ordre d'idées, je souligne que PDC s'est fondée sur les mêmes renseignements financiers qu'elle avait joints à sa déclaration de revenus produite en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* pour demander que les gains qu'elle avait tirés de ses opérations de couverture soient considérés comme des « bénéficiaires relatifs à des ressources » lui donnant droit à la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi sur l'imposition des corporations*.

51 The statutory provisions at issue in this case are far from flawless. Although the broad interpretation that I have adopted substantially resolves the redundancy problem, it gives rise to some unexpected consequences of its own. That being said, I do not find that any of these consequences is serious enough to outweigh the substantial redundancy that results on the narrow interpretation of "hedging". Although, as PDC has pointed out, "consideration" is generally a gross concept, in the context of the definition of "proceeds", "all consideration from hedging" must necessarily refer to a net concept. Any distortion to the ordinary commercial use of "consideration" is inherent in the *Mining Tax Act* itself. Similarly, although forward sales and options are distinguished from one another in terms of the particular way in which each is used to hedge price risk, both are used in much the same way to "fix the price" for output. PDC's argument about the serious distortion implicit in treating options as a subset of forward sales is belied by the PDC's own Annual Reports for the tax years in question. Those reports provide that "[t]he Corporation enters into forward sales contracts including spot

Les dispositions législatives en cause dans la présente affaire sont loin d'être parfaites. Quoiqu'elle règle presque entièrement le problème de redondance, l'interprétation large que j'ai retenue entraîne elle-même des conséquences inattendues. Cela étant dit, je ne crois pas que l'une ou l'autre de ces conséquences soit suffisamment grave pour l'emporter sur la forte redondance qui résulte de l'interprétation restrictive du terme « couverture ». Bien que, comme l'a fait remarquer PDC, la « contrepartie » soit généralement une valeur brute, dans le contexte de la définition de « recettes », « toute contrepartie provenant d'opérations de couverture » doit nécessairement être une valeur nette. Toute entorse à l'utilisation commerciale normale de la « contrepartie » découle nécessairement de la Loi elle-même. De même, bien qu'elles fassent l'objet d'une distinction fondée sur la façon particulière dont elles protègent contre le risque de prix, les ventes à terme et les options sont utilisées de manière assez semblable pour « fixer le prix » de la production. L'argument de PDC au sujet de la grave entorse aux principes inhérente au fait de traiter les options comme une sous-catégorie de ventes à terme est contredit par ses propres

deferred contracts and options to hedge prices for anticipated gold sales” (emphasis added).

The *Mining Tax Act* defines “hedging” as the fixing of a price for the output of a mine before delivery by means of, *inter alia*, a forward sale. Options, as Cullity J. noted, are simply contingent forward sales, and they fix the price for output in much the same way that forward contracts do. To attach substantially different tax consequences, within the context of a provision that taxes “proceeds from hedging” to two forms of transactions that serve the same function as *hedging tools* would be an absurd result that the legislature could not have intended. Thus, I am unable to conclude that any of the subsidiary arguments raised by PDC outweigh the substantial redundancy that results from its proposed interpretation.

VI. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

rappports annuels relatifs aux années d'imposition en cause. Ces rapports précisent que [TRADUCTION] « [l]a société a recours à des contrats de vente à terme y compris des contrats à livraison différée et des options pour se prémunir contre les prix des ventes d'or prévues » (je souligne).

La *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* définit le mot « couverture » comme étant la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen notamment d'une vente à terme. Comme le souligne le juge Cullity, les options ne sont que des ventes à terme éventuelles et elles fixent le prix de la production à peu près de la même manière que le font les contrats à terme de gré à gré. Attacher, dans le contexte d'une disposition qui impose les « recettes provenant d'opérations de couverture », des conséquences fiscales très différentes à deux formes d'opération qui jouent le même rôle que des *instruments de couverture* serait une absurdité que le législateur ne peut avoir souhaitée. Je suis donc incapable de conclure que l'un ou l'autre des arguments subsidiaires avancés par PDC l'emporte sur la forte redondance créée par l'interprétation qu'elle préconise.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-028491-199
(500-80-033980-161)

DATE : 30 juin 2021

**FORMATION : LES HONORABLES FRANÇOIS DOYON, J.C.A.
GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.
LUCIE FOURNIER, J.C.A.**

**CENTRE DE TRAITEMENT DE LA
BIOMASSE DE LA MONTÉRÉGIE INC.**
APPELANTE – demanderesse
c.

AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
INTIMÉE – défenderesse

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement de la Cour du Québec, district de Montréal, rendu le 20 juin 2019 par l'honorable Gilles Lareau¹, qui rejette son appel d'un avis de cotisation et lui refuse le remboursement de la taxe sur les intrants sur des achats d'électricité liés à la transformation de matières organiques, au motif qu'elle ne produit pas des biens mobiliers destinés à la vente lui permettant de bénéficier de

¹ *Centre de traitement de la Biomasse de la Montérégie inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2019 QCCQ 4933 [Jugement entrepris].

l'exemption prévue à l'article 206.3 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* (« *LTVQ* »)².

[2] Pour les motifs de la juge Marcotte, auxquels souscrivent les juges Doyon et Fournier, la **COUR** :

[3] **ACCUEILLE** l'appel;

[4] **INFIRME** le jugement de première instance afin de reconnaître que l'exemption de l'article 206.3 *LTVQ* doit trouver application;

[5] **ANNULE** l'avis de cotisation #0190201, daté du 6 août 2014, émis à l'encontre de l'appelante;

[6] **LE TOUT** avec les frais de justice.

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.

LUCIE FOURNIER, J.C.A.

M^e Martin Delisle
M^e Ariane Trottier
DE GRANDPRÉ CHAIT
Pour l'appelante

M^e Gabriel Déry
LARIVIÈRE MEUNIER (Revenu Québec)
Pour l'intimée

Date d'audience : 19 avril 2021

² *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1 (« *LTVQ* »). L'avis de cotisation concerne le remboursement de la taxe sur les intrants (« RTI ») pour la période du 29 avril 2010 au 31 mars 2014.

MOTIFS DE LA JUGE MARCOTTE

INTRODUCTION

[7] Puisque l'appelante est un inscrit ainsi qu'une « grande société » en vertu de la *LTVQ*, son droit de réclamer le remboursement de la taxe sur les intrants (« RTI ») relativement à certains biens et services acquis dans le cadre de ses activités, dont l'électricité, est restreint par l'article 206.1 *LTVQ* qui prévoit :

206.1 Dans le calcul du remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit, aucun montant ne doit être inclus à l'égard de la taxe payable par celui-ci relativement à la fourniture, ou à l'apport au Québec, des biens ou des services suivants :

[...]

3° l'électricité, le gaz, le combustible ou la vapeur;

[8] Elle peut toutefois être exemptée de cette restriction si elle démontre que l'électricité a été utilisée à l'une des fins énumérées à l'article 17aa) de la *Loi concernant l'impôt sur la vente au détail* (« *LIVD* »), tel qu'il ressort de l'article 206.3 *LTVQ*³ :

206.3 Le paragraphe 3° de l'article 206.1 ne s'applique pas à la partie de l'électricité, du gaz, du combustible ou de la vapeur qui est, sans égard aux articles 43 et 44, utilisée à une fin telle que l'exemption prévue au paragraphe aa

³ Les articles 206.1 et 206.3 de la *LTVQ* ont été abrogés en 1995, mais continuaient de s'appliquer aux grandes entreprises jusqu'au 1^{er} janvier 2021. Voir *Boucherie Veilleux inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 3936, paragr. 26-31; L.Q., 1995, c. 63, art. 350; L.Q., 2019, c. 14, art. 576.

de l'article 17 de la Loi concernant l'impôt sur la vente en détail (chapitre I-1) s'y appliquerait si ce n'était de l'article 49 de cette loi.

[9] L'appelante se réclame de cette exemption : elle soutient qu'elle utilise de l'électricité pour la production de biens mobiliers destinés à la vente, conformément à l'article 17aa) *LIVD* qui prévoit :

17. La taxe prévue par le présent chapitre ne s'applique pas : [...]

aa) sous réserve de l'article 19, à la vente d'électricité, de gaz ou de combustible qu'une personne d'une catégorie autre que celles que détermine le ministre en vertu de l'article 20 utilise à la production de biens mobiliers, autres que les repas et les services dont celui du téléphone, destinés à la vente ou à la conception ou à la production de matériel de production ou de matières de conditionnement utilisés à la production de tels biens mobiliers, soit comme agent de production, soit pour actionner du matériel de production; cette exemption ne s'applique pas à la vente d'électricité, de gaz ou de combustible utilisé à l'alimentation du matériel de climatisation, d'éclairage, de chauffage ou de ventilation des lieux de production;

[Soulignements ajoutés]

[10] L'intimée a refusé de lui reconnaître cette exemption et soutient que les biens qu'elle produit ne sont pas destinés à la vente. Elle a émis un avis de cotisation en conséquence⁴, d'où l'appel auprès de la Cour du Québec qui a donné lieu au jugement entrepris.

LE CONTEXTE

[11] L'appelante traite et transforme les boues organiques qui lui sont acheminées par des fournisseurs oeuvrant dans l'industrie agroalimentaire.

[12] Ces derniers paient l'appelante pour qu'elle prenne en charge ces boues et procède à leur traitement et transformation en matières résiduelles fertilisantes (« MRF »).

[13] Dès leur réception, l'appelante devient responsable du respect des normes applicables pour leur transformation dans un cadre hautement réglementé, en raison des risques importants de contamination des lieux. La source d'énergie utilisée pour transformer ces boues en MRF est l'électricité.

⁴ L'avis de cotisation concerne le remboursement de la taxe sur les intrants (« RTI ») pour la période du 29 avril 2010 au 31 mars 2014.

[14] Après cette transformation, l'appelante paie des entreprises (les « Receveurs ») qui récupèrent la MRF aux fins de compostage, d'épandage agricole ou comme source d'énergie.

[15] Le tarif exigé par l'appelante auprès des fournisseurs de boues pour la récupération et le traitement de celles-ci tient compte des ressources qu'elle utilise pour leur transformation en MRF et du transfert de propriété de la MRF auprès des Receveurs. L'appelante paie à son tour les Receveurs qui récupèrent la MRF et en assume la responsabilité environnementale.

JUGEMENT ENTREPRIS

[16] Le juge de première instance résume ainsi les activités de l'appelante⁵ :

[24] ARQ soutient que la MRF a une valeur marchande négative. Le plan d'affaires de CTBM est de prendre un produit contaminé et de réduire sa valeur négative par un procédé physico-chimique. CTBM est payée pour prendre en charge la matière initiale, elle la traite et paie pour ensuite disposer de la MRF qui en est le produit fini. Son profit vient de la réduction de la valeur négative du bien. En ce sens, ses activités ne sont pas d'acheter et de vendre, mais plutôt de rendre un service, de traiter des boues pour en réduire l'impact environnemental.

[17] Il reprend à cet égard l'approche de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *C.R.I. Environnement c. La Reine*⁶, telle que confirmée par la Cour d'appel fédérale, fondée sur les définitions de la « vente » et du « contrat de service », telles qu'on les retrouve aux articles 1708 et 2098 C.c.Q.

[18] À l'instar de ces jugements, le juge détermine que lorsque l'appelante dispose de la MRF en faveur des Receveurs, elle conclut un contrat de service et non un contrat de vente, puisque l'appelante paie les Receveurs pour qu'ils la déchargent de la MRF et des obligations environnementales qui en découlent.

[19] Le juge écarte les prétentions de l'appelante voulant que la portée plus large de la définition de la notion de « vente » contenue dans la *LIVD*, qui réfère à « toute autre considération », permette de qualifier la disposition de la MRF à titre de « vente » au sens de l'article 17aa) de cette loi.

[20] Voici ce qu'il écrit :

⁵ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 24.

⁶ *C.R.I. Environnement inc. c. La Reine*, 2007 CCI 206, confirmé par *C.R.I. Environnement inc. c. La Reine*, 2008 CAF 103.

[18] Selon CTBM, dans l'analyse de l'article 206.3 LTVQ, il faut donner à l'expression «vente» le sens que lui donne la LIVD ce qui inclut non seulement un prix en argent, mais également toute considération ou prestation acceptée par le vendeur comme prix de l'objet du contrat de vente.

[19] Essentiellement ce qu'argumente CTBM, c'est qu'en contrepartie de la livraison de la MRF à un Receveur, CTBM se voit déchargée de toute responsabilité et obligation environnementales, notamment en ce qui a trait à l'entreposage de ces matières. Ainsi, la prise en charge de ce passif environnemental représenterait une considération qui fait de cette disposition une vente.

[...]

[30] Pour accréditer le raisonnement de CTBM, il faudrait accepter l'idée que sur le plan juridique une vente puisse avoir une contrepartie négative ou que la contrepartie avancée par le Receveur soit reliée à une obligation de faire, en l'occurrence la prise en charge du passif environnemental associé au bien transféré.

[31] Avec égards, cette proposition dénature le concept de vente tant celui du droit civil, de la *Common law* que de celui prévu à la LIVD.

[32] Au même titre qu'une entreprise qui en paie une autre pour disposer de ses déchets ne les vend pas, mais conclut plutôt un contrat de service, aucun des éléments de la relation contractuelle entre CTBM et les Receveurs ne permet de qualifier celle-ci de vente. Lorsque la principale contrepartie à un contrat est d'assumer une charge au regard du bien transféré et lorsque le Receveur est par surcroît rémunéré pour ce service, il ne saurait être question d'une vente, mais plutôt d'un contrat de service.

[33] Il devient par conséquent difficile de conclure que CTBM utilise ses frais d'énergie à la production de biens mobiliers destinés à la vente au sens de l'article 17 aa) de la LIVD.

QUESTIONS SOULEVÉES EN APPEL

[21] L'appelante formule quatre questions qu'il y a lieu de regrouper sous deux questions principales :

1. Dans le cadre de son analyse, le juge a-t-il omis de considérer l'ensemble des facteurs juridiques prévus à l'article 17aa) LIVD?

2. Le juge a-t-il erré en déterminant que le contrat intervenu entre l'appelante et les Receveurs n'est pas une « vente » au sens de l'article 17aa) *LIVD*, mais un contrat de service?

ANALYSE

1. **Dans le cadre de son analyse, le juge a-t-il omis de considérer l'ensemble des facteurs juridiques prévus à l'article 17aa) *LIVD*?**

[22] L'appelante reproche en outre au juge d'avoir limité son analyse aux seuls effets des activités de transformation de la MRF qui servent à en réduire l'impact environnemental, en négligeant de considérer le processus de transformation des boues en MRF qui mène à la production d'un bien. Ceci l'aurait entraîné à conclure à tort à l'existence d'un contrat de service plutôt qu'à reconnaître qu'il y avait production d'un bien mobilier destiné à la vente. L'appelante ajoute que le fait qu'un service soit rendu n'empêche pas qu'il y ait également production d'un bien, ce que le juge omet de considérer.

[23] Les motifs du juge sont succincts et il est vrai qu'il s'attarde davantage à l'effet de la transformation, à savoir la réduction de la charge environnementale, qu'à l'activité de transformation en MRF. Il ne se prononce pas par ailleurs sur l'utilisation de l'électricité aux fins de la production du bien. L'intimée plaide toutefois que le juge n'avait pas à le faire, puisque l'utilisation d'électricité et la production d'un bien mobilier n'étaient pas remises en question devant la Cour du Québec.

[24] L'intimée a raison. On comprend des motifs du juge de première instance qu'il ne remet pas en cause l'utilisation d'électricité ni la production d'un bien MRF. Son analyse ne porte que sur le troisième critère de l'article 17aa) *LIVD*. Il estime que ce dernier n'est pas satisfait, puisqu'il ne peut y avoir de vente au sens de l'article 1708 C.c.Q. lorsque le transfert a lieu pour une contrepartie négative ou moyennant une obligation de faire, comme la prise en charge du passif environnemental de l'appelante.

[25] À mon avis, le juge ne commet pas d'erreur dans sa façon d'aborder l'article 17aa) *LIVD*, en ne traitant que du troisième critère, puisqu'il n'est pas contesté que les autres critères sont satisfaits et ne requièrent pas qu'il en décide. Cela dit, il y a lieu d'examiner s'il commet ou non une erreur en concluant que ce troisième critère n'a pas été démontré, en l'espèce, en tranchant la seconde question.

2. **Le juge a-t-il erré en déterminant que le contrat intervenu entre l'appelante et les Receveurs n'est pas une « vente » au sens de l'article 17aa) *LIVD*, mais un contrat de service?**

[26] L'appelante plaide que le juge a commis une erreur révisable en se référant à la définition du terme « vente » sous le *Code civil du Québec*, plutôt qu'en fonction de la définition plus large de ce terme, telle que contenue dans la *LIVD*.

[27] Rappelons que l'article 1708 C.c.Q. définit ainsi le contrat de vente :

1708. La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer.

1708. Sale is a contract by which a person, the seller, transfers ownership of property to another person, the buyer, for a price in money which the latter obligates himself to pay.

Le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit dont on est titulaire.

A dismemberment of the right of ownership, or any other right held by a person, may also be transferred by sale.

[28] L'article 2098 C.c.Q. délimite quant à lui le contrat de service en ces termes :

2098. Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

2098. A contract of enterprise or for services is a contract by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to another person, the client, to carry out physical or intellectual work or to supply a service, for a price which the client binds himself to pay to him.

[29] En ce qui concerne la *LIVD*, elle comporte sa propre définition des termes « prix de vente » et « vente » à son article 2 :

2. Dans la présente loi et les règlements, à moins que le contexte n'indique un sens différent :

[...]

7° «prix de vente» ou «prix d'achat» signifie le prix en argent, et aussi la valeur de services rendus, la valeur réelle de l'objet échangé, et toute considération ou prestation acceptée par le vendeur comme prix de l'objet du contrat de vente. Ceci inclut tous frais d'installation de l'objet vendu, tous frais de service, tous frais de douane, d'accise et de transport et toute taxe payée ou à payer en vertu de la Loi sur la taxe d'accise (Lois révisées du Canada (1985), chapitre E-15) déterminée, dans le cas de la taxe payée ou à payer en vertu de la partie IX de cette loi, sans égard au crédit de taxe sur les intrants prévu à cette partie, même

si aucune mention distincte n'en est faite sur la facture ou dans les livres du vendeur;

[...]

9° «vente» comprend une vente pure et simple, une vente conditionnelle, une vente à tempérament, un échange, un bail et tout contrat où, pour un prix ou toute autre considération, une personne livre ou s'oblige à livrer à une autre personne un bien mobilier, ainsi que tout autre contrat par lequel une personne accorde à une autre personne la jouissance d'un bien mobilier pendant un certain temps moyennant un loyer ou prix que celle-ci s'oblige à lui payer, mais ne comprend pas un tel autre contrat lorsqu'il y est prévu que le bien mobilier est fourni avec les services de son opérateur;

[Soulignements ajoutés]

[30] Dans l'affaire *Hypothèques Trustco Canada*, un arrêt de principe en matière d'interprétation des lois fiscales rendu en 2005, la Cour suprême explique que l'interprétation législative est fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique⁷. Elle reformule et réaffirme par ailleurs l'approche qu'elle avait mise de l'avant dans l'arrêt *Stuart*⁸, selon laquelle la méthode moderne d'interprétation s'applique aux lois fiscales. Elle reconnaît toutefois également que l'approche textuelle joue encore un rôle important dans l'interprétation des lois fiscales.

[31] L'année suivante, dans l'arrêt *Placer Dome*, la Cour suprême réitère que le texte joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation lorsque ce texte est précis et non équivoque, tout en reprenant les principes de l'arrêt *Trustco*⁹.

[32] Reprenant ces énoncés, la doctrine confirme que l'interprétation des lois fiscales ne déroge pas aux principes généraux d'interprétation des lois selon lesquels les termes d'une loi doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, sauf si cette présomption est renversée par le contexte ou l'objet de la loi, qui amène à leur conférer

⁷ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, paragr. 10-13.

⁸ *Stuart Investments Ltd. c. The Queen*, 1984 CanLII 20 (CSC), [1984] 1 RCS 536, à la p. 578.

⁹ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, paragr. 21-23.

un sens technique ou légal particulier¹⁰. De plus, lorsque le législateur prévoit une définition statutaire, celle-ci doit avoir préséance¹¹.

[33] En l'espèce, le juge ne reprend pas les définitions de la *LIVD*, mais il souligne que l'appelante plaide la portée plus large de la notion de « vente » aux termes de cette loi. Il ne cède toutefois pas à l'argument et refuse de reconnaître que la prise en charge du passif environnemental par les Receveurs puisse constituer une contrepartie valable pour le transfert de propriété de la MRF donnant lieu à une vente aux termes de la *LIVD*.

[34] Il adopte à cet égard, de manière intégrale, le raisonnement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *C.R.I. Environnement c. La Reine*¹² (ci-après « *C.R.I. Environnement* »), confirmé par la Cour d'appel fédérale¹³, en ne manquant pas de signaler la similitude des faits de cette affaire avec ceux de l'espèce. De fait, dans ce cas, la Cour canadienne de l'impôt devait décider si les résidus industriels transformés par une entreprise étaient ou non destinés à la vente. À l'instar du présent dossier, l'entreprise *C.R.I. Environnement* (« C.R.I. ») recevait un paiement de ses fournisseurs afin de procéder au traitement et à l'élimination de leurs résidus industriels, tandis qu'après le traitement, C.R.I. payait des tiers pour qu'ils en disposent sur des sites autorisés.

[35] La Cour canadienne de l'impôt a refusé de conclure que les contrats qui liaient C.R.I. aux fournisseurs ou aux tiers étaient des contrats de vente malgré le transfert de propriété des résidus industriels, notamment parce qu'elle ne s'était pas engagée à payer un prix à ces fournisseurs pour ces résidus et que les tiers ne s'étaient pas engagés à lui verser un prix pour les récupérer une fois transformés. Au contraire, C.R.I. avait reçu un paiement des fournisseurs pour la récupération et la transformation et avait payé les tiers pour acquérir ces résidus une fois transformés. Le juge Bédard écrivait¹⁴ :

[25] [...] En effet, même si je concluais que les fournisseurs avaient transféré à l'appelante la propriété des résidus industriels et qu'ainsi l'appelante pouvait à son tour transférer la propriété des résidus industriels transformés à des tiers, il

¹⁰ Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6 éd., Markhm, Lexis Nexis, 2014, p. 637, paragr. 21.14, p. 66-67 [*Construction of Statutes*]; Jinyan Li, Joanne Magee et J. Scott Wilkie, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 9e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2017, [*Principles of Canadian Income Tax*], p. 498; Vern Krishna, *Income Tax Law*, 2nd éd., Toronto, Irwin Law, p. 41: « Words are presumed to bear their ordinary meaning unless specifically defined. Commercial words or phrases are interpreted according to their usage in normal commercial practice ». [Krishna]

¹¹ *Principles of Canadian Income Tax Law*, supra, note 10, p. 18; *Construction of Statutes*, supra, note 10, p. 71, paragr. 4.31.

¹² *C.R.I. Environnement inc. c. La Reine*, 2007 CCI 206.

¹³ *C.R.I. Environnement inc. c. La Reine*, 2008 CAF 103.

¹⁴ *C.R.I. Environnement inc.*, supra, note 12, paragr. 25 et 28.

n'en demeure pas moins que ces contrats ne pourraient pas être qualifiés de contrats de vente puisque l'appelante ne s'était pas engagée à payer un prix en argent à ses fournisseurs dans le premier cas et puisque les tiers ne s'étaient pas engagés à payer un prix en argent à l'appelante dans le deuxième cas. En effet, la preuve a révélé, dans le premier cas, que c'était plutôt les fournisseurs qui avaient payé l'appelante pour qu'elle acquière la propriété ou prenne possession de leurs résidus industriels alors que, dans le deuxième cas, la preuve a révélé que c'était plutôt l'appelante qui avait payé les tiers pour qu'ils acquièrent la propriété ou prennent possession de ses résidus industriels transformés.

[...]

[28] En l'espèce, les contrats qui liaient l'appelante aux tiers étaient, à mon avis, des contrats de service au sens de l'article 2098 C. c. Q. en ce que les tiers s'engageaient à devenir propriétaires ou à prendre possession des résidus industriels qu'elle avait transformés dans le but de la libérer de sa responsabilité environnementale liée à leur détention moyennant un prix que l'appelante s'obligeait à leur payer.

[36] Le juge Bédard s'appuyait à cet égard sur l'interprétation proposée par les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*¹⁵ (ci-après « *Will-Kare Paving & Contracting Ltd.* ») sur la portée de la notion de « vente » en reprenant intégralement les propos des juges majoritaires sous la plume du juge Major au sujet de l'interprétation à donner aux « activités de fabrication ou transformation de marchandises à vendre », pour décider de l'admissibilité aux stimulants fiscaux prévus dans la *Loi sur les impôts* : le juge Major y faisait état de deux courants de pensée à cet égard. Il retenait qu'au nom du principe moderne de l'interprétation des lois, il y avait lieu de s'en remettre au contexte plus large du droit commercial plutôt qu'au sens ordinaire des mots, pour en décider :

Fabrication ou transformation de marchandises à vendre

19 Il ressort de la jurisprudence canadienne deux interprétations divergentes des activités comportant fabrication et transformation de marchandises à vendre. Il peut être utile, sans examiner de façon approfondie la jurisprudence pertinente, d'exposer brièvement les affaires qui illustrent ces deux écoles de pensée.

20 L'un des deux points de vue est exprimé dans *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1^{re} inst.), qui invoque des distinctions issues de la common law et du droit provincial en matière de vente de marchandises pour

¹⁵ *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 SCC 36 [*Will-Kare*].

définir l'admissibilité aux stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation. Seuls sont admissibles les biens en immobilisation utilisés pour fabriquer ou transformer des marchandises fournies en exécution de contrats comportant uniquement la vente de ces marchandises. Un bien utilisé pour fabriquer ou transformer des marchandises fournies dans le cadre de la prestation de services, c'est-à-dire en exécution d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, n'est pas considéré comme utilisé directement ou indirectement au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente et n'ouvre donc pas droit à la déduction pour amortissement accéléré ou au crédit d'impôt à l'investissement.

[...]

22 L'autre école de pensée se dissocie du point de vue exprimé dans *Crown Tire* et se refuse à appliquer les règles issues des lois et de la common law en matière de vente de marchandises pour déterminer à quels biens en immobilisation s'appliquent les stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation. Elle préconise plutôt une interprétation littérale du mot « vente », de telle sorte que la prestation d'un service accessoire à la fourniture d'un article fabriqué ou transformé n'empêche pas le contribuable de bénéficier des stimulants. Le transfert de propriété contre valeur suffit. Voir *Halliburton Services Ltd. c. La Reine*, 85 D.T.C. 5336 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par 90 D.T.C. 6320 (C.A.F.), et *La Reine c. Nowasco Well Service Ltd.*, 90 D.T.C. 6312 (C.A.F.).

23 Dans *Halliburton et Nowasco*, le type de contrat entre le contribuable et le client n'a pas été jugé pertinent. Dans les deux cas, la Cour d'appel fédérale a cité et approuvé ce que disait le juge Reed, en première instance, dans *Halliburton*, semblant recommander un autre critère fondé sur la source du bénéfice du contribuable (à la p. 5338) :

... Je ne trouve aucune exigence selon laquelle le contrat qui donne lieu au bénéfice du contribuable doit être d'une nature particulière par ex.: un contrat pour la vente de marchandises et non un contrat d'une nature plus étendue qui comprend le travail et la main-d'oeuvre ainsi que les marchandises ou les matériaux qui sont fournis. À mon avis, c'est la source du bénéfice, (qui découle de la transformation) qui est importante [...] et non la nature du contrat du contribuable avec ses clients.

24 L'arrêt *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5031 (C.A.F.), tente de concilier les deux courants jurisprudentiels opposés en limitant le raisonnement tenu dans *Crown Tire* aux circonstances n'établissant pas la fabrication d'un article distinct et identifiable avant la prestation d'un service ou simultanément à celle-ci. Comme le dit le juge MacGuigan (à la p. 5034) :

La distinction cruciale entre les affaires *Crown Tire* et *Halliburton* me semble [...] [tenir au fait] que la transformation en cause dans l'affaire *Crown Tire* « ne comportait pas la création d'une marchandise avant son emploi dans la prestation d'un service » [...] Dans l'affaire *Crown Tire*, les bandes de caoutchouc n'étaient pas, selon la preuve, fabriquées ou transformées par la contribuable, alors que dans l'affaire *Halliburton*, le ciment était fabriqué par la contribuable, il l'était même sur mesure selon des stipulations très précises.

25 Dans *Hawboldt Hydraulics*, précité, la contribuable intimée se fonde sur l'interprétation, dans *Rolls-Royce*, de la décision *Crown Tire* pour demander la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 29 et le crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) à l'égard d'un bien utilisé pour fabriquer des pièces devant servir dans la prestation de services de réparation. La cour a débouté la contribuable et est revenue à la position adoptée initialement dans *Crown Tire*. Le juge en chef Isaac écrit (à la p. 847) :

La règle moderne d'interprétation des lois nous invite à donner à ces mots leur sens ordinaire. Mais il s'agit en l'espèce d'une loi commerciale et dans le monde du commerce, les mots ont un sens bien compris. [...] Le juge Strayer avait raison, à mon humble avis, de dire ceci dans la décision *Crown Tire*, à la page 225 :

... il faut supposer que le Parlement en parlant « d'articles destinés à la vente ou à la location » a voulu, par une référence au droit général en matière de vente ou de louage, donner à cette expression une plus grande précision dans des cas particuliers.

[...]

29 Malgré cette absence de précision, vente et location ont un sens bien établi en droit. Comme il est signalé dans *Crown Tire* et *Hawboldt Hydraulics*, le législateur connaissait le sens de ces termes et était conscient des conséquences de leur emploi. Il s'ensuit que les stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation ne visent que les biens utilisés pour la fourniture de marchandises à vendre, à l'exclusion des biens utilisés principalement pour la fourniture de marchandises en exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux.

[...]

31 Interpréter en l'espèce le mot vente selon son « sens ordinaire » supposerait que la Loi s'applique en vase clos sans tenir aucun compte de la qualification juridique des rapports commerciaux plus généraux qu'elle vise. Il ne s'agit pas d'un code du commerce qui s'ajoute à une loi fiscale. Notre Cour a tenu pour

acquis, dans des arrêts antérieurs, qu'il faut s'en remettre aux règles plus générales du droit commercial pour attribuer un sens à des mots qui, indépendamment de la Loi, sont bien définis. Voir *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, 1998 CanLII 794 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 298. Voir également P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 1999), à la p. 2, où les auteurs signalent :

[TRADUCTION] La *Loi de l'impôt sur le revenu* se fonde implicitement sur le droit commun et plus particulièrement sur le droit des contrats et le droit des biens [...] Le fait qu'une personne soit un employé, un entrepreneur indépendant, un associé, un mandataire, le bénéficiaire d'une fiducie ou l'actionnaire d'une société par actions a généralement une incidence sur l'obligation fiscale et dépend de notions du droit commun, soit généralement du droit provincial.

32 Il est également conforme au principe moderne de l'interprétation des lois en fonction de leur objet de s'en remettre au contexte plus large du droit commercial pour déterminer le sens à donner aux termes employés dans la Loi. Comme le dit E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21. Pour l'interprétation des lois fiscales, notre Cour a appliqué la méthode moderne. Voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1993] 3 R.C.S. 804, au par. 5, le juge Bastarache, et au par. 50, le juge Iacobucci; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, 1984 CanLII 20 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

[Soulignements ajoutés]

[37] La Cour d'appel fédérale confirmait le raisonnement du juge Bédard en y ajoutant que la contrepartie monétaire était une « condition essentielle à la vente »¹⁶ et que le prix négatif n'avait pas plus de fondement en *common law* qu'en droit civil :

[2] [...] Selon nous, c'est à bon droit qu'il a répondu par la négative puisque les tiers destinataires à qui les résidus sont envoyés n'en font pas l'acquisition moyennant un prix en argent qu'ils s'obligent à payer comme l'exige l'article 1708 du *Code civil du Québec*. En effet, l'appelante paye plutôt un montant à ces tiers destinataires pour qu'ils acceptent de recevoir ses résidus. L'argument selon lequel il s'agirait d'une vente pour « un prix négatif » est dénué de tout

¹⁶ *C.R.I. Environnement inc. c. La Reine*, *supra*, note 13, paragr. 2.

fondement, la contrepartie monétaire étant une condition essentielle sans laquelle il n'y a pas vente.

[3] Même si un droit autre que le droit privé québécois était applicable à certaines des transactions effectuées par l'appelante, cette dernière n'explique pas en quoi cet autre droit pourrait mener à une conclusion autre que celle retenue par le juge de la Cour canadienne de l'impôt. À notre connaissance, la notion de vente à « prix négatif » n'a pas plus de fondement en common law qu'elle en a en droit civil.

[Soulignements ajoutés]

[38] À l'instar des juges de la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance conclut en l'espèce que la proposition de l'appelante dénature la notion de vente en droit civil, en *common law* et en vertu de la *LIVD*.

[39] Est-ce le cas?

[40] Il est vrai qu'en droit civil le concept de « vente », codifié sous l'article 1708 C.c.Q.¹⁷, pose l'exigence d'un transfert du bien moyennant un « prix en argent ». Sous la *common law*, on retrouve la définition de « sale of good » ou « contract of sale » dans plusieurs lois provinciales¹⁸ qui réfèrent généralement à l'échange d'un bien à un prix ou pour une considération monétaire (*money consideration*)¹⁹. Cela étant, en général, la *common law* ne semble pas exclure la possibilité qu'une « obligation de faire » puisse être qualifiée de « considération » pour les fins de la formation d'un contrat, tant qu'elle procure un avantage au cocontractant.

[41] Comme on l'a vu, le juge de première instance écarte en l'espèce l'interprétation qui permettrait d'inclure une « obligation de faire » à titre de considération²⁰ en s'appuyant sur le raisonnement de la Cour canadienne d'impôt et de la Cour d'appel

¹⁷ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1708.

¹⁸ Valerie Steeves, « (4) Price and Payment », dans Lexis Nexis, Halbury's Laws of Canada, « Commercial Law II (Sales of Goods) », 2020 Reissue, en ligne, HSG-8 (Lexis Advance).

¹⁹ Voir la définition généralement admise en *common law* du terme « consideration » dans Stephen Waddams, *The law of contracts*, 5th ed, Aurora, Canada Law Book, p. 82 à la note de bas de page 299 [Waddams]. Il renvoie à la définition « souvent citée » et adoptée dans *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. 153 (Ex. Ch.), affd 1 App. Cas. 554 *sub nom. Misa and Raikes Currie, Glyne* (H.L.(E.)) et dans *Fleming v. Bank of New Zealand*, [1990] A.C. 577 (P.C.). Voir aussi John D. McCamus, *The law of Contracts*, 3 ed., Toronto, Irwin Law, 2020, p. 236, où la « consideration » est définie comme « the act or forbearance or promise thereof given in return to the promise that one wishes to enforce ». G. H. L. Fridman, *Sales of Goods in Canada*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2013, p. 349. (AB) *Sale of Goods Act*, R.S.A. 2000, c. S-2, s. 3(1); (BC) *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1996, c. 410, s. 6(1); (NB) *Sale of Goods Act*, R.S.N.B. 2016, c. 110, s. 4; (ON) *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1990, c. S.1, s. 2(1).

²⁰ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 22 et 29-31.

fédérale dans *CRI Environnement*, sans toutefois relever le fait que cette affaire portait sur l'application de l'article 125.1 de la *Loi sur l'impôt sur le revenu* et ne mettait pas en jeu la *LIVD*, une loi spécifique qui comporte sa propre définition des notions de « vente » et de « prix de vente ». Dans ce cas, contrairement au présent dossier, en l'absence d'une définition spécifique contenue dans le texte de loi, les juges étaient justifiés de s'en remettre aux dispositions du *Code civil du Québec* pour trancher le débat²¹. De la même façon, dans l'affaire *Will-Kare*, il n'y avait pas de loi spécifique en jeu offrant une définition de la notion de « vente »²².

[42] Or, en l'espèce, dans la mesure où les mots « vente » et « prix de vente » sont expressément définis dans la *LIVD*, ces définitions statutaires spécifiques doivent l'emporter, à mon avis, sur le sens ordinaire ou légal qu'on pourrait donner à ces termes. C'est l'approche adoptée dans l'affaire *Lockwood Manufacturing inc. c. ARQ*²³, par ailleurs confirmée par cette Cour²⁴, qui mettait justement en cause les mêmes dispositions que celles qui sont en jeu ici, soit l'article 17aa) *LIVD* et les définitions des termes « prix de vente » et « vente » contenues à l'article 2 *LIVD*.

[43] En se fondant sur l'approche systémique logique, le juge Cameron de la Cour du Québec conclut qu'il y a lieu de s'en remettre à la définition plus large de la loi spécifique²⁵ :

[67] In the RSTA, the definitions of "sale" and "sale price" are much broader than the civil-law meanings, except that there is a limitation to movable property. This was perhaps inherent in the policy objectives of the RSTA, to make it more inclusive of contracts bearing a similarity to sale: but only with respect to moveable property.

[44] Ce faisant, il prend toutefois le soin de distinguer l'affaire *Will-Kare* en signalant avec raison que cette affaire ne mettait pas en jeu une définition statutaire de la vente²⁶ :

[75] In obiter, Mr Justice Pinard J.C.Q. refers to the expression « destinés à la vente », citing the case of *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, where the analysis is based on the requirement that a contract of sale involve a transfer of title. In that case however, there was no mention of a specific statutory definition of sale, it was simply a matter of applying the common law, as explained in an English textbook on the subject. A similar approach was taken by the majority of

²¹ *C.R.I. Environnement inc.*, *supra*, note 13, paragr.2; *C.R.I. Environnement inc.*, *supra*, note 12, paragr. 20-22.

²² *Will-Kare*, *supra*, note 15, paragr. 35.

²³ *Lockwood Manufacturing Inc. c. Agence de revenu du Québec*, 2012 QCCQ 6701 [*Lockwood*].

²⁴ *Lockwood Manufacturing Inc. c. Agence de revenu du Québec*, 2014 QCCA 840.

²⁵ *Lockwood*, *supra*, note 23, paragr. 67.

²⁶ *Lockwood*, *supra*, note 23, paragr. 75-76.

the Supreme Court of Canada in Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada, but again, this is a different statute there is no statutory definition in play.

[76] With respect, the line of authority referred to may provide some comfort, but it is not really applicable because it is based on common-law notions of sale rather than on a statutory definition to be interpreted in the context of Quebec law.

[Soulignements ajoutés]

[45] Je souligne toutefois que, dans cette affaire, la présence d'une définition statutaire plus large dans la *LIVD* n'a pas pour autant permis de reconnaître l'existence d'un contrat de « vente » aux termes de l'article 17 aa) de cette loi, puisque le critère du transfert de propriété n'était pas satisfait, en raison de l'absence de délivrance²⁷ :

[72] Applying that definition to the present case, the contract here, which does involve a production, does not qualify as a production of movable property intended for sale, because it is a contract for enterprise involving a work. The juridical act is accomplished by the acceptance when the work is completed, not by delivery, as is the case for a sale or a lease. Although the definition of sale in the RSTA is broader than the civil-code definition, it is not broad enough to include Lockwood's contract.

[Soulignement ajouté]

[46] En l'espèce, l'existence d'un transfert du bien n'est pas remise en question et ne peut faire échec à la reconnaissance de la notion de « vente » prévue dans la *LIVD*. En s'en remettant à la notion de vente de l'article 1708 C.c.Q, le juge de première instance omet de tenir compte de la spécificité de la *LIVD* et de l'expression « toute autre considération », contenue dans les définitions de « vente » et de « prix de vente » de l'article 2 *LIVD*. Il ne s'attarde pas au sens ordinaire et grammatical des mots ni n'évalue si ces mots s'harmonisent avec l'esprit de la *LIVD*, son objet et l'intention du législateur²⁸.

[47] La définition du terme « vente », au paragraphe 2(9) *LIVD*, est plus large que celle de l'article 1708 C.c.Q. Elle réfère à « un prix ou toute autre considération » pour lequel une personne livre ou s'oblige à livrer à une autre personne un bien mobilier plutôt qu'au seul « prix en argent » ou à une considération monétaire.

[48] De même, le paragraphe 2(7) *LIVD* prévoit que le « prix de vente » peut correspondre à « la valeur de services rendus » et peut être « toute autre considération ou prestation acceptées par le vendeur ».

²⁷ *Id.*, paragr. 72.

²⁸ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC).

[49] Or, ici, à la lumière du libellé de ces articles, on peut difficilement prêter au législateur l'intention de vouloir limiter la notion de vente à son sens usuel en droit civil.

[50] Ces définitions réfèrent donc toutes deux à la notion de « toute autre considération », une notion qui n'est pas autrement définie dans la *LIVD*. Quel sens doit-on alors donner à cette notion? Peut-elle inclure l'avantage que procure la prise en charge des obligations environnementales par les Receveurs en échange du transfert de propriété de la MRF?

[51] J'estime que oui. Je m'explique.

[52] Puisque l'expression « toute autre considération » est utilisée dans un contexte législatif, il y a lieu de se référer à son sens légal, comme le suggère Ruth Sullivan dans *Construction of Statutes*²⁹ :

[...]...when legal terms of art are used in a legal context like legislation, it is plausible to suppose that they are meant to have their legal meaning. There are many cases in which the court declares that a particular term is a legal term of art, even though it has a non-technical meaning as well, because – given the context – the intended meaning is so obvious.

[53] Dans *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fleurco Industries (1963) Itée*³⁰, cette Cour reprend à son compte la définition du terme « considération » proposée par le juge de première instance comme la « contrepartie à la prestation fournie par l'un des cocontractants »³¹.

[54] Dans l'affaire *Hébert c. Giguère*³², mon collègue Jean Bouchard, alors qu'il était à la Cour supérieure, concluait, dans un autre contexte, que la réduction des obligations d'une partie constitue un « avantage » permettant de qualifier un contrat de vente à titre onéreux, un principe qui a été repris dans un contexte fiscal par la Cour canadienne de l'impôt en 2018 dans l'affaire *Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q) c. La Reine*³³ :

[51] La Cour supérieure du Québec a conclu dans l'affaire *Hébert c. Giguère* que le fait pour une personne de se libérer d'une obligation constituait un avantage et que, par conséquent, il y avait un contrat à titre onéreux et non à titre gratuit

²⁹ *Construction of Statutes, supra*, note 10, p. 66-67, paragr. 4.23.

³⁰ *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fleurco Industries (1963)*, [1996] R.D.F.Q. 56.

³¹ *Id.*, p. 3; *Fleurco Industries (1963) Ltd. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1988] R.D.F.Q. 251, p. 5.

³² *Hébert c. Giguère*, 2002 CanLII 12904 (QCCS).

³³ *Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q) c. La Reine*, 2018 CCI 3 (CanLII), paragr. 51 (confirmé par la Cour d'appel fédérale dans *Fonds de solidarité des travailleurs du Québec c. Canada*, 2019 CAF 36 (CanLII)).

rendant impossible une donation. Il en va de même lorsque le donateur transfère un bien en règlement d'une obligation morale ou naturelle.

[55] L'intimée propose elle-même d'ailleurs une définition du terme « considération » qui incorpore la notion d'un « avantage »³⁴ :

50. Le *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière* définit le mot « contrepartie », en y accolant le terme « *consideration* », comme étant « une notion propre aux Droits anglo-saxons. Pour qu'un contrat soit susceptible d'exécution forcée, chaque partie doit procurer un avantage à son cocontractant. Dans le cas d'un contrat conclu *for valuable consideration*, la contrepartie doit pouvoir être mesurable financièrement, ce qui n'est pas le cas, par exemple, lorsque la prestation est fournie par amour ou affection ».

[56] Cette définition est d'ailleurs compatible avec celle généralement admise en *common law*³⁵ :

A valuable consideration in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other.

[57] En l'espèce, par le transfert de ses obligations environnementales vers les Receveurs, l'appelante se décharge de plusieurs obligations ou responsabilités environnementales. À mon avis, cette décharge lui confère un avantage et, à la lumière de l'analyse qui précède, elle constitue une contrepartie valable susceptible d'être qualifiée de « toute autre considération » au sens du paragraphe 2(9) de la *LIVD*.

[58] Il est vrai que le transfert d'obligations environnementales de l'appelante aux Receveurs peut ressembler à un contrat de service par lequel les Receveurs s'obligent à recevoir et disposer de la MRF moyennant paiement, surtout si on retient l'analogie que fait le juge à l'égard du contrat des éboueurs³⁶. Toutefois, le seul fait que la contrepartie puisse revêtir l'apparence d'un service rendu par les Receveurs, en échange de la disposition du bien, ne la disqualifie pas à titre de « vente », puisqu'il y a bel et bien transfert ou délivrance du bien mobilier (la MRF), moyennant une contrepartie valable qui, à mon avis, tombe sous le couvert de la notion de « toute autre considération » au sens du paragraphe 2(9) et de l'article 17aa) *LIVD*.

³⁴ M.I., p. 12, paragr. 50. Cette définition est issue de la définition de « contrepartie » telle que contenue dans Louis MÉNARD, *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, 3e éd., Toronto, Institut canadien des comptables agréés, 2011.

³⁵ S. Waddams, *supra*, note 19.

³⁶ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 32.

[59] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel, d'infirmier le jugement de première instance afin de reconnaître que l'exemption de l'article 206.3 *LTVQ* doit trouver application et d'annuler l'avis de cotisation émis à l'encontre de l'appelante, le tout avec les frais de justice.

GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.

IN THE MATTER OF Section 27 of the
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1

AND IN THE MATTER OF a Reference by
the Lieutenant-Governor in Council to the
Court of Appeal of Alberta for hearing and
consideration of the questions set out in
Order-in-Council O.C. 538/90 in respect of
Bill C-62, an Act proposed by the House of
Commons of Canada to amend the *Excise
Tax Act*, the *Criminal Code*, the *Customs Act*,
the *Customs Tariff*, the *Excise Act*, the
Income Tax Act, the *Statistics Act* and the
Tax Court of Canada Act

between

The Attorney General of Canada *Appellant*

v.

**The Attorney General for
Alberta** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of British Columbia, the
Attorney General for Saskatchewan and the
Canadian Federation of Independent
Business** *Intervenors*

and between

The Attorney General for Alberta *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

DANS L'AFFAIRE DE l'article 27 de la
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1

ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi du
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour
d'appel de l'Alberta pour qu'elle donne un
avis sur les questions énoncées dans le
décret O.C. 538/90 relativement au projet de
loi C-62, proposé par la Chambre des
communes du Canada en vue de modifier la
Loi sur la taxe d'accise, le *Code criminel*, la
Loi sur les douanes, le *Tarif des douanes*, la
Loi sur l'accise, la *Loi de l'impôt sur le
revenu*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur
la Cour canadienne de l'impôt*

d entre

Le procureur général du Canada *Appelant*

e
c.

Le procureur général de l'Alberta *Intimé*

f

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, le procureur général de la
Saskatchewan et la Fédération canadienne
de l'entreprise indépendante** *Intervenants*

et entre

Le procureur général de l'Alberta *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Canadian Federation of Independent Business *Interveniers*

INDEXED AS: REFERENCE RE GOODS AND SERVICES TAX

File Nos.: 22635, 22664.

1992: February 24, 25; 1992: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Goods and Services Tax — Whether GST Act ultra vires Parliament in whole or in part — Whether suppliers under GST Act entitled to recover expenses incurred in collection and remittance of GST from consolidated revenue fund — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(13), 103 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Appropriation of provincial funds — Provinces obliged under GST Act to collect and remit GST on taxable supplies when they act as suppliers — Whether obligation to collect and remit GST amounts to taxation of provinces' property or appropriation of provincial funds for federal purposes — Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 125, 126 — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX.

Agency — Obligations of principal — Remuneration of agent — Vendors of taxable supplies appointed agents of Crown in right of Canada under GST Act for purposes of collecting and remitting GST — Whether vendors entitled to recover expenses incurred in collection

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante *Intervenants*

^a RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Nos du greffe: 22635, 22664.

^c 1992: 24, 25 février; 1992: 25 juin.

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

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Taxation — Taxe sur les produits et services — La Loi sur la TPS est-elle ultra vires du Parlement intégralement ou en partie? — Les fournisseurs aux termes de la Loi sur la TPS sont-ils autorisés à recouvrer sur le Trésor les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(13), 103 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale à l'égard de la taxation — Affectation des fonds des provinces — La Loi sur la TPS oblige les provinces à percevoir et à remettre la TPS sur les fournitures taxables lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs — L'obligation de percevoir et de remettre la TPS équivaut-elle à une taxation des biens de la province ou à une affectation des fonds des provinces à des fins fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 125, 126 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, partie IX.

Mandat — Obligations du mandant — Rémunération du mandataire — Les vendeurs de fournitures taxables sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux termes de la Loi sur la TPS aux fins de la perception et de la remise de la TPS — Les vendeurs sont-ils autorisés à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS? — Loi sur la taxe

* Stevenson J. took no part in the judgment.

* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

and remittance of GST — Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 122, 123, 221, 240, 346.

Appeal — Reference — Abstract question — Whether Court should decline to answer question.

Practice — Intervenors — New issues — Reference — New issues raised by intervenor falling outside scope of reference — Whether Court should consider intervenor's arguments.

The Lieutenant-Governor in Council of Alberta referred to the Court of Appeal of that province several questions challenging the constitutionality of the federal Goods and Services Tax ("GST"), which was enacted by Part IX of the *Excise Tax Act* ("GST Act"). The GST, a value-added tax, is designed to be a tax on consumption. It is imposed on any supply other than an exempt supply. A taxable supply attracts the tax each time it is sold. To the extent that the purchaser of a taxable supply uses that good or service in the production of other taxable supplies, it is entitled to an "input tax credit" and can recover the tax it has paid from the government. A number of subordinate entities created by the provincial governments, such as municipalities, universities, public colleges, public hospitals, schools and school authorities, are entitled to claim input tax credits to the extent that their purchases are used in making taxable supplies, and they are eligible for a special rebate of a portion of the tax paid on other purchases. The provinces are not liable to pay tax on their purchases. Under the GST Act, every vendor of a taxable supply, including a province, is appointed an agent of the Crown in right of Canada for the purposes of the collection and remittance of the GST.

The questions referred to the Court of Appeal read as follows:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 122, 123, 221, 240, 346.

Appel — Renvoi — Question abstraite — La Cour doit-elle refuser de répondre à la question?

Pratique — Intervenants — Nouvelles questions — Renvoi — Les nouvelles questions soulevées par un intervenant ne s'inscrivent pas dans le cadre du renvoi — La Cour doit-elle examiner les arguments de l'intervenant?

Le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a soumis à la Cour d'appel de cette province plusieurs questions qui contestent la constitutionnalité de la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»), qui a été adoptée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* («Loi sur la TPS»). La TPS, une taxe à la valeur ajoutée, est conçue comme une taxe à la consommation. Elle est imposée sur toute fourniture autre qu'une fourniture exonérée. La taxe s'applique chaque fois qu'une fourniture taxable est vendue. Dans la mesure où l'acheteur d'une fourniture taxable utilise ce bien ou ce service dans la production d'autres fournitures taxables, il a le droit de recevoir un «crédit de taxe sur les intrants» et peut recouvrer du gouvernement la taxe qu'il a payée. Un certain nombre d'organismes subordonnés créés par les gouvernements provinciaux, comme les municipalités, les universités, les collèges publics, les hôpitaux publics, les écoles et les administrations scolaires, ont le droit de réclamer des crédits de taxe sur les intrants dans la mesure où leurs achats sont utilisés pour produire des fournitures taxables et ils sont admissibles à un rabais spécial d'une partie de la taxe versée sur d'autres achats. Les provinces ne sont pas tenues de payer la taxe sur leurs achats. Aux termes de la *Loi sur la TPS*, tous les vendeurs d'une fourniture taxable, y compris les provinces, sont nommés mandataires de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception et de la remise de la TPS.

Voici les questions soumises à la Cour d'appel:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

- (b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or
- (c) otherwise
- constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?
3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?
4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,
- (a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,
- (b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and
- (c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?
5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue
- (a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or
- (b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply
- b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou
- c) autrement,
- porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?
3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?
4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
- a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,
- b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et
- c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?
5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes
- a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou
- b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable

1992 CanLII 169 (SCC)

ultra vires the Parliament of Canada?

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

- (a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,
- (b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,
- (c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and
- (d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

The opinion of the Court of Appeal was unanimous, except on question 4. The answer to question 1 was no, though the provisions referred to in question 5(a) and (b) are not binding on the province. The answer to question 2 was no. The answer to question 3 was yes, but with four limiting qualifications. The answer to question 4 was yes, with qualifications that differed between the majority and the minority. The answer to question 5 was yes, to the extent that the *GST Act* purported to impose collection and remittance obligations upon the province. The Court of Appeal declined to answer question 6.

The Attorney General of Canada appealed from the judgment of the Court of Appeal with respect to the answers to questions 1, 3, 4 and 5. The Attorney General for Alberta appealed with respect to the answers to questions 1, 2, 3, 4 and 6. In this Court, as in the Court of Appeal, the Attorney General for Ontario sought to raise a new ground for attacking the constitutionality of the *GST Act*, arguing that the Act had never been properly passed through Parliament because the "closure" and "guillotine" rules invoked by the federal govern-

est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

- a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et
- d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

La Cour d'appel a été unanime, sauf en ce qui concerne la quatrième question. Elle a répondu par la négative à la première question, bien que les dispositions mentionnées dans la question 5a) et b) ne lient pas la province. Elle a répondu à la deuxième question par la négative. La troisième question a reçu une réponse affirmative, mais avec quatre restrictions. Elle a répondu par l'affirmative à la quatrième question avec des restrictions différentes pour les juges de la majorité et de la minorité, et par l'affirmative à la cinquième question, dans la mesure où les dispositions législatives sur la TPS avaient pour but d'imposer à la province des obligations en matière de perception et de remise. Elle a refusé de répondre à la sixième question.

Le procureur général du Canada se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux réponses de cette cour aux questions 1, 3, 4 et 5. Le procureur général de l'Alberta se pourvoit en ce qui a trait aux réponses aux questions 1, 2, 3, 4 et 6. Devant notre Cour comme devant la Cour d'appel, le procureur général de l'Ontario a cherché à soulever un nouveau moyen pour contester la constitutionnalité de la Loi sur la TPS, lorsqu'il a fait valoir que la Loi n'a jamais été adoptée correctement par le Parlement parce que les règles en matière de

ment in the passage of the GST Act were themselves *ultra vires*.

Held: The appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed. Questions 1 to 5 were answered in the negative. The Court declined to answer question 6.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The GST Act as a whole is a valid exercise of the federal taxation power under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. The GST Act is properly characterized as being in relation to a mode or system of taxation. Its sole purpose is to raise revenue for the federal government, and the effects produced by the Act on matters within provincial jurisdiction over property and civil rights are incidental to this purpose. The means chosen to raise revenue is a tax on value added throughout the chain of production, with input tax credits granted in respect of taxable supplies used in the production of other taxable supplies. To sever the system of input tax credits from the revenue-raising portions of the GST Act would fundamentally change the character of the tax, from a value-added tax to a federal retail sales tax, and would carve out an exception to the text of s. 91(3) which the words "any Mode or System of Taxation" cannot reasonably bear. The means chosen is sufficiently well integrated into the scheme of the GST Act as a whole that the intrusion upon provincial jurisdiction is justified.

The registered suppliers under the GST Act do not have a right, under s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, to be reimbursed from the consolidated revenue fund of Canada for all expenses and charges incurred in collecting the GST. Section 103 is an appropriations provision, permitting the Government of Canada to make disbursements from the consolidated revenue fund for the purposes of raising revenue without the necessity of annual Parliamentary votes. Its purpose is to immunize the revenue-collecting machinery of the federal government from the uncertainties of annual appropriations by Parliament. It was never intended to create a legally enforceable right in third parties to receive compensation for revenue-raising duties imposed on them by Parliament. Even if s. 103 were to confer authority on the federal government to compensate such third parties, it would not create a correlative power in those third par-

«clôture» et de «guillotine», invoquées par le gouvernement fédéral lors de l'adoption de la Loi sur la TPS, sont elles-mêmes *ultra vires*.

Arrêt: Le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté. Les questions 1 à 5 reçoivent une réponse négative. La Cour refuse de répondre à la sixième question.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Dans son ensemble, la Loi sur la TPS constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de taxation prévu au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi sur la TPS est qualifiée à bon droit comme ayant un rapport avec un mode ou un système de taxation. Elle n'a d'autre but que de procurer des recettes au gouvernement fédéral, et l'effet de la Loi sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale est nécessairement accessoire à ce but. Le moyen choisi pour produire des recettes est une taxe à la valeur ajoutée qui s'applique à toute la chaîne de production avec des crédits de taxe sur les intrants accordés à l'égard des fournitures taxables utilisées dans la production d'autres fournitures taxables. Établir une distinction entre le système des crédits de taxe sur les intrants et les parties concernant le prélèvement de deniers dans la Loi sur la TPS modifierait d'une manière fondamentale le caractère de la taxe—d'une taxe à la valeur ajoutée elle deviendrait une taxe fédérale sur la vente au détail—et constituerait une exception au texte du par. 91(3), que les termes «tous modes ou systèmes de taxation» ne peuvent raisonnablement appuyer. Le moyen choisi est assez bien intégré au régime de la Loi sur la TPS dans son ensemble que l'empiètement sur la compétence provinciale est justifié.

Les fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS n'ont pas le droit aux termes de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d'être remboursés par le Trésor canadien de toutes les dépenses et tous les frais engagés pour percevoir la TPS. L'article 103 est une disposition d'affectation de crédits qui permet au gouvernement du Canada de prélever des fonds sur le Trésor pour produire des recettes sans qu'il soit nécessaire de demander chaque année des crédits parlementaires. Il a pour but d'immuniser le mécanisme de perception de recettes pour le gouvernement fédéral contre les incertitudes découlant de l'affectation de crédits annuels par le Parlement. Il n'a jamais été question de créer un droit applicable en vertu de la loi à l'égard des tiers, leur permettant de recevoir une contrepartie pour les fonctions de perception de recettes que leur impose le législateur. Même si l'art. 103 devait conférer au gouvernement

ties to enforce these payments. The decision to spend appropriated funds remains within the discretion of the government.

As well, the vendors of taxable supplies, as agents of the government for the collection and remittance of the GST, are not entitled to recover at common law the expenses incurred in the course of the agency. Firstly, the presumption that compensation is to be paid where property is taken under a statutory scheme, unless this is expressly excluded by the terms of the statute, has no application in the case of the GST collection regime since no property of the supplier is "taken" by the imposition of the GST collection and remittance obligations. Secondly, Parliament has the right to impose duties relating to the collection of taxes without reimbursing those upon whom the duties are imposed. In any case, the GST Act does contemplate a limited right of reimbursement in the form of the transitional credit for small businesses. Since Parliament did direct its attention to the question of compensation by providing partial compensation in certain cases, common law rights which might have operated but for the statute cannot be relied upon. Thirdly, there is no question of any contractual relationship between the vendors of taxable supplies and the Government of Canada. In the absence of a contract, the common law duty of principals to pay remuneration for services rendered has no application to vendors of taxable supplies. Fourthly, while the principal has a duty to indemnify an agent for tortious liability to third parties incurred in good faith in the course of the agency, compliance with a statutorily imposed duty would constitute a defence in the unlikely event that such claims of liability were to arise. Finally, the suggestion that registered suppliers have a restitutionary claim against the federal government for the costs and expenses of collecting the GST is without merit.

The GST Act does not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. The province's obligation under the GST Act to collect and remit the GST from purchasers of taxable supplies when the province acts as supplier does not amount to taxation of the property of the province. The GST only becomes payable by virtue of transactions in which some property interest has left the supplier and become vested in the purchaser. It is clearly the purchaser, not the supplier, who is liable to pay the

fédéral le pouvoir d'indemniser ces tiers, il ne créerait pas à leur égard le pouvoir corrélatif d'exiger le versement de ces paiements. La décision de dépenser les crédits affectés relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement.

De même, les vendeurs de fournitures taxables, à titre de mandataires du gouvernement pour la perception et la remise de la TPS, ne sont pas autorisés en vertu de la common law à recouvrer les dépenses engagées au cours du mandat. Premièrement, la présomption selon laquelle une indemnisation doit être payée, lorsqu'un bien est pris aux termes d'une loi, à moins que cela ne soit expressément exclu dans le texte de la loi, ne s'applique pas dans le cas du régime de perception de la TPS étant donné que le fournisseur n'est «dépossédé» d'aucun bien par l'imposition des obligations en matière de perception et de remise de la TPS. Deuxièmement, le Parlement a le droit d'imposer, aux termes d'une loi, des obligations en matière de perception de taxes sans rembourser les personnes auxquelles elles sont imposées. De toute façon, la Loi sur la TPS prévoit un droit limité à un remboursement sous forme de crédit transitoire pour la petite entreprise. Étant donné que le législateur a bien pris en considération la question de l'indemnisation en prévoyant une indemnisation partielle dans certains cas, on ne peut se fonder sur les droits découlant de la common law qui auraient pu s'appliquer n'eût été la loi. Troisièmement, il n'est nullement question d'un rapport contractuel entre les vendeurs de fournitures taxables et le gouvernement du Canada. En l'absence de contrat, l'obligation des mandants en vertu de la common law de verser une rémunération pour les services rendus ne s'applique pas aux vendeurs de fournitures taxables. Quatrièmement, bien qu'il existe une obligation pour le mandant d'indemniser un mandataire pour la responsabilité envers les tiers engagée de bonne foi dans le cadre du mandat, le respect d'une obligation imposée par la loi constituerait un moyen de défense dans le cas peu probable de la présentation de telles allégations de responsabilité. Enfin, la prétention selon laquelle les fournisseurs inscrits ont un droit de restitution contre le gouvernement fédéral pour les frais et les dépenses liés à la perception de la TPS n'est pas fondée.

La Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'obligation pour la province, imposée par la Loi sur la TPS, de percevoir la TPS des acheteurs de fournitures taxables et de la remettre lorsque la province agit à titre de fournisseur n'équivaut pas à l'imposition d'une taxe sur un bien de la province. La TPS ne devient payable qu'en vertu des opérations dans lesquelles le fournisseur s'est départi d'un intérêt dans le bien pour le transmettre à l'acheteur. C'est de toute

tax. The possibility that the application of the GST on property sold by the provinces may reduce provincial revenues does not render the GST a "taxation" of provincial property. Nor does the calculation of the GST as a fraction of a price a portion of which is provincial tax amount to the federal taxation of provincial tax. Rather, the price paid for a taxable supply, including a component that is provincial tax, is the measure chosen by Parliament by which the liability of the purchaser to pay the GST is calculated.

The GST Act does not violate s. 126 of the *Constitution Act, 1867*. The obligation imposed by the GST Act upon provinces to collect and remit the GST when they act as suppliers does not amount to the appropriation of provincial funds for federal purposes by Parliament. The obligation is clearly not the same as an obligation to pay out a sum of money to the federal government from the provincial consolidated revenue fund. Parliament has simply imposed certain administrative burdens upon suppliers that are necessarily incidental to a valid federal scheme of "taxation" within the meaning of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. It is only in so far as the province operates as a commercial entity that it becomes subject to these burdens.

Question 6 should not be answered. This question is highly abstract and cannot precisely or usefully be answered in its present form.

The arguments of the Attorney General for Ontario should not be considered. The issues sought to be raised by the intervener, which relate to the regularity of the adoption of the GST Act, fall outside the intended scope of the Reference.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The GST Act is *intra vires* Parliament. The Act falls squarely within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. The GST, a value-added tax, is intended to raise money. It is in pith and substance a mode or system of taxation, so one need not enquire any further about whether it might be justified as necessarily incidental to the legislative scheme. The fact that it may affect activities within provincial regulatory competence is immaterial. It flows from this that the collection provisions of the GST Act, which are simply part and parcel of the mode or system of taxation adopted by Parliament, are also *intra vires*. There is no indication that they were enacted for any other purpose than to collect the tax, and colourability is not lightly to

évidence l'acheteur et non le vendeur qui est tenu de payer la taxe. La possibilité que l'application de la TPS sur la vente d'un bien d'une province puisse réduire les recettes de la province ne transforme pas la TPS en une «taxe» sur un bien de la province. Le calcul de la TPS comme une fraction d'un prix dont une partie constitue une taxe provinciale n'équivaut pas à une taxe fédérale imposée sur une taxe provinciale. Le prix payé pour une fourniture taxable, comprenant une composante qui est une taxe provinciale, est la mesure choisie par le législateur pour calculer l'obligation de l'acheteur de payer la TPS.

La Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'obligation que la Loi sur la TPS impose aux provinces de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elles agissent à titre de fournisseurs n'équivaut pas à une affectation par le Parlement des fonds des provinces à des fins fédérales. L'obligation n'est de toute évidence pas la même qu'une obligation de prélever une somme d'argent sur le Trésor de la province pour la verser au gouvernement fédéral. Le législateur fédéral a simplement imposé aux fournisseurs certains fardeaux administratifs qui sont nécessairement accessoires à un régime de «taxation» fédéral valide selon le sens dans lequel ce terme est utilisé au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est seulement dans la mesure où la province agit à titre d'entreprise commerciale qu'elle devient assujettie à ces fardeaux.

Il ne convient pas de répondre à la sixième question. Cette question est très abstraite et il n'est pas possible d'y donner une réponse utile dans sa forme actuelle.

Il ne convient pas d'examiner les arguments du procureur général de l'Ontario. Les questions que l'intervenant cherche à soulever, qui se rapportent à la régularité de l'adoption de la Loi sur la TPS, n'entrent pas dans le cadre visé par le renvoi.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La Loi sur la TPS est *intra vires* du Parlement. La Loi relève manifestement du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La TPS, une taxe sur la valeur ajoutée, est conçue pour prélever des deniers. Elle est, de par son caractère véritable, un mode ou système de taxation et il n'est donc pas nécessaire de chercher davantage à savoir si elle peut se justifier comme étant nécessairement accessoire au régime législatif. Son incidence possible sur les activités relevant du pouvoir de réglementation des provinces est sans importance. Il en résulte que les dispositions de la Loi sur la TPS relatives à la perception, qui font simplement partie intégrante du mode ou système de taxation adopté par le Parlement, sont également

be imputed. To sever the provisions of the GST Act that do not result in raising revenues from those that do would result in a completely different system of taxation. It would fetter Parliament's discretion to raise money by any mode or system of taxation. That the collection provisions may have an impact on property and civil rights is of no moment. There is no hermetic division between the federal legislative domain and that covered by property and civil rights. Some spillover is inevitable.

Section 103 of the *Constitution Act, 1867* merely provides for the appropriation of monies from the consolidated revenue fund of Canada and does not impose an independent legal obligation on Canada to compensate collecting agents. Rather, it refers to costs, charges and expenses the Government of Canada is obliged to pay by statute or contract independently of s. 103. Whatever duty might reside in the Crown at common law to pay suppliers for collecting the tax, by providing in the GST Act for a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs, Parliament has given a clear indication that it did not intend to provide further compensation for the purpose.

For the reasons given by Lamer C.J., the GST Act does not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. The GST is not, in pith and substance, a tax imposed on provincial property. It is a tax imposed against the purchaser of goods or services and simply collected by the province in common with other suppliers of goods or services. The province is in no different position from an employer obliged to withhold income under the *Income Tax Act*.

Under s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, a province has the exclusive power to appropriate money from its consolidated revenue for provincial purposes. The federal government cannot impose on a province the cost of carrying out a federal activity in the province. It does not follow, however, that an administrative duty reasonably placed by Parliament on a province in the course of enacting a scheme falling squarely within a federal power will be invalid because the performance of that duty will in consequence require some expenditure by the province. In creating a tax system, which falls in

intra vires. Rien ne permet de croire qu'elles ont été adoptées dans quelque autre but que de percevoir la taxe, et l'on ne doit pas les considérer à la légère comme étant un artifice. Séparer les dispositions de la Loi sur la TPS qui n'aboutissent pas au prélèvement de deniers de celles qui ont ce résultat, donnerait un système de taxation complètement différent. Cela ferait obstacle au pouvoir discrétionnaire du Parlement de prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation. Il est sans importance que les dispositions relatives à la perception puissent avoir une incidence sur la propriété et les droits civils. Il n'existe pas de cloison étanche entre le domaine législatif fédéral et celui qui est visé par la propriété et les droits civils. Il est inévitable qu'il y ait certains chevauchements.

L'article 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait que prévoir le paiement de sommes d'argent sur le Trésor du Canada. Il n'impose pas au Canada l'obligation légale distincte d'indemniser les percepteurs. Il fait plutôt mention des frais, charges et dépenses que doit acquitter le gouvernement du Canada en vertu d'une loi ou d'un contrat indépendamment de l'art. 103. Quelle que puisse être l'obligation de la Couronne, en common law, de payer les fournisseurs pour percevoir la taxe, en prévoyant un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à faire face au coût initial de l'observation de la Loi sur la TPS, le Parlement a indiqué clairement qu'il n'entend pas donner d'autre indemnité à cet égard.

Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer, la Loi sur la TPS ne viole pas l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La TPS n'est pas, de par son caractère véritable, une taxe sur la propriété de la province. C'est une taxe imposée à quiconque achète des produits ou des services et elle est simplement perçue par la province en commun avec d'autres fournisseurs de produits et de services. La province ne se trouve pas dans une situation différente de celle de l'employeur obligé de faire des retenues en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur son Trésor à des fins provinciales. Le gouvernement fédéral ne peut pas faire supporter à une province le coût de l'exercice d'une activité fédérale dans cette province. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'une obligation administrative, raisonnablement imposée à une province par le Parlement dans le cadre de l'adoption d'une mesure législative relevant manifestement de la compétence fédérale, sera invalide parce que l'exécution de cette obligation aura pour conséquence d'imposer

pith and substance within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may incidentally require the provinces to assume such a burden. Otherwise, the broad taxing power there granted would be frustrated.

Question 6 should not be answered. Parliament has seen fit not to impose duties and taxes of the kind addressed in that question. The Court would ill serve the nation if it attempted to respond to a question raising such fundamental issues in the abstract.

For the reasons given by Lamer C.J., the arguments of the Attorney General for Ontario should not be considered.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; **distinguished:** *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; **referred to:** *The Queen v. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 Que. Q.B. 222; *Petkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.); *Phillips v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Reference re Education System in Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451; *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54.

By La Forest J.

Distinguished: *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C.

quelque dépense à la province. En créant un système de taxation, ce qui relève, de par son caractère véritable, du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut accessoirement exiger des provinces qu'elles assument ce fardeau. Autrement, le large pouvoir de taxation conféré par cette disposition se trouverait contrarié.

Il ne convient pas de répondre à la sixième question. Le Parlement a jugé bon de ne pas imposer de droits et de taxes du genre de ceux qui sont visés à cette question. La Cour desservirait la nation si elle tentait de répondre dans l'abstrait à des questions soulevant des points aussi fondamentaux.

Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer, il ne convient pas d'examiner les arguments du procureur général de l'Ontario.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; **distinction d'avec les arrêts:** *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *Attorney-General for Quebec c. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; **arrêts mentionnés:** *The Queen c. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 B.R. 222; *Petkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.); *Phillips c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Reference re Education System in Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451; *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec les arrêts: *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Onta-*

355; referred to: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554; *Valin v. Langlois (1879)*, 3 S.C.R. 1; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(3), 92(13), 102, 103, 104, 105, 106, 125, 126.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15 [am. 1990, c. 45, s. 12], ss. 122, 123, 154, 221, 222, 240, 313(1), 346.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153, 227(4).
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 27.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1, in the matter of a reference concerning the federal Goods and Services Tax. The appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed.

T. B. Smith, Q.C., James M. Mabbutt, Q.C., and James N. Shaw, for the appellant/respondent.

James C. MacPherson, Peter J. McIntyre and Gina A. Ross, for the respondent/appellant.

Janet E. Minor, Peter Landmann and John Terry, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Hunter W. Gordon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

rio, [1937] A.C. 355; arrêts mentionnés: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554; *Valin c. Langlois (1879)*, 3 R.C.S. 1; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9.

Lois et règlements cités

Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 27.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), 92(13), 102, 103, 104, 105, 106, 125, 126.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153, 227(4).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15 [mod. 1990, ch. 45, art. 12], art. 122, 123, 154, 221, 222, 240, 313(1), 346.

Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1, dans l'affaire d'un renvoi concernant la taxe fédérale sur les produits et services. Le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté.

T. B. Smith, c.r., James M. Mabbutt, c.r., et James N. Shaw, pour l'appelant/intimé.

James C. MacPherson, Peter J. McIntyre et Gina A. Ross, pour l'intimé/appelant.

Janet E. Minor, Peter Landmann et John Terry, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Hunter W. Gordon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

F. J. C. Newbould, Q.C., and Freya Kristjanson,
for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

F. J. C. Newbould, c.r., et Freya Kristjanson,
pour l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

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

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

LAMER C.J.—

LE JUGE EN CHEF LAMER—

1. The Facts

1. Les faits

These appeals involve a challenge to the constitutionality of the federal Goods and Services Tax. The legislation enacting the Goods and Services Tax (hereinafter referred to as the "GST Act") was passed by Parliament in December, 1990, by Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. It received Royal Assent on December 17, 1990 (S.C. 1990, c. 45, s. 12). The Goods and Services Tax ("GST") is calculated at the rate of seven percent and this rate applies to most sales of taxable supplies, which include most goods and services. Provincial governments are not liable to pay tax on their purchases. However, a number of subordinate entities created by the provincial governments such as municipalities, universities, public colleges, public hospitals, schools and school authorities, for convenience referred to as the "MUSH sector"; are liable to pay the tax.

Les présents pourvois portent sur une contestation de la constitutionnalité de la taxe fédérale sur les produits et services. Les dispositions législatives relatives à la taxe sur les produits et services (ci-après la «Loi sur la TPS») ont été adoptées par le Parlement en décembre 1990 dans la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. Elles ont reçu la sanction royale le 17 décembre 1990 (L.C. 1990, ch. 45, art. 12). La taxe sur les produits et services («TPS») est calculée au taux de sept pour cent et ce taux s'applique à la plupart des ventes de fournitures taxables, qui comprennent la plupart des produits et services. Les gouvernements provinciaux ne sont pas tenus de payer la taxe sur leurs achats. Toutefois, un certain nombre d'organismes subordonnés créés par les gouvernements provinciaux, comme les municipalités, les universités, les collèges publics, les hôpitaux publics, les écoles et les administrations scolaires, appelés par souci de commodité le «secteur MUSH», sont tenus de payer la taxe.

The GST is designed to be a tax on consumption. To this end, the GST Act contemplates three classes of goods and services. Taxable supplies attract the tax of seven percent each time they are sold. To the extent that the purchaser of a taxable supply uses that good or service in the production of other taxable supplies, it is entitled to an "input tax credit" and can recover the tax it has paid from the government. The MUSH sector is entitled to claim input tax credits to the extent that its purchases are used in making taxable supplies, and it is eligible for a special rebate of a portion of the tax paid on other purchases.

La TPS est conçue comme une taxe à la consommation. À cette fin, la Loi sur la TPS vise trois catégories de produits et services. Une taxe de sept pour cent s'applique à la vente des fournitures taxables. Dans la mesure où l'acheteur d'une fourniture taxable utilise ce bien ou ce service dans la production d'autres fournitures taxables, il a le droit de recevoir un «crédit de taxe sur les intrants» et peut recouvrer du gouvernement la taxe qu'il a payée. Le secteur MUSH a le droit de réclamer des crédits de taxe sur les intrants dans la mesure où ses achats sont utilisés pour produire des fournitures taxables et il est admissible à un remboursement spécial d'une partie de la taxe versée sur d'autres achats.

1992 CanLII 69 (SCC)

By definition, to the extent that taxable supplies are not used by the purchaser to produce other taxable supplies, they are consumed by the purchaser. To this extent, the purchaser cannot recapture the tax already paid through the input tax credit mechanism. Hence, the GST is collected and refunded down through each stage of the production process to the ultimate consumption of a taxable supply, at which stage the tax paid is not recoverable by the purchaser.

Exempt supplies and zero-rated supplies do not attract any tax from the ultimate consumer. However, in respect of exempt supplies, the vendor, while paying the GST on purchases, is not entitled to an input tax credit. In consequence, in the case of exempt supplies GST is paid to the federal government at the penultimate stage in the production chain rather than by the ultimate consumer. In principle, zero-rated supplies attract the GST in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer. However, the consumer pays a tax set at "0 %", and suppliers are entitled to the input tax credit, so that no net revenue is raised for the federal government at any stage in the production chain by the production and sale of these goods.

By Order-in-Council dated October 11, 1990, the Lieutenant-Governor in Council of Alberta referred several questions relating to the validity and effect of the GST Act to the Court of Appeal for Alberta, pursuant to s. 27 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1. These questions are reproduced below:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

Par définition, dans la mesure où des fournitures taxables ne sont pas utilisées par l'acheteur pour produire d'autres fournitures taxables, elles sont consommées par l'acheteur. Dans ces cas-là, l'acheteur ne peut récupérer, par le mécanisme de crédit de taxe sur les intrants, la taxe qu'il a déjà payée. Par conséquent, la TPS est perçue et remboursée à chaque étape du processus de production jusqu'à la consommation finale d'une fourniture taxable, la taxe payée ne pouvant être récupérée par l'acheteur à cette étape.

Aucune taxe n'est payée par le consommateur final sur les fournitures exonérées et les fournitures détaxées. Toutefois, en ce qui a trait aux fournitures exonérées, le vendeur, tout en payant la TPS sur les achats, n'a pas le droit à un crédit de taxe sur les intrants. En conséquence, dans le cas des fournitures exonérées, la TPS est payée au gouvernement fédéral à l'avant-dernière étape dans la chaîne de production plutôt que par le consommateur final. En principe, les fournitures détaxées entraînent la TPS de la même manière que toute autre fourniture taxable tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur final. Toutefois, le consommateur paye une taxe établie à «0 p. 100» et les fournisseurs ont droit au crédit de taxe sur les intrants, de manière que le gouvernement fédéral ne retire de recette nette de la production et la vente de ces produits à aucune étape de la chaîne de production.

Par le décret daté du 11 octobre 1990, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a renvoyé plusieurs questions relatives à la validité et à l'effet de la Loi sur la TPS devant la Cour d'appel de l'Alberta, aux termes de l'art. 27 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1. Voici le texte de ces questions:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

- (b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or
- (c) otherwise
- constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?
3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?
4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,
- (a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,
- (b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and
- (c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?
5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue
- (a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or
- (b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply
- b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou
- c) autrement,
- porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?
3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?
4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
- a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,
- b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et
- c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?
5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes
- a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou
- b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable

ultra vires the Parliament of Canada?

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,

(b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,

(c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and

(d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

These same six constitutional questions were stated by the Chief Justice on November 14, 1991 and form the background of these appeals.

The opinion of the Court of Appeal for Alberta was unanimous, except for Côté J.A., who was in dissent on question 4: (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1. The answer to question 1 was no, though the provisions referred to in question 5(a) and (b) are not binding on the province. The answer to question 2 was no.

The answer to question 3 was yes, but with four limiting qualifications: reimbursement was available provided that (a) the charges are not salary wages or remuneration for time and effort, (b) they are incurred in the course of the supplier's activities as an agent for the federal government in collecting the tax, (c) they are reasonably attributable to Canada's interest in the tax, and (d) they are

est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et

d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Ces six questions constitutionnelles ont été énoncées par le Juge en chef le 14 novembre 1991 et constituent le fondement des présents pourvois.

La Cour d'appel de l'Alberta a été unanime, à l'exception de la dissidence du juge Côté sur la quatrième question: (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 289, 117 A.R. 321, 84 D.L.R. (4th) 577, [1992] 1 W.W.R. 1. Elle a répondu par la négative à la première question, bien que les dispositions mentionnées dans la question 5a) et b) ne lient pas la province. Elle a répondu à la deuxième question par la négative.

La troisième question a reçu une réponse affirmative, mais avec quatre restrictions: le remboursement était possible pourvu que les frais a) ne constituent pas des salaires ou une rémunération pour du temps et des efforts, b) aient été engagés dans le cadre des activités du fournisseur à titre de mandataire du gouvernement fédéral pour percevoir la taxe, c) soient raisonnablement attribuables

incurred reasonably and without negligence or known illegality.

The answer to question 4 was yes, with qualifications that differed between the majority and Côté J.A. in dissent. The answer to question 5 was yes, to the extent that the GST Act purported to impose collection and remittance obligations upon the province. The Court of Appeal declined to answer question 6.

The Attorney General of Canada appealed from the judgment of the Court of Appeal with respect to that court's answers to questions 1, 3, 4 and 5 of the Reference. The Attorney General for Alberta also appealed, with respect to the answers to questions 1, 2, 3, 4 and 6. By an order of this Court the two appeals were consolidated and set down for hearing on February 24 and 25, 1992.

2. Judgment of the Court of Appeal for Alberta (1991), 84 D.L.R. (4th) 577

(1) *Majority (Laycraft C.J.A., Kerans, Hetherington, Stratton J.J.A., Côté J.A. dissenting in part)*

The majority of the Court of Appeal concluded that the system of collection created by the GST Act was not *ultra vires* the Parliament of Canada. To sever those provisions of the GST Act that did not result in the raising of money—the input tax system and the scheme in respect of zero-rated supplies—from those that did, would result in a completely different system of taxation from that contemplated by Parliament. The tax, instead of being a value-added tax, would become a retail sales tax.

The Court of Appeal concluded that nothing in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, restricted Parliament in its choice of any system of taxation, and concluded that those provisions that did not have the effect of raising money were necessarily incidental to the scheme of the GST as a whole.

à l'intérêt du Canada dans la taxe et d) aient été engagés de manière raisonnable et sans négligence ou illégalité connue.

^a La Cour d'appel a répondu par l'affirmative à la quatrième question avec des restrictions différentes pour les juges de la majorité et pour le juge Côté, dissident. Elle a répondu par l'affirmative à la cinquième question, dans la mesure où la Loi sur la TPS avait pour but d'imposer à la province des obligations en matière de perception et de remise. Elle a refusé de répondre à la sixième question.

^b Le procureur général du Canada se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux réponses de cette cour aux questions 1, 3, 4 et 5 du Renvoi. Le procureur général de l'Alberta se pourvoit également en ce qui a trait aux réponses aux questions 1, 2, 3, 4 et 6. Par une ordonnance de notre Cour, les deux pourvois ont été réunis et les dates d'audience ont été fixées aux 24 et 25 février 1992.

^c 2. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 84 D.L.R. (4th) 577

(1) *Les juges de la majorité (le juge en chef Laycraft et les juges Kerans, Hetherington et Stratton, le juge Côté est dissident en partie)*

^d La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le système de perception créé par la Loi sur la TPS n'était pas *ultra vires* du Parlement du Canada. Séparer les dispositions de la Loi sur la TPS qui ne donnent pas lieu à une perception de fonds—le système de crédit de taxe sur les intrants et le processus relatif aux fournitures détaxées—de celles qui ont cet effet, entraînerait un système de taxation entièrement différent de celui que le législateur envisageait. La taxe, au lieu d'être une taxe à la valeur ajoutée, deviendrait une taxe de vente au détail.

^e La Cour d'appel a conclu que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne limite nullement le choix par le Parlement d'un système de taxation et que les dispositions qui ne portent pas sur la perception de sommes d'argent sont nécessairement accessoires à l'ensemble du régime de la TPS.

The Court of Appeal further concluded that various provisions of the GST Act—notably the agency and trust provisions, and the imposition upon suppliers of detailed accounting requirements—did encroach significantly upon matters traditionally subject to provincial jurisdiction over property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on the judgment of this Court in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, the Court of Appeal concluded that “a strict test” was required to determine whether the challenged provisions were sufficiently integrated with the overall scheme of the legislation to be justified. However, the court noted that the object of the GST Act was the imposition of a value-added tax on consumers of taxable supplies and suppliers of exempt supplies, and found that the government achieved this object by requiring a supplier to pay the tax at the time of purchase and then allowing recovery, through the input tax scheme, of that portion of the payment that is attributable to the production and sale of other taxable supplies. In the opinion of the Court of Appeal, these provisions of the GST Act were essential if the legislation was to achieve its object, and their inclusion in the scheme was therefore justified. Consequently, the test of necessary incidence was passed.

In respect of the third question, the Court of Appeal stated that there exists a general common law presumption against the taking of property without payment of compensation. However, it concluded that it was not necessary to resort to this general doctrine, since ss. 221(1) and 222(1) of the GST Act unilaterally designate vendors of taxable supplies agents of the Crown in right of Canada for the collection of the GST, and trustees of the Crown in respect of the funds collected. Consequently, the more specific common law duties of principals to reimburse agents for expenses incurred in the course of their agency were directly applicable. The court concluded that the obligations of the principal or person requesting services fell into two distinct categories: compensation for

La Cour d'appel a en outre conclu que diverses dispositions de la Loi sur la TPS—notamment les dispositions sur les mandataires et les fiducies et sur l'imposition aux fournisseurs d'exigences précises en matière de comptabilité—empiètent d'une manière importante sur des questions traditionnellement assujetties à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sur le fondement de l'arrêt de notre Cour *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, la Cour d'appel a conclu qu'«un critère strict» était nécessaire pour déterminer si les dispositions contestées étaient suffisamment intégrées dans le régime global de la loi pour être justifiées. Toutefois, la cour a souligné que la Loi sur la TPS a pour objet l'imposition d'une taxe à la valeur ajoutée aux consommateurs de fournitures taxables et aux fournisseurs de fournitures exonérées et a conclu que le gouvernement a atteint cet objectif en exigeant d'un fournisseur qu'il paye la taxe au moment de l'achat et ensuite qu'il puisse récupérer par le régime de crédit de taxe sur les intrants, la partie du paiement qui se rapporte à la production et à la vente d'autres fournitures taxables. De l'avis de la Cour d'appel, ces dispositions de la Loi sur la TPS sont essentielles pour que la loi atteigne son objectif et leur inclusion dans le régime est par conséquent justifiée. En conséquence, le critère de l'accessoire nécessaire est respecté.

En ce qui a trait à la troisième question, la Cour d'appel a dit qu'il existe une présomption générale de common law contre la prise d'un bien sans le paiement d'une contrepartie. Toutefois, elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'avoir recours à cette doctrine générale, étant donné que les par. 221(1) et 222(1) de la Loi sur la TPS désignent de manière unilatérale les vendeurs de fournitures taxables à titre de mandataires de la Couronne du chef du Canada pour la perception de la TPS et à titre de fiduciaires de l'État en ce qui a trait aux sommes perçues. Par conséquent, les obligations plus précises de common law à l'égard des mandants qui doivent rembourser les mandataires des dépenses engagées dans le cadre de leur mandat sont directement applicables. La cour a conclu

time and effort expended in the course of the agency, and indemnification against expense or liability incurred to third parties. The court concluded that, in the absence of a contract, a principal is under no duty to reimburse an agent for time and effort expended in the course of the agency. On this basis, the court concluded, at p. 589, that:

To suggest that here Canada is impliedly contracting to pay GST suppliers for their time and effort would be to invent both an intent and an appearance. Canada is not so promising, and no reasonable person could think that Canada really is. None of the parties to this reference suggest that there is any such contract, express or implied. Yet (as noted), that is the common-law test for remuneration. The standard textbooks on restitution do not appear to offer any basis to compel payment for such services either.

Therefore, we conclude that, apart from s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, Canada need not pay suppliers for their time and trouble.

On the other hand, the Court of Appeal concluded that a principal did have a common law duty to indemnify the agent for special expenses and liability incurred to third parties in the course of the agency. While there was no question that valid legislation could extinguish this duty, the court concluded that there were no provisions in the GST Act which purported to do this. The great bulk of GST transactions and remittances would involve no such expense or liability, and therefore would not bring into play the duty for Canada to reimburse vendors of taxable supplies. However, in situations where such liability was incurred, it would be just that Canada, the principal, reimburse its fair share of that expense or liability to its agents. Therefore, and to this extent only, the court concluded that the obligation to reimburse or indemnify did exist.

que les obligations du mandant ou de la personne qui demande des services s'inscrivent dans deux catégories distinctes: une contrepartie pour le temps et les efforts consacrés dans le cadre du mandat, et l'indemnisation des dépenses ou des frais engagés par des tiers. La cour a conclu que, en l'absence d'un contrat, un mandant n'est nullement tenu de rembourser un mandataire relativement au temps et aux efforts consacrés dans le cadre du mandat. Sur ce fondement, la cour a dit, à la p. 589:

[TRADUCTION] En faisant valoir que, en l'espèce, le Canada conclut de façon implicite un contrat pour rembourser les fournisseurs relativement à leur temps et à leurs efforts, on invente à la fois une intention et une apparence. Le Canada ne fait pas de telles promesses et aucune personne raisonnable ne pourrait penser qu'il le fait vraiment. Aucune des parties au présent renvoi ne laisse entendre qu'il existe un tel contrat, exprès ou implicite. Toutefois, (comme nous l'avons mentionné), c'est là le critère de common law en matière de rémunération. Les ouvrages de base sur la restitution ne semblent pas non plus appuyer le remboursement de ces services.

Par conséquent, nous concluons que, indépendamment de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Canada n'est pas tenu de payer les fournisseurs pour leur temps et leur peine.

Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu qu'un mandant a une obligation de common law d'indemniser le mandataire pour les dépenses et les frais spéciaux engagés par des tiers dans le cadre du mandat. Bien qu'il soit évident qu'une loi valide peut éteindre cette obligation, la cour a conclu qu'aucune disposition de la Loi sur la TPS n'a cet effet. La plus grande partie des opérations et des versements en matière de TPS ne comporterait pas de telles dépenses ou frais et par conséquent n'entraînerait pas l'obligation pour le Canada de rembourser les vendeurs de fournitures taxables. Toutefois, dans les situations où de tels frais ont été engagés, il serait juste que le Canada, le mandant, rembourse sa part équitable de ses dépenses ou de ses frais à ses mandataires. Par conséquent, et seulement dans cette mesure, la cour a conclu à l'existence de l'obligation de remboursement ou d'indemnisation.

In view of its conclusions with respect to the common law duty to reimburse, the Court of Appeal found it unnecessary to decide whether s. 103 of the *Constitution Act, 1867* imposes a duty of reimbursement independently of the common law. However, where the common law duty of reimbursement does operate, the court concluded that s. 103 makes fulfilment of this duty a first charge upon the consolidated revenue fund of Canada. In the court's opinion, the words "first charge" contained in s. 103 were inconsistent with the idea that such payments were optional.

The Court of Appeal was of the view that s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, offered a province immunity from a tax imposed on its property by Canada, and that Canada enjoyed the same immunity in respect of taxation by the provinces. This dual immunity constituted one of the "warning markers" essential to the working of a federal system of government. The court considered that the purpose of s. 125 was to head off the temptation for a government to exact revenue, not from the people directly, but from another level of government. Similarly, the purpose of s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, was to prohibit the appropriation of the funds of one level of government by another, a logical corollary of interjurisdictional immunity from taxation of government property.

The majority of the Court of Appeal concluded that the collection and remittance provisions under attack did not impose a tax directly on the property of a province. However, they did purport to impose certain obligations on a province. By virtue of s. 313(1) of the GST Act, the price for non-compliance with collection and remittance obligations was an action in the superior courts for recovery of the tax revenue "deemed" to have been collected, and, ultimately, the issuance of writs of execution against provincial property. Since the collection mechanism required the vendor of taxable supplies either to collect and remit the tax or pay the tax itself, it offended s. 125 of the *Constitution Act, 1867* in its application to provincial governments,

Compte tenu de ses conclusions en ce qui a trait à l'obligation de remboursement de la common law, la Cour d'appel a jugé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose une obligation de remboursement indépendamment de la common law. Toutefois, lorsque l'obligation de remboursement de la common law s'applique, la cour a conclu que, en vertu de l'art. 103, le respect de cette obligation constitue une première charge sur le Trésor canadien. De l'avis de la cour, l'expression «première charge» à l'art. 103 est incompatible avec l'idée que de tels paiements sont facultatifs.

La Cour d'appel s'est dite d'avis que l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à une province l'immunité contre une taxe imposée sur ses biens par le Canada et que le Canada jouit de la même immunité relativement à la taxation par les provinces. Cette double immunité constitue l'une des [TRADUCTION] «balises» essentielles au fonctionnement d'un système de gouvernement fédéral. La cour a considéré que l'art. 125 a pour but d'éliminer la tentation pour un gouvernement de retirer des recettes, non pas directement des personnes, mais d'un autre palier de gouvernement. De même, l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier les fonds d'un autre palier, un corollaire logique de l'exclusivité des compétences à l'égard de la taxation des biens du gouvernement.

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que les dispositions contestées relatives à la perception et à la remise n'imposent pas une taxe directement sur les biens d'une province. Toutefois, elles imposent certaines obligations à une province. En vertu du par. 313(1) de la Loi sur la TPS, le non-respect des obligations en matière de perception et de remise entraîne une action devant les tribunaux d'instance supérieure pour le recouvrement des recettes fiscales qui sont «réputées» avoir été perçues et, finalement, la délivrance de brefs d'exécution contre des biens de la province. Étant donné qu'il exige que le vendeur d'une fourniture taxable perçoive ou remette la taxe ou la paye lui-même, le mécanisme de perception porte atteinte à l'art. 125

and was to that extent inoperative. Thus, while a province might voluntarily comply with the GST Act's collection and remittance provisions, it was under no legal obligation to do so. The court concluded, at p. 602, that:

[A]n attempt by Canada to oblige a province to expend valuable effort to collect the GST on taxable supplies by the province is an exaction in the nature of a tax and is caught by both s. 125 and s. 126. As a result, the provisions in the GST Act imposing these duties do not validly operate against a province. However, we would not declare them of no force and effect, because they do, as we have elsewhere said, lawfully bind others.

The court also rejected the suggestion that the application of the GST to taxable supplies sold by the province amounted to a tax on the province's property. While the imposition of GST upon sales by the province might well depress the price that the province could charge on such transactions, the real bite of the tax was not intended to fall on the seller. Most federal taxes, including the federal income tax, have some impact upon provincial revenues, but they do not amount, for this reason alone, to impermissible indirect taxation of provincial property contrary to s. 125, or to indirect appropriations of provincial funds contrary to s. 126, of the *Constitution Act, 1867*.

The Court of Appeal declined to answer the final question in the Reference, on the grounds that some of the Crown organizations and agents referred to in the question did not exist, and that without greater specificity of description, any answers given would be useless or even misleading. Moreover, even if it were possible to give the answers requested, exceptions would have to be made if it were decided that the establishment of these organizations was in truth a colourable attempt to interfere with a federal scheme of taxa-

de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans son application aux gouvernements provinciaux et est dans cette mesure inopérant. Par conséquent, bien qu'une province puisse se conformer volontairement aux dispositions de la Loi sur la TPS relatives à la perception et à la remise, elle n'a aucune obligation légale de le faire. La cour a conclu à la p. 602:

[TRANSDUCTION] [T]oute tentative par le Canada d'obliger une province à faire des efforts importants pour percevoir la TPS sur des fournitures taxables par la province constitue un impôt de la nature d'une taxe et s'inscrit dans le cadre de l'art. 125 et de l'art. 126. En conséquence, les dispositions de la Loi sur la TPS imposant ces obligations ne s'appliquent pas valablement à une province. Toutefois, nous ne sommes pas d'avis de les déclarer inopérantes parce que, comme nous l'avons dit précédemment, elles lient légalement d'autres personnes.

La cour a également rejeté l'argument selon lequel l'application de la TPS à des fournitures taxables vendues par la province équivaut à une taxe sur les biens de la province. Bien que l'imposition de la TPS sur les ventes de la province pourrait bien réduire le prix que la province serait en mesure d'exiger dans de telles opérations, le véritable effet de la taxe ne devait pas toucher le vendeur. La plupart des taxes fédérales, y compris l'impôt fédéral sur le revenu, ont un certain effet sur les recettes des provinces mais elles n'équivalent pas, pour cette seule raison, à une taxation indirecte inadmissible des biens de la province en contravention de l'art. 125, ou à une appropriation indirecte des fonds de la province en contravention de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour d'appel a refusé de répondre à la dernière question du renvoi, pour les motifs que certains organismes et mandataires de l'État mentionnés dans la question n'existaient pas et que, sans une description plus détaillée, toute réponse serait inutile ou même trompeuse. Qui plus est, même s'il était possible de répondre, il y aurait des exceptions s'il était jugé que la création de ces organismes était en réalité une tentative déguisée d'intervenir dans un régime de taxation fédéral. En l'absence de tout régime précis à évaluer, la Cour

tion. In the absence of any specific existing scheme to evaluate, the Court of Appeal concluded that it would not be appropriate to provide speculative answers.

(2) *Côté J.A. (dissenting in part)*

Côté J.A. joined in the judgment of the Court of Appeal except with respect to question 4. In his opinion, there could arise circumstances in which the imposition of the GST upon purchasers of taxable supplies from the provincial government could amount to an impermissible taxation of the province's property. Côté J.A. stated that the characterization of the tax as a tax upon the purchaser, rather than the vendor, determined very little, and that the true question was on whom the burden of the tax actually fell. There could well arise situations where the imposition of the GST upon the purchaser would simply reduce the price the vendor could charge for a taxable supply. In these cases, the true burden of the tax was borne by the vendor.

In Côté J.A.'s opinion, the value of property is measured by what that property can be sold or rented for on the market. Therefore, a tax on the income from property is capable of amounting to a tax on that property itself. Since the purpose of s. 125 was to protect the property of the province from taxation by other levels of government, the application of the GST to sales of taxable supplies by the provincial government was *ultra vires* to the extent that the tax burden was actually absorbed by the province as vendor. To the extent that the province could establish by evidence that it, rather than the purchaser, bore the true burden of the tax in the form of reduced revenues from the sale of its property, Côté J.A. was of the opinion that the application of the GST to sales by the province should be declared *ultra vires*.

3. The Interveners

Before this Court, the Attorneys General for Saskatchewan, British Columbia and Ontario, as

d'appel a conclu qu'il ne serait pas à propos de répondre d'une manière spéculative.

(2) *Le juge Côté (dissident en partie)*

Le juge Côté a souscrit à l'arrêt de la Cour d'appel sauf en ce qui a trait à la quatrième question. À son avis, il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles l'imposition de la TPS aux acheteurs de fournitures taxables d'un gouvernement provincial pourrait équivaloir à une taxation inadmissible d'un bien de la province. Le juge Côté a dit que la caractérisation de la taxe comme une taxe visant l'acheteur, plutôt que le vendeur, était très peu concluante et que la véritable question était de savoir à qui incombait le fardeau de la taxe. Il pourrait très bien y avoir des situations dans lesquelles l'imposition de la TPS à l'acheteur aurait pour effet de réduire le prix que le vendeur pourrait exiger pour une fourniture taxable. Dans ces cas, le véritable fardeau de la taxe incomberait au vendeur.

De l'avis du juge Côté, la valeur d'un bien se calcule en fonction du montant pour lequel il peut être vendu ou loué sur le marché. Par conséquent, une taxe imposée sur le revenu provenant d'un bien peut équivaloir à une taxe sur ce bien lui-même. Étant donné que le but de l'art. 125 est de protéger les biens d'une province contre la taxation par d'autres paliers de gouvernement, l'application de la TPS aux ventes de fournitures taxables par le gouvernement provincial est *ultra vires* dans la mesure où le fardeau de la taxe est réellement absorbé par la province à titre de vendeur. Dans la mesure où la province pourrait faire la preuve que c'est elle, et non l'acheteur qui supporte le véritable fardeau de la taxe sous la forme d'une diminution des recettes tirées de la vente de ses biens, le juge Côté était d'avis que l'application de la TPS aux ventes de la province devrait être déclarée *ultra vires*.

3. Les intervenants

Devant notre Cour, les procureurs généraux de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique et de

well as the Canadian Federation of Independent Business ("CFIB"), were granted leave to intervene. The CFIB intervenes only with respect to the third constitutional question, on which it adopts the position advanced by the Attorney General for Alberta. In addition, the CFIB urged the Court to find that registered suppliers who incurred costs and expenses in complying with the GST Act have a restitutionary claim against the federal consolidated revenue fund in full reimbursement of these expenses.

The Attorney General for Saskatchewan adopts the submissions of the Attorney General for Alberta with respect to the first five constitutional questions, but urged us to decide that the Court of Appeal of Alberta was correct to decline to answer the sixth constitutional question. In addition, the Attorney General for Saskatchewan offered an argument of its own in respect of constitutional questions four and five.

The Attorney General of British Columbia intervenes with respect to both the fifth and sixth constitutional questions, arguing that questions 5(a), 5(b), 6(a), and 6(b) should be answered in the affirmative.

The Attorney General for Ontario intervened on what we consider to be a subject unrelated to the broad issues involved in these appeals. Put succinctly, counsel for the Attorney General for Ontario sought to argue that the GST Act had never been properly passed through Parliament, on the grounds that House of Commons Standing Orders 57—"closure"—and 78(3)—government imposed time limits on debate ("guillotine")—which were invoked by the federal government in the passage of the GST Act, are themselves *ultra vires*.

It will not be necessary for us to deal separately with the submissions of the interveners in any detail, as our opinion with respect to their arguments will become apparent from the answers we give to the six constitutional questions in these appeals. For reasons that appear later in this judg-

l'Ontario ainsi que la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante («FCEI») ont obtenu l'autorisation d'intervenir. La FCEI n'intervient qu'en ce qui a trait à la troisième question constitutionnelle, à l'égard de laquelle elle adopte la position du procureur général de l'Alberta. De plus, la FCEI a prié la Cour de conclure que les fournisseurs inscrits qui ont engagé des frais et des dépenses pour se conformer à la Loi sur la TPS peuvent exercer un droit de restitutions contre le Trésor fédéral en vue d'obtenir le remboursement complet de ces dépenses.

Le procureur général de la Saskatchewan fait siens les arguments du procureur général de l'Alberta en ce qui a trait aux cinq premières questions constitutionnelles, mais nous prie de décider que la Cour d'appel de l'Alberta a eu raison de refuser de répondre à la sixième question. De plus, le procureur général de la Saskatchewan a présenté son propre argument relativement aux quatrième et cinquième questions constitutionnelles.

Le procureur général de la Colombie-Britannique intervient en ce qui a trait aux cinquième et sixième questions constitutionnelles, et soutient qu'il faudrait répondre par l'affirmative aux questions 5a), 5b), 6a) et 6b).

Le procureur général de l'Ontario intervient à l'égard de ce que nous considérons comme un sujet qui ne se rapporte pas aux questions générales soulevées dans les présents pourvois. En bref, les avocats du procureur général de l'Ontario font valoir que la Loi sur la TPS n'a jamais été adoptée correctement par le Parlement pour le motif que l'art. 57—«clôture»—et le par. 78(3)—l'imposition par le gouvernement d'une limite aux débats («guillotine») —du Règlement de la Chambre des communes qui ont été invoqués par le gouvernement fédéral lors de l'adoption de la Loi sur la TPS sont eux-mêmes *ultra vires*.

Il ne nous sera pas nécessaire de traiter séparément des arguments des intervenants d'une manière détaillée, car notre opinion à l'égard de ceux-ci ressortira des réponses que nous donnons aux six questions constitutionnelles dans les présents pourvois. Pour des motifs que nous expose-

ment, we did not consider it appropriate to hear the submissions of the Attorney General for Ontario.

4. Analysis

All the parties agreed, and we accepted their submission, that the first constitutional question need not be answered separately from the others. The first question pertains to the global *vires* of the GST Act. In effect, it is an “umbrella” question which comprises within itself the answers to the remaining more specific questions. For this reason, we will proceed directly to consider the second constitutional question posed.

Constitutional Question 2

Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, provides as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

3. The raising of Money by any Mode or System of Taxation.

Section 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, provides as follows:

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

13. Property and Civil Rights in the Province.

rons plus loin dans le présent arrêt, nous ne jugeons pas à propos d'entendre les arguments du procureur général de l'Ontario.

a 4. L'analyse

Toutes les parties ont convenu, et nous acceptons leur argument, qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la première question constitutionnelle séparément des autres. La première question se rapporte à la constitutionnalité globale de la Loi sur la TPS. En effet, il s'agit d'une question «de portée générale» qui renferme les réponses aux autres questions plus précises. Pour ce motif, nous examinerons directement la deuxième question constitutionnelle.

La deuxième question constitutionnelle

Voici le texte du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

3. le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation;

Voici le texte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

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

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

The interaction between these two provisions is at the heart of the challenge to the *vires* of the GST Act brought by the Attorney General for Alberta.

Canada concedes, and I am of the same view, that the GST Act affects matters which fall within the provincial jurisdiction under s. 92(13) to pass legislation in relation to property and civil rights in the province. It is therefore necessary to answer two questions in order to determine whether this incursion into provincial jurisdiction is justified. First, it is necessary to decide whether the GST Act is a valid exercise of any federal head of jurisdiction under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Secondly, it must be decided whether the effect the GST scheme has on matters traditionally within the province's jurisdiction can be said to be necessarily incidental to the exercise of this federal power.

In my view, the answer to the first question is quite simple. The GST Act has no purpose other than to raise revenue for the federal government, and it does in fact raise revenue at the point of consumption of taxable supplies. As such, it would be hard to dispute that the Act itself is properly characterized as being in relation to a mode or system of taxation in the meaning of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. While the GST Act certainly affects matters falling under provincial jurisdiction, it cannot reasonably be said to be aimed at a provincial purpose.

With respect, in my opinion, the Attorney General for Alberta's attack on the GST Act at this level is implausible. The decision of this Court in *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427, is clearly distinguishable. In that case, the federal government sought to support legislation creating a system of unemployment insurance under a number of federal heads of power, including s. 91(3). The Court was quite correct to reject the argument that the goal of the legislation in question was to raise revenue by a mode or system of taxation, and to find that its true purpose was to impose certain conditions on

L'interaction entre ces deux dispositions est au cœur de la contestation de la constitutionnalité de la Loi sur la TPS présentée par le procureur général de l'Alberta.

Le Canada admet, et je suis du même avis, que la Loi sur la TPS touche à des questions qui relèvent de la compétence provinciale, aux termes du par. 92(3), de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans la province. Il est par conséquent nécessaire de répondre à deux questions pour déterminer si cet empiètement sur la compétence provinciale est justifié. Premièrement, il est nécessaire de décider si la Loi sur la TPS constitue un exercice valide en vertu d'un pouvoir fédéral aux termes de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deuxièmement, il faut décider si l'on peut dire que l'effet du régime de la TPS sur des matières qui relèvent traditionnellement de la compétence provinciale est nécessairement accessoire à l'exercice de ce pouvoir fédéral.

À mon avis, la réponse à la première question est très simple. La Loi sur la TPS n'a d'autre but que de procurer des recettes au gouvernement fédéral, ce qu'elle fait au stade de la consommation des fournitures taxables. À ce titre, il serait difficile de contester que la Loi elle-même est qualifiée à bon droit comme ayant un rapport avec un mode ou un système de taxation au sens du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que la Loi sur la TPS touche certainement à des matières qui relèvent de la compétence provinciale, on ne peut raisonnablement dire qu'elle vise un objectif provincial.

Avec égards, à mon avis, la contestation du procureur général de l'Alberta concernant la Loi sur la TPS à ce niveau est peu vraisemblable. On peut clairement établir une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour *Reference re The Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral cherchait à appuyer une loi qui créait un système d'assurance-chômage en vertu d'un certain nombre de pouvoirs du fédéral, y compris le par. 91(3). La Cour a eu tout à fait raison de rejeter l'argument selon lequel le but de la législation en question était de procurer des recettes par un mode ou un système de taxation

employment contracts and create a system of unemployment insurance. That is clearly not the present case.

The GST Act has significant effects upon matters within provincial jurisdiction, but it is impossible to say that the purpose of the Act is to produce these effects. The purpose of the Act is to raise revenue for the federal government, and the effects produced by the scheme on matters within provincial jurisdiction are incidental to this purpose.

It must still be decided, however, whether these incidental effects are sufficiently a part of the scheme of the GST Act that they are justifiable, despite the incursion upon provincial jurisdiction, on the "necessarily incidental" doctrine. The appropriate test has been stated by this Court on a number of occasions, but in substance what is required is a high degree of integration between a scheme enacted pursuant to a valid federal objective, and those portions of the scheme which impinge upon provincial jurisdiction. In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, the majority of the Court (Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.) had this to say about the "necessarily incidental" doctrine (at pp. 1052-53):

One has to bear in mind . . . in dealing with the arrogation of property rights by federal authority in the exercise of some other right, that, whatever the terminology may be, it is only such part of the property right and such extent of the taking of that right, as may be tied inherently and of necessity to the exercise of the authority in question by the federal level of government that the Constitution will permit. [Emphasis added.]

The test is clearly a strict one. However, in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, at p. 669, Dickson C.J. indicated that a degree of judicial moderation was appropriate, for the reason that a federal system requires both

et de conclure que son véritable objectif était d'imposer certaines conditions aux contrats d'emploi et de créer un système d'assurance-chômage. De toute évidence ce n'est pas le cas en l'espèce.

La Loi sur la TPS a des effets importants sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale, mais il est impossible de dire qu'elle a pour but de produire ces effets. Son but est de procurer des recettes au gouvernement fédéral, et les effets produits par le régime sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale sont accessoires à ce but.

Toutefois, il faut encore décider si ces effets accessoires font suffisamment partie du régime des dispositions sur la TPS pour qu'ils soient justifiables, malgré l'empiètement sur la compétence provinciale, aux termes de la doctrine du «caractère nécessairement accessoire». Le critère approprié a été énoncé par notre Cour à maintes reprises, mais en substance ce qui est nécessaire c'est un haut degré d'intégration entre un régime adopté aux termes d'un objectif fédéral régulier et les parties du régime qui empiètent sur la compétence provinciale. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, la Cour, à la majorité (les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard), s'est exprimée de la manière suivante sur la doctrine du «caractère nécessairement accessoire» (aux pp. 1052 et 1053):

On doit [. . .] se rappeler, face à l'usurpation de droits de propriété par le gouvernement fédéral dans l'exercice de quelque autre droit, que peu importe la terminologie employée, la Constitution ne permet au gouvernement fédéral de s'arroger le droit de propriété que dans la mesure où ce droit est intimement et nécessairement lié à l'exercice du pouvoir en question. [Je souligne.]

De toute évidence, il s'agit d'un critère strict. Toutefois, dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, à la p. 669, le juge en chef Dickson a indiqué qu'il convenait que les tribunaux exercent un certain degré de retenue pour le motif qu'un système fédéral exige que les deux paliers de gouvernement aient un certain

levels of government to be accorded a degree of latitude in the pursuit of valid objectives:

In determining the proper test it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate.

Dickson C.J. continued at pp. 671-72 to set out an analytical scheme for the evaluation of federal incursions upon matters within provincial jurisdiction under the "necessarily incidental" doctrine. The first step is to decide whether the impugned scheme in fact touches matters within provincial jurisdiction. If it does not, the inquiry ends, but if it does, then it is necessary to ask whether the legislation in question is enacted pursuant to some valid federal head of power. If the legislation is not enacted pursuant to a valid purpose, then of course it must be struck down. However, if it is enacted pursuant to a valid federal purpose, then it is necessary to determine whether the impugned provisions are "sufficiently integrated with the scheme that [they] can be upheld by virtue of that relationship." If the impugned provisions are not sufficiently integrated into the scheme as a whole, then they cannot be sustained as a valid exercise of federal power. However, if the test of integration is passed, then the provisions are supportable as an exercise of federal jurisdiction notwithstanding that they affect matters falling within the jurisdiction of the provinces.

In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, Dickson C.J. was considering the extent of permissible federal incursion upon provincial matters in relation to the federal power over trade and commerce. However, in my view, nothing limits his analysis to the trade and commerce power. Applying this analysis to the

degré de latitude dans la poursuite d'objectifs réguliers:

En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives.

Le juge en chef Dickson poursuit aux pp. 671 et 672 et établit un régime analytique pour l'évaluation des empiétements du fédéral dans des matières qui relèvent de la compétence provinciale aux termes de la doctrine du «caractère nécessairement accessoire». Premièrement il convient de décider si le régime contesté touche en fait à des matières qui relèvent de la compétence provinciale. Si ce n'est pas le cas, inutile d'aller plus loin, mais si c'est le cas, alors il est nécessaire de demander si le texte législatif en question est adopté en vertu d'un pouvoir fédéral valide. Si le texte législatif n'est pas adopté dans la poursuite d'un objectif régulier, alors évidemment il faut l'annuler. Toutefois, s'il a été adopté dans la poursuite d'un objectif fédéral régulier, alors il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées sont «suffisamment intégrée[s] au système pour pouvoir être maintenue[s] en raison de ce rapport.» Si les dispositions contestées ne sont pas suffisamment intégrées à l'ensemble du régime, elles ne peuvent être maintenues à titre d'exercice valide du pouvoir fédéral. Toutefois, si le critère de l'intégration est respecté, alors les dispositions sont admissibles à titre d'exercice d'un pouvoir fédéral même si elles touchent à des matières qui relèvent de la compétence des provinces.

Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, le juge en chef Dickson a examiné la portée d'un empiétement fédéral acceptable dans des matières provinciales relativement au pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce. Toutefois, à mon avis, rien ne limite son analyse au pouvoir en matière d'échanges et de

GST Act, it is clear—indeed it is conceded—that the Act intrudes on provincial powers. However, the GST Act was enacted pursuant to a valid federal objective—the raising of revenue for the federal government pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. On the question of integration, I am of the opinion that Canada is correct to say that to sever the revenue raising portions of the GST Act from those portions which do not raise revenue would be to change the character of the tax fundamentally, from a value-added tax to a federal retail sales tax. The objective of the Act is to raise revenue for the federal government, and the means chosen is a tax on value added throughout the chain of production, with input tax credits granted in respect of taxable supplies that are redirected to production instead of consumed. The means chosen are highly integrated into the scheme of the GST Act as a whole, and, indeed, to sever the system of input tax credits from the rest of the Act would be to carve out an exception to the text of s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* which the words “any Mode or System of Taxation” cannot reasonably bear.

I conclude that the GST Act is enacted pursuant to a federal head of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and that while the scheme it establishes does intrude upon matters traditionally falling under the provincial power over property and civil rights, the scheme is sufficiently well integrated into the GST Act as a whole that the intrusion upon provincial jurisdiction is justified. The second constitutional question therefore must be answered in the negative.

Constitutional Question 3

According to the Attorney General for Alberta, registered suppliers under the GST Act have the right to be reimbursed from the consolidated revenue fund of Canada for all expenses and charges incurred in collecting the GST. This argument is

commerce. Si l'on applique cette analyse à la Loi sur la TPS, il est évident—en fait il est admis—que la Loi empiète sur les pouvoirs des provinces. Toutefois, la Loi sur la TPS a été adoptée aux termes d'un objectif fédéral régulier—le prélèvement de deniers pour le gouvernement fédéral aux termes du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant à l'intégration, je suis d'avis que le Canada est fondé à dire que le fait d'établir une distinction entre les parties concernant le prélèvement de deniers dans la Loi sur la TPS d'avec celles qui ne produisent pas de recettes modifierait d'une manière fondamentale le caractère de la taxe: d'une taxe à la valeur ajoutée elle deviendrait une taxe fédérale sur la vente au détail. La Loi a pour objet de produire des recettes pour le gouvernement fédéral et le moyen choisi est une taxe à la valeur ajoutée qui s'applique à toute la chaîne de production avec des crédits de taxe sur les intrants accordés à l'égard des fournitures taxables qui reprennent la voie de la production plutôt que celle de la consommation. Le moyen choisi est hautement intégré au régime de la Loi sur la TPS dans son ensemble et, en fait, établir une distinction entre le système de crédit de taxe sur les intrants et le reste de la Loi constituerait une exception au texte du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que les termes «tous modes ou systèmes de taxation» ne peuvent raisonnablement appuyer.

Je conclus que la Loi sur la TPS est adoptée en application d'un pouvoir fédéral découlant de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que, bien que le régime qu'elle établit empiète sur des matières qui relèvent traditionnellement du pouvoir provincial sur la propriété et les droits civils, le régime est assez bien intégré à l'ensemble de la Loi sur la TPS que l'empiètement sur la compétence provinciale est justifié. Par conséquent, il faut répondre à la deuxième question constitutionnelle par la négative.

i Troisième question constitutionnelle

Selon le procureur général de l'Alberta, les fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS ont le droit d'être remboursés par le Trésor canadien de toutes les dépenses et tous les frais engagés pour percevoir la TPS. Cet argument est fondé sur

based on s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, and on the common law of agency.

Section 103 of the *Constitution Act, 1867* reads as follows:

103. The Consolidated Revenue Fund of Canada shall be permanently charged with the Costs, Charges, and Expenses incident to the Collection, Management, and Receipt thereof, and the same shall form the First Charge thereon, subject to be reviewed and audited in such Manner as shall be ordered by the Governor General in Council until the Parliament otherwise provides.

By virtue of ss. 123, 221 and 240 of the GST Act, every vendor of a taxable supply is unilaterally appointed an agent of the Crown in right of Canada for the purposes of the collection and remittance of the GST. By virtue of s. 122 the provinces are also bound to collect and remit the GST when they sell taxable supplies.

The Attorney General for Alberta's position is that s. 103 of the *Constitution Act, 1867* has the effect of giving all vendors of taxable supplies a right to be reimbursed out of the consolidated revenue fund of Canada for expenses they incur in collecting and remitting the GST. At the outset, I must say that if this submission is correct, it produces a startling result. The federal government would be obliged to reimburse any expenses incurred by statutory agents of the Government of Canada in the collection of taxes. I see no reason why this obligation would be limited to expenses incurred in the collection of the GST. Under ss. 153 and 227(4) of the *Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63*, for instance, employers are under a duty to withhold and remit income tax in respect of their employees. It has not hitherto been suspected that all such persons have a right—indeed, a constitutional right which cannot be modified or extinguished by statute—to be reimbursed for their time, effort and expenses out of the consolidated revenue fund of Canada.

In my opinion, Canada is correct to submit that s. 103 is appropriately construed as an appropriations provision, permitting the Government of

l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur le principe du mandat en common law.

Voici le texte de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

103. Le Fonds du revenu consolidé du Canada sera, en permanence, grevé des frais, charges et dépenses entraînés pour le percevoir, l'administrer et le recouvrer, lesquels constitueront la première charge sur ce fonds, et pourront être soumis à l'examen et à la vérification qu'ordonnera le gouverneur général en conseil jusqu'à ce que le Parlement y pourvoie autrement.

En vertu des art. 123, 221 et 240 de la Loi sur la TPS, le vendeur d'une fourniture taxable est unilatéralement nommé mandataire de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception et de la remise de la TPS. En vertu de l'art. 122, les provinces sont également tenues de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elles vendent des fournitures taxables.

Selon le procureur général de l'Alberta, l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a pour effet de donner à tous les vendeurs de fournitures taxables le droit d'être remboursés par le Trésor canadien des dépenses qu'ils engagent pour percevoir et remettre la TPS. Tout d'abord, je dois dire que, s'il est bien fondé, cet argument produit un résultat étonnant. Le gouvernement fédéral serait tenu de rembourser toutes les dépenses engagées dans la perception des taxes par les mandataires du gouvernement du Canada nommés par la Loi. Je ne vois aucune raison pour laquelle cette obligation serait limitée aux dépenses engagées dans la perception de la TPS. Aux termes de l'art. 153 et du par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63*, par exemple, les employeurs sont tenus de retenir et de remettre l'impôt sur le revenu à l'égard de leurs employés. Jusqu'ici personne n'a laissé entendre que toutes ces personnes avaient un droit—en fait, un droit constitutionnel qui ne peut être modifié ou éteint par une loi—d'être remboursées pour leur temps, leurs efforts et leurs dépenses par le Trésor canadien.

À mon avis, le Canada soutient à bon droit que l'art. 103 est correctement interprété comme une disposition d'affectation de crédits qui permet au

Canada to make disbursements from the consolidated revenue fund for the purposes of raising revenue without the necessity of annual Parliamentary votes. Indeed, this construction is quite consistent with the overall scheme in which s. 103 is embedded. Section 102 of the *Constitution Act, 1867* creates the consolidated revenue fund of Canada. Section 104 creates a charge on that fund for the payment of interest on the public debts of the old provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick. Section 105 creates a charge on the consolidated revenue fund for the payment of the salary of the Governor General of Canada. Finally, s. 106 provides for appropriations by Parliament from the consolidated revenue fund for other public purposes.

It is clear to me that the scheme of ss. 102 through 106 was intended to insure that the federal government could carry on at least certain aspects of the business of government without the necessity of annual appropriations by Parliament. It was intended, for instance, that the salary of the Governor General should not be at the mercy of annual votes in the House of Commons. Similarly, it was recognized that if annual votes were required for the payment of interest on the public debt it would rapidly have become impossible for the government to raise funds through borrowing. Equally, it was recognized that without the authority to expend funds for the collection of taxes, the entire operations of the government could be brought to a standstill.

Clearly, therefore, the purpose of s. 103 was to immunize the revenue-collecting machinery of the federal government from the uncertainties of annual appropriations by Parliament. It was never intended to create a legally enforceable right in third parties to receive compensation for revenue-raising duties imposed on them by Parliament. Even if one were to suggest, *arguendo*, that s. 103 confers authority on the federal government to compensate such third parties, it would be a *non sequitur* to say that this created a correlative power in those third parties to enforce these payments. In *The Queen v. Waterous Engine Works Co.* (1893),

gouvernement du Canada de prélever des fonds sur le Trésor pour produire des recettes sans qu'il soit nécessaire de demander chaque année des crédits parlementaires. En fait, cette interprétation est tout à fait compatible avec le régime global dans lequel s'inscrit l'art. 103. Le Trésor canadien a été constitué en vertu de l'art. 102 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 104 crée une charge sur ce fonds pour le paiement de l'intérêt des dettes publiques des anciennes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. L'article 105 crée une charge sur le Trésor pour le paiement du traitement du gouverneur général du Canada. Enfin, l'art. 106 prévoit l'affectation par le Parlement de crédits tirés du Trésor pour d'autres fins publiques.

Il est clair selon moi que le régime des art. 102 à 106 visait à faire en sorte que le gouvernement fédéral puisse s'acquitter au moins de certains aspects des affaires du gouvernement sans que des affectations de crédits annuelles par le Parlement soient nécessaires. Par exemple, on a voulu que le traitement du gouverneur général ne soit pas à la merci des crédits annuels votés à la Chambre des communes. De même, on a reconnu que s'il avait été nécessaire de voter des crédits annuels pour le paiement de l'intérêt sur la dette publique il serait rapidement devenu impossible pour le gouvernement d'obtenir des fonds au moyen d'emprunts. En outre, il a été reconnu que sans le pouvoir de dépenser des fonds pour la perception de taxes, l'ensemble des opérations du gouvernement pourrait être paralysé.

Par conséquent, de toute évidence, le but de l'art. 103 était d'immuniser le mécanisme de perception de recettes pour le gouvernement fédéral contre les incertitudes découlant de l'affectation de crédits annuels par le Parlement. Il n'a jamais été question de créer un droit applicable en vertu de la loi à l'égard des tiers, leur permettant de recevoir une contrepartie pour les fonctions de perception de recettes que leur impose le législateur. Même si l'on devait soutenir, aux fins de l'analyse, que l'art. 103 confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'indemniser ces tiers, il ne serait pas pertinent de dire qu'il en découle pour ces tiers le pou-

3 Que. Q.B. 222, Wurtele J. stated the principle that appropriations from the consolidated revenue fund are permissive, in the sense that they authorize, but do not compel, the executive to make the authorized expenditures. The decision to spend appropriated funds remains within the discretion of the government. I am therefore of the opinion that the third constitutional question cannot be answered in the affirmative on the basis of s. 103 of the *Constitution Act, 1867*.

The Attorney General for Alberta, however, makes the alternative argument that vendors of taxable supplies are entitled to recover the expenses incurred in collection and remission of the GST at common law. This common law right of recovery was urged upon us on two distinct bases. First, it was submitted that the decision of this Court in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, reaffirms the principle that where property is taken under a statutory scheme there is a presumption that compensation is to be paid unless this is expressly excluded by the terms of the statute. This line of argument can be dealt with quite briefly. In my view, the presumption of "no taking without compensation" has no application in the case of the GST collection regime. Alberta's suggestion that in collecting and remitting the GST the vendor of a taxable supply has had his property "taken" is difficult to understand. It is the purchaser, not the supplier, who is obliged to pay the GST. The supplier is simply the agent of the Crown in right of Canada for the purposes of collection. Even in those cases where the vendor is obliged to absorb the GST in order to maintain sales, the resulting reduction in revenue cannot reasonably be characterized as a "taking" of the supplier's property by the federal government. Were such reasoning to prevail, virtually any governmental policy which resulted directly or indirectly in the reduction of a supplier's revenue could be characterized as a "taking" of property which would give rise to a right to compensation. In truth, since no property of the supplier is "taken" by the imposition of the GST collection

voir corrélatif d'exiger le versement de ces paiements. Dans l'arrêt *The Queen c. Waterous Engine Works Co.* (1893), 3 B.R. 222, le juge Wurtele a énoncé le principe selon lequel les affectations des crédits tirés du Trésor créent une faculté, dans le sens qu'elles autorisent, mais n'obligent pas, l'exécutif à effectuer les dépenses autorisées. La décision de dépenser les crédits affectés relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Par conséquent, je suis d'avis qu'on ne peut répondre par l'affirmative à la troisième question constitutionnelle sur le fondement de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Toutefois, le procureur général de l'Alberta présente l'argument subsidiaire selon lequel les vendeurs de fournitures taxables sont autorisés en vertu de la common law à recouvrer les dépenses engagées pour percevoir et remettre la TPS. Ce droit de recouvrement en vertu de la common law nous a été présenté sur deux fondements distincts. Premièrement, on a soutenu que l'arrêt de notre Cour *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, réaffirme le principe selon lequel lorsqu'un bien est pris aux termes d'une loi, il existe une présomption selon laquelle une indemnisation doit être payée à moins que cela ne soit expressément exclu dans le texte de la loi. On peut répondre à cet argument assez brièvement. À mon avis, la présomption selon laquelle «il n'y a aucune dépossession sans indemnisation» ne s'applique pas dans le cas du régime de perception de la TPS. Il est difficile de comprendre l'argument de l'Alberta selon lequel le vendeur d'une fourniture taxable, lorsqu'il perçoit et remet la TPS, se trouve «dépossédé» de son bien. C'est l'acheteur et non le fournisseur, qui est tenu de payer la TPS. Le fournisseur est simplement le mandataire de la Couronne du chef du Canada aux fins de la perception. Même dans les cas où le vendeur est tenu d'absorber la TPS pour maintenir ses ventes, la réduction de revenu qui en résulte ne peut raisonnablement être qualifiée de «dépossession» du bien du fournisseur par le gouvernement fédéral. Si un tel raisonnement devait s'appliquer, pratiquement toutes les politiques gouvernementales qui entraînent directement ou indirectement une réduction du revenu d'un fournisseur pourraient être qualifiées

and remittance obligations, a right to compensation cannot be supported on this basis.

Alternatively, the Attorney General for Alberta submits that since suppliers are designated agents of the government for the collection of the GST, the common law duties of principals with respect to agents are triggered. These duties are said to include the duty of the principal to reimburse agents for all costs and liabilities incurred in the course of the agency. In my opinion, with respect, this argument constitutes a considerable exaggeration of the common law duty of principals to agents. According to Fridman in *The Law of Agency* (5th ed. 1983), at p. 164:

The most important duty of the principal is to remunerate the agent for services rendered. The obligation to pay such remuneration—the agent's "commission"—exists only where it has been created by an express or implied contract between principal and agent. . . . It is a question of construction in each case whether it was the intention of the parties that the agent shall work gratuitously or whether an agreement to pay remuneration was expressly made, or can be implied into the relationship. [Emphasis added.]

The duty to remunerate the agent for costs incurred in the course of the agency does not, therefore, arise automatically. It only arises in cases in which the principal and the agent contract, expressly or by implication, for such remuneration to be paid.

Clearly there is no question of a contract between the Government of Canada and the vendors of taxable supplies for the government to remunerate the vendors for costs incurred in collecting the GST. The obligation to collect and remit the GST is imposed unilaterally by ss. 221 (agency) and 222 (trust) of the GST Act. The government has turned its mind to the question of remuneration and has expressly provided for a lim-

de «dépossession» d'un bien qui serait susceptible de donner lieu à une indemnisation. En vérité, étant donné que le fournisseur n'est «dépossédé» d'aucun bien par l'imposition des obligations en matière de perception et de remise de la TPS, un droit à une indemnisation ne peut s'appuyer sur ce fondement.

Subsidiairement, le procureur général de l'Alberta soutient que puisque les fournisseurs sont désignés à titre de mandataires du gouvernement pour la perception de la TPS, les obligations que la common law impose aux mandants envers les mandataires entrent en jeu. Ces obligations comprendraient l'obligation du mandant de rembourser les mandataires de tous les frais et dépenses engagés au cours du mandat. À mon avis, avec égards, cet argument exagère considérablement l'obligation de common law des mandants envers les mandataires. Selon Fridman dans son ouvrage *The Law of Agency* (5^e éd. 1983), à la p. 164:

[TRADUCTION] L'obligation la plus importante du mandant est de rémunérer le mandataire pour les services rendus. L'obligation de payer une telle rémunération—la «commission» du mandataire—n'existe que si elle a été créée par un contrat exprès ou implicite entre le mandant et le mandataire. [. . .] Dans chaque cas, il faut déterminer par interprétation, si les parties avaient l'intention que le mandataire travaille de façon gratuite ou s'il y avait une entente expresse en matière de rémunération ou si cette entente peut être déduite du rapport qui existait. [Je souligne.]

Le devoir de rémunérer le mandataire pour les dépenses engagées dans le cadre du mandat n'est donc pas automatique. Il ne survient que dans les cas où le mandant et le mandataire prévoient, expressément ou implicitement, par contrat le paiement d'une telle rémunération.

De toute évidence, il n'est nullement question d'un contrat entre le gouvernement du Canada et les vendeurs de fournitures taxables prévoyant que le gouvernement devra rémunérer les vendeurs pour les dépenses engagées dans la perception de la TPS. L'obligation de percevoir et de remettre la TPS est imposée de façon unilatérale par les art. 221 (mandat) et 222 (fiducie) de la Loi sur la TPS. Le gouvernement a examiné la question de la

ited right of reimbursement in the form of the transitional credit for small businesses, as I point out below. The matter having been expressly considered in the legislation and no further compensation having been provided for, no contractual duty of reimbursement can be said to arise either expressly or by implication. It is not necessary in the context of these appeals to decide whether there could ever arise a case in which governments would be under a duty to reimburse agents unilaterally created by statute for the costs incurred in the course of their agency.

Outside of contract a common law right to recover remuneration does not exist. On the other hand, a right of indemnification for tortious liability operates in favour of agents who inadvertently cause tortious injury to others in the course of their agency. This right of indemnity does not, contrary to the submission of the Attorney General for Alberta, arise on the facts assumed on this Reference. It is difficult to see how a vendor of taxable supplies could cause tortious injury to third parties by complying with its obligations under the GST Act. Indeed, compliance with a statutorily imposed duty would constitute a defence in the unlikely event that such claims of liability were to arise. The common law right of agents to indemnity, therefore, cannot provide support for the right claimed by Alberta on behalf of registered suppliers under the GST Act.

The CFIB also relies upon the common law as a basis for the recovery of expenses incurred in connection with the collection and remittance of the GST by registered suppliers, but by a different path of reasoning altogether. According to the CFIB, registered suppliers have a restitutionary claim against the federal government for the costs and expenses of collecting the GST. In my opinion this novel suggestion is without merit.

In the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, Dickson J., as he then

rémunération et a expressément prévu un droit restreint de remboursement sous forme de crédit transitoire pour la petite entreprise, comme je le signale plus loin. Comme la question a été expressément envisagée dans la législation et qu'aucune autre indemnité n'a été prévue, on ne peut pas dire qu'entre en jeu un devoir contractuel de remboursement, que ce soit expressément ou implicitement. Il n'est pas nécessaire dans le contexte des présents pourvois de décider s'il pourrait survenir un cas où les gouvernements seraient tenus de rembourser à des mandataires, créés unilatéralement par une loi, les dépenses engagées dans le cadre de leur mandat.

En l'absence de contrat, il n'existe pas en common law de droit d'obtenir une rémunération. Par ailleurs, le droit à l'indemnisation en cas de responsabilité délictuelle s'applique en faveur du mandataire qui, par inadvertance, cause des préjudices à autrui dans le cadre de son mandat. Contrairement à ce que prétend le procureur général de l'Alberta, ce droit à l'indemnisation ne s'applique pas aux faits du présent Renvoi. Il est difficile de voir de quelle manière le vendeur d'une fourniture taxable pourrait causer un préjudice à un tiers lorsqu'il se conforme à ses obligations aux termes de la Loi sur la TPS. En fait, le respect d'une obligation imposée par la loi constituerait un moyen de défense dans le cas peu probable de la présentation de telles allégations de responsabilité. Par conséquent, le droit à l'indemnisation que prévoit la common law à l'égard des mandataires ne peut appuyer le droit revendiqué par l'Alberta pour le compte des fournisseurs inscrits aux termes de la Loi sur la TPS.

La FCEI se fonde également sur la common law pour le recouvrement des dépenses engagées relativement à la perception et à la remise de la TPS par les fournisseurs inscrits, mais elle suit un raisonnement tout à fait différent. Selon la FCEI, les fournisseurs inscrits peuvent faire valoir un droit de restitution contre le gouvernement fédéral pour les frais et les dépenses liés à la perception de la TPS. À mon avis, ce nouvel argument n'est pas fondé.

Dans l'arrêt de notre Cour *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson, plus tard

was, stated that three basic conditions were to be fulfilled before restitutionary recovery would be permitted: these are (1) an enrichment, (2) a corresponding deprivation, and (3) a lack of any juridical reason for the enrichment. Under the GST Act the expenses involved in collecting and remitting the GST are borne by registered suppliers. This certainly constitutes a burden to these suppliers and a benefit to the federal government. However, this is precisely the burden contemplated by the statute. Hence, a juridical reason for the retention of the benefit by the federal government exists unless the statute itself is *ultra vires*. This, however, is the subject of constitutional questions 1 and 2.

The CFIB's argument thus involves it in the following dilemma: If the GST Act is *ultra vires*, then registered suppliers cannot be compelled to collect the tax, and it is not necessary to consider the extent of any restitutionary claim this group might have against the federal government. If, on the other hand, the GST Act is *intra vires*, then the statute itself constitutes a valid juristic reason for the retention of the benefit the federal government receives by being able to rely upon registered suppliers to collect the tax at their own expense. In neither case is the outcome urged upon us by the CFIB supportable.

It follows from all this that any right to remuneration for the time and trouble involved in collecting the GST would have to flow from the statute itself, which plainly lacks any such general provisions. I note, however, that the GST Act is not entirely silent on the issue of compensation for the costs of compliance. Section 346 of the statute provides a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs. In my opinion, this is a strong indication that Parliament did direct its attention to the question of compensation for compliance costs by enacting a provision providing partial compensation in certain cases. Even if the Attorney Gen-

Juge en chef, a dit que trois conditions fondamentales devaient être remplies pour qu'il puisse y avoir recouvrement pour fins de restitution: (1) un enrichissement, (2) un appauvrissement correspondant, et (3) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Aux termes de la Loi sur la TPS, les dépenses engagées pour la perception et la remise de la TPS incombent aux fournisseurs inscrits. Cette situation représente certainement un fardeau pour ces fournisseurs et un avantage pour le gouvernement fédéral. Toutefois, il s'agit précisément du fardeau que prévoit la loi. Il existe donc un motif juridique pour que le gouvernement fédéral conserve cet avantage à moins que les dispositions elles-mêmes ne soient *ultra vires*. Cependant, cet argument fait l'objet des première et deuxième questions constitutionnelles.

L'argument présenté par la FCEI, fait donc intervenir le dilemme suivant: si la Loi sur la TPS est *ultra vires*, alors les fournisseurs inscrits ne peuvent être obligés de percevoir la taxe et il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de tout droit de restitution que ce groupe pourrait faire valoir contre le gouvernement fédéral. Si, par ailleurs, la Loi sur la TPS est constitutionnelle, alors elle constitue un motif juridique valide pour que le gouvernement fédéral conserve l'avantage qu'il reçoit en étant en mesure de compter sur les fournisseurs inscrits pour percevoir la taxe à leurs propres frais. La conclusion que nous fait valoir la FCEI n'est admissible dans ni l'un ni l'autre des cas.

Il en découle que tout droit à une rémunération pour le temps et la peine consacrés à la perception de la TPS devraient découler de la loi elle-même, qui de toute évidence ne prévoit pas de telles dispositions générales. Toutefois, je remarque que la Loi sur la TPS n'est pas entièrement silencieuse sur la question de l'indemnisation relative aux frais engagés pour en assurer le respect. L'article 346 prévoit un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à compenser ses coûts initiaux pour se conformer à la loi. À mon avis, il s'agit d'une bonne indication que le législateur a bien pris en considération la question de l'indemnisation relativement aux coûts qu'entraîne le res-

eral for Alberta were correct to suggest that a more generous right to compensation exists at common law, in my view Parliament decided to substitute for that right its own view of the socially appropriate level of compensation for compliance costs. As this Court recently decided in *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 71 O.R. (3d) 65 (C.A.), where a statute establishes a scheme providing for compensation, common law rights which might have operated but for the statute cannot be relied upon.

In my opinion, the right to compensation contended for by Alberta is supported neither by s. 103 of the *Constitution Act, 1867*, nor by the common law, nor by the operation of the GST Act itself. The third constitutional question must therefore be answered in the negative.

Constitutional Question 4

Section 125 of the *Constitution Act, 1867* provides as follows:

125. No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, at p. 1081, the majority of this Court concluded that s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* must be subordinated to s. 125. Section 125, therefore, is an exception to the general taxation power of the federal Parliament under s. 91(3). The Attorney General for Alberta argues that the imposition upon the province of the obligation to collect and remit the GST when the province acts as a supplier runs afoul of this constitutional injunction and is therefore *ultra vires* Parliament.

Canada does not contend that a province is liable to pay the GST as a purchaser of taxable supplies. Instead, it claims simply that the province is under an obligation to collect and remit the GST

pect des dispositions en prévoyant une indemnisation partielle dans certains cas. Même si le procureur général de l'Alberta était fondé à soutenir qu'il existe en common law un droit à l'indemnisation plus généreux, à mon avis, le législateur a décidé de remplacer ce droit par sa propre évaluation du niveau d'indemnisation socialement approprié à l'égard des coûts entraînés par le respect des dispositions. Comme notre Cour l'a récemment conclu dans *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 71 O.R. (3d) 65 (C.A.), lorsqu'une loi crée un régime prévoyant une indemnisation, on ne peut se fonder sur les droits découlant de la common law qui auraient pu s'appliquer n'eût été la loi.

À mon avis, le droit à l'indemnisation que fait valoir l'Alberta n'est appuyé ni par l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par la common law ni par l'application de la Loi sur la TPS elle-même. Par conséquent, il faut répondre par la négative à la troisième question constitutionnelle.

Quatrième question constitutionnelle

Voici le texte de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

125. Aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation.

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, à la p. 1081, notre Cour, à la majorité, a conclu que le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être assujéti à l'art. 125. Par conséquent, l'art. 125 constitue une exception au pouvoir général du Parlement fédéral en matière de taxation, prévu au par. 91(3). Le procureur général de l'Alberta soutient que l'imposition à la province de l'obligation de percevoir et de remettre la TPS lorsque la province agit à titre de fournisseur va à l'encontre de cette injonction constitutionnelle et est, par conséquent, *ultra vires* du Parlement.

Le Canada ne soutient pas qu'une province est tenue de payer la TPS à titre d'acheteur de fournitures taxables. Plutôt, il soutient simplement que la province est tenue de percevoir la TPS des ache-

from purchasers of taxable supplies when the province acts as supplier. The Attorney General for Alberta's position is that this amounts to taxation of the property of the province.

In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, *supra*, the majority of this Court said, at p. 1078, that

Section 125 provides, in broad terms, that no lands or property of the federal or provincial Crown shall be "liable to taxation". The purpose of this immunity, as we have seen, is to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property. This immunity would be illusory if it applied only to taxes "on property" but not to a tax on the Crown in respect of a transaction affecting its property or on the transaction itself. The immunity would be illusory since, by the simple device of framing a tax as "*in personam*" rather than "*in rem*" one level of government could with impunity tax away the fruits of property owned by the other. The fundamental constitutional protection framed by s. 125 cannot depend on subtle nuances of form.

By analogy to this reasoning, the Attorney General for Alberta submits that the imposition of the GST on taxable supplies made by the province as vendor amounts to taxation of the "fruits" of provincial property. It is said that if provincial property is exempt from taxation, then it cannot be taxed indirectly by characterizing the subject matter of the tax as a "transaction" involving that property. The imposition of the GST on property sold by the province, it is argued, runs contrary to the protection of s. 125 of the *Constitution Act, 1867* and therefore is *ultra vires* Parliament.

In my opinion, with respect, the Attorney General for Alberta's analogy cannot withstand scrutiny. In *Reference re Exported Natural Gas Tax*, this Court was considering federal legislation which purported to impose a tax upon the receipt by distributors of natural gas that was the property of the province of Alberta. By the operation of a

teurs de fournitures taxables et de la remettre lorsque la province agit à titre de fournisseur. Le procureur général de l'Alberta est d'avis que cette situation équivaut à l'imposition d'une taxe sur un bien de la province.

Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, notre Cour, à la majorité, a dit, à la p. 1078:

L'article 125 stipule, de façon générale, que nulle terre ou propriété appartenant à la Couronne du chef du Canada ou d'une province ne sera «sujette à taxation». Cette immunité, comme nous l'avons déjà constaté, vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens de l'autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens. Cette immunité serait illusoire si elle s'appliquait uniquement aux taxes «sur les biens» et non à une taxe qui frappe la Couronne relativement à une opération touchant ses biens ou à une taxe sur l'opération elle-même. L'immunité serait illusoire puisque, simplement en adoptant une formulation qui crée une taxe «*in personam*» au lieu d'une taxe «*in rem*», un palier de gouvernement pourrait impunément, au moyen de cette taxe, enlever à l'autre palier de gouvernement les fruits provenant des biens de ce dernier. La protection fondamentale qu'offre l'art. 125 de la Constitution ne peut pas reposer sur des nuances subtiles en ce qui concerne la forme.

Par analogie avec ce raisonnement, le procureur général de l'Alberta soutient que l'imposition de la TPS sur des fournitures taxables fabriquées par la province à titre de vendeur équivaut à la taxation des «fruits» provenant des biens de la province. On dit que si des biens de la province sont exonérés de taxation, alors ils ne peuvent être taxés indirectement par une caractérisation de l'objet de la taxe comme une «opération» touchant ce bien. On soutient que l'imposition de la TPS sur un bien vendu par la province est contraire à la protection que confère l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, par conséquent, *ultra vires* du Parlement.

À mon avis, avec égards, l'analogie faite par le procureur général de l'Alberta ne peut résister à un examen approfondi. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, notre Cour a examiné une loi fédérale qui avait pour but d'imposer une taxe sur la réception par le distributeur de gaz naturel qui était la propriété de la province de l'Al-

deeming provision, where natural gas was exported, the exporter was treated as a "distributor" of the natural gas exported and was deemed to have "received" it at the time it was exported. In consequence, the province became liable to pay a tax upon natural gas that remained the property of Alberta at the moment of its export.

The GST, in contrast, does not apply to exports. It applies to the domestic provision of taxable supplies, and it is the purchaser, rather than the supplier, which is liable to pay the tax. Indeed, the tax only becomes payable by virtue of transactions in which some property interest has left the supplier and become vested in the purchaser. Clearly, therefore, it is the purchaser, not the vendor, which is taxed.

Nor can it plausibly be said that the imposition of the GST on sales of provincial property amounts to a tax on the fruits of provincial property in that, due to their liability to pay the GST, purchasers will purchase less of such property, resulting in lost sales and diminished revenues to the province. The fact that a federal tax renders provincial property less commercially attractive than it would be if the tax did not apply does not render that tax a tax upon provincial property. In *Phillips v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404, this Court considered the case of a municipal tax levied on tenants of land owned by the Crown in right of Canada. The tax was assessed on the basis of the value of the premises occupied as assessed by the city. This Court found that the tax was not levied upon the land, but upon the occupants; the value of the land was simply the measure by which the liability of the occupants to pay the tax was to be assessed. Consequently, the tax did not violate s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, notwithstanding that, *de facto*, its collection might lower the returns that the Crown in right of Canada could realize from rental of the land.

Clearly, a practical consequence of the collection and remittance responsibilities imposed by the

berta. Par une disposition qui créait une présomption, lorsque le gaz naturel était exporté, l'exportateur était considéré comme un «distributeur» du gaz naturel exporté et était présumé l'avoir «reçu» au moment de l'exportation. En conséquence, la province était tenue de payer une taxe sur le gaz naturel qui demeurait la propriété de l'Alberta au moment de son exportation.

La TPS par contre ne s'applique pas aux exportations. Elle s'applique à la prestation intérieure de fournitures taxables et c'est l'acheteur, plutôt que le fournisseur, qui est tenu de la payer. En fait, la taxe ne devient payable qu'en vertu des opérations dans lesquelles le fournisseur s'est départi d'un intérêt dans le bien pour le transmettre à l'acheteur. Par conséquent, c'est de toute évidence l'acheteur et non le vendeur qui est taxé.

On ne peut non plus dire d'une manière plausible que l'imposition de la TPS sur les ventes de biens de la province équivaut à une taxe sur les fruits de ces biens parce que, en raison de leur obligation de payer la TPS, les acheteurs achèteront moins de ces biens, entraînant des pertes de ventes et des diminutions de recettes pour la province. Le fait qu'une taxe fédérale rend un bien de la province moins attrayant sur le plan commercial qu'il le serait en l'absence de taxe ne transforme pas cette taxe en une taxe sur un bien de la province. Dans l'arrêt *Phillips c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404, notre Cour a examiné le cas d'une taxe municipale imposée aux locataires de terrains qui étaient la propriété de la Couronne du chef du Canada. La taxe a été établie sur la valeur des lieux occupés déterminée par l'évaluation municipale. Notre Cour a conclu que la taxe n'avait pas été imposée sur le terrain, mais plutôt sur les occupants; la valeur du terrain était simplement la mesure permettant d'évaluer l'obligation des occupants de payer la taxe. Par conséquent, la taxe ne portait pas atteinte à l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même si, en réalité, sa perception pouvait réduire les bénéfices que la Couronne du chef du Canada pouvait retirer de la location du terrain.

De toute évidence, une conséquence pratique des responsabilités en matière de perception et de

GST Act may result in a cost to the province, but neither the true aim and purpose of the scheme nor its incidental effects runs contrary to the spirit of s. 125. As the majority of this Court clearly stated in *Reference re Exported Natural Gas Tax, supra*,^a at pp. 1053-54, in order to violate s. 125 the impugned measure must in pith and substance constitute taxation. The possibility that the GST may have the effect of reducing provincial revenues from the sale of provincial property does not render the GST a "taxation" of provincial property.^b Nor does the calculation of the GST as a fraction of a price a portion of which is provincial tax amount to the federal taxation of provincial tax.^c Rather, the price paid for a taxable supply, including a component that is provincial tax, is the measure chosen by Parliament by which the liability of the purchaser to pay the GST is calculated.

Since the obligation of a province to collect and remit the GST when it acts as supplier does not amount to a taxation of the province's property, s. 125 of the *Constitution Act, 1867* has no application in these situations. Consequently, the fourth constitutional question must be answered in the negative.^f

Constitutional Question 5

Section 126 of the *Constitution Act, 1867* provides:^g

126. Such Portions of the Duties and Revenues over which the respective Legislatures of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick had before the Union Power of Appropriation as are by this Act reserved to the respective Governments or Legislatures of the Provinces, and all Duties and Revenues raised by them in accordance with the special Powers conferred upon them by this Act, shall in each Province form One Consolidated Revenue Fund to be appropriated for the Public Service of the Province.^h

The Attorneys General for Alberta and Canada agree that s. 126 has the effect of immunizing the consolidated revenue funds of the provinces from appropriation, except by their provincial legisla-^j

remise imposées par la Loi sur la TPS est qu'il peut en résulter des frais pour la province, mais ni le but et l'objectif véritables du régime ni ses effets accessoires ne sont contraires à l'esprit de l'art. 125. Comme notre Cour, à la majorité, l'a dit clairement dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précité, aux pp. 1053 et 1054, pour qu'il y ait violation de l'art. 125, la mesure contestée doit, de par son caractère véritable, constituer une taxation. La possibilité que la TPS puisse avoir pour effet de réduire les recettes de la province provenant de la vente de ses biens ne transforme pas la TPS en une «taxe» sur un bien de la province. Le calcul de la TPS comme une fraction d'un prix dont une partie constitue une taxe provinciale n'équivaut pas à une taxe fédérale imposée sur une taxe provinciale. Le prix payé pour une fourniture taxable, comprenant une composante qui est une taxe provinciale, est la mesure choisie par le législateur pour calculer l'obligation de l'acheteur de payer la TPS.^d

Étant donné que l'obligation d'une province de percevoir et de remettre la TPS lorsqu'elle agit à titre de fournisseur n'équivaut pas à la taxation d'un bien d'une province, l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas dans ces situations. Par conséquent, il faut répondre par la négative à la quatrième question constitutionnelle.^e

Cinquième question constitutionnelle

Voici le texte de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

126. Les droits et revenus que les législatures respectives du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick avaient, avant l'Union, le pouvoir d'affecter et qui sont, par la présente loi, réservés aux gouvernements ou législatures des provinces respectives, et tous les droits et revenus perçus par elles conformément aux pouvoirs spéciaux que leur confère la présente loi, formeront dans chaque province un fonds de revenu consolidé qui sera affecté au service public de celle-ci.ⁱ

Les procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conviennent que l'art. 126 a pour effet d'immuniser le Trésor des provinces contre une affectation de crédits, sauf par les assemblées législatives de

tures. The Attorney General for Alberta, however, contends that the obligation imposed by the GST Act upon provinces to collect and remit the GST in respect of taxable supplies made by the province amounts to the appropriation of provincial funds for federal purposes by the federal Parliament. In support of this position, the Attorney General for Alberta relies on the decisions of this Court in *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554, and *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9. In my opinion, neither of these decisions supports the proposition that the Attorney General for Alberta seeks to advance.

In *Reference re Troops in Cape Breton*, the question was whether the province of Nova Scotia was liable to reimburse the federal government for the expense of sending troops to quell a local disturbance in Cape Breton at the request of the Attorney General of the province. The *Militia Act*, R.S.C. 1906, c. 41, as amended by S.C. 1924, c. 57, purported to impose such an obligation upon the government of a province whose Attorney General had called in federal troops to assist the civil power in the province. The majority of this Court decided that Parliament lacked jurisdiction to impose this obligation. Appropriations from the consolidated revenue fund of the province belong exclusively to the legislature of the province.

Similarly, in *Peel*, this Court was required to rule upon the constitutionality of s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, which purported to authorize judicial orders directing the expenditure of money by municipalities for the custody and support of delinquent children. Relying upon *Reference re Troops in Cape Breton*, Martland J. decided that Parliament had no jurisdiction to compel municipalities, which are creatures of the provincial legislatures, to expend money. Interestingly, however, Martland J. did suggest, at p. 22, that s. 20(2) could have been *intra vires* Parliament if it had been shown to be necessarily incidental to the operation of valid federal legislation in relation to criminal law. However, as the section pertained to the continuing

celles-ci. Toutefois, le procureur général de l'Alberta soutient que l'obligation que la Loi sur la TPS impose aux provinces de percevoir et de remettre la TPS relativement aux fournitures taxables fabriquées par les provinces équivaut à une affectation par le Parlement des fonds des provinces à des fins fédérales. Le procureur général de l'Alberta fonde sa position sur les arrêts de notre Cour *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554, et *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9. À mon avis, aucun de ces arrêts n'appuie l'argument que le procureur général de l'Alberta cherche à faire valoir.

Dans l'arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, la question était de savoir si la province de la Nouvelle-Écosse était tenue de rembourser le gouvernement fédéral de la dépense que représentait l'envoi de troupes pour réprimer des troubles locaux au Cap Breton à la demande du procureur général de la province. La *Loi de Milice*, S.R.C. 1906, ch. 41, modifiée par S.C. 1924, ch. 57, avait pour but d'imposer une telle obligation au gouvernement d'une province dont le procureur général avait demandé l'envoi de troupes fédérales pour aider le pouvoir civil dans la province. Notre Cour, à la majorité, a conclu que le Parlement n'avait pas le pouvoir d'imposer cette obligation. Les affectations de crédits sur le Trésor de la province appartiennent exclusivement à l'assemblée législative de la province.

De même, dans l'arrêt *Peel*, on a demandé à notre Cour de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, qui avait pour but d'autoriser les ordonnances judiciaires visant le paiement de sommes d'argent par les municipalités pour la garde et l'entretien d'enfants délinquants. Sur le fondement de l'arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, le juge Martland a conclu que le Parlement n'était pas compétent pour obliger les municipalités, qui sont créées par le législateur provincial, à payer des sommes d'argent. Toutefois, il est intéressant de noter que le juge Martland a laissé entendre, à la p. 22, que le par. 20(2) aurait pu être *intra vires* du Parlement si l'on avait démontré qu'il était nécessairement accessoire à l'applica-

support of delinquent children after criminal proceedings had terminated, it could not be justified as criminal law in the meaning of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*:

The effect of s. 20(2) is to alter the role of municipal institutions, not necessarily limited to financial matters but also with respect to their duty toward persons found within their boundaries. This is an indirect amendment to provincial legislation respecting municipalities. It could not be justified in the absence of a direct link with federal legislative power under s. 91(27). There is no direct link between the municipality "to which the child belongs" and the issue of the child's criminality. The obligation sought to be imposed on the municipality arises only after the criminal proceedings have been completed and sentence has been imposed. [Emphasis added.]

I have already concluded that there does exist a "direct link" between the obligations placed on suppliers by the GST Act and the federal power over taxation under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. On the above reasoning, therefore, even if the GST Act imposed an obligation to pay out a sum of money for federal purposes this might be justified.

The GST Act, however, does not go nearly this far. The obligation to collect and remit the GST is clearly not the same as an obligation to pay out a sum of money to the federal government from the provincial consolidated revenue fund. To this extent, *Reference re Troops in Cape Breton* and *Peel* are beside the point. Parliament has simply imposed certain administrative burdens upon suppliers that are necessarily incidental to a valid federal scheme of taxation within the meaning of that term as it is used in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*.

The Attorney General of Canada argues that there is nothing impermissible in valid federal legislation imposing administrative burdens upon provincial governments, provided that these are necessarily incidental to the operation of a valid federal scheme of taxation. In *Attorney-General for Que-*

tion d'une loi fédérale valide en matière de droit criminel. Toutefois, comme l'article se rapportait à l'entretien permanent d'enfants délinquants après la fin des procédures criminelles, il ne pouvait être justifié à titre de droit criminel au sens du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

Le paragraphe 20(2) a pour effet de modifier le rôle des institutions municipales, pas nécessairement quant aux seules questions financières mais également à l'égard de leurs obligations envers les personnes qui se trouvent sur leur territoire. C'est là une modification indirecte des lois provinciales relatives aux municipalités. Ce paragraphe n'est pas justifié en l'absence d'un lien direct avec le pouvoir législatif fédéral en vertu de l'art. 91(27). Il n'y a pas de lien direct entre la municipalité «à laquelle il [l'enfant] appartient» et la question de la criminalité de l'enfant. L'obligation que la Loi cherche à imposer à la municipalité se présente uniquement une fois les procédures criminelles complétées et la sentence imposée. [Je souligne.]

J'ai déjà conclu qu'il existait un «lien direct» entre les obligations imposées aux fournisseurs par la Loi sur la TPS et le pouvoir fédéral en matière de taxation aux termes du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, suivant le raisonnement qui précède, même si la Loi sur la TPS imposait une obligation de payer une somme d'argent à des fins fédérales, cela pourrait être justifié.

Toutefois, la Loi sur la TPS ne va pas aussi loin. L'obligation de percevoir et de remettre la TPS n'est de toute évidence pas la même qu'une obligation de prélever une somme d'argent sur le Trésor de la province pour la verser au gouvernement fédéral. Dans cette mesure, les arrêts *Reference re Troops in Cape Breton* et *Peel* sont hors de propos. Le législateur fédéral a simplement imposé aux fournisseurs certains fardeaux administratifs qui sont nécessairement accessoires à un régime de taxation fédérale valide selon le sens dans lequel ce terme est utilisé au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le procureur général du Canada soutient qu'il n'y a rien d'inacceptable à ce qu'une disposition législative fédérale valide impose un fardeau administratif à des gouvernements provinciaux, pourvu qu'il soit nécessairement accessoire à l'application d'un régime de taxation fédérale valide. Dans l'arrêt

bec v. Nipissing Central Railway Co., [1926] A.C. 715 (P.C.), for instance, it was decided that federal legislation in relation to railways could authorize the compulsory taking of provincial Crown lands to the extent necessary for the building of railway lines. In *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, this Court upheld the *Dominion Controverted Elections Act, 1874*, which conferred upon provincial superior courts the jurisdiction, and imposed the duty, of trying controverted elections of members of the House of Commons.

The case of *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, also relied on by Canada, is less helpful. In that case, the issue was whether the *Motor Vehicle Transport Act*, S.C. 1953-54, c. 59, which permitted the respondent Board, an entity created by the Ontario legislature, to issue and review licenses for the interprovincial transport of goods, was *ultra vires* as an impermissible delegation of Parliament's legislative powers to a provincial body. Cartwright J., for the majority, found that there was no delegation, but, rather, simply the adoption by Parliament of the legislation of another body, as it might from time to time exist, as its own. The decision in *Coughlin* is not clearly relevant to the question we are faced with here, as Parliament did not purport to compel Ontario to establish a Highway Transport Board to administer the federal statute, nor did Cartwright J. suggest that it could have done so.

In any case, in my opinion it is not necessary for us to analyze the limits of the federal power to impose administrative obligations on the provinces, pursuant to a valid federal scheme of taxation, in order to answer the fifth constitutional question. The most that can be said of the collection and remittance obligations created by the GST Act is that they impose certain administrative burdens on commercial entities operating in the province. It is only in so far as the province operates as

Attorney-General for Quebec c. Nipissing Central Railway Co., [1926] A.C. 715 (C.P.), par exemple, il a été jugé qu'une loi fédérale relative aux chemins de fer pouvait autoriser l'expropriation de terres de la Couronne provinciale dans la mesure nécessaire pour la construction de voies de chemin de fer. Dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, notre Cour a confirmé l'Acte des élections fédérales contestées, 1874, qui conférait aux cours supérieures des provinces la compétence pour juger les élections controversées des députés de la Chambre des communes et leur imposait l'obligation de le faire.

L'arrêt *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, sur lequel s'est également fondé le Canada, est moins utile. Dans cette affaire, la question était de savoir si la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*, S.C. 1953-54, ch. 59, qui autorisait la commission intimée, un organisme créé par l'assemblée législative de l'Ontario, à délivrer et à réviser les permis pour le transport interprovincial de marchandises, était *ultra vires* en tant que délégation inacceptable de pouvoirs législatifs du Parlement à un organisme provincial. Le juge Cartwright, au nom de la majorité, a conclu qu'il n'y avait aucune délégation mais, plutôt, simplement l'adoption comme sienne par le Parlement de la législation d'un autre organisme telle qu'elle pouvait exister. L'arrêt *Coughlin* n'est pas clairement pertinent relativement à la question qui nous est soumise en l'espèce, car le Parlement n'a pas eu l'intention d'obliger l'Ontario à créer une commission du transport routier pour administrer la loi fédérale et le juge Cartwright n'a pas non plus laissé entendre qu'il aurait pu le faire.

De toute façon, à mon avis, pour répondre à la cinquième question constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que nous analysions les limites du pouvoir fédéral d'imposer des obligations administratives aux provinces aux termes d'un régime de taxation fédérale valide. Le plus que l'on puisse dire au sujet des obligations relatives à la perception et à la remise créées par la Loi sur la TPS est qu'elles imposent certains fardeaux administratifs à des entreprises commerciales exploitées dans la pro-

a commercial entity that it becomes subject to these burdens. This is not the same thing as an appropriation of money from the provincial consolidated revenue fund, without the consent of the provincial legislature, for federal purposes. Indeed, from the point of view of policy, it is far from clear that it would be desirable to adopt an interpretation of the GST Act which would give special advantages to provinces when they act as commercial entities. Section 126 of the *Constitution Act, 1867* does not come into play. For this reason I conclude that the fifth constitutional question must be answered in the negative.

Constitutional Question 6

The Alberta Court of Appeal declined to answer the final constitutional question. In my view, it was correct so to decide, and, for the reasons given by the Court of Appeal, I am of the view that this Court ought not to answer it either. The sixth constitutional question is highly abstract, in that it does not refer to specific provincial institutions, and, indeed, refers to some hypothetical provincial institutions which apparently do not exist. Without greater specificity and detail, answers given by this Court could be quite misleading. Worse yet, they could be invoked to justify provincial attempts to frustrate the operation of the GST by the disingenuous manipulation of institutional forms.

In my view, the Attorney General of Canada is quite correct to argue that in the absence of a legislative scheme the pith and substance of which can be ascertained, this Court is placed in the impossible position where it cannot distinguish between valid schemes of provincial legislation, and colourable attempts to circumvent a valid federal scheme of taxation enacted under s. 91(3).

Where this Court is faced with a hypothetical question which cannot be answered with any assurance of correctness, the appropriate course of action is for us to decline to answer the question.

C'est seulement dans la mesure où la province agit à titre d'entreprise commerciale qu'elle devient assujettie à ces fardeaux. Ce n'est pas la même chose qu'une affectation de crédits sur le Trésor de la province, à des fins fédérales, sans le consentement de l'assemblée législative provinciale. En fait, sur le plan des principes, il est loin d'être évident qu'il serait souhaitable d'interpréter la Loi sur la TPS de manière à accorder des avantages spéciaux aux provinces lorsqu'elles agissent à titre d'entreprises commerciales. L'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas. Pour ces motifs, je conclus qu'il faut répondre par la négative à la cinquième question constitutionnelle.

Sixième question constitutionnelle

La Cour d'appel de l'Alberta a refusé de répondre à la dernière question constitutionnelle. J'estime qu'elle a eu raison de le faire et, pour les motifs qu'elle a énoncés, je suis d'avis que notre Cour ne devrait pas non plus y répondre. La sixième question constitutionnelle est très abstraite, en ce sens qu'elle ne mentionne pas d'organismes provinciaux précis; en fait, elle fait mention de certains organismes provinciaux hypothétiques qui apparemment n'existent pas. Sans autres détails, les réponses que pourrait donner notre Cour risqueraient d'être trompeuses. Ce qui serait pire, elles pourraient être invoquées pour justifier des tentatives provinciales en vue de faire échouer l'application de la TPS par une manipulation dissimulée de formulaires institutionnels.

À mon avis, le procureur général du Canada a eu tout à fait raison de soutenir que, en l'absence d'un régime législatif dont le caractère véritable peut être vérifié, notre Cour est placée dans la situation impossible où elle ne peut établir de distinction entre des régimes valides de législation provinciale et des tentatives frauduleuses pour contourner un régime fédéral de taxation valide adopté aux termes du par. 91(3).

Lorsque notre Cour est saisie d'une question hypothétique à laquelle elle ne peut garantir de réponse exacte, la démarche à suivre est de refuser d'y répondre. Dans *McEvoy c. Procureur général*

In *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, we said (at p. 708):

This Court is entitled to exercise its judgment on whether it should answer referred questions if it concludes that they do not exhibit sufficient precision to permit cogent answers. This is irrespective of the fact that the reference power is couched in broad terms . . .

It is clear that we are entitled to decline to answer a question referred to us on a reference if the question is such that the answer given would not be precise or useful: see also, *Reference re Education System in Montreal*, [1926] S.C.R. 246, *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451, *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54. The sixth constitutional question in this Reference cannot usefully be answered in its present form, and we therefore respectfully decline to answer it.

5. Arguments of the Attorney General for Ontario

The Attorney General for Ontario was granted leave to intervene in these proceedings and filed a factum. After reviewing these materials and hearing the submissions of counsel on the point, we decided that we would not hear the submissions of the counsel for the Attorney General for Ontario.

Briefly, it was the position of the Attorney General for Ontario that the GST Act had been passed through Parliament by an invalid procedure and was therefore void in its entirety. The Attorney General for Ontario pressed this argument as an intervenor before the Alberta Court of Appeal, which, in its judgment, declined to deal with these submissions on the merits. In my view, the Court of Appeal was quite correct in this decision.

The Attorney General for Ontario has sought to raise an entirely different ground for attacking the *vires* of the GST Act, and one which was not addressed by the principal parties in these appeals. To address the issues raised by the Attorney Gen-

du Nouveau-Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704, nous avons dit, à la p. 708:

Cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de décider si elle devrait répondre aux questions soumises par renvoi si elle conclut que celles-ci ne sont pas assez précises pour permettre d'y apporter des réponses valables. Elle peut l'exercer même si la formulation du pouvoir de renvoi est générale . . .

Il est clair que nous avons le droit de refuser de répondre à une question qui nous est soumise dans le cadre d'un renvoi si celle-ci est telle que la réponse ne serait pas précise ou utile: voir également, *Reference re Education System in Montreal*, [1926] R.C.S. 246, *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451, *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Il n'est pas possible de donner une réponse utile à la sixième question constitutionnelle dans le présent renvoi sous sa forme actuelle et par conséquent, nous refusons, avec égards, d'y répondre.

5. Les arguments du procureur général de l'Ontario

Le procureur général de l'Ontario a obtenu l'autorisation d'intervenir en l'espèce et a déposé un mémoire. Après examen de ces documents et audition des arguments des avocats sur ce point, nous avons décidé de ne pas entendre les arguments du procureur général de l'Ontario.

En bref, le procureur général de l'Ontario était d'avis que le Parlement avait adopté la Loi sur la TPS en vertu d'une procédure qui n'était pas valide et qu'elle était par conséquent entièrement nulle. Le procureur général de l'Ontario a fait valoir cet argument à titre d'intervenant devant la Cour d'appel de l'Alberta, qui dans son arrêt, a refusé de traiter ces arguments au fond. À mon avis, la décision de la Cour d'appel était bien fondée.

Le procureur général de l'Ontario a cherché à soulever un moyen entièrement différent pour contester la constitutionnalité de la Loi sur la TPS, un moyen que les principales parties en l'espèce n'avaient pas présenté. Pour traiter des questions

eral for Ontario would require this Court to embark on a lengthy analysis of issues not raised by any of the other parties and not related to the substance of these appeals.

We are all of the opinion that the issues sought to be raised by the Attorney General for Ontario fall outside the intended scope of the Reference. In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, this Court declined to address a similar argument sought to be raised by an intervener on this very ground. I would adopt the reasoning of Pigeon J. in this respect where he said at p. 1290:

It does not appear to me that the appellants' attack based upon the alleged absence of a message from the Governor General recommending its enactment, comes within the scope of the question submitted. Nothing in the order of reference or in the material submitted therewith, raises any issue with respect to the regularity of the adoption of the Act, as opposed to its intrinsic validity depending on Parliament's legislative authority. On a reference the Court has to give answers on the basis of the questions submitted exclusively (*Re: Quebec Magistrates' Court*, [1965] S.C.R. 722), intervening parties are not permitted to raise other issues and to bring up other facts as they might in ordinary litigation. I would therefore decline to consider this ground of attack.

With all due respect, therefore, the arguments sought to be raised by the Attorney General for Ontario are not helpful. Intervener status is granted when this Court feels that the intervener may be of assistance to the Court in resolving the principal issues before us. Intervener status is not granted to allow the intervener to raise an entirely new set of issues which are not addressed by the principal parties. This principle is even stronger in reference cases, where the scope of the appeal is governed by specific questions posed by the Lieutenant-Governor or the Governor General in Council.

We therefore will not address the merits of the arguments sought to be raised by counsel for the

soulevées par le procureur général de l'Ontario, il faudrait que notre Cour s'engage dans une longue analyse de questions qui n'ont pas été soulevées par les autres parties et qui ne se rapportent pas au fond des présents pourvois.

Nous sommes tous d'avis que les questions que le procureur général de l'Ontario cherche à soulever n'entrent pas dans le cadre visé par le renvoi. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, notre Cour a refusé d'examiner un argument semblable qu'un intervenant cherchait à faire valoir sur ce même fondement. J'adopte le raisonnement du juge Pigeon à cet égard lorsqu'il a dit à la p. 1290:

À mon avis, l'argumentation des appelants fondée sur l'absence de message du gouverneur général recommandant l'adoption de la disposition n'est pas pertinente. Rien dans le décret de renvoi ni dans les documents fournis ne met en doute la régularité de l'adoption de la Loi, par opposition à sa validité intrinsèque qui dépend du pouvoir législatif du Parlement. Dans un renvoi, la Cour doit seulement répondre aux questions posées (*Re: La Cour de magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 722), et les intervenants ne sont pas autorisés à soulever d'autres questions ni à soumettre d'autres faits, comme ils le peuvent dans un litige ordinaire. En conséquence, je ne puis considérer ce moyen.

Par conséquent, avec égards, les arguments que le procureur général de l'Ontario cherche à faire valoir ne sont pas utiles. Le statut d'intervenant est accordé lorsque notre Cour est d'avis que l'intervenant peut l'aider à trancher les principales questions qui lui sont présentées. Il n'est pas accordé pour permettre à l'intervenant de soulever des questions entièrement nouvelles, que les parties principales n'ont pas présentées. Ce principe est encore plus fort dans les renvois, lorsque la portée du pourvoi est régie par des questions précises posées par le lieutenant-gouverneur ou par le gouverneur général en conseil.

Par conséquent, nous n'examinerons pas le fondement des arguments que les avocats du procu-

Attorney General for Ontario. They are not helpful to us in the disposition of these appeals.

6. Conclusion

In the result, the appeal of the Attorney General of Canada is allowed and the appeal of the Attorney General for Alberta is dismissed. The constitutional questions are answered as follows:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: No.

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

(b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or

(c) otherwise

constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?

Answer: No.

4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that

leur général de l'Ontario ont cherché à faire valoir. Ils ne nous sont pas utiles pour régler les présents pourvois.

a 6. Conclusion

En conséquence, le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli et le pourvoi du procureur général de l'Alberta est rejeté. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Réponse: Non.

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou

c) autrement,

porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Réponse: Non.

4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de

is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,

(b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and

(c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue

(a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or

(b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,

(b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,

(c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the Appendix exempt from tax under the *GST Act*, and

verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,

b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et

c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui comprend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes

a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou

b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,

c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et

(d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

Answer: This question should not be answered.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

LA FOREST J.—These appeals raise the constitutional validity of the federal Goods and Services Tax (“GST”) passed by Parliament as Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. The case began by a reference by the Lieutenant-Governor in Council of Alberta to the Court of Appeal of that province of six questions regarding the validity and effect of the tax. The nature of the tax and the history of the litigation are set forth in the reasons of the Chief Justice, and I need not repeat them. I agree with his proposed disposition and his answers to the referred questions, but our views diverge on several matters. For that reason, I have thought it best to write short reasons of my own. The questions and my answers and reasons therefor follow:

1. Having regard to the *Constitution Acts, 1867 to 1982* or otherwise, is the *GST Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

I would answer this question “no”. Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867* empowers Parliament to make laws for “[t]he raising of Money by any Mode or System of Taxation”. There can be no question that the GST is intended to raise money and that a value-added tax, which is what the GST is, is a mode or system of taxation. The GST thus falls squarely within s. 91(3). It is in pith and substance a mode or system of taxation, so one need not enquire any further about whether it might be justified as necessarily incidental to the legislative scheme. The fact that it may affect activities within provincial regulatory competence is of no moment.

d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

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

LE JUGE LA FOREST—Les présents pourvois soulèvent la question de la constitutionnalité de la taxe sur les produits et services («TPS»), dont les dispositions pertinentes ont été adoptées par le Parlement dans la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. L'affaire a débuté par le renvoi qu'a fait le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta à la Cour d'appel de cette province de six questions concernant la validité et l'effet de la taxe. Le Juge en chef, dans ses motifs, expose la nature de la taxe et l'historique du litige; je n'ai donc pas à les répéter. Je suis d'accord avec la décision qu'il propose et avec ses réponses aux questions soumises, mais nos points de vue divergent à plusieurs égards. C'est pourquoi j'ai cru préférable de rédiger de courts motifs. Voici donc les questions ainsi que mes réponses et mes motifs:

1. Compte tenu des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou autrement, les dispositions législatives sur la TPS sont-elles *ultra vires* du Parlement du Canada en tout ou en partie et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Je répondrais «non» à cette question. Le paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet au Parlement de faire des lois en vue du «prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation». Il ne fait aucun doute que la TPS vise à prélever des deniers et qu'une taxe sur la valeur ajoutée, ce qu'est en fait la TPS, est un mode ou système de taxation. La TPS relève donc manifestement du par. 91(3). Elle est, de par son caractère véritable, un mode ou système de taxation et il n'est donc pas nécessaire de chercher davantage à savoir si elle peut se justifier comme étant nécessairement accessoire au régime législa-

This basic proposition was recently restated in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, where, speaking for the Court, I stated, at p. 62:

... if the *Guidelines Order* is found to be legislation that is in pith and substance in relation to matters within Parliament's exclusive jurisdiction, that is the end of the matter. It would be immaterial that it also affects matters of property and civil rights

See also *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286. I might add that it is hard to imagine a tax that would not affect property and civil rights.

Nor does the case of *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (*Employment Insurance Reference*), have any relevance. In that case, the Privy Council held that the statutory scheme there in question was in pith and substance an unemployment insurance scheme, a matter then falling exclusively within provincial legislative competence. Here the pith and substance of the Act is simply to impose a tax to raise money.

2. Does the system of collection under the *GST Act*

(a) at any stage prior to the supply of taxable supplies to consumers or to suppliers of exempt supplies,

(b) prior to the collection by a supplier from a recipient, or

(c) otherwise

constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or of another provincial power under that Act, so that the *GST Act* in its application of the system of collection or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?

I would answer this question "no". The answer flows largely from what I have said about

tif. Son incidence possible sur les activités relevant du pouvoir de réglementation des provinces est sans importance. Cette proposition fondamentale a été énoncée de nouveau récemment dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, dans lequel j'ai dit, au nom de la Cour, à la p. 62:

... si l'on conclut que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* est un texte législatif lié à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement, la question est épuisée. Il serait alors indifférent qu'il touche également des matières liées à la propriété et aux droits civils . . .

Voir aussi l'arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1286. J'ajouterais qu'il est difficile de concevoir une taxe qui ne toucherait pas la propriété et les droits civils.

L'arrêt *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (le *Renvoi sur l'assurance-chômage*), n'a non plus aucune pertinence. Dans cette affaire, le Conseil privé a conclu que le régime législatif dont il était question était, de par son caractère véritable, un régime d'assurance-chômage, matière relevant alors exclusivement de la compétence législative provinciale. En l'espèce, la Loi vise simplement, de par son caractère véritable, à imposer une taxe pour prélever des deniers.

2. Le régime de perception prévu dans ces dispositions,

a) à toute étape antérieure à l'offre de fournitures taxables aux consommateurs ou aux fournisseurs de fournitures exonérées,

b) avant la perception par un fournisseur auprès d'un acquéreur, ou

c) autrement,

porte-t-il atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en ce qui concerne la réglementation de la propriété et des droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou un autre pouvoir provincial conféré par cette loi, de façon que les dispositions législatives sur la TPS relatives au régime de perception ou une partie de ce régime sont *ultra vires* du Parlement du Canada?

Je répondrais «non» à cette question, en grande partie en raison de ce que j'ai dit au sujet de la pre-

question 1. The collection provisions of the GST are simply part and parcel of the mode or system of taxation adopted by Parliament. There is no indication that these provisions were enacted for any other purpose than to collect the tax, and colourability is not lightly to be imputed. As Laskin C.J. stated in *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 390:

The Parliament of Canada is authorized to raise money "by any mode or system of taxation", and it would be an unusual case where this power, so apparently limitless, could be challenged as colourably used and thus make it appropriate for the Court to consider extrinsic material to show colourability.

I agree with the Court of Appeal that severing the provisions of the Act that do not result in raising revenues from those that do, would result in a completely different system of taxation. It would transform the tax from a value-added tax to a retail sales tax. It would fetter Parliament's discretion to raise money "by any Mode or System of Taxation".

That these provisions may, as I earlier noted, have an impact on property and civil rights is of no moment. As I stated in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 145, there is no hermetic division between the federal legislative domain and that covered by property and civil rights. Some spillover is inevitable.

3. Having regard to s. 103 of the *Constitution Act, 1867* and the common law, are suppliers entitled to charge and to collect from the Consolidated Revenue Fund of Canada all costs, charges and expenses incidental to collecting and paying a remittance under the *GST Act*?

I would answer this question "no". Section 103 reads:

mière question. Les dispositions de la TPS relatives à la perception font simplement partie intégrante du mode ou système de taxation adopté par le Parlement. Rien ne permet de croire que ces dispositions ont été adoptées dans quelque autre but que de percevoir la taxe, et l'on ne doit pas les considérer à la légère comme étant un artifice. Comme l'a dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 390:

Le Parlement du Canada est autorisé à prélever des deniers «par tous modes ou systèmes de taxation» et ce ne serait que par exception que ce pouvoir, en apparence aussi illimité, pourrait être contesté au motif que son exercice constituerait un artifice, de façon à donner lieu à l'examen par la Cour d'éléments de preuve extrinsèques pour prouver l'existence de cet artifice.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que si l'on séparerait les dispositions de la Loi qui n'aboutissent pas au prélèvement de deniers de celles qui ont ce résultat, cela donnerait un système de taxation complètement différent. En effet, d'une taxe sur la valeur ajoutée, la taxe deviendrait une taxe de vente au détail. Cela ferait obstacle au pouvoir discrétionnaire du Parlement de prélever des sommes d'argent «par tous modes ou systèmes de taxation».

Comme je l'ai dit précédemment, il est sans importance que ces dispositions puissent avoir une incidence sur la propriété et les droits civils. Je l'ai déclaré dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, à la p. 145, il n'existe pas de cloison étanche entre le domaine législatif fédéral et celui qui est visé par la propriété et les droits civils. Il est inévitable qu'il y ait certains chevauchements.

3. Compte tenu de l'art. 103 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la common law, les fournisseurs ont-ils le droit d'exiger et de percevoir du Trésor canadien tous les frais et les dépenses attribuables à la perception et au versement d'une remise en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Je répondrais «non» à cette question. L'article 103 est libellé comme suit:

103. The Consolidated Revenue Fund of Canada shall be permanently charged with the Costs, Charges, and Expenses incident to the Collection, Management, and Receipt thereof, and the same shall form the First Charge thereon, subject to be reviewed and audited in such Manner as shall be ordered by the Governor General in Council until the Parliament otherwise provides.

As counsel for the Attorney General of Canada argued, s. 103 merely provides for the appropriation of monies from the consolidated revenue fund of Canada. It does not impose an independent legal obligation on Canada to compensate collecting agents. Rather, it refers to costs, charges and expenses the Government of Canada is obliged to pay by statute or contract independently of s. 103.

I need not go into the common law position. Whatever duty might reside in the Crown at common law to pay suppliers for collecting the tax, by providing (s. 346 of the Act) for a one-time transitional credit for small businesses to assist them in offsetting their initial compliance costs, Parliament, in my view, has given a clear indication that it did not intend to provide further compensation for the purpose. For a similar situation, see *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593.

4. Having regard to s. 125 of the *Constitution Act, 1867*,

(a) is the imposition of obligations under the *GST Act* on the Government of Alberta as a supplier to collect and pay a remittance on a taxable supply that is Alberta property *ultra vires* the Parliament of Canada,

(b) does the imposition of a remittance under the *GST Act* on a recipient from the Government of Alberta of a taxable supply that is Alberta property or that generates revenue to the Government of Alberta constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada, and

(c) does the imposition of a remittance that is computed under s. 154 of the *GST Act* on the basis of consideration for a taxable supply that includes an

103. Le Fonds du revenu consolidé du Canada sera, en permanence, grevé des frais, charges et dépenses entraînés pour le percevoir, l'administrer et le recouvrer, lesquels constitueront la première charge sur ce fonds et pourront être soumis à l'examen et à la vérification qu'ordonnera le gouverneur général en conseil jusqu'à ce que le Parlement y pourvoie autrement.

Comme l'a soutenu l'avocat du procureur général du Canada, l'art. 103 ne fait que prévoir le paiement de sommes d'argent sur le Trésor du Canada. Il n'impose pas au Canada l'obligation légale distincte d'indemniser les percepteurs. Il fait plutôt mention des frais, charges et dépenses que doit acquitter le gouvernement du Canada en vertu d'une loi ou d'un contrat, indépendamment de l'art. 103.

Je n'ai pas à me soucier de la position fondée sur la common law. Quelle que puisse être l'obligation de la Couronne, en common law, de payer les fournisseurs pour percevoir la taxe, en prévoyant (art. 346 de la Loi) un crédit transitoire unique pour la petite entreprise afin de l'aider à faire face au coup initial de l'observation de la Loi, le Parlement, à mon sens, a indiqué clairement qu'il n'entend pas donner d'autre indemnité à cet égard. On trouvera une situation semblable dans *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593.

4. Compte tenu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

a) l'imposition au gouvernement de l'Alberta, en tant que fournisseur et en vertu des dispositions législatives sur la TPS, de l'obligation de percevoir et de verser une remise sur une fourniture taxable qui est une propriété de l'Alberta est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada,

b) l'imposition, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'une remise à un acquéreur d'une fourniture taxable du gouvernement de l'Alberta qui est une propriété de l'Alberta ou qui est une source de recettes pour le gouvernement de l'Alberta constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada, et

c) l'imposition d'une remise calculée en vertu de l'art. 154 des dispositions législatives sur la TPS en contrepartie d'une fourniture taxable et qui com-

amount of provincial tax constitute taxation of Alberta property that is *ultra vires* the Parliament of Canada?

I would answer this question “no” for the reasons given by the Chief Justice. The majority in the circumstances in *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, interpreted the tax there as in pith and substance one imposed on provincial property, indeed the public domain, which at Confederation was intended, as the majority underlined, to provide the primary source of revenue for the provinces, a constitutional principle s. 125 was designed to protect. Here the tax is in pith and substance one imposed against the purchaser of goods or services and simply collected by the province in common with other suppliers of goods or services. The province is in no different position from an employer obliged to withhold income under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153 and 227(4).

5. Having regard to s. 126 of the *Constitution Act, 1867*, is the requirement under the *GST Act* that the Government of Alberta use part of the Government of Alberta's revenue

(a) to collect a remittance or cause a remittance to be collected, or

(b) to pay a remittance prior to the receipt of the remittance from the recipient of a taxable supply *ultra vires* the Parliament of Canada?

There can be no doubt that the province by virtue of s. 126 has the exclusive power to appropriate money from its consolidated revenue for provincial purposes, just as by s. 102 the federal Parliament has exclusive power of appropriation from the federal consolidated revenue fund. And the very structure of the Constitution, which creates two sovereign levels of government with their own fiscal organization flies against the idea that one level of government can appropriate monies from the other's consolidated revenue fund. That was decided in *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554, where this Court held

prend une taxe provinciale constitue-t-elle une taxation d'une propriété de l'Alberta qui est *ultra vires* du Parlement du Canada?

Je répondrais «non» à cette question pour les motifs qu'a donnés le Juge en chef. La majorité dans les circonstances en cause dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, a interprété la taxe en cause dans cette affaire comme étant, de par son caractère véritable, une taxe sur la propriété de la province, en fait sur le domaine public, propriété qui était destinée, lors de la Confédération, comme l'a souligné la majorité, à fournir la principale source de recettes aux provinces, un principe constitutionnel que l'art. 125 vise à protéger. En l'espèce, la taxe est, de par son caractère véritable, une taxe imposée à quiconque achète des produits ou des services et elle est simplement perçue par la province en commun avec d'autres fournisseurs de produits et de services. La province ne se trouve pas dans une situation différente de celle de l'employeur obligé de faire des retenues en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153 et par. 227(4).

5. Compte tenu de l'art. 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'obligation pour le gouvernement de l'Alberta, en vertu des dispositions législatives sur la TPS, d'utiliser une partie de ses recettes

a) pour percevoir ou faire percevoir une remise, ou

b) pour verser une remise avant de l'avoir reçue de l'acquéreur d'une fourniture taxable

est-elle *ultra vires* du Parlement du Canada?

Il ne fait aucun doute que l'art. 126 accorde à la province le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur son Trésor à des fins provinciales, tout comme l'art. 102 confère au Parlement fédéral le pouvoir exclusif de prélever des deniers sur le Trésor du Canada. Et la structure même de la Constitution, qui crée deux paliers souverains de gouvernement dotés de leur propre régime fiscal, va à l'encontre de l'idée qu'un palier de gouvernement puisse prélever des deniers sur le Trésor de l'autre. C'est ce que notre Cour a décidé dans l'arrêt *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554, dans lequel elle a déclaré invalide la tentative

invalid an attempt by the federal government to impose on a province the cost of carrying out a federal activity in the province.

It by no means follows, however, that an administrative duty reasonably placed by Parliament on a province in the course of enacting a scheme falling squarely within a federal power will be invalid because the performance of that duty will in consequence require some expenditure by the province. In creating a tax system, which falls in pith and substance within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may incidentally require the provinces to assume such a burden. Otherwise, the broad taxing power there granted would be frustrated. It must be remembered that this power, subject to s. 125, is a paramount power, which must be given room for its effective exercise.

The present situation, as counsel for the Attorney General of Canada noted, is somewhat similar to that in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, where Parliament conferred a duty upon provincial superior courts in a federal matter. It also has some affinity to cases like *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, where Parliament conferred upon provincial boards the duty to administer laws which it had incorporated by reference, although it may not be irrelevant that schemes of this kind result from federal-provincial cooperation.

Nor do I see anything in *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9, that assists the province here. The provision there impugned directed a municipality to which a delinquent child belonged to contribute to the child's support. The provision was held not to fall within the criminal power nor to be truly necessary for its effective exercise. Rather, it fell within provincial power to regulate municipal institutions. In such a case, it would be surprising if Parliament could impose such financial duty on the province. In the present case, there is not only a link with federal

du gouvernement fédéral de faire supporter par une province le coût de l'exercice d'une activité fédérale dans cette province.

Il ne s'ensuit toutefois nullement qu'une obligation administrative, raisonnablement imposée à une province par le Parlement dans le cadre de l'adoption d'une mesure législative relevant manifestement de la compétence fédérale, sera invalide parce que l'exécution de cette obligation aura pour conséquence d'imposer quelque dépense à la province. En créant un système de taxation, ce qui relève, de par son caractère véritable, du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut accessoirement exiger des provinces qu'elles assument ce fardeau. Autrement, le large pouvoir de taxation conféré par cette disposition se trouverait contrarié. Il ne faut pas oublier que ce pouvoir, sous réserve de l'art. 125, est un pouvoir suprême, auquel il faut accorder la possibilité d'être exercé efficacement.

Comme l'a noté l'avocat du procureur général du Canada, la présente situation est quelque peu semblable à celle en cause dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, alors que le Parlement avait imposé une obligation à des cours supérieures provinciales à l'égard d'une matière fédérale. Elle a aussi une certaine affinité avec des affaires telles *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, dans laquelle le Parlement avait conféré à des commissions provinciales l'obligation d'appliquer des lois qu'il avait incorporées par renvoi, mais il est peut-être pertinent de signaler que des systèmes de ce genre découlent de la collaboration fédérale-provinciale.

Je ne vois non plus rien dans l'arrêt *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9, qui puisse aider la province en l'espèce. La disposition contestée dans cette affaire enjoignait à la municipalité à laquelle appartenait un enfant délinquant de contribuer à son entretien. On a conclu que la disposition ne relevait pas du pouvoir en matière de droit criminel et qu'elle n'était pas vraiment nécessaire à son exercice efficace. Elle relevait plutôt du pouvoir qu'ont les provinces de réglementer les institutions municipales. Dans un tel cas, il serait étonnant que le Parlement puisse

legislative power, as Martland J. seems to suggest (at p. 22) might have been acceptable; the tax and the collecting mechanism, we saw, fall squarely within the ambit of the relevant legislative power, s. 91(3).

6. Having regard to ss. 125 and 126 of the *Constitution Act, 1867*,

- (a) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta exempt from tax under the *GST Act*,
- (b) is the purchase of taxable supplies by provincial authorities, or any of them, designated as agents of the Government of Alberta, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, exempt from tax under the *GST Act*,
- (c) is the acquisition of taxable supplies by the Crown Purchase Agency referred to in section 2(k) of the *Appendix* exempt from tax under the *GST Act*, and
- (d) is the acquisition or use by provincial authorities, or any of them, in the course of their exercising a delegated constitutional power of the Government of Alberta, of taxable supplies that are provided by the Crown Purchase Agency to the provincial authorities exempt from tax under the *GST Act*?

I agree with the Chief Justice that this question should not be answered. Let me simply add a few words to what he says about the importance of the issues we are being asked to answer in the abstract. The argument of counsel for Alberta seems at times to suggest that any federal tax imposed against the province would be *ultra vires* by virtue of ss. 125 and 126. I would not be prepared to go that far. If that result had been intended, it is not easy to understand why the prohibition in s. 125 was limited to property taxes. And if s. 126 was intended to prevent such taxation, then one wonders why it was thought necessary to enact s. 125.

imposer une obligation financière de ce genre à une province. En l'espèce, non seulement il y a un lien avec le pouvoir législatif fédéral, dont le juge Martland semble laisser entendre qu'il pourrait fournir une justification (à la p. 22), mais de plus, la taxe et son mode de perception, nous l'avons vu, relèvent directement de la portée de la disposition législative pertinente, soit le par. 91(3).

6. Compte tenu des art. 125 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

- a) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- b) l'achat de fournitures taxables par les autorités provinciales, désignées comme mandataires du gouvernement de l'Alberta, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, est-il dispensé de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS,
- c) l'acquisition de fournitures taxables par l'organisme gouvernemental acheteur mentionné à l'alinéa 2k) de l'annexe est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS, et
- d) l'acquisition ou l'utilisation par les autorités provinciales, dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel délégué du gouvernement de l'Alberta, de fournitures taxables fournies par l'organisme gouvernemental acheteur aux autorités provinciales est-elle dispensée de la taxe en vertu des dispositions législatives sur la TPS?

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il ne convient pas de répondre à cette question. Qu'on me permette simplement d'ajouter quelques mots à ce qu'il dit au sujet de l'importance des questions auxquelles on nous demande de répondre dans l'abstrait. Dans son argumentation, l'avocat de l'Alberta semble parfois laisser entendre que toute taxe fédérale imposée à une province serait inconstitutionnelle en vertu des art. 125 et 126. Je ne serais pas disposé à aller aussi loin. Si c'était là ce que l'on voulait, il est difficile de comprendre pourquoi l'interdiction à l'art. 125 se limiterait aux taxes sur la propriété. Et si l'art. 126 visait à prévenir une telle taxation, on se demande alors pourquoi on a cru nécessaire d'édicter l'art. 125.

1992 CanLII 69 (SCC)

I am not unmindful, however, of the fact that the power to tax involves the power to destroy and that, accordingly, the fiscal independence of the provinces and the protection of their sources of revenue must be maintained. A complete prohibition of federal taxation against the provinces (apart from being anything but obvious from the constitutional text) might, however, frustrate the development of legitimate fiscal initiatives as well as deprive Parliament of the power to prevent serious economic imbalances in the conduct of many activities both within and outside the province arising out of the tax owing to differences in the extent that the provinces engaged in such activities. These are daunting questions to which the Court may need to respond if and when they arise. If they do, it would be better for the Court to be in a position to undertake the task uninhibited by statements made in the absence of appropriate contexts. These questions do not arise here. Parliament has seen fit not to impose duties and taxes of the kind addressed in question 6. I think the Court would ill serve the nation if it attempted to respond to questions raising such fundamental issues in the abstract.

I also agree with the Chief Justice's reasons concerning the arguments of the Attorney General for Ontario.

Accordingly, I would dispose of these appeals and answer the constitutional questions in the manner proposed by the Chief Justice.

Appeal of the Attorney General of Canada allowed. Appeal of the Attorney General for Alberta dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent: Stikeman, Elliott, Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant: Burnet Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Je n'oublie cependant pas que le pouvoir de taxer comprend le pouvoir de détruire, et qu'en conséquence il faut préserver l'indépendance fiscale des provinces et maintenir la protection de leurs sources de recettes. L'interdiction complète d'une taxe fédérale imposée aux provinces (autre qu'elle est loin de ressortir du texte constitutionnel) pourrait toutefois nuire à l'élaboration de mesures fiscales légitimes aussi bien que priver le Parlement de son pouvoir d'empêcher qu'il y ait de sérieux déséquilibres économiques dans la poursuite de nombreuses activités à l'intérieur et à l'extérieur de la province découlant de la taxe, vu la mesure différente dans laquelle les provinces se sont livrées à ces activités. Voilà de troublantes questions auxquelles la Cour peut avoir à répondre lorsqu'elles se poseront, le cas échéant. Si tel est le cas, il serait préférable que la Cour soit en mesure d'entreprendre cette tâche sans être entravée par des déclarations faites en l'absence des contextes appropriés. Ces questions ne sont pas soulevées en l'espèce. Le Parlement a jugé bon de ne pas imposer de droits et de taxes du genre de ceux qui sont visés à la question 6. Je crois que la Cour desservirait la nation si elle tentait de répondre dans l'abstrait à des questions soulevant des points aussi fondamentaux.

Je me range également aux motifs du Juge en chef en ce qui concerne les arguments du procureur général de l'Ontario.

Par conséquent, je trancherais les présents pourvois et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le Juge en chef.

Pourvoi du procureur général du Canada accueilli. Pourvoi du procureur général de l'Alberta rejeté.

Procureurs de l'appellant/intimé: Stikeman, Elliott, Ottawa.

Procureurs de l'intimé/appellant: Burnet Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Deputy Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le sous-procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante: Borden & Elliot, Toronto.

2002 CarswellQue 831
Cour supérieure du Québec

PCI Chemicals Canada Inc., Re

2002 CarswellQue 831, [2002] R.J.Q. 1093, [2002] J.Q. No. 433, J.E. 2002-718, REJB 2002-31861

**Dans l'Affaire du Plan d'Arrangement de Transaction ou d'Arrangement Relatif
à: PCI Chemicals Canada Inc., Débitrice-intimée et Richter & Associates Inc.,
Contrôleur-co-intimé et Pioneer Companies, Inc. et al, Co-débitrices-co-intimées
et The Creditors Committee, Mis-en-cause et Hydrogéal Inc., Requête**

Mayrand J.C.S.

Jugement: 7 mars 2002

Audience: 20 décembre 2001

Dossier: C.S. Qué. Montréal 500-05-066677-012

Avocat: *Me Ronald Auclair, Me Robert Tessier*, Procureurs de la requérante.

Me Guy Sarault, Procureur de la Débitrice-intimée.

Me Charles Nadeau Demers, Procureur de la Débitrice-intimée.

Me Sylvain Vauclair, Procureur du Mis-en-cause.

Sujet: Insolvency; Public

Mayrand J.C.S.:

Jugement

1 La débitrice, PCI Chemicals Canada Inc. (PCI) et plusieurs compagnies affiliées (toutes collectivement appelées Groupe Pioneer) ont demandé la protection des tribunaux canadiens et américains en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹ (LACC) et du *Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code*², en vue de restructurer leurs affaires financières.

2 C'est dans ce contexte que le 1^{er} août 2001, PCI obtient une ordonnance initiale en vertu de l'article 11 de la LACC suspendant les droits et recours de l'ensemble de ses créanciers.

3 Cette ordonnance prévoit aussi le droit pour PCI de résilier unilatéralement ses contrats sous réserve du droit pour les parties co-contractantes de produire une preuve de réclamation pour les dommages qu'elles pourraient subir.

4 Hydrogéal Inc. (Hydrogéal) reçoit le 4 octobre 2001 un avis de résiliation d'un contrat la liant à PCI (le Contrat). Elle conteste et demande l'annulation de cette partie de l'ordonnance initiale.

5 Elle invoque que le Tribunal n'a pas le pouvoir de permettre à PCI de résilier unilatéralement un contrat dûment souscrit et en vigueur.

6 Subsidiairement, même si le Tribunal avait ce pouvoir, elle demande la révision de l'ordonnance car la débitrice n'a pas prouvé que le contrat lui est préjudiciable ni qu'il est important ou nécessaire de le résilier pour assurer le succès de sa réorganisation.

7 Finalement elle ajoute que le Tribunal doit peser la balance des inconvénients, et qu'en ce cas, c'est Hydrogéal qui subirait le plus grand préjudice si le contrat est résilié.

Les questions en litige

1. *Le Tribunal a-t-il le pouvoir de réviser l'ordonnance initiale qui a permis à la débitrice de résilier ses contrats?*
2. *La LACC, ou la juridiction inhérente du Tribunal lui donne-t-il le pouvoir de permettre à PCI de résilier le contrat?*
3. *Le Tribunal doit-il intervenir pour empêcher PCI de résilier le contrat?*

Historique de la débitrice

8 PCI est une filiale de Pioneer Corporation of America (PCA) elle-même filiale de Pioneer Companies Inc. Elle fait partie des entreprises du groupe Pioneer qui exploitent (ou qui font affaires) aux États-Unis et au Canada.

Graphic 1

9 Une dizaine de sociétés du groupe Pioneer sont impliquées dans la restructuration.

10 Au fil des années PCI, a accru ses activités aux États-Unis, principalement par l'entremise de PAI, sa société-soeur aux États-Unis, à qui elle vend plus de la moitié de sa production.

11 PCI fabrique du chlore, de la soude caustique et des produits connexes utilisés pour le traitement des eaux, les plastiques, pâtes et papiers, détergents, produits chimiques et produits pharmaceutiques. Elle produit aussi de l'hydrogène gazeux qui est un sous produit du chlore et de la soude caustique. L'hydrogène gazeux est utilisé comme combustible pour faire de la vapeur, élément essentiel à sa production puisque la soude caustique doit être évaporée pour atteindre un certain seuil de purification. Elle a quatre établissements principaux dont une usine de production dans le parc industriel de Bécancour au Québec (le Parc).

12 À la fin des années 1990, en raison de crises financières ailleurs dans le monde, les prix du chlore et de la soude caustique ont atteint en 1999, leur plus bas niveau en 25 ans.

13 La déflation des prix, jumelée aux coûts d'énergie élevés à la fin de l'année 2000 et au début 2001, ont contribué à limiter la capacité de PAI de rembourser les sommes qu'elle devait à PCI pour les produits qu'elle lui fournissait, ce qui a généré un compte inter-sociétés d'au-delà de 100 millions au 30 juin 2001. PCI garantit également la dette à long terme de sa société-mère américaine PCA de sorte que les finances du groupe Pioneer sont étroitement liées.

14 Au cours de l'an 2000, l'ensemble des compagnies du Groupe Pioneer ne respectant plus diverses clauses restrictives de leur contrat d'emprunt, des dettes garanties non-réglées de 597.7 millions U.S. deviennent exigibles. Le passif de PCI à court terme dépasse de 194 millions son actif à court terme. Elle est insolvable et incapable de respecter ses obligations au fur et à mesure de leur échéance.

15 Au début janvier 2001, en pleine crise financière, Groupe Pioneer entreprend des discussions avec un comité informel de ses créanciers garantis, qui acceptent de poursuivre et d'appuyer la restructuration financière proposée par leurs débitrices y compris PCI.

16 La restructuration implique une réorganisation majeure de Groupe Pioneer tant au plan corporatif que financier. Avec l'appui de ses principaux créanciers garantis qui ont, à toutes fins pratiques, renoncé à 400 millions U.S., Groupe Pioneer enclenche son processus de réorganisation en vertu de la LACC et du *U.S. Bankruptcy Code*.

Les procédures de réorganisation

L'ordonnance initiale

17 Le 1^{er} août 2001, PCI dépose le plan de transaction et d'arrangement (le Plan) et une requête pour ordonnance initiale en vertu de la LACC. Les autres sociétés du groupe Pioneer déposaient dans les jours précédents, des procédures semblables et le Plan de réorganisation (le Plan Américain) au Texas en vertu du chapitre 11 du *United States Bankruptcy Code* auprès du *United States Bankruptcy Court for the Southern district of Texas* (le Tribunal Américain). Un protocole trans-frontalier entre les compagnies canadiennes et américaines est annexé aux diverses procédures. L'approbation par les créanciers et l'homologation par le Tribunal du Plan canadien sont conditionnelles à l'acceptation et à la ratification du Plan américain par les créanciers et le tribunal américain, ainsi qu'à sa prise d'effet.

18 Le 1^{er} août 2002, le Tribunal rend une ordonnance initiale en vertu de la LACC, approuvant le dépôt du Plan, octroyant une suspension des procédures et des droits des créanciers de PCI et contenant une multitude d'autres mesures dont le droit pour la débitrice de résilier ses contrats. Cette ordonnance a depuis, été renouvelée à quelques reprises.

19 Préalablement, le Tribunal américain avait aussi rendu une ordonnance semblable pour les autres compagnies du Groupe Pioneer.

20 Lors de l'audition *ex-parte* sur la demande initiale, le Tribunal a entendu les représentations des procureurs de PCI, et de ceux du comité des créanciers.

L'arrangement aux créanciers

21 Les plans américains et canadiens proposent une restructuration financière et corporative majeure et complexe.

22 La proposition de PCI prévoit deux catégories de créanciers: les créanciers garantis qui recevront en contre-partie de leur créance, de nouveaux billets garantis jumelés qui correspondent à environ 97% du capital-action de la nouvelle entité restructurée. Dans les faits, ils renoncent à 400 millions U.S. \$. Les créanciers ordinaires recevront un paiement égal à 750 \$ ou une quote-part au pro rata de la tranche de 33% du capital-action de l'entité restructurée.

23 Le 8 novembre 2001, les créanciers garantis approuvent le Plan à 100% en nombre et en valeur alors que les créanciers ordinaires l'approuvent dans une proportion de 95,29% en nombre et 99,97% en valeur.

24 Le 3 décembre 2001, le Tribunal homologue le Plan, après que le tribunal américain ait approuvé le Plan Américain.

25 Pendant toute la période de réorganisation et jusqu'à ce jour, PCI continue ses opérations et maintient ses activités.

Le litige

26 L'ordonnance initiale prévoit que la débitrice peut:

[...] terminate its arrangements or agreements of any nature whatsoever whether oral or written, as Petitioner deems appropriate upon the sending of a reasonable notice of termination, subject to the right of any parties to these arrangements or agreements to submit a proof of claim for damages, if any.

27 Le 4 octobre 2001, PCI se prévaut de cette ordonnance et transmet un avis de résiliation du contrat de fourniture d'hydrogène gazeux qui la liait à Hydrogénal jusqu'en 2008. C'est l'objet du présent litige.

Historique du contrat et des relations entre PCI et Hydrogénal

28 En 1985, Hydrogénal songe à implanter une usine pour la production d'hydrogène liquide dans le Parc. Avant d'amorcer la construction de son usine, elle veut assurer ses approvisionnements en hydrogène gazeux, élément essentiel à la production de l'hydrogène liquide. La proximité et l'assurance d'avoir une quantité maximale d'hydrogène gazeux étaient des conditions déterminantes à la mise en place et l'implantation de l'usine par Hydrogénal. À l'époque, C-I-L Inc., (par la suite appelée ICI Canada Inc., elle est le prédécesseur de PCI au contrat), est le seul producteur d'hydrogène gazeux dans le Parc.

29 Hydrogéal convient donc en 1985 d'une convention d'approvisionnement en hydrogène gazeux avec C-I-L (le Contrat). C-I-L doit rendre disponible une quantité minimale de 7.5 tonnes d'hydrogène gazeux par jour. En contrepartie, Hydrogéal lui paie une prime et lui fournit de la vapeur. Ce contrat sera cédé à PCI en octobre 1997. Il expire en janvier 2008.

30 Hydrogéal implante et construit alors une usine dans le Parc qui commence la production en janvier 1988. La capacité maximale de production d'hydrogène liquide de cette usine est de 10 tonnes/jour. Elle est munie d'électrolyseurs qui lui permettent de produire 3 tonnes/jour d'hydrogène gazeux. Elle s'approvisionne pour la balance chez son principal fournisseur C-I-L en vertu du contrat.

31 Parallèlement, au début des années 90, Norsk-Hydro, producteur mondial de magnésium, veut s'installer dans le Parc. Norsk-Hydro a aussi besoin d'hydrogène gazeux pour sa production. Hydrogéal II, corporation affiliée à Hydrogéal, est créée et construit une usine pour produire de l'hydrogène gazeux à même deux vaporéformeurs alimentés au gaz naturel. Sa capacité totale de production est de 17 tonnes/jour, laquelle est entièrement dédiée à Norsk-Hydro en vertu d'une entente de fourniture "take or pay".

32 Après l'expansion de son usine en 1999 et lorsqu'elle exploite à capacité maximale, PCI produit entre 26 et 27 tonnes/jour d'hydrogène gazeux. Elle a des besoins internes de 5 à 6 tonnes/jour et elle vend le surplus à Hydrogéal et Atophina (aussi installée dans le Parc).

33 En raison des événements du 11 septembre 2001, l'usine de PCI a connu une baisse de 10 à 15% ce qui a réduit sa production en hydrogène gazeux à environ 22 tonnes/jour.

34 Les relations entre C-I-L Inc., ICI Canada et Hydrogéal sont harmonieuses jusqu'à l'entrée en scène de Hydrogéal II, qui constitue un source alternative d'approvisionnement pour Hydrogéal.

35 Même si sa production entière de 17 tonnes/jour est dédiée à Norsk-Hydro, Hydrogéal II a disposé de surplus d'hydrogène gazeux de 4 à 5 tonnes/jour depuis sa mise en place puisque la consommation de Norsk-Hydro n'a pas dépassé 12 tonnes/jour depuis une dizaine d'années. D'ailleurs, au plus fort de sa production Norsk-Hydro a utilisé 13.24 tonnes d'hydrogène, ce qui était exceptionnel.

36 De fait, il s'est avéré qu'en raison du prix des combustibles sur le marché mondial, il était plus avantageux économiquement pour Hydrogéal de s'approvisionner auprès de Hydrogéal II qui est alimentée au gaz naturel plutôt que chez C-I-L Inc. et plus tard chez PCI.

37 Hydrogéal a donc privilégié cette source d'approvisionnement qui lui coûtait moins cher en raison du cours du prix du gaz naturel, au détriment de PCI. Hydrogéal estime qu'elle n'a pas d'obligation ferme en vertu du contrat la liant à PCI, de s'approvisionner prioritairement auprès de PCI. Malgré ceci, elle prétend qu'elle a le droit d'exiger que PCI rende disponibles les 7.5 tonnes d'hydrogène gazeux tel que prévu au contrat et ce, même si elle ne les achète pas.

38 Selon PCI, elle est en droit de s'attendre d'être le fournisseur principal d'Hydrogéal jusqu'à concurrence de 7.5 tonnes/jour. Le fait pour Hydrogéal d'exiger que PCI rende disponibles en tout temps 7.5 tonnes/jour pour l'hydrogène gazeux alors que Hydrogéal s'approvisionne ailleurs lorsqu'elle considère que cela est économiquement avantageux, constitue un abus contractuel qui lui cause un préjudice et des pertes commerciales substantielles. Lorsque Hydrogéal ne s'approvisionne pas chez PCI, celle-ci doit brûler l'hydrogène gazeux qu'elle aurait autrement vendu à d'autres clients, dont Atophina, d'où le litige.

39 C-I-L, ICI, PCI et Hydrogéal ont eu des échanges et discussions depuis plusieurs années pour tenter de solutionner leur conflit, sans succès semble-t-il puisque Hydrogéal a intenté des procédures en injonction contre PCI en février 2001 pour l'obliger à respecter les termes de son contrat. Ces procédures ont été suspendues suite à l'ordonnance initiale rendue le 1^{er} août 2001.

Analyse

1. Le Tribunal a-t-il le pouvoir de réviser l'ordonnance initiale qui a permis à la débitrice de résilier ses contrats?

40 PCI soulève que le Tribunal n'a pas compétence pour réviser une ordonnance qui remet en question sa légalité. Hydrogénal aurait dû procéder au moyen d'un appel dit-elle.

41 Rappelons que l'ordonnance initiale du 1^{er} août 2001 a été rendue *ex-parte* et était valable pour 30 jours. Hydrogénal était affectée par cette ordonnance comme tous les créanciers de PCI, mais elle n'y était pas nommément désignée et n'était pas représentée non plus. L'ordonnance initiale prévoit le droit pour tout créancier insatisfait de demander la révision, la modification ou la rescision des termes de l'ordonnance initiale et des ordonnances la renouvelant.

42 Le 30 août 2001, l'ordonnance est renouvelée par le juge Lévesque, sans contestation par quelque créancier. Bien qu'Hydrogénal ait alors reçu comme tous les créanciers, copie de l'ordonnance initiale et des avis requis en vertu de la LACC, elle n'avait pas été informée à ce moment qu'un avis de résiliation de son contrat lui serait transmis, ce qui n'a été fait que le 4 octobre 2001. Elle a intenté la présente requête le 22 octobre 2001. Elle a agi dans des délais raisonnables dans les circonstances.

43 Le Tribunal a juridiction pour réviser l'ordonnance rendue si besoin est, celle-ci prévoyant spécifiquement le droit de tout créancier affecté d'en demander la révision, la rescision et la modification. Il ne s'agit pas d'un appel.

44 Cette position est confirmée par la jurisprudence³. Tant le juge qui a émis l'ordonnance que les autres juges de première instance, ont juridiction en vertu de la LACC pour réviser généralement les ordonnances rendues à toutes étapes du processus, y compris celles dont la légalité est questionnée. Obliger les différents intervenants à se prévaloir de l'appel ou de la rétractation de jugement aurait pour effet de nier les objectifs premiers de cette loi qui exige entre autres, une solution rapide et efficace des litiges qui surviennent entre la débitrice et ses créanciers.

2. La LACC ou la juridiction inhérente du Tribunal lui donne-t-il le pouvoir de permettre à PCI de résilier le contrat?

L'ordonnance initiale rendue en vertu de l'article 11(3) de la LACC

45 L'article 11(3) de la LACC se lit ainsi:

Demande initiale — ordonnances

Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours:

- a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;
- b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

46 Généralement, la débitrice requiert cette première ordonnance afin de préserver le *statu quo* pendant qu'elle négocie et présente un plan d'arrangement à ses créanciers. Les conclusions recherchées ont considérablement augmenté avec les années et sont de plus en plus complexes. Outre les ordonnances de suspension et de sursis, il est maintenant usuel de repérer des conclusions à cette requête initiale qui permettent à la débitrice de résilier ses contrats et qui affectent non seulement les droits contractuels des créanciers voire même ceux de tierces personnes⁴. Plus récemment, certaines ordonnances ont validé l'octroi d'une super priorité qui inversaient l'ordre des sûretés autrement prévu par la loi, pour assurer le financement des frais de la restructuration⁵.

47 Les ordonnances permettant la résiliation de contrats ont été rendues alors que l'article 11 de la LACC ne prévoit pas explicitement le pouvoir pour le Tribunal, lors de l'ordonnance initiale, de permettre à la débitrice de résilier ses contrats pas plus que d'empêcher un créancier de le faire (sauf l'exception prévue à l'article 11.1(3) de la LACC).

48 Pour décider si l'inclusion de cette mesure dans l'ordonnance initiale est valide, il y a lieu d'analyser l'article 11 à la lumière de la LACC et de son évolution.

Objet et historique de la LACC

49 La LACC a été adoptée en 1933 alors que sévissait La Dépression de 1929. Cette loi a été adoptée pour faciliter la réorganisation et la survie d'entreprises insolvables.

50 Elle a été peu utilisée pendant les 50 premières années mais a connu un certain regain de popularité au cours des 20 dernières années. Cette loi ne s'applique qu'aux sociétés dont le montant de réclamations est égal ou supérieur à 5 millions.

51 Alors que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI)⁶ offre un code complet (275 articles), qu'elle est assortie de règles (135 dispositions) et de formulaires, la LACC ne compte que 22 articles. Ce sont les tribunaux qui lui ont donné son encadrement.

52 La vitalité de la LACC est due en partie à l'interprétation que lui ont donnée les tribunaux, principalement en Ontario, en Colombie Britannique et en Alberta. Ces tribunaux recourent à une interprétation large et libérale de la LACC et à la notion de "juridiction inhérente" et "d'équité" pour donner effet aux objectifs de la LACC qui sont de permettre à des entreprises de demeurer en affaires pour régler leur insolvabilité et redresser leur situation financière. Les tribunaux ont conclu que la LACC doit être interprétée et appliquée de cette façon afin de constituer un outil flexible pour la réorganisation des entreprises insolvables.

53 S'appuyant sur ces concepts, les tribunaux n'ont pas hésité au cours des dernières années, à rendre des ordonnances qui sont devenues presque routinières en vertu de la LACC, dont le droit pour la débitrice de résilier ses contrats.

54 Plusieurs de ces jugements s'inspirent de l'arrêt de la Cour suprême, *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Limited*⁷, pour exercer leur juridiction inhérente et assurer la finalité de la LACC. La Cour suprême avait énoncé que la juridiction inhérente d'un tribunal ne lui permettait pas de rendre une ordonnance qui va à l'encontre de la volonté clairement exprimée par le législateur. Dans *Re Westar Mining Ltd.*⁸, le juge Macdonald réfère à l'arrêt *Baxter* et énonce le principe qui sera suivi par plusieurs jugements:

Proceedings under the C.C.A.A. are a prime example of the kind of situation where the Court must draw such powers to "flesh out" the bare bones of an inadequate incomplete statutory provision in order to give effect to its objectives.⁹

55 Dans un arrêt très récent de la Cour d'appel de la Colombie Britannique, *Re United Used Auto & Truck Parts Ltd.*¹⁰, celle-ci réfère aussi à l'arrêt de *Baxter* sur la question de la juridiction inhérente. Elle affirme quant à celle-ci:

[...] and while that jurisdiction cannot be exercised contrary to a statute, nothing precludes its exercise to supplement a statute and effect a statutory object.¹¹

56 Dans *Re Hunters Trailer & Marine Ltd*¹², le juge Wacovitch, fait une analyse de toute la jurisprudence et s'appuie, entre autres, sur l'arrêt *United Used Auto & Truck Parts Ltd.*¹³ pour accorder, dans le cadre de l'ordonnance initiale, une super-priorité pour financer les frais de restructuration et ce, même si les droits des créanciers prioritaires, sont affectés. Selon lui, ne pas accorder cette priorité aurait pour effet d'annihiler les buts et objets de la LACC.

57 Il ne semble pas y avoir de jurisprudence au Québec quant au pouvoir de permettre la résiliation de contrat par la débitrice en vertu de l'article 11 de la LACC. La jurisprudence de la LACC a surtout été développée à l'extérieur du Québec,

sans doute parce que la plupart des corporations qui s'en prévalent exploitent ou ont leur principale place d'affaires dans d'autres provinces du Canada. Par contre, le procureur du comité des créanciers a remis au Tribunal une série d'ordonnances initiales et de prorogations rendues par 8 différents juges de la Cour supérieure qui contenaient une telle conclusion, dans les affaires *McWatters Mining Inc.* et *Uniforest Inc.* ¹⁴

58 Il se dégage de certains arrêts de la Cour d'appel alors qu'elle se prononçait sur d'autres question impliquant la LACC, qu'elle partage la même vision que celle des autres tribunaux canadiens quant à l'interprétation large et libérale que doit recevoir de la LACC pour assurer sa finalité.

59 Dans l'affaire *Michaud c. Steinberg Inc.* ¹⁵, une ordonnance de la Cour supérieure permettait à Steinberg de désavouer ses baux et Steinberg a désavoué certains baux dont celui conclu avec Jalbec Inc.

60 Ce jugement a été porté en appel ¹⁶ mais la Cour d'appel n'est pas intervenue quant à cet aspect du dossier. Par contre, la juge Deschamps se prononçant sur une autre question énonce, que les propos du juge Forsyth dans l'affaire *Norcen* ¹⁷ "peuvent être adoptés sans réserve":

These comments may be reduced to two cogent points. First, it is clear that the C.C.A.A. grants a court the authority to alter the legal rights of parties other than the debtor company without their consent. Second, the primary purpose of the Act is to facilitate reorganizations and this factor must be given due consideration at every stage of the process, including the classification of creditors made under a proposed plan. ¹⁸ (Nos soulignés)

61 Discutant de l'objectif de la LACC, le juge Delisle ajoute:

Au cours des années, ce caractère curatif de la LACC a été confirmé par la jurisprudence, de sorte qu'aujourd'hui il y a reconnaissance unanime de la raison d'être de la loi:

The purpose of the CCAA is to facilitate the making of a compromise or arrangement between an insolvent debtor company and its creditors to the end that the company is able to continue in business.

[...] The Act envisions that the rights and remedies of individual creditors, the debtor company and other may be sacrificed, at least temporarily, in a effort to serve the greater good by arriving at some acceptable reorganization which allows the debtor company to continue in operation [...].

La loi veut permettre à une compagnie débitrice de soumettre à l'ensemble de ses créanciers un plan de réorganisation.

À cause précisément de l'objectif visé, la LACC doit recevoir une interprétation libérale. La compagnie qui a recours à cette loi doit être en mesure d'atteindre sa fin. ¹⁹

62 Dans l'arrêt *Les Immeubles Wilfrid Poulin Ltée c. Les Ordinateurs Hypocrat Inc.* ²⁰, la Cour d'appel doit décider si elle peut homologuer un plan d'arrangement qui prévoit le droit de la débitrice de résilier certains contrats dont ses baux immobiliers et d'autres contrats à exécution successive.

63 La Cour d'appel se réfère aux jugements rendus dans d'autres provinces canadiennes et confirme que la Cour supérieure avait judicieusement exercé sa discrétion en approuvant l'arrangement qui impliquait la résiliation des contrats de location :

[...] Aucune disposition de cette loi n'interdit à un tribunal d'homologuer un arrangement qui prévoit la résiliation de contrats à exécution successive si cette mesure peut sauvegarder les intérêts de l'entreprise en difficultés. [...] ²¹

64 La Cour d'appel n'hésite pas à référer aux décisions des autres provinces en la matière et indique que, dans la mesure où il n'y a d'interdiction spécifique dans la LACC, il y a lieu d'octroyer des mesures qui assurent la finalité de la LACC.

65 Plus récemment, ce sont les jugements et les arrêts rendus dans les causes *Re Blue Range Resources Corp.*²² et *Re Eaton Co.*²³ qui ont sonné le glas aux arguments des créanciers qui proposaient que le pouvoir de permettre la résiliation de contrat n'existait pas en vertu de l'article 11.

66 Dans la cause de *Re Blue Range*²⁴, l'ordonnance initiale contient une clause identique à celle qui nous occupe. Le juge LoVecchio n'hésite pas à reconnaître que le tribunal a le droit de permettre à la débitrice de résilier ses contrats:

The purpose of the CCAA proceedings generally and the stay in particular is to permit a company time to reorganize its affairs. This reorganization may take many forms and they need not to be listed in this decision. A common denominator in all of them is frequently the variation of existing contractual relationships. Blue Range might, as any person might, breach a contract to which they are a party. They must however bear the consequences. This is essentially what has happened here.

A unilateral termination, as in any case of breach, may or may not give rise to a legitimate claim in damages. [...]

The Applicants are needless to say not happy about having to look to a frail and struggling company for a potentially significant damages claim. They will be relegated to the ranks of unsecured judgment creditors and may not, indeed likely will not, have their judgments satisfied in full. While I sympathize with the Applicants' positions, they ought not to, in the name of equity, the guide in CCAA proceedings, be able to elevate their claim for damages above the claims of all the other unsecured creditors through this route. [

.....

]

I will now turn briefly to CanWest's suggestion that the Court has no jurisdiction to countenance the termination by a debtor of its contracts. This is not the first time that such a provision has been included in a section 11 stay order. [

.....

]

The termination of these contracts by Blue Range, as an adjunct to the disposition of the leases on favourable economic terms, is necessary to the company's survival program and I am satisfied that the Court has the necessary jurisdiction to permit termination. As to the broad discretion of the Courts under section 11 of the CCAA, reference should also be made to the discussion under Issue (3).²⁵ (Nos soulignés)

67 La permission d'en appeler du jugement du juge Lovecchio a été refusée sur cette question précise du pouvoir du tribunal de permettre la résiliation des contrats par la débitrice²⁶.

68 Dans l'affaire *Eaton*²⁷, T. Eaton Company Limited veut résilier un contrat. Le co-contractant s'oppose à la résiliation et dépose une procédure, semblable à celle d'Hydrogénal en l'espèce, que la Cour a considéré être "a claim for a mandatory injunction".

69 Le juge Farley cite *in extenso* les passages clés de la décision du juge LoVecchio dans l'affaire *Blue Range*²⁸ et affirme partager l'analyse du juge LoVecchio.

70 Il ajoute:

It is clear that under CCAA proceedings debtor companies are permitted to unilaterally terminate in the sense of repudiate leases and contracts without regard to the terms of those leases and contracts including any restrictions conferred therein that might ordinarily (ie outside CCAA proceedings) prevent the debtor company from so repudiating the agreement. To generally restrict debtor companies would constitute an insurmountable obstacle for most debtor companies attempting to effect compromises and reorganizations under the CCAA. Such a restriction would be contrary to the purposive approach to CCAA proceedings followed by the courts to this date. [

]

.....

The question of fairness is one that must await the sanction hearing, provided that the plan of arrangement survives the debtor vote.[...] ²⁹ (Nos soulignés)

71 Le 31 août 2000, la Cour d'appel de l'Alberta, toujours dans l'affaire *Blue Range* ³⁰ doit décider si un contrat à long terme de fourniture de gaz était un "contrat financier admissible" au sens de l'article 11.1 de la LACC, nouvellement incorporé à la LACC en 1997. L'article 11.1(2) offre une protection aux créanciers titulaires de tels contrats et prévoit expressément que le tribunal ne peut rendre une ordonnance suspendant ou restreignant le droit de résilier ou de modifier un "contrat financier admissible".

72 Appelée à interpréter cette nouvelle disposition, la Cour d'appel s'est aussi prononcée généralement sur la portée de l'article 11 et sur l'intention du législateur. Ce faisant, elle a confirmé sans équivoque que l'ordonnance de sursis rendue en vertu de l'article 11 peut prévoir le droit pour la débitrice de résilier unilatéralement ses contrats:

The court's discretionary powers under s.11 have been interpreted to restrain any conduct "the effect of which is, or would be, seriously to impair the ability of the debtor company to continue in business during the compromise or arrangement negotiating period" [...] Accordingly, a court-ordered stay will usually prohibit creditors from terminating contracts with the debtor company. [

]

.....

The CCAA stay provisions create disparities among market participants. While the non-defaulting party is subject to the stay order and may not terminate its contracts, the debtor company suffers from no similar disability. Subject to the Court's supervision, it may terminate and breach contracts with impunity, forcing the non-defaulting party to claim damages as a non-secured creditor in the CCAA proceedings. The ability to selectively repudiate contracts is disdainfully known as "cherry picking".

Without enforceable termination and netting out provisions, the insolvent company maintains complete control and may repudiate a contract at any time without notice. [

]

.....

An analysis of the language of s. 11.1(1) indicates that the eligible financial contract definition addresses derivative instruments and confirms that Parliament must have intended to protect the derivatives market from the uncertainties or insolvency. [

]

.....

The legislature is presumed to avoid "superfluous or meaningless words ... it does not pointlessly repeat itself or speak in vain": "every word of a statute must be given meaning.

Section 11.1(1) is an exception to a statutory protection which must "be interpreted" in light of the underlying rationale and not be used to undermine the broad purpose of the legislation. [...] This dictates an narrower construction of provisions which are exempted from a stay order. ³¹ (Nos soulignés)

73 La Cour d'appel de l'Alberta affirme donc que le droit pour la débitrice de suspendre et limiter l'exercice des droits des créanciers doit recevoir une interprétation large et libérale alors que toute exception ou limite à celui-ci, telle celle prévue à l'article 11.1, doit être interprétée restrictivement.

74 La revue de la jurisprudence démontre que l'ordonnance de suspension des procédures rendue en vertu de l'article 11 peut prévoir le droit pour la débitrice de résilier les contrats qui lui sont préjudiciables.

75 En tout temps, la débitrice peut résilier ses contrats sans même une intervention judiciaire. Elle s'expose alors aux dommages qui découlent de la terminaison de son contrat. Inversement, la partie cocontractante peut prendre des procédures pour tenter de forcer l'autre partie à exécuter ses obligations en vertu de son contrat.

76 Pourtant, il ne fait aucun doute que cette dernière procédure serait suspendue en vertu de l'article 11(3) si la partie qui résilie a déposé des procédures en vertu de la LACC. Une ordonnance permettant la résiliation du contrat (sujet aux droits de l'autre partie de produire une réclamation pour les dommages qui en résultent) est le corollaire du droit de la débitrice de pouvoir suspendre les procédures qui l'obligent à respecter celui-ci. Cette conclusion est recherchée au stade de l'ordonnance initiale pour protéger aussi bien la période antérieure au dépôt des procédures que celle postérieure à celui-ci.

77 On peut déduire que l'ajout par le législateur en 1997 de la protection donnée aux créanciers parties à des contrats financiers admissibles par l'article 11.1(2) est indicatif de l'interprétation large et libérale qui doit être donnée à l'article 11.

78 En effet, si le législateur a décidé qu'il était nécessaire de prévoir expressément une limite aux ordonnances qui pouvaient être rendues à l'égard de l'article 11 lorsqu'il a voulu protéger le droit de certains créanciers de pouvoir résilier et terminer des contrats financiers admissibles, on peut donc en déduire que cette protection à l'article 11.1 n'existait pas en vertu de l'article 11. Cela découlait d'une interprétation large des termes de l'article 11 qu'un créancier ne pouvait résilier ou modifier unilatéralement ses contrats avec la débitrice.

79 De la même manière, l'addition par le législateur de l'article 11.3 à la LACC³² pour protéger les fournisseurs et les prêteurs de fonds, après l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11, démontre que le législateur intervient pour limiter ou remédier à l'interprétation donnée par les tribunaux de la portée de l'article 11 de la LACC lors qu'il estime que cela est nécessaire³³ :

80 Le Tribunal estime que, bien qu'il ait été souhaitable que le législateur soit plus explicite quant aux vastes pouvoirs qui sont conférés aux juges appelés à rendre diverses ordonnances dans le cadre de l'administration de la LACC, c'est sciemment qu'il a choisi de ne pas le faire. L'évolution législative et jurisprudentielle témoignent d'une reconnaissance implicite par le législateur de la portée de l'article 11.

81 Par contre, même si l'ordonnance initiale prévoit ce droit pour la débitrice, le créancier qui s'estime lésé a le droit de demander au Tribunal de réviser cette ordonnance. Le Tribunal peut alors décider s'il est opportun pour la débitrice de résilier le contrat en question.

3. Le Tribunal doit-il intervenir pour empêcher PCI de résilier le contrat?

82 Pour PCI, la démonstration que la résiliation du contrat est bénéfique ou avantageuse est suffisante pour que le Tribunal exerce sa juridiction inhérente si tant est que son pouvoir découle de celle-ci.

83 Selon Hydrogénal, le Tribunal ne peut exercer sa juridiction inhérente que s'il est démontré que la résiliation du contrat est importante pour assurer le succès de la réorganisation. Puisque ni la requête ou l'ordonnance initiale ni même le plan n'en font mention, il s'agirait donc d'un élément mineur de la restructuration.

84 Dans le présent dossier, l'avantage ou le désavantage de la résiliation ne se mesure pas en fonction du fait qu'il en soit fait mention ou non dans les procédures ou même dans le Plan.

85 Dans le contexte d'une réorganisation de cette envergure, il n'est pas raisonnable de présumer que chaque contrat et élément de la restructuration soit expliqué dans les procédures ou le Plan.

86 Enfin, même si le Plan ne fait pas spécifiquement référence à la résiliation du contrat avec Hydrogénal, l'article 7.3 du Plan prévoit que la résiliation du Plan canadien est assujéti à la réalisation des conditions préalables au Plan américain³⁴. L'article 6(a) du Plan américain incorpore la liste de tous les contrats qui font ou feront l'objet d'une résiliation par le Groupe. Le contrat Hydrogénal y est spécifiquement mentionné³⁵.

87 La réorganisation de PCI a été rendue nécessaire par le processus de réorganisation gigantesque de l'ensemble des compagnies du groupe Pioneer entrepris à la grandeur de l'Amérique du Nord. Ceci implique que dans le meilleur intérêt économique et financier de l'entreprise, elle peut mettre fin aux contrats qui ne sont manifestement pas avantageux d'un point de vue économique et financier avec les conséquences qui en découlent.

88 L'analyse des tableaux démontrant la production et l'approvisionnement entre octobre 1997 et 2002³⁶ attestent de la perte subie par PCI au fil des années. Même s'il est vrai que l'augmentation de la demande d'approvisionnement par Hydrogéral a augmenté en 2001, en raison de l'augmentation du coût du gaz naturel (et alors qu'elle avait pris ses procédures en injonction), il n'en demeure pas moins qu'au mois de juin, juillet et août 2001, elle a perdu une partie de sa production et dû brûler de l'hydrogène gazeux. Une réconciliation des tableaux démontrant la capacité de production de PCI, les demandes d'approvisionnement de Hydrogéral et sa production indiquent qu'elle a requis de PCI au cours de ces 3 mois, 5.2 tonnes/jour, 4.8 tonnes/jour et 4.7 tonnes/jour. L'excédent perdu ou brûlé par PCI au cours de ces mois correspond à près de 240 tonnes d'hydrogène gazeux³⁷.

89 Même si Hydrogéral a augmenté ses demandes d'approvisionnement au cours de l'année 2001, c'était en raison d'une hausse considérable des prix du gaz naturel. Il est à présager que dans la mesure où ceux-ci reviennent au prix des années antérieures, Hydrogéral s'approvisionnera à même les vaporéformeurs de Hydrogéral II plutôt qu'auprès de PCI.

90 L'attitude intransigeante de Hydrogéral de s'en tenir à la lettre et à l'interprétation qu'elle donne au contrat et son refus d'accommoder PCI à l'égard des surplus dont celle-ci ne peut disposer lorsque Hydrogéral choisit de ne pas s'approvisionner chez PCI, justifie PCI dans le contexte de sa restructuration de résilier ce contrat.

91 Le maintien en vigueur du contrat pour les 6 prochaines années, soit jusqu'en janvier 2008, causerait un préjudice économique à PCI. Les volumes inutilisés par Hydrogéral et qui ne peuvent conséquemment être vendus à des tiers sont nécessairement perdus, ce qui prive PCI des revenus de vente correspondants. La résiliation de ce contrat est l'un des éléments parmi l'ensemble des mesures prises par PCI qui, ajouté à d'autres, permettra à l'entreprise de réussir son plan d'arrangement.

92 Selon Hydrogéral, le Tribunal doit tenir compte de la balance des inconvénients avant de permettre la résiliation d'un contrat. Elle prétend que le préjudice qu'elle subirait est incomparable à celui de PCI. Il n'est pas nécessaire de tenir compte de ce critère pour décider du droit pour PCI de résilier le contrat. Le Tribunal estime quand même qu'il est opportun de préciser que la balance des inconvénients ne favorisent pas Hydrogéral.

93 La production totale de PCI lorsqu'elle produit à pleine capacité est de 25 tonnes/jour, elle a des besoins internes de 5 tonnes/jour et doit rendre disponible 7.5 tonnes/jour à Hydrogéral. Elle vend 11 tonnes/jour à Atophina et elle a une perte de production de 1.5 tonnes/jour.

94 Hydrogéral, à capacité maximale, a besoin de 10 tonnes/jour d'hydrogène gazeux. Elle dispose de 3 tonnes/jour à même ses électrolyseurs et peut obtenir environ 3 à 4 tonnes de Hydrogéral II à même les surplus non utilisés par Norsk-Hydro.

95 Hydrogéral prétend qu'elle ne peut opérer de façon rentable à moins d'une production de 7 tonnes/jour. Si le contrat est résilié, elle n'a aucune marge de manoeuvre et elle n'a aucune garantie que les besoins de Norsk-Hydro n'augmenteront pas.

96 Avec égard, le Tribunal croit que la situation peinte par Hydrogéral n'est pas aussi dramatique.

97 D'une part, l'évolution de la production d'hydrogène liquide par Hydrogéral n'a pratiquement jamais atteint le seuil de 7 tonnes/jour depuis 1999.

98 Les pronostics de Norsk-Hydro permettent d'envisager qu'à court et moyen terme, celle-ci pourra libérer Hydrogéral II à concurrence de 3 ou 4 tonnes/jour qui pourraient être utilisées par Hydrogéral dans la mesure où Norsk-Hydro reçoit une compensation satisfaisante.

99 Si l'on tient compte de la faible augmentation des besoins de Norsk-Hydro, et des besoins d'hydrogène gazeux planifiés pour Hydrogénéal pour l'année 2002, les surplus de capacité de l'usine d'Hydrogénéal II, 4 tonnes/jour lorsque combinés à la capacité de ses électrolyseurs, 3 tonnes/jour, seront suffisants pour alimenter la quasi-totalité des besoins d'Hydrogénéal dans un horizon à court et moyen termes.

100 Quant à ses besoins à plus long terme, Hydrogénéal devra tenter d'analyser ses options et prendre les mesures nécessaires pour assurer ses approvisionnements suffisants y compris l'opportunité de négocier un contrat qui sera plus avantageux pour PCI que ne l'était celui en cours.

101 La preuve démontre que PCI a manifestement un intérêt pour négocier sur une base différente, la livraison et l'approvisionnement d'hydrogène gazeux avec Hydrogénéal. Pour que la survie de Hydrogénéal soit en péril, il faudrait que Norsk-Hydro augmente sa production de magnésium à un niveau qui n'est pas nécessairement réaliste au cours des 5 prochaines années et que PCI et Hydrogénéal ne s'entendent aucunement sur les termes d'une convention. Cela est improbable.

102 Il est vrai que dans ces circonstances, Norsk-Hydro voudra obtenir une compensation pour la libération des tonnes qu'elle paie autrement et que le contrat à venir avec PCI sera peut-être moins avantageux pour Hydrogénéal que celui dont elle réclame aujourd'hui, mais de la même manière que l'ensemble des créanciers ont accepté de faire des sacrifices dans une proportion de 100% pour la première catégorie et de 99% pour la seconde, Hydrogénéal doit elle aussi faire un compromis.

103 Le préjudice et les intérêts des parties doit s'apprécier sur une base collective et non pas sur une base individuelle comme le propose Hydrogénéal.

POUR CES MOTIFS LE TRIBUNAL:

REJETTE la requête.

Avec dépens.

Notes de bas de page

1 L.R.C. (1985), ch. C-36.

2 11 U.S.C.

3 *Re Keddy Motor Inns Ltd* [1991] H.S.J. No. 381 (Quicklaw); *Re Blue Range Resources Corp.*, [1999] 245 A.R. 154; *Re Royal Oak Mines Inc.*, [1999] O.J. No. 864 (Quicklaw); *Re Westar Mining Ltd.*, [1992] 14 C.B.R. (3d) 88; *Re Hunters Trailer & Marine Ltd*, [2001] A.J. No. 857 (Quicklaw); *Re Cadillac Fairview Inc.*, [1995] O.J. No. 623 (Quicklaw); *Re Dylex Ltd*, [1995] 31 C.B.R. (3d) 106.

4 *Norcen Energy Resources Limited and Prairie Oil Royalties Company Ltd. c. Oakwood Petroleums Ltd.*, (1989) 72 C.B.R. 20.

5 *Re United Used Auto & Truck Parts Ltd.*, [2000] B.C.J. No. 409. (une requête pour permission d'appeler avait été accordée par la Cour suprême du Canada mais les parties n'ont pas poursuivi l'appel); *Re Hunters Trailer & Marine Ltd.*, précité, note 3.

6 L.R.C. (1985), ch. B-3.

7 [1976] 2 R.C.S. 475.

8 Précité, note 3.

9 *Id.*, p. 93.

10 Précité, note 5.

- 11 *Id.*, p. 149.
- 12 Précité, note 3.
- 13 Précité, note 5.
- 14 *Dans l'affaire de l'arrangement relatif à Uniforest Inc.(500-05-064436-015): Ordonnance rendue par l'Honorable Jean Guibault, j.c.s., le 17 avril 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Irving J. Halperin, j.c.s., le 16 mai 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Paul G. Chaput, j.c.s., le 28 juin 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Jean Guibault, j.c.s., le 6 juillet 2001.*
- Dans l'affaire de l'arrangement relatif à McWatters Mining Inc (500-05-063148-017): Ordonnance de l'Honorable Pierrette Rayle, j.c.s., rendue le 14 février 2001; Ordonnance de l'Honorable Nicole Duval Hesler, j.c.s. rendue le 13 mars 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Dionysia Zerbisias, j.c.s., le 26 avril 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Wilbrod Claude Décarie, j.c.s., le 14 juin 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Micoles Duval Hesler, j.c.s., le 9 août 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Jean Guibault, j.c.s., le 11 octobre 2001; Ordonnance rendue par l'Honorable Daniel H. Tingley, j.c.s., le 11 décembre 2001.*
- 15 J.E. 93-743 (C.S.).
- 16 *Michaud c. Steinberg Inc.*, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.).
- 17 Précité, note 4.
- 18 Précité, note 16, p. 1690.
- 19 *Id.*, p. 1696.
- 20 [1998] R.D.I. 189 (C.A.)
- 21 *Id.*, p. 191.
- 22 Précité, note 3.
- 23 [1999] 14 C.B.R. (4th) 288.
- 24 Précité, note 3.
- 25 *Id.*, p. 10 de 18, version électronique carswell.
- 26 *Re Blue Range Ressource*, [1999] 12 C.B.R. (4th) 186.
- 27 Précité, note 23.
- 28 Précité, note 3.
- 29 *Id.*, p. 293-294.
- 30 *Re Blue Range Resource Corp.*, [2000] 20 C.B.R. (4th) 187. (Alberta Court of Appeal).
- 31 *Id.*, p. 200, 201, 203, 205.
- 32 11.3 Précision quant aux fournisseurs

L'ordonnance prévue à l'article 11 ne peut avoir pour effet:

- a) d'empêcher une personne d'exiger que soient effectués immédiatement les paiements relatifs à la fourniture de marchandises ou de services, à l'utilisation de biens loués ou faisant l'objet d'une licence ou à la fourniture de toute autre contrepartie valable qui ont lieu après l'ordonnance prévue à cet article:

b) d'exiger la prestation de nouvelles avances de fonds ou de nouveaux crédits."

33 *Steinberg Inc. c. Douwe Egberts*, C.S. Montréal 500-05-008364-927, juge André Denis : ordonnance du 31 mai 1992.

34 GT-5, art. 7.3.

35 GT-5, art. 6.1 et PCI-23.

36 R-14 et R-23.

37 RZ-8, RZ-10, R-23, R-14, interrogatoire de Zampini du 20 décembre 2001, pp.73-82.

Fin du document

© Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-036133-094

DATE : 21 MAI 2009

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE DANIÈLE MAYRAND, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DU PLAN D'ARRANGEMENT DE :

ABITIBIBOWATER INC.

et

ABITIBI-CONSOLIDATED INC.

et

BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC. ET AL

Intimés

et

ERNST & YOUNG INC.

Contrôleur

et

SFK PÂTE S.E.N.C.

Requérante

JUGEMENT

[1] La requérante, SFK Pâte s.e.n.c. (« **SFK** »), demande d'annuler l'avis de répudiation (l'« **Avis** ») que lui a fait parvenir Compagnie Abitibi-Consolidated du

Canada (« **ACI** ») et afférent à deux contrats d'approvisionnement en copeaux et en écorces (les « **Contrats** »).

[2] Sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹ (« **LACC** »), AbitibiBowater Inc. et ses filiales (le « **Groupe ABI** ») se sont prévaluées de l'article 46(f) de l'Ordonnance initiale, prononcée par cette Cour le 17 avril 2009, qui les autorise à mettre fin à ses contrats.

[3] Les discussions préalables entre ACI et SFK n'ayant pas abouti, le 24 avril 2009, ACI a transmis l'Avis avec effet immédiat. La partie, qui s'estime lésée, peut, en vertu de la « clause de retour » prévue à l'Ordonnance initiale, demander de réviser la décision de résilier les Contrats. D'où la présente requête.

[4] À l'origine, la requête de SFK comprenait des demandes d'ordonnances provisoire et de sauvegarde. Afin d'éviter des délais et des coûts additionnels, les parties ont accepté que la question soit immédiatement tranchée à son mérite.

LES PARTIES

➤ **SFK**

[5] SFK est une société en nom collectif qui est propriétaire et exploitante de l'usine (l'« **Usine** ») de pâte Kraft blanchie de résineux du Nord (la « **Pâte NBSK** ») située à Saint-Félicien, dans la région du Lac-Saint-Jean. Elle a acquis l'Usine de ACI en 2002 qu'elle a payée 628 M\$, notamment, par des émissions publiques. Les parts, alors vendues au prix de 10 \$, s'échangent aujourd'hui à 35 ¢.

[6] L'Usine est la seule au Québec à produire de la Pâte NBSK commerciale qui est reconnue pour sa qualité supérieure. SFK la vend à l'industrie papetière et l'exporte ailleurs au Canada, aux États-Unis et en Europe. L'Usine compte 306 employés et génère un nombre important d'emplois indirects. Il va sans dire qu'elle constitue un des moteurs de l'économie locale et régionale.

➤ **Groupe ABI et ACI**

[7] L'historique, le statut corporatif et l'endettement du Groupe ABI sont amplement décrits dans l'Ordonnance initiale, prononcée par cette Cour le 17 avril 2009. L'endettement du Groupe ABI approche les 10 G\$ et ses pertes, au cours des neuf derniers mois, se situent aux environs de 1,9 G\$. L'endettement de ACI et ses filiales est de 6 G\$ et ses pertes d'exploitation de 1,06 G\$ en 2008.

[8] Groupe ABI exploite vingt-trois usines de pâtes et papiers et trente usines de produits du bois aux États-Unis, au Canada, au Royaume-Uni et en Corée du Sud. L'exploitation des usines est réduite, ces dernières produisant à 32 % de leur capacité,

¹ L.R.C. 1985 c. C-36.

en rotation et par quarts de travail, pour limiter les pertes d'emploi. Certaines sont même carrément fermées.

[9] Groupe ABI est propriétaire de six scieries et détient un intérêt substantiel dans au moins trois autres dans un rayon de 100 km de l'Usine de Saint-Félicien. Elle est au cœur de l'économie régionale, et ce, dans des proportions beaucoup plus importantes que SFK.

LE LITIGE

LES QUESTIONS À TRANCHER SE RÉSUMENT À CECI :

1. **Quels sont les critères applicables à la répudiation de contrats en vertu de la LACC ?**
2. **À la lumière de ces critères, le Tribunal doit-il intervenir pour rétablir les Contrats ?**

LA POSITION DES PARTIES

➤ SFK

[10] Selon SFK, le Tribunal devrait refuser d'avaliser la répudiation des Contrats, parce que la balance des inconvénients et le préjudice militent en faveur de SFK, déjà durement affectée par la crise économique. Elle invoque l'article 32 de la *Loi C-47*² sanctionnée en décembre 2007, mais non entrée en vigueur.

[11] Elle prétend en outre que le contrat de copeaux est avantageux pour ACI et que la répudiation en constitue une modification unilatérale déguisée.

➤ Groupe ABI et ACI

[12] Groupe ABI doit compromettre sa dette et réorganiser ses activités. ACI, avec l'approbation du Contrôleur, a décidé de répudier les Contrats aux motifs qu'ils sont trop onéreux à plusieurs égards et néfastes à sa réorganisation.

[13] Contrairement à ce que sous-tendent les prétentions de SFK, Groupe ABI et ACI plaident que le préjudice doit être évalué de manière collective et non sur une base individuelle.

[14] Outre le Contrôleur qui appuie sa démarche, Groupe ABI et ACI ont reçu le soutien de ses prêteurs à long terme et des détenteurs d'obligations garanties et non garanties qui insistent pour que SFK soit traitée comme eux.

² Loi édictant la *Loi sur le programme ou protection des salaires et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, C-47 (amendée L.C. 2007, c. 36 articles 61 à 82) (La *Loi C-47*).

L'OBJECTIF DE LA LACC ET LE RÔLE DU JUGE

[15] La LACC a pour objectif premier de permettre à une compagnie insolvable de demeurer en affaires et retrouver le seuil de la solvabilité au bénéfice de tous ceux qui sont affectés et qui seront impliqués dans sa réorganisation.

[16] Les tribunaux des autres provinces désignent ces personnes sous le vocable de "*broader constituency of investors creditors and employees and reflects diverse socially interests*"³.

[17] Pour Groupe ABI et ACI, il s'agit de ses créanciers (ordinaires et garantis), de ses investisseurs (les détenteurs d'obligations garanties et non garanties) et de ses actionnaires, employés, fournisseurs et prêteurs intérimaires. Aux fins du présent jugement, le Tribunal les qualifiera de parties prenantes.

[18] Investi d'une large discrétion judiciaire [...] *le rôle du juge, aidé du Contrôleur, s'apparente plutôt à celui du capitaine dans la tempête qui doit décider s'il jette à la mer la cargaison problématique pour sauver le navire. Il n'y a pas place à tergiversation*⁴.

[19] Ces pouvoirs considérables s'exercent de manière équitable et raisonnable, à la lumière des faits de l'espèce, tout en conservant, comme ligne directrice, l'objectif premier de la LACC : faciliter la réorganisation de l'entreprise pour son bénéfice et celui de ses parties prenantes⁵.

[20] Dans la perspective de la LACC, il n'y a aucun gagnant, mais un seul espoir : celui que la débitrice émerge avec succès de sa restructuration pour son bénéfice et celui des parties prenantes.

L'ANALYSE

1. Les critères applicables à la résiliation d'un contrat en vertu de la LACC

[21] Il n'est pas contesté que la LACC permet à la débitrice de résilier ses contrats. L'Ordonnance initiale le prévoit d'ailleurs explicitement. Les parties divergent toutefois d'opinion quant à la norme et son application.

[22] Une première remarque s'impose. SFK prétend que les amendements projetés par la *Loi C-47* doivent être considérés. Ces amendements ne sont pas en vigueur et ne peuvent être pris en compte pour décider la présente question⁶.

³ *Skeena Cellulose Inc.* (B-C C.A.) 2003 Carswell BC 1399, paragr. 35.

⁴ *9145-7978 Québec inc.* (Arrangement relatif à) 2007 QCCA 768, paragr. 11.

⁵ Précitée, note 3, paragr. 39.

⁶ Précitée, note 4, paragr. 5.

[23] Ceci étant, la norme retenue par les tribunaux permet à la débitrice de résilier un contrat dans la mesure où telle résiliation s'avère avantageuse et bénéfique pour sa réorganisation sans qu'elle n'ait à établir qu'il s'agit d'un élément essentiel à celle-ci.

[24] Depuis le jugement dans l'affaire *PCI*⁷ qui avalisait cette norme et l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Mine Jeffrey*⁸, qui en a confirmé les principes, l'état du droit est demeuré le même, sous réserve toutefois des commentaires suivants.

[25] Le pouvoir de répudier les contrats découle de la discrétion statutaire conférée par la LACC et non de la juridiction inhérente⁹ à laquelle avaient recours les tribunaux appelés à trancher les questions dont l'innovation n'avait pour limite que l'imagination des avocats.

[26] L'exercice de cette discrétion statutaire, dont celle permettant la répudiation de contrats, est sujet à l'analyse des critères d'équité et de raisonabilité essentielle à chaque décision prise par le juge en vertu de la LACC.

[27] Cette analyse se fait d'une manière collective, par la prise en compte de toutes les parties prenantes et non sur une base individuelle. Dans l'arrêt *Skeena Cellulose Inc.*¹⁰, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique écrit ce qui suit à ce sujet :

[60] The appellants are obviously part of the "broad constituency" served by the CCAA. But the key to the fairness analysis, in my view, lies in the very breadth of that constituency and wide range of interests that may be properly asserted by individuals, corporations, government entities and communities. Here, it seems to me, is where the flaw in the appellants' case lies: essentially, they wish to limit the scope of the inquiry to fairness as between five evergreen contractors or as between themselves and Skeena, whereas the case-law decided under the CCAA, and its general purposes discussed above, require that the views and interests of the "broad constituency" be considered. [...] As the Chief Justice noted, many individuals and corporations, as well as the Province, incurred major losses under the Plan. **Each of them might also ask "Why me?"** However, as he also noted, that is a frequent and unfortunate fact of life in CCAA cases, where the only "upside" is the possibility that bankruptcy and even greater losses will be averted.

(Nos soulignés et notre emphase)

[28] Plus récemment, la Cour d'appel du Québec se questionne ainsi sur la norme applicable à la résiliation d'un bail¹¹:

[27] [...] Mais, quoi qu'il en soit, faut-il qu'il y ait péril ? Suffit-il que la résiliation soit essentielle à la relance ? Suffit-il qu'elle soit opportune ou souhaitable ?

⁷ *PCI Chemicals Canada Inc. (Re)* J.E. 2002-718 (C.S.), permission d'en appeler refusée ; 2002 (J.Q.) N° 9988 (Québec C.A.).

⁸ *Syndicat national de l'amiante Asbestos inc. c. Mine Jeffrey Inc.*, J.E. 2003-346 (C.A.) paragr. 32.

⁹ Précitée note 3, paragr. 35 ; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments Corp. (Re)* 2008 ONCA 587, paragr. 50-52.

¹⁰ Précitée note 3, paragr. 60.

¹¹ Précitée note 4 paragr. 27.

[29] En réponse, la Cour d'appel cite les commentaires de Me Sylvain Vauclair¹² qu'elle énonce comme étant la règle générale en la matière, savoir¹³:

[28] Sur la norme qui doit guider le juge, l'appelante cite Me Sylvain Vauclair qui, après un survol de la situation aux États-Unis, dans les provinces canadiennes de common law et au Québec retient :

Premièrement, aucune décision ne contredit la proposition qu'une débitrice peut résilier les contrats auxquels elle est partie et qui nuit à sa restructuration aux termes de la L.A.C.C.

Deuxièmement, les tribunaux exercent leur juridiction inhérente avec prudence, certes, mais non [pas] seulement dans les cas nécessaires à la survie de la débitrice ou autrement importants.

[29] Analysant avec justesse l'affaire *Dylex*, l'auteur écrit :

Le propriétaire de certains centre [sic] d'achats s'oppose à la résiliation par la débitrice des baux afférents à ces centres au motif que ces résiliations « would materially affect each shopping centre ».

Ces résiliations font partie d'un programme de fermeture de 200 magasins.

Ces trois résiliations, considérées isolément, ne semblent pas être cruciales au plan ou à la survie de la débitrice et le juge décrit la situation de la manière suivante à la page 109, paragraphe 5 :

« The subject stores have been a financial drain on Dylex, at a time when it is in a tight financial squeeze. Their closure is projected to bring about variable cost saving [sic] and a [sic] amelioration of some fixed costs [...] ».

Une fois de plus, un tribunal énonce :

« It is clear that s. 11 of the C.C.A.A. gives the power to the Court to sanction a plan which includes termination of leases as part of the debtor's plan of the arrangement [...] ».

Il est à noter que la cour rejette spécifiquement l'argument à l'effet que les résiliations recherchées doivent être essentielles à la réussite du Plan d'arrangement.

(Nos soulignés)

[30] Bref, la LACC vise à permettre à la débitrice de surmonter ses difficultés financières, tout en limitant le préjudice subi par ceux dont les intérêts sont affectés et en tenant compte des intérêts de toutes les parties prenantes, voilà pourquoi les décisions qui y conduisent doivent être équitables et raisonnables¹⁴.

¹² Vauclair, S. ; (La résiliation d'un contrat aux termes d'une ordonnance, en vertu de la LACC), deuxième conférence avancée sur la faillite et l'insolvabilité, *Derniers développements législatifs et pratiques* (2002).

¹³ Précitée note 4, paragr. 28.

¹⁴ 9145-7978 *Québec inc. (Arrangement relatif à)* 2007 QCCA 618, juge Gendreau J.C.A., jugement autorisant la permission d'en appeler, paragr. 17.

[31] L'énoncé juridique étant établi, il convient maintenant de l'appliquer. Comme le soulignait le juge Farley : "*Equitable treatment does not mean equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment*"¹⁵.

2. Le tribunal doit-il intervenir et rétablir les Contrats ?

[32] Il y a lieu, tout d'abord, de disposer de deux éléments soulevés par SFK. SFK a tort de taxer ACI de mauvaise foi pour avoir entamé des pourparlers avant d'envoyer l'Avis. Même si la résiliation des Contrats peut avoir pour effet « de forcer » les négociations, cela n'a rien d'illégal en soi.

[33] Le Tribunal ne peut retenir non plus la version de SFK voulant qu'ACI fasse de l'argent avec les copeaux ni que ce soit une « bonne *business* ». Ceci est insoutenable. Les copeaux sont des produits dérivés (*by-product*) des activités des scieries opérées par le Groupe ABI dont le coût de production est très élevé lorsque faite en dehors des opérations de transformation du bois d'œuvre.

➤ L'industrie du bois sur fond de crise économique mondiale

[34] Cela dit, l'analyse de cette question doit tenir compte du déclin mondial de l'industrie forestière et des papetières.

[35] En 2007 et 2008, la faiblesse sans précédent du marché de l'habitation aux États-Unis se constate par le déclin des mises en chantier (moins de 500 000 unités de construction), du jamais vu depuis la Deuxième Guerre mondiale. Ceci fait vaciller, entre autres éléments variables, la rentabilité des opérations forestières et des papetières qui s'y alimentent.

[36] Depuis novembre 2008, les opérations du Groupe ABI sont réduites à 32 % de leur capacité. Toutes les scieries sont déficitaires sur une base annuelle et aucun indice ne permet d'envisager une reprise des activités dans le domaine du bois d'œuvre à court ou à moyen terme¹⁶.

[37] La résiliation des Contrats fait partie de la restructuration du segment d'activités de Groupe ABI dans les produits du bois, soit la coupe du bois, son transport aux scieries et sa transformation en bois d'œuvre.

[38] Par ailleurs, la transformation du bois dégage des sous-produits, dont des copeaux et des écorces.

¹⁵ *Samni Atlas Inc.*, (Re) 1998 3 C.B.R. (4th) 171, paragr. 4.

¹⁶ Témoignage de Yves Laflamme, Premier Vice-Président des Produits du bois de ABI, que le Tribunal qualifie de très crédible.

[39] SFK, qui n'a ni bois ni droit de coupe, a besoin de copeaux pour alimenter l'Usine et d'écorces pour satisfaire sa consommation d'énergie. Dans le cadre de l'acquisition de l'Usine en 2002, ACI et SFK ont donc convenu des Contrats.

[40] Le contrat de copeaux, prévu pour une durée de vingt ans, garantit un approvisionnement de copeaux de 612 000 tonnes métriques anhydrides (« **TMA** ») par année ; 70 % doit provenir d'épinette noire et la balance de pin gris ou d'autres résineux.

[41] Le prix par TMA est calculé en corrélation entre le prix de la Pâte NBSK et la valeur marchande (le « **prix du marché** ») des copeaux. Le prix par TMA ne peut toutefois être inférieur ou supérieur de 20 \$ au prix du marché d'une TMA de copeaux pendant une année donnée. SFK assume le transport au coût de 16,23 \$ la tonne. Une proportion d'au moins 70 % de la quantité de base provient des scieries de Groupe ABI, qui sont situées à moins de 100 km de l'Usine.

[42] À la suite des fluctuations du marché, le prix de la Pâte NBSK a périclité et celui des copeaux a atteint son plus haut niveau historique (145 \$ TMA). Le prix des copeaux est également plus élevé au Québec que partout ailleurs en Amérique du Nord.

[43] Selon le prix ratio prévu au contrat, ACI vend ses copeaux à SFK à 125 \$ TMA. Depuis 2002, SFK profite ainsi d'un rabais de 20 \$ TMA, comparativement au prix du marché. ACI a établi que, depuis 2002, ce rabais représente un coût de 90 M\$, soit 12,24 M\$ par année (20 \$ multiplié par le nombre de tonnes vendues à SFK).

[44] Mais, il y a plus.

[45] Les conditions économiques ont considérablement réduit les activités de transformation du bois d'œuvre et ACI n'est pas en mesure de produire une quantité suffisante de copeaux pour satisfaire les besoins nécessaires au maintien des papetières du Groupe ABI et d'honorer en plus son obligation de livrer annuellement 612 000 TMA de copeaux à SFK.

[46] ACI doit donc acheter des copeaux auprès de tiers et produire une quantité limitée de copeaux en transformant des billots de bois entiers. Selon le rapport du Contrôleur, ACI doit ajouter une perte annuelle de 1,5 M\$ pour les quatre dernières années en raison de cette production inefficace¹⁷.

[47] En 2007 et 2008, ACI a dû acheter respectivement 1 050 000 TMA et 786 000 TMA de copeaux auprès de tiers, au prix du marché, et même, dans certains cas, à un prix supérieur, compte tenu des répercussions importantes qu'a eu le déclin de la demande sur les produits du bois. Ces pertes s'ajoutent à celles résultant du faible niveau d'activités des scieries.

¹⁷ Quatrième rapport du Contrôleur, paragr. 30.

[48] Le BAIIA¹⁸ des scieries du Groupe ABI, y compris celles situées dans la région du Lac Saint-Jean s'établit comme suit :

	Année 2007	Année 2008	1er trimestre 2009	Avril 2009
Groupe ABI	-91 M\$	-45 M\$	-16 M\$	-4,4 M\$
Région du Lac-Saint-Jean	-23 M\$	-9 M\$	-5,4 M\$	-2,3 M\$

[49] Le Groupe ABI, dès lors, doit compromettre sa dette et réorganiser ses activités. Dans ce contexte, ACI a décidé de répudier les Contrats qui sont trop onéreux et néfastes à sa réorganisation¹⁹. L'économie résultant de la répudiation du contrat de copeaux correspond à 25 % des résultats pour le mois d'avril 2009.

➤ La situation de SFK

[50] Il est inévitable que lorsqu'un joueur dominant, comme l'est Groupe ABI dans son milieu, vacille, cela n'aille pas sans heurt pour ceux qui l'approvisionnent, y travaillent et le fournissent en service.

[51] La situation de SFK n'est pas reluisante, néanmoins, elle est plus robuste que celle d'ACI. Heurtée, de plein fouet, par la crise de l'industrie du bois et la baisse du prix de la Pâte NSBK, SFK a suspendu, à deux reprises, ses opérations de l'Usine depuis décembre 2008, pour une période totale de 62 jours, et ce, avant même de recevoir l'Avis.

[52] Alors que la situation financière de Groupe ABI et ACI périclité depuis plusieurs années, la détérioration financière des activités de SFK est plus récente. Les états financiers de SFK et de ses sociétés affiliées affichent un BAIIA négatif depuis le premier trimestre de 2009. Auparavant, le BAIIA se chiffrait comme suit : 1) 2006 = 39,8 M\$; 2) 2007 = 39,2 M\$; 2008 = 39,5 M\$.

[53] Les prévisions consolidées de SFK, pour l'exercice financier 2009, démontrent un BAIIA négatif de 17,5 M\$ si elle paie les copeaux au prix du marché, soit 1 M\$ par mois de plus.

¹⁸ Bénéfices avant intérêts, impôts et amortissements.

¹⁹ Précitée note 3, paragr. 57 : [...] *In the terminology used by Mr. Forstrom, there was a "casual link" between the terminations and the chances of success of the Reorganization Plan. For this reason, I do not agree with his submission that Dylex is different in principle from the case at bar: the appellant's contracts in particular were said to be too costly for Skeena to continue operating under them, in the same way the terminated leases were said to be too costly for Dylex to continue leasing under them. And, weighing Dylex's precarious financial position against that of the landlord (which was described as "less than robust"), the Court "gave the nod" to the insolvent corporation, rejecting the proposition that Dylex should have to prove that without the three proposed closures (of leases), its proposal would not be viable. [...]*

(Nos soulignés)

[54] SFK soutient que sa survie est en cause, avec l'augmentation du coût des copeaux au prix du marché, elle ne pourra respecter les ratios de solvabilité aux termes de ses engagements financiers²⁰, ce qui la rend vulnérable vis-à-vis ses prêteurs.

[55] Cela est vraisemblable. Par contre, selon ses états financiers consolidés, l'avoir des détenteurs de parts est assez important : 522 M\$ en 2008, 509 M\$ en 2009 et 449 M\$ selon les prévisions pour l'année 2009.

[56] SFK devra discuter avec ses prêteurs et ACI, qui offre de continuer à l'approvisionner en quantité moindre (500 000 TMA) au prix du marché.

[57] Le Tribunal souligne au passage que la restructuration en cause n'est pas celle de SFK, mais plutôt celle de Groupe ABI et de ACI.

[58] En outre, SFK n'a pas établi que sans le contrat de copeaux elle ne pourrait s'approvisionner autrement.

[59] SFK dispose actuellement d'environ 56 000 TMA de copeaux et s'approvisionne déjà auprès de tiers. En mars 2009, elle a conclu un contrat d'approvisionnement avec Chantiers Chibougamau, pour la livraison de 100 000 TMA de copeaux au prix de 138 \$, excluant le coût de transport. Elle s'y est approvisionnée au mois de mars dernier plutôt que chez ACI, invoquant la norme FCI.

[60] Pendant ce temps, ACI, liée par le contrat de copeaux, n'a pu lui vendre des copeaux et n'a pu les vendre à des tiers au prix du marché. Enfin, des inventaires de copeaux deviendront disponibles pour SFK, puisque ACI n'aura plus à s'approvisionner auprès de tiers, ce qui libérera d'autant des tonnes de copeaux.

[61] On ne peut tout simplement, comme le propose SFK, considérer que 12 M\$ d'écart de rentabilité constitue pour ACI « une goutte d'eau dans l'océan ».

[62] Les scieries de Groupe ABI sont déficitaires de 4,4 M\$ par mois, tandis que celles du Lac-Saint-Jean le sont de 2,3 M\$. Le contrat de copeaux y contribue à hauteur de 25 %. Ce n'est pas si peu sur une période de sept ans; cela représente 90 M\$.

[63] Les prêteurs à court terme, dont ACI a un besoin criant, ne se manifesteront que si celle-ci a des chances de pouvoir honorer ses obligations.

[64] En réalité, la position de SFK équivaut à demander de balancer les inconvénients résultant de la résiliation des Contrats à la lumière des critères

²⁰ (R-9) Convention de crédit du 30 octobre 2006.

applicables pour l'obtention d'une demande de sauvegarde en vertu du *Code de procédure civile*. Les critères qui guident le juge, en vertu de la LACC sont différents²¹.

[65] Faut-il répéter que les enjeux en cause ne sont pas limités à SFK et à Groupe ABI et ACI, mais bien à ses parties prenantes qui sont tributaires de sa survie dont 10 000 employés au Canada, 1 700 travailleurs forestiers, 2 300 travailleurs indépendants, 950 fournisseurs locaux et régionaux, 500 spécialistes des opérations forestières, etc.²².

[66] Selon ACI et le Contrôleur, la répudiation du contrat est avantageuse, bénéfique et nécessaire à la réorganisation de l'entreprise. La preuve faite appuie ce constat. Dans ce contexte, tenant compte des intérêts de toutes les parties prenantes, le Tribunal considère qu'il n'y a pas lieu d'intervenir.

[67] C'est une piètre consolation, mais SFK pourra déposer une preuve de réclamation, à titre de créancière ordinaire, pour les dommages subis à la suite de la résiliation des Contrats.

[68] Comme la jurisprudence l'enseigne²³, celui dont le contrat est répudié doit être traité de la même manière que tous les autres créanciers de la débitrice :

43 The applicants state that "SCI is a large, multi-million dollar business enterprise." While that is true, SCI has also been struggling for many years to become profitable. There are many people in addition to the applicants who depend on SCI's viability. While the applicants will no doubt be adversely affected by the terminations, they are in no different position in this regard than many other unsecured creditors of SCI who must prove their claims under the Plan and who stand to recoup only a small fraction of their claims. It is to be noted that while the sale price of SCI was \$8 million, the applicants have filed proofs of claim in excess of \$5 million.

44 It is the unfortunate and generally unavoidable result of an insolvency restructuring that some individuals or entities will suffer hardship. In this case as part of its restructuring, SCI had to terminate numerous employees. They no doubt suffered hardship.

[Nos soulignés]

[69] Bien que le défi de ABI et ses parties prenantes est gigantesque, il est amorcé depuis le 17 avril 2009. ACI a démontré que le contrat de copeaux constitue un boulet pour la restructuration de ses opérations et qu'il est néfaste à la réorganisation de l'ensemble de Groupe ABI. Cela suffit dans les circonstances.

²¹ Il convient de distinguer la cause de *Doman*, sur laquelle SFK prend appui, alors que la débitrice voulait profiter de la répudiation d'un contrat sans avoir établi qu'elle en retirait un avantage pour sa réorganisation. *Doman Industries Ltd.* (Re) 2004 B.-C.C.A. 382.

²² Voir paragraphe 318 de la *Requête pour émission d'une ordonnance initiale* instituée dans le présent dossier.

²³ *Skeena Cellulose Inc.* (Re), Jugement du juge Brenner, 2002 Carswell BC 2032 (B.-C. S.C.), paragr. 43 et 44.

➤ **Le contrat d'écorces**

[70] Les écorces sont également un produit dérivé de l'exploitation des scieries. Le contrat d'écorces prévoit la livraison de 102 551 TMA d'écorces fraîches à SFK par année au prix du marché. ACI ne respecte pas les tonnages devant être livrés depuis 2007, pour les mêmes raisons que celles énoncées précédemment pour la production de copeaux.

	Année 2007	Année 2008
Écorces fraîches	83 000 TMA	57 000 TMA
Écorces de sites	16 000 TMA	21 000 TMA
Total	99 000 TMA	78 000 TMA

[71] Même si SFK n'a pas soulevé ce défaut la résiliation du contrat est ici aussi justifiée, puisque ACI ne pourra en respecter les termes sans s'enliser davantage.

[72] L'impact de cette résiliation sur SFK n'est pas si dommageable puisqu'elle pourra s'approvisionner à même des écorces de sites, dans la région du Lac-Saint-Jean, qui en comprend des quantités suffisantes pour les vingt à trente prochaines années.

[73] Même si les écorces de sites coûtent un peu plus cher que les écorces fraîches vu leur niveau d'humidité et que des coûts additionnels doivent être pris en compte pour y avoir accès, ceux-ci seront substantiellement moins élevés que ceux du mazout,

[74] Dans les circonstances, il n'y a pas matière à intervention de la part du Tribunal.

LA RECOMMANDATION DU CONTRÔLEUR

[75] En terminant, même si le Contrôleur n'a donné son approbation qu'après la répudiation des Contrats, il avait été consulté auparavant et avait identifié des difficultés résultant du maintien des Contrats. Il recommande leur résiliation. Son quatrième rapport comporte une analyse complète de l'impact des Contrats et convainc le Tribunal que cette recommandation doit prévaloir.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

REJETTE la *Requête introductive d'instance pour ordonnances provisoire, de sauvegarde et finale, déclarant nulle et non avenue la répudiation de certains Contrats ;*

AVEC DÉPENS.

Danièle Mayrand, j.c.s.

Me Karim Renno, Me Martin Desrosiers et Me Karine Chênevert
OSLER HOSKIN & HARCOURT LLP
Procureurs de la Requérante

Me Guy P. Martel et Me Mélanie Béland
STIKEMAN ELLIOTT (Montréal)
Procureurs des Intimées

Me Gilles Paquin
FLANZ FISHMAN MELAND PAQUIN LLP
Procureur du Contrôleur

Me Frederick L. Myers
GOODMANS LLP (Toronto)
Procureur du *ad hoc Committee of Bondholders*

Me Guillaume-Pierre Michaud
FASKEN MARTINEAU
Procureur des *ACI Term Lenders*

Me Vanessa Jodoin
BORDENLADNER GERVAIS
Procureure du *ad hoc Committee of the Senior Secured Noteholders*

Dates d'audience : 11, 12, 13 et 14 mai 2009

Unofficial English Translation

AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)

2009 QCCS 2188

SUPERIOR COURT

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTREAL

No.: 500-11-036133-094

DATE: MAY 21, 2009

THE HONOURABLE DANIÈLE MAYRAND, J.S.C., PRESIDING

IN THE MATTER OF THE PLAN OF ARRANGEMENT OF:

ABITIBIBOWATER INC.
and
ABITIBI-CONSOLIDATED INC.
and
BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC. ET AL
Respondents
and
ERNST & YOUNG INC.
Monitor
and
SFK PULP GENERAL PARTNERSHIP
Applicant

JUDGMENT

[1] The applicant, SFK Pulp General Partnership (“**SFK**”), seeks cancellation of the notice of repudiation (the “**Notice**”) sent to it by Abitibi-Consolidated Company of Canada (“**ACI**”), relating to two wood chip and bark supply agreements (the “**Contracts**”).

[2] Under the protection of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*¹ (“**CCAA**”), AbitibiBowater Inc. and its subsidiaries (the “**ABI group**”) have availed themselves of s. 46(f) of the Initial Order granted by this Court on April 17, 2009, authorizing them to terminate their Contracts.

[3] Since the preliminary discussions between ACI and SFK were unsuccessful, ACI sent the Notice on April 24, 2009, taking effect immediately. The party that considers itself injured may, under the [TRANSLATION] “snap-back provision” in the Initial Order, request a review of the decision to terminate the Contracts. Hence the present application.

[4] Initially, SFK’s application included applications for provisional orders and protection orders. In order to avoid additional costs and delay, the parties have agreed to have the issue decided forthwith on its merits.

THE PARTIES

➤ **SFK**

[5] SFK is a general partnership that owns and operates a northern bleached softwood kraft (“**NBSK**”) pulp mill (the “**Mill**”) located in Saint-Félicien, in the Lac-Saint-Jean region. It acquired the Mill from ACI in 2002 and paid \$628 million for it, notably through public issues. Shares, which sold for \$10 at that time, are now trading at 35¢.

[6] The Mill is the only one in Quebec that produces commercial NBSK pulp, recognized for its superior quality. SFK sells it to the paper industry and exports it elsewhere in Canada, to the United States and Europe. The Mill has 306 employees and generates a large number of indirect jobs. It goes without saying that it is one of the engines of the local and regional economy.

➤ **ABI Group and ACI**

[7] The background, corporate status, and indebtedness of the ABI group are amply described in the Initial Order granted by this Court on April 17, 2009. The ABI group’s indebtedness is close to \$10 billion and its losses during the past nine months amount to approximately \$1.9 billion. The indebtedness of ACI and its subsidiaries was \$6 billion and its operating losses \$1.06 billion in 2008.

¹ R.S.C. 1985 c. C-36.

[8] The ABI group operates 23 pulp and paper mills and 30 lumber mills in the United States, Canada, the United Kingdom, and South Korea. Mill operations are down, running at 32% of capacity, in rotation and by work shift in order to limit job losses. Some mills have completely shut down.

[9] The ABI group owns six sawmills and has a substantial interest in at least three others within a 100-km radius of the Mill in Saint-Félicien. It is central to the regional economy, and in much greater proportions than SFK.

THE ISSUE

THE QUESTIONS TO BE DECIDED CAN BE SUMMARIZED AS:

1. **What are the criteria applicable to the repudiation of contracts under the CCAA?**
2. **In light of these criteria, does the Court need to intervene to restore the Contracts?**

THE POSITION OF THE PARTIES

➤ SFK

[10] According to SFK, the Court should refuse to endorse the repudiation of the Contracts because the balance of inconvenience and the prejudice involved weigh in favour of SFK, already seriously affected by the economic crisis. It invokes s. 32 of *Bill C-47*,² assented to in December 2007 but not enacted.

[11] It claims, *inter alia*, that the contract for wood chips is to ACI's advantage, and that repudiation constitutes a disguised unilateral amendment.

➤ ABI Group and ACI

[12] The ABI group is required to compromise its debt and reorganize its operations. ACI, with the Monitor's approval, decided to repudiate the Contracts on the grounds that they were too onerous in several respects and would be harmful to its reorganization.

[13] Contrary to what underlies SFK's claims, the ABI group and ACI argue that the prejudice needs to be evaluated on a collective, not an individual, basis.

[14] Apart from the Monitor, which supports what they are doing, the ABI group and ACI have received support from their long-term lenders and the holders of secured and unsecured debt, which insist that SFK be treated the same way they are.

² *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47 (amended S.C. 2007, c. 36, ss. 61 to 82) (*Bill C-47*).

PURPOSE OF THE CCAA AND THE JUDGE'S ROLE

[15] The main purpose of the CCAA is to enable an insolvent company to continue in business and return to solvency, to the benefit of all those who are affected and who will be involved in the reorganization.

[16] Other Canadian courts designate these parties as the “broader constituency of investors, creditors and employees and reflects diverse societal interests”.³

[17] For the ABI group and ACI, these are their creditors (secured and unsecured), their investors (the holders of secured and unsecured debt), and their shareholders, employees, suppliers, and bridge lenders. For the purposes of this judgment, the Court shall refer to them as stakeholders.

[18] Vested with broad judicial discretion, [TRANSLATION] “...the role of the judge, assisted by the Monitor, is like that of a captain in the midst of a storm who has to decide whether to throw the problem cargo overboard in order to save the ship. There is no room for prevarication”.⁴

[19] These considerable powers are exercised in a fair and reasonable manner, in light of the facts in the present case, while keeping as a guideline the main purpose of the CCAA: to facilitate the reorganization of a company for the benefit of the company and its stakeholders.⁵

[20] From the perspective of the CCAA, there are no winners, but a single hope, that the debtor company will emerge successfully from its restructuring, for its benefit and that of the stakeholders.

ANALYSIS

1. The criteria applicable to the termination of a contract under the CCAA

[21] It is not disputed that the CCAA permits the debtor company to terminate its contracts. Furthermore, the Initial Order explicitly provides for this. Where the parties disagree is concerning the standard and its application.

[22] First, one comment must be made. SFK claims that the amendments projected by *Bill C-47* must be considered. These amendments are not in force and cannot be taken into consideration to decide the present question.⁶

³ *Skeena Cellulose Inc.* (B.C.C.A.) 2003 Carswell BC 1399 at para. 35.

⁴ *9145-7978 Québec inc.* (Arrangement relatif à) 2007 QCCA 768 at para. 11.

⁵ *Supra* note 3 at para. 39.

⁶ *Supra* note 4 at para. 5.

[23] This being so, the standard retained by the courts permits the debtor company to terminate a contract insofar as such termination is advantageous and beneficial for its reorganization, although it does not have to establish that it is essential thereto.

[24] Since the judgment in *PCI*,⁷ which endorsed this standard and the decision of the Court of Appeal in *Mine Jeffrey*⁸ confirming its principles, the state of law has remained the same, subject, however, to the comments below.

[25] The power to repudiate contracts derives from the statutory discretion conferred by the CCAA and not the inherent jurisdiction⁹ to which courts had recourse when called to decide questions whose innovativeness was limited only by the lawyers' imagination.

[26] The exercise of this statutory discretion, including the discretion which allowed repudiation of contracts, is subject to an analysis of the criteria of fairness and reasonableness essential to each decision made by a judge pursuant to the CCAA.

[27] This analysis is done in a collective manner, by taking all the stakeholders into account, not each one individually. In *Skeena Cellulose Inc.*,¹⁰ the British Columbia Court of Appeal wrote the following in this regard:

[60] The appellants are obviously part of the "broad constituency" served by the CCAA. But the key to the fairness analysis, in my view, lies in the very breadth of that constituency and wide range of interests that may be properly asserted by individuals, corporations, government entities and communities. Here, it seems to me, is where the flaw in the appellants' case lies: essentially, they wish to limit the scope of the inquiry to fairness as between five evergreen contractors or as between themselves and Skeena, whereas the case-law decided under the CCAA, and its general purposes discussed above, require that the views and interests of the "broad constituency" be considered. ... As the Chief Justice noted, many individuals and corporations, as well as the Province, incurred major losses under the Plan. **Each of them might also ask "Why me?"** However, as he also noted, that is a frequent and unfortunate fact of life in CCAA cases, where the only "upside" is the possibility that bankruptcy and even greater losses will be averted.

(Emphasis added.)

[28] More recently, the Quebec Court of Appeal considered the standard applicable to the termination of a lease:¹¹

[TRANSLATION]

[27] ...But, in any case, does there need to be a peril? Is it enough that termination is essential for a turnaround? Is it enough for it to be expedient or desirable?

⁷ *PCI Chemicals Canada Inc. (Re)* J.E. 2002-718 (Sup. Ct.), leave to appeal refused, 2002 (J.Q.) No. 9988 (Que. C.A.).

⁸ *Syndicat national de l'amiante Asbestos inc. v. Mine Jeffrey Inc.*, J.E. 2003-346 (C.A.) at para. 32.

⁹ *Supra* note 3, para. 35; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments Corp. (Re)* 2008 ONCA 587 at paras. 50-52.

¹⁰ *Supra* note 3 at para. 60.

¹¹ *Supra* note 4 at para. 27.

[29] In response, the Court of Appeal cited the comments of Mtre Sylvain Vauclair,¹² which it sets forth as the general rule in this area, namely:¹³

[TRANSLATION]

[28] Concerning the standard that is to guide a judge, the appellant cites Mtre Sylvain Vauclair who, after an overview of the situation in the United States, the common-law provinces of Canada, and Quebec, finds that:

First, no decision contradicts the proposition that a debtor company may terminate the contracts to which it is a party and which are harmful to its restructuring under the terms of the CCAA.

Second, the courts exercise their inherent jurisdiction with prudence, certainly, but not only in cases necessary to the survival of the debtor company or otherwise of importance.

[29] In an apt analysis of *Dylex*, the author writes:

The owner of certain shopping centres is opposed to the debtor company terminating the leases for these centres on the ground that these terminations “would materially affect each shopping centre”.

These terminations are part of a program of 200 store closures.

These three terminations, taken singly, do not seem crucial to the plan or to the survival of the debtor company and the judge describes the situation in the following manner at page 109, para. 5:

“The subject stores have been a financial drain on Dylex, at a time when it is in a tight financial squeeze. Their closure is projected to bring about variable cost saving [*sic*] and a [*sic*] amelioration of some fixed costs...”

Once again, a court points out:

“It is clear that s. 11 of the C.C.A.A. gives the power to the Court to sanction a plan which includes termination of leases as part of the debtor's plan of the arrangement...”

It should be noted that the court specifically rejects the argument to the effect that the desired terminations must be essential to the success of the plan of arrangement.

(Emphasis added.)

[30] In short, the CCAA aims to allow the debtor company to overcome its financial difficulties while at the same time limiting the prejudice suffered by those whose

¹² S. Vauclair, S. “Termination of a contract under the terms of an order, pursuant to the CCAA,” second advanced lecture on bankruptcy and insolvency, *Derniers développements législatifs et pratiques* (2002).

¹³ *Supra* note 4 at para. 28.

interests are affected, taking into consideration the interests of all the stakeholders. That is why the decisions leading to it must be fair and reasonable.¹⁴

[31] The law having been stated, it may now be applied. As Farley J. pointed out: “Equitable treatment does not mean equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment.”¹⁵

2. Does the Court need to intervene and restore the Contracts?

[32] First of all, two matters raised by SFK must be dealt with. SFK is wrong to accuse ACI of bad faith for initiating discussions before sending the Notice. Even if the termination of the Contracts could have the effect of [TRANSLATION] “forcing” negotiations, this in itself is not illegal.

[33] The Court also cannot retain SFK’s story that ACI is making money with the wood chips or that it is a [TRANSLATION] “good business”. This cannot be supported. The wood chips are by-products of the activities of the sawmills operated by the ABI group, the cost of production for which is very high when done outside lumber manufacturing operations.

➤ The forest industry against the backdrop of the world economic crisis

[34] That said, the analysis of this question must take into account the global decline in the forest industry and paper mills.

[35] In 2007 and 2008, the unprecedented slump in the U.S. housing market was evidenced by the decline in housing starts (less than 500,000 units under construction), unheard of since World War II. As a result, the profitability of forestry operations and of the paper mills dependent on these operations has been wavering.

[36] Since November 2008, the ABI group’s operations have been reduced to 32% of their capacity. All sawmills are running a deficit on an annual basis, and there is no sign that points to a rebound in the lumber industry in the short- or medium term.¹⁶

[37] The termination of the Contracts is part of the restructuring of the ABI group’s wood products segment, namely logging, transportation of wood to sawmills and manufacture of lumber.

[38] In addition, there are by-products from wood processing, including wood chips and bark.

¹⁴ 9145-7978 *Québec inc. (Arrangement relatif à)*, 2007 QCCA 618 (Gendreau J.A.) judgment granting leave to appeal at para. 17.

¹⁵ *Samni Atlas Inc., Re*, 1998 3 C.B.R. (4th) 171 at para. 4.

¹⁶ Testimony of ABI’s Yves Laflamme, Senior Vice President, Wood Products, whom the Court qualifies as being very credible.

[39] SFK, which does not have wood or stumpage rights, needs wood chips to fuel the Mill and bark to meet its energy consumption. During the acquisition of the Mill in 2002, ACI and SFK therefore agreed on Contracts.

[40] The wood chip supply contract, with a term of twenty (20) years, guarantees a wood chip supply of 612,000 dry metric tons (“DMT”) per year; 70% must come from black spruce, and the remainder from gray pine or other softwood.

[41] The price per DMT is calculated by correlating the price of NBSK pulp and the market value (the “**market price**”) of wood chips. The price per DMT cannot however be \$20 more than or less than the market price of a DMT of wood chips in a given year. SFK assumes freight at a cost of \$16.23 per tonne. At least 70% of the base quantity comes from the ABI group sawmills, which are located less than 100 km from the Mill.

[42] As a result of market fluctuations, the price of NBSK pulp plummeted, while for wood chips, it rose to a historic high (\$145 DMT). The price of wood chips is also higher in Quebec than anywhere else in North America.

[43] According to the price ratio stipulated in the contract, ACI sells its wood chips to SFK at \$125 DMT. Since 2002, SFK has accordingly benefited from a discount of \$20 per DMT, compared to the market price. ACI established that since 2002, this discount has translated into a cost of \$90 million, or \$12.24 million per year (\$20 multiplied by the number of tonnes sold to SFK).

[44] There is, however, more.

[45] Economic conditions considerably reduced lumber processing activities, and ACI could no longer produce a sufficient quantity of wood chips to meet the needs for maintaining the paper mills in the ABI group and also to discharge its obligation to deliver 612,000 DMT of wood chips to SFK annually.

[46] ACI is therefore required to buy wood chips from third parties and produce a limited quantity of wood chips by processing entire logs. According to the Monitor’s report, ACI must add an annual loss of \$1.5 million for the past four years because of this inefficient production.¹⁷

[47] In 2007 and 2008, ACI had to buy respectively 1,050,000 DMT and 786,000 DMT of wood chips from third parties at the market price, and in some cases, even at a higher price, given the major repercussions of falling demand for wood products. These losses are in addition to those resulting from the low level of sawmill operations.

¹⁷ Monitor’s fourth report, para. 30.

[48] The EBITDA¹⁸ of the ABI group sawmills, including that of the sawmills located in the Lac Saint-Jean region, is as follows:

	Fiscal 2007	Fiscal 2008	1st Quarter 2009	April 2009
ABI group	-\$91 million	-\$45 million	-\$16 million	-\$4.4 million
Lac-Saint-Jean region	-\$23 million	-\$9 million	-\$5.4 million	-\$2.3 million

[49] The ABI group must therefore compromise its debt repayment and reorganize its operations. Under the circumstances, ACI decided to repudiate the Contracts, which were too costly and harmful to its reorganization.¹⁹ The resulting savings from the repudiation of the wood chip contract worked out to 25% of the results for April 2009.

➤ **The position of SFK**

[50] When a major industry player like the ABI group wavers, it will inevitably affect its suppliers, employees and service providers.

[51] The position of SFK is not exactly robust, but it is nonetheless stronger than that of ACI. Hard hit by the crisis in the forest industry and the decline in the price of NSBK pulp, SFK had suspended operations in the Mill twice since December 2008, for a total period of 62 days, even before receiving the Notice.

[52] While the financial position of the ABI group and ACI has been worsening for a number of years, the financial deterioration of SFK's operations is more recent. The financial statements of SFK and its affiliates have reported a negative EBITDA since the first quarter of 2009. Beforehand, EBITDA was as follows: 1) 2006 = \$39.8 million; 2) 2007 = \$39.2 million; and 2008 = \$39.5 million.

[53] SFK's consolidated forecasts for fiscal 2009 show a negative EBITDA of \$17.5 million if it pays for wood chips at the market price, *i.e.*, \$1 million more a month.

¹⁸ Earnings before interest, income taxes, depreciation and amortization.

¹⁹ Supra note 3, para. 57: "... In the terminology used by Mr. Forstrom, there was a "causal link" between the terminations and the chances of success of the Reorganization Plan. For this reason, I do not agree with his submission that Dylex is different in principle from the case at bar: the appellant's contracts in particular were said to be too costly for Skeena to continue operating under them, in the same way the terminated leases were said to be too costly for Dylex to continue leasing under them. And, weighing Dylex's precarious financial position against that of the landlord (which was described as "less than robust"), the Court 'gave the nod' to the insolvent corporation, rejecting the proposition that Dylex should have to prove that without the three proposed closures (of leases), its proposal would not be viable. ...

(Emphasis added)

[54] SFK argues that its survival is at stake because with the higher costs of chips at market price, it will be unable to respect the solvency ratios under its financial covenants,²⁰ which makes it vulnerable vis-à-vis its lenders.

[55] This is likely. However, according to its consolidated financial statements, the assets of the holders of partnership shares are quite significant: \$522 million in 2008, \$509 million in 2009, and \$449 million according to forecasts for fiscal 2009.

[56] SFK will need to discuss with its lenders and ACI, which offers to continue to supply it, but to a lesser degree (500,000 DMT) and at market price.

[57] In passing, the Court points out that the restructuring concerned is not that of SFK, but rather of the ABI group and ACI.

[58] Furthermore, SFK has not shown that without the wood chip contract, it could not have obtained supplies elsewhere.

[59] SFK currently has approximately 56,000 DMT of wood chips and is already obtaining supplies from a third party. In March 2009, it entered into a supply contract with Chantiers Chibougamau for the delivery of 100,000 DMT at a price of \$138, excluding freight. It obtained supplies there in March instead of from ACI, invoking the CFI standard.

[60] During this time, ACI, bound by the wood chip contract, was unable to sell wood chips in addition to being unable to sell them to third parties at market price. Lastly, wood chip inventories will become available for SFK because ACI will no longer need to get supplies from third parties, which will free a corresponding number of tonnes of wood chips.

[61] One cannot quite simply consider, as SFK proposes, that the \$12 million profitability gap is “a drop in the bucket” for ACI.

[62] The ABI group sawmills are running at a monthly deficit of \$4.4 million, with those at Lac-Saint-Jean at \$2.3 million. The wood chip contract contributes up to 25%, which is not insignificant over a seven-year period, as it amounts to \$90 million.

[63] Short-term lenders, of which ACI is in dire need, will only materialize if ACI has a chance of honouring its obligations.

[64] In reality, SFK's position is tantamount to requesting to balance the inconvenience resulting from the termination of the Contracts in light of the criteria for

²⁰ (R-9) Credit agreement dated October 30, 2006.

obtaining a protection order under the *Code of Civil Procedure*. The criteria guiding the judge under the CCAA are different.²¹

[65] It bears repeating that what is at stake here is not limited to SFK, the ABI group, and ACI, but extends to the stakeholders dependent on its survival, including 10,000 employees in Canada, 1,700 forestry workers, 2,300 self-employed workers, 950 local and regional suppliers, 500 forestry operations specialists, and the list goes on.²²

[66] According to ACI and the Monitor, the repudiation of the contract is advantageous, beneficial and necessary for the reorganization of the company. The evidence supports this observation. In this context, bearing in mind the interests of all the stakeholders, the Court considers that there is no need to become involved.

[67] It is small consolation, but SFK can file a proof of claim as an unsecured creditor for the damages suffered as a result of the termination of the Contracts.

[68] As case law shows,²³ the one whose contract has been repudiated must be treated in the same way as all the other creditors of the debtor:

43 The applicants state that "SCI is a large, multi-million dollar business enterprise." While that is true, SCI has also been struggling for many years to become profitable. There are many people in addition to the applicants who depend on SCI's viability. While the applicants will no doubt be adversely affected by the terminations, they are in no different position in this regard than many other unsecured creditors of SCI who must prove their claims under the Plan and who stand to recoup only a small fraction of their claims. It is to be noted that while the sale price of SCI was \$8 million, the applicants have filed proofs of claim in excess of \$5 million.

44 It is the unfortunate and generally unavoidable result of an insolvency restructuring that some individuals or entities will suffer hardship. In this case as part of its restructuring, SCI had to terminate numerous employees. They no doubt suffered hardship.

[Emphasis added.]

[69] Although the challenge facing ABI and its stakeholders is enormous, it dates back to April 17, 2009. ACI has established that the wood chip contract is a drag on the restructuring of its operations and that it is bad for the reorganization of ABI group as a whole. That is enough in the circumstances.

²¹ It is appropriate to distinguish *Doman*, on which SFK relies, where the debtor wanted to take advantage of the repudiation of a contract without having established that it benefited therefrom for its reorganization: *Doman Industries Ltd., Re*, 2004 BCCA 382.

²² See para. 318 of the *Application for the issue of an initial order* that was made in this record.

²³ *Skeena Cellulose Inc. (Re)*, 2002 Carswell BC 2032 at paras. 43-44, *per* Brenner J. (B.C. Sup. Ct.).

➤ **Bark contract**

[70] Bark is also a by-product of sawmill operations. The bark contract provides for delivery of 102,551 DMT of fresh bark to SFK every year at market price. Since 2007, ACI has not complied with the tonnages that should be delivered, for the same reasons as those stated previously regarding the production of wood chips.

	2007	2008
Fresh bark	83,000 DMT	57,000 DMT
On-site bark	16,000 DMT	21,000 DMT
Total	99,000 DMT	78,000 DMT

[71] Even though SFK did not flag this default, the termination of the contract here is also justified because ACI will not be able to comply with the terms and conditions without slipping into the hole even further.

[72] The impact of this termination on SFK is not so prejudicial because it can obtain supplies from the on-site bark, in the Lac-Saint-Jean region, which offers sufficient quantities for the next twenty to thirty years.

[73] Although on-site bark costs a bit more than fresh bark, given its humidity level, and even though additional costs must be taken into consideration to access it, the cost will be substantially lower than that of fuel oil.

[74] Under the circumstances, there is no question of the Court intervening here.

THE MONITOR'S RECOMMENDATION

[75] In closing, even if the Monitor gave its approval only after the repudiation of the Contracts, it had been consulted beforehand and had identified the difficulties encountered in maintaining the Contracts. It recommended their termination. The Monitor's fourth report has a complete analysis of the impact of the Contracts and convinced the Court that this recommendation should prevail.

FOR THESE REASONS, THE COURT:

DISMISSES the *Motion to institute proceedings for provisional, protection, and final orders, declaring the repudiation of certain Contracts null and void;*

WITH COSTS.

Danièle Mayrand J.S.C.

Mtre Karim Renno, Mtre Martin Desrosiers and Mtre Karine Chênevert
OSLER HOSKIN & HARCOURT LLP
Counsel for the Applicant

Mtre Guy P. Martel and Mtre Mélanie Béland
STIKEMAN ELLIOTT (Montreal)
Counsel for the Respondents

Mtre Gilles Paquin
FLANZ FISHMAN MELAND PAQUIN LLP
Counsel for the Monitor

Mtre Frederick L. Myers
GOODMANS LLP (Toronto)
Counsel for the *Ad Hoc Committee of Bondholders*

Mtre Guillaume-Pierre Michaud
FASKEN MARTINEAU
Counsel for the *ACI Term Lenders*

Mtre Vanessa Jodoin
BORDEN LADNER GERVAIS
Counsel for the *Ad Hoc Committee of the Senior Secured Noteholders*

Dates of hearing: May 11, 12, 13, and 14, 2009

Citation: Doman Industries et al
2004 BCSC 733

Date: 20040525
Docket: L023489
Registry: Vancouver

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Oral Reasons for Judgment
The Honourable Mr. Justice Tysoe
Pronounced in Chambers
May 25, 2004

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT
R.S.C. 1985, c. C-36

AND

IN THE MATTER OF THE COMPANY ACT
R.S.B.C. 1996, c. 62

AND

IN THE MATTER OF THE CANADA BUSINESS CORPORATIONS ACT
R.S.C. 1985, c. C-44

AND

IN THE MATTER OF THE PARTNERSHIP ACT
R.S.B.C. 1996, c. 348

AND

**IN THE MATTER OF DOMAN INDUSTRIES LIMITED,
ALPINE PROJECTS LIMITED,
DIAMOND LUMBER SALES LIMITED, DOMAN FOREST PRODUCTS LIMITED,
DOMAN'S FREIGHTWAYS LTD., DOMAN HOLDINGS LIMITED,
DOMAN INVESTMENTS LIMITED, DOMAN LOG SUPPLY LTD.,
DOMAN-WESTERN LUMBER LTD., EACOM TIMBER SALES LTD.,
WESTERN FOREST PRODUCTS LIMITED,
WESTERN PULP INC.,
WESTERN PULP LIMITED PARTNERSHIP,
and QUATSINO NAVIGATION COMPANY LIMITED**

PETITIONERS

Counsel for the Petitioner,
Western Forest Products Ltd.: E.J. Harris, Q.C.
and P.D. McLean

Counsel for Hayes Forest
Services Ltd.: I.G. Nathanson, Q.C.
and S.R. Schachter, Q.C.

Counsel for Tricap Restructuring
Fund: M.I. Buttery

Counsel for Strathcona
Contracting Ltd.: S.R. Ross

Counsel for Committee of
Unsecured Noteholders: K. Zych

Counsel for Petro-Canada Inc.: C.E. Hirst

[1] **THE COURT:** One of the Petitioners, Western Forest Products Ltd., ("Western") applies, in these proceedings under the *Companies Creditors Arrangement Act* (the "CCAA") involving the Doman group of companies, for authorization or approval of the termination of contracts it has with Hayes Forest Services Ltd. ("Hayes") and Strathcona Contracting Ltd. ("Strathcona").

[2] The Doman group of companies ("Doman") carry on business in the B.C. forestry industry. Doman encountered financial difficulties and has been in the process of attempting to restructure under the *CCAA* for approximately one and a half years. The liabilities of *Doman* consist of secured term debt in the principal amount of U.S. \$160 million, unsecured term notes in the principal amount of U.S. \$513 million, unsecured

trade debt in excess of \$20 million, a secured operating line of credit and other miscellaneous obligations.

[3] The restructuring process is nearing completion. A plan of compromise and arrangement (the "Restructuring Plan") has been filed and the meeting of creditors to consider it has been scheduled to be held in approximately two weeks. The deadline for creditors to file proofs of claim is today.

[4] In very simple terms, the Restructuring Plan contemplates that the lumber and pulp assets of Doman will be transferred into new corporations and that the unsecured noteholders, trade creditors and other unsecured creditors will have their debt converted into shares in one of the new corporations, which will own the lumber assets and the shares of the other corporation holding the pulp assets. The secured term debt is to be refinanced and the secured operating line of credit will be unaffected. The existing shareholders of Doman are to receive warrants entitling them to purchase a limited number of shares in the new parent corporation.

[5] The implementation of the Restructuring Plan is subject to the fulfilment of numerous conditions precedent. One of the conditions is the termination of the contracts with Hayes and Strathcona which are the subject matter of this application.

[6] Western holds certain forest tenure, including licenses relating to an area known as the Nootka Region on Vancouver Island and at least one island off the coast of Vancouver Island called Nootka Island. In 1991, the B.C. government decided that logging contractors should have a form of security similar to the tenure enjoyed by license holders and created the concept of replaceable contracts under the **Forest Act**.

[7] The attributes of replaceable contracts were discussed at length by the B.C. Court of Appeal in **Clear Creek Contracting Ltd. v. Skeena Cellulose Inc.** 2003 BCCA 344 and I will not repeat all of them here. In short, a replaceable contract is a form of evergreen contract which contains statutorily mandated provisions, the most important of which is that the license holder must offer a new or replacement contract to the contractor upon each expiry of the term of the contract as long as the contractor is not in default under the contract. If the parties are not able to agree on the new rates under the replacement contract, an arbitrator will determine the rates, which are mandated to be competitive within the industry and to permit the contractor to earn a reasonable profit on top of its costs. The contractors with such contracts are known in the industry as Bill 13 contractors. A

license holder must have at least 50% of its annual allowable cut harvested by Bill 13 contractors.

[8] Western has 7 full-phase Bill 13 logging contracts with 6 contractors for the Nootka Region. Hayes is one of those contractors and it has the full-phase contract for the Plumper Harbour area of the Nootka Region. A full-phase contract includes all aspects of logging ranging from road construction, falling, hauling, sorting and delivery to transportation points. Hayes sold the road construction aspect of its contract, and the replaceable contract for road construction was assigned to Strathcona.

[9] When Doman first commenced these **CCAA** proceedings, it was anticipated that the restructuring process would be completed in a relatively short period of time. It was contemplated that all unsecured debt other than the unsecured bondholders would be paid in full and that the unsecured bondholders would take most, but not all, of the equity in Doman in exchange for some of the indebtedness owed to them and would take security for the remainder of their indebtedness. The confirmation or come-back Order of December 6, 2002 authorized a downsizing process for Doman, but it was not instituted in view of the anticipated restructuring.

[10] The restructuring initially contemplated by Doman did not take place, in part because I made a ruling that the covenants in the trust deed for the secured term debt could not be overridden into the future. By the beginning of April 2004, the unsecured bondholders were pressing for their own restructuring plan and had made it clear that there should be some downsizing in Doman's operations, particularly the closure of Doman's pulp mill in Port Alice. On April 6, 2004, I declined Doman's application for an extension of the stay for the sole purpose of pursuing refinancing of its debt and the sale of the Port Alice pulp mill, but I also declined an application of the unsecured bondholders to call a meeting of creditors to consider its plan of arrangement. I extended the stay for the purpose of allowing Doman to file its own restructuring plan while still pursuing refinancing and sale alternatives, but I imposed a fairly concrete deadline by directing that the creditors meeting be held on June 7. In my April 6 Order, I authorized Doman to reinstitute its downsizing process with special emphasis on the closure of the Port Alice pulp mill if a purchaser was not located. I also placed a restriction on any downsizing by providing that any termination of a replaceable contract under the **Forest Act** was not to be effective unless authorized by the court.

[11] By letters dated April 27, 2004, Western terminated its contracts with Hayes and Strathcona effective upon court approval of the terminations. An affidavit of Mr. Zimmerman, a Western employee, provided the following rationale for the decision to terminate these replaceable contracts:

As part of the reorganization and "downsizing" processes of [Western], we have looked at methods to rationalize harvesting operations in the Nootka Region so as to reduce costs and improve profitability of [Western]. [Western] has worked in conjunction with representatives of the Bondholder committee who have asked for recommendations so as to increase profitability. [Western] has determined that within the Nootka Region, operational efficiencies can be achieved and significant cost savings can be achieved if the number of contractors is reduced and if that contractor's allocated volume is re-allocated to the remaining contractors. [Western] has recommended this reduction to the Bondholders Committee and the representatives of the Committee have asked that [Western] institute a rationalization and termination of contract, which is subject to Court approval as provided in this Court's Order of April 6, 2004.

The affidavit goes on to state that the rationalization can best be carried out by the termination of the Plumper Harbour contracts, principally because the contractor costs associated with this location are the highest in the Nootka Region. The volume under the contracts would then be re-allocated to other Bill 13 contractors in the Nootka Region. The average contract rate for logging a cubic metre of timber under the Hayes contract for the period from 1998 to 2001, as determined

by arbitration, was approximately \$4 higher than the average rate under the other contracts for the Nootka Region.

[12] Mr. Zimmerman's affidavit indicated that Western did not intend to harvest at Plumper Harbour for the next three years and set out the savings that Western would be able to achieve by terminating the Hayes and Strathcona contracts. These savings were estimated at \$5 million over the next three years and \$800,000 for each year thereafter. These included annual savings of approximately \$165,000 in road building costs, but the main reason Western wants to terminate its contract with Strathcona is that the full-phase contractor replacing Hayes may have its own road building capabilities. Mr. Zimmerman also exhibited to his affidavit a proposal which Hayes had made to Western in 1999 whereby Hayes offered to exchange its rights under its Bill 13 contract for the exclusive right to do helicopter logging in the Nootka Region with an annual minimum guarantee. In the proposal, Hayes stated that the average cut for many of the Bill 13 contractors had been reduced below an efficient economic operating level and that higher costs were being passed on to Western. The proposal was not accepted by Western because it did not want to give exclusive rights for helicopter logging with a guaranteed entitlement.

[13] Representatives of Hayes and Strathcona swore affidavits disputing that the savings would be of the magnitude estimated by Mr. Zimmerman. They also set out the prejudice which their companies would suffer if the contracts were terminated, including the loss of employment and the inability to utilize fixed assets. Mr. Hayes deposed that there is no reasonable or rational economic reason for Western to forego harvesting in Plumper Harbour this year because most of the engineering and road construction costs have already been incurred. Mr. Hayes estimated that if Western harvested the timber on its logging plan for this year in Plumper Harbour, it would receive revenue, net of additional harvesting costs, of approximately \$2 million.

[14] The affidavit of Mr. Hayes also stated that Hayes recognized that the operations of the Bill 13 contractors in the Nootka Region are inefficient, unwieldy and costly. Despite this acknowledgment, Mr. Hayes expressed a view that the termination of its contract will not have a material impact on cost reduction in the Nootka Region when one takes into account that the Province will be taking back approximately 20% of Western's annual allowable cut in the Nootka Region pursuant to the recently enacted **Forestry Revitalization Act** and will thereby cause a reduction in the

volumes harvested by all of the Bill 13 contractors. No affidavit was sworn by a Western representative to dispute this statement.

[15] Mr. Zimmerman, Mr. Hayes and the deponent on behalf of Strathcona were cross-examined on their affidavits. In his cross-examination, Mr. Zimmerman stated that Western did intend to liquidate the developed timber at Plumper Harbour of approximately 130,000 cubic metres over the next two years before putting the area in abeyance for a three year period. Western has not introduced any evidence with respect to the anticipated costs if this developed timber is harvested or is harvested by other Bill 13 contractors rather than Hayes.

[16] In addition to the *Skeena Cellulose* decision which dealt with the termination of replaceable contracts in **CCAA** proceedings, counsel referred me to several other cases involving the termination of contracts, leases or licenses in **CCAA** proceedings.

[17] In *Re Dylex Ltd.*, [1995] O.J. No. 595 (Q.L.) (Ont. Ct. of Jus.), Farley J. authorized the insolvent company to repudiate the leases of three of its stores as part of a program to close 200 of its stores across Canada. The three stores had been a financial drain on Dylex. Although the closures were going to have a detrimental effect on the shopping centres in

which the stores were located, Farley J. held that in weighing the balancing of interests in a **CCAA** context, the court's discretion should be exercised in favour of Dylex over the landlord, which was in sound financial condition. Farley J. declined to import into the **CCAA** the requirement applicable to proposals under the **Bankruptcy and Insolvency Act** that the insolvent company has to show that it would not be able to make a viable proposal unless it terminated the leases in question.

[18] In **Re Blue Range Resource Corp.** 1999 ABQB 1038, the insolvent company had been authorized by the court under the initial stay order to terminate such of its contracts as it deemed appropriate to permit it to proceed with an orderly restructuring of its business. Blue Range terminated some of its natural gas supply contracts and three of the parties to such contracts sought to challenge the termination of their contracts. One of the issues they raised was that the stay order should be varied to provide that Blue Range would only be permitted to terminate the contracts if it was incapable of performing them or if the termination was essential to the success of their restructuring. Lo Vecchio J. dismissed the application to vary the stay order in this fashion. He made

the following comments at paras. 36 through 38, which have been quoted in subsequent cases:

The purpose of the CCAA proceedings generally and the stay in particular is to permit a company time to reorganize its affairs. This reorganization may take many forms and they need not be listed in this decision. A common denominator in all of them is frequently the variation of existing contractual relationships. Blue Range might, as any person might, breach a contract to which they are a party. They must however bear the consequences. This is essentially what has happened here.

A unilateral termination, as in any case of breach, may or may not give rise to a legitimate claim in damages. Although the Order contemplates and to a certain extent permits unilateral termination, nothing in Section 16.e or in any other part of the Order would suggest that Blue Range is to be relieved of this consequence; indeed Blue Range's liability for damages seems to have been assumed by Duke and Engage in their set-off argument. The application amounts to a request for an order of specific performance or an injunction which ought not to be available indirectly. In my view, an order authorizing the termination of contracts is appropriate in a restructuring, particularly given that it does not affect the creditors' rights to claim for damages.

The Applicants are needless to say not happy about having to look to a frail and struggling company for a potentially significant damages claim. They will be relegated to the ranks of unsecured judgment creditors and may not, indeed likely will not, have their judgments satisfied in full. While I sympathize with the Applicants' positions, they ought not to, in the name of equity, the guide in CCAA proceedings, be able to elevate their claim for damages above the claims of all the other unsecured creditors through this route.

[19] Lo Vecchio J. held that the court has the necessary jurisdiction to permit termination of contracts and that the termination of the contracts in question was necessary to the company's survival program.

[20] In **Re T. Eaton Co.**, [1999] O.J. No. 4216 (Q.L.) (Ont. Sup. Ct. of Jus.), Farley J. refused to order specific performance of an exclusive license to provide credit card services that had been repudiated by the insolvent company as part of a sale of its assets which was the foundation of its restructuring plan. He held that the licensee could be adequately compensated in damages and should not have a higher claim than any other unsecured creditor. In the course of his reasons, he quoted the above portions of the **Blue Range** decision, and said the following at para. 7:

It is clear that under CCAA proceedings debtor companies are permitted to unilaterally terminate in the sense of repudiate leases, and contracts without regard to the terms of those leases and contracts including any restrictions conferred therein that might ordinarily (i.e. outside CCAA proceedings) prevent the debtor company from so repudiating the agreement. To generally restrict debtor companies would constitute an insurmountable obstacle for most debtor companies attempting to effect compromises and reorganizations under the CCAA. Such a restriction would be contrary to the purposive approach to CCAA proceedings followed by the courts to this date.

Farley J. also spoke about being cognizant of the function of a balancing of prejudices within the general approach to the **CCAA**.

[21] The issue of the court's jurisdiction to authorize the termination of replaceable contracts under the **B.C. Forest Act** was first addressed in the predecessor to the **CCAA** proceedings of Skeena Cellulose, **Re Repap British Columbia Inc.**, June 11, 1997, Docket No. A970588 (B.C.S.C.). Thackray J. held that the court had the jurisdiction under the **CCAA** to authorize the insolvent company to terminate replaceable contracts. None of the replaceable contracts in question were actually terminated until the subsequent Skeena Cellulose proceedings.

[22] In the Skeena Cellulose proceedings, the come-back order authorized the company to terminate replaceable contracts in order to facilitate the downsizing and consolidation of its business and operations. As part of Skeena Cellulose's plan of compromise and arrangement, a third party agreed to purchase the shares in the company for \$8 million, which was to be used for distribution to the creditors having claims in excess of \$400 million. It was a condition precedent to the purchase that two of Skeena Cellulose's five replaceable contracts be terminated, and letters of termination were sent.

The two contractors applied to the court for a declaration that the terminations were invalid.

[23] Brenner C.J.S.C. dismissed the application. In his decision (cited at 2002 BCSC 1280), he said the following at para. 25:

SCI has no authority to decline to replace the applicants' replaceable contracts under the terms of those contracts, or in accordance with the provisions of the Regulation that deal with when and how a replaceable contract can be terminated. The only authority for SCI to terminate, or indeed, jurisdiction for this court to approve such terminations, must be found in the terms of the Come-back Order, and in the provisions of the CCAA. To be effective, the terminations must:

- (a) comply with the procedures and conditions stipulated in the Come-back Order; and,
- (b) conform to the broader principles of economic necessity and fairness which underlie the court's discretionary jurisdiction under the CCAA.

Brenner C.J.S.C. expressed the view that the statutory privileges given to the Bill 13 contractors are not sufficient to justify the creation or recognition of a preference in favour of the contractors over other creditors.

[24] The appeal from Brenner C.J.S.C.'s decision was dismissed. In its decision, the B.C. Court of Appeal held that the court had an equitable jurisdiction to supplement the **CCAA** by approving a plan of arrangement which contemplates the

termination of contracts by the debtor corporation.

Newbury J.A. held that in approving such a plan involving the termination of replaceable contracts, the court was not overriding provincial legislation because nothing in the legislation purported to invalidate a termination of a replaceable contract but that, in any event, the doctrine of paramountcy would result in preference being given to the **CCAA** over the **B.C. Forest Act** in the case of a conflict.

[25] The Court of Appeal found no error in the exercise of discretion by Brenner C.J.S.C. Newbury J.A. said the following about the concept of fairness at para. 60:

I have no difficulty in accepting the appellants' argument that fairness as between them and the other three evergreen contractors and as between the appellants and Skeena was a legitimate consideration in the analysis of this case. (Indeed, I believe the Chief Justice considered this aspect of fairness, even though he did not mention it specifically in this part of his Reasons.) The appellants are obviously part of the "broad constituency" served by the CCAA. But the key to the fairness analysis, in my view, lies in the very breadth of that constituency and wide range of interests that may be properly asserted by individuals, corporations, government entities and communities. Here, it seems to me, is where the flaw in the appellants' case lies: essentially, they wish to limit the scope of the inquiry to fairness as between five evergreen contractors or as between themselves and Skeena, whereas the case-law decided under the CCAA, and its general purposes discussed above, require that the views and interests of the "broad constituency" be considered. In the case at bar, the Court was concerned with the

deferral and settlement of more than \$400 million in debt, failing which hundreds of Skeena's employees and hundreds of employees of logging and other contractors stood to lose their livelihoods. The only plan suggested at the end of the extended negotiation period to save Skeena from bankruptcy was NWBC's acquisition of its common shares for no consideration and the acceptance by its creditors of very little on the dollar for their claims.

The Court of Appeal concluded that there was a business case for the terminations. Newbury J.A. stated that the situation in *Dylex* was no different in principle because, like the leases in *Dylex*, the replaceable contracts were too costly for Skeena Cellulose to continue operating under them.

[26] Although the Court of Appeal's decision in *Skeena Cellulose* settles that the court has the necessary jurisdiction to deal with the termination of contracts, none of the above decisions includes any detailed discussion with respect to the basis upon which the court becomes involved in decisions to terminate contracts. Newbury J.A. discussed the jurisdiction in terms of the court approving a plan of arrangement which involves the termination of contracts, but the court will often authorize the termination of contracts prior to the formulation of a plan of arrangement.

[27] If a debtor company repudiated a contract prior to commencing **CCAA** proceedings, the court would not have any direct involvement in the termination of the contract unless,

possibly, the other party to the contract sought specific performance of the contract (which, as Brenner C.J.S.C. pointed out in *Skeena Cellulose*, is particularly inappropriate in an insolvency). The other party to the contract would have a claim for damages in respect of the repudiation and would be treated like any other unsecured creditor for the purposes of the plan of arrangement.

[28] Once an insolvent company seeks the assistance of the court by commencing **CCAA** proceedings, the company comes under the supervision of the court. The supervision also involves a consideration of the interests of the broad constituency served by the **CCAA** mentioned in *Skeena Cellulose* by Newbury J.A. These interests, when coupled with the exercise by the court of its equitable jurisdiction, bring into play the requirements for fairness and reasonableness in weighing the interests of affected parties.

[29] Generally speaking, the indebtedness compromised in **CCAA** proceedings is the debt which is in existence at the time of the **CCAA** filing, and the debtor company is expected to honour all of its obligations which become owing after the **CCAA** filing. It is common for the initial stay order or the come-back order to provide that the debtor company is to continue

carrying on its business and to honour its ongoing obligations unless the court authorizes exceptions.

[30] In many reorganizations under the **CCAA**, it is necessary for the insolvent company to restructure its business affairs as well as its financial affairs. Even if the financial affairs are restructured, the company may not be able to survive because portions of the business will continue to incur ongoing losses. In such cases, it is appropriate for the court to authorize the company to restructure its business operations, either during the currency of the **CCAA** proceedings or as part of a plan of arrangement. The process is commonly referred to as a downsizing if it involves certain aspects of the business coming to an end. The liabilities which are incurred as a result of the restructuring of the business operations, for such things as termination of leases and other contracts, are included in the obligations compromised by the plan of arrangement even though the debtor company will have been honouring its ongoing commitments under the leases and other contracts after the commencement of the **CCAA** proceedings. The inclusion of these liabilities in the plan of arrangement is an exception to the general practice of debtor companies paying the full extent of post-filing liabilities and compromising only the pre-filing liabilities.

[31] It is within this context that the court is called upon to authorize the termination of contracts which the debtor company could have repudiated without any authorization prior to the commencement of **CCAA** proceedings. The liabilities to be compromised have, in general terms, been crystallized by the filing of the **CCAA** petition, and the affairs of the debtor company are under the supervision of the court, which is required to exercise its equitable jurisdiction fairly and reasonably.

[32] I do not approach the matter in the same fashion as Lo Vecchio J. did in *Blue Range*. I do not see the resistance of a party to the termination of a contract with the debtor company to be an attempt to elevate their claim for damages above the claims of all the other unsecured creditors. Apart from any monies which may have been outstanding under the contract at the time of the **CCAA** filing, the party to the contract was not an unsecured creditor who was going to be subjected to a compromise under a plan of arrangement. The party only becomes a creditor in respect of its damage claim if the contract is terminated. Although Lo Vecchio J. could be interpreted as suggesting in the quoted paragraphs 36 to 38 that a debtor company may terminate contractual relations as long as the resulting damage claim is included in its plan of

arrangement, I do note that he subsequently commented that the termination of the contracts in that case was necessary to the company's survival program.

[33] I prefer the approach of Farley J. in *Dylex*, which involves the court weighing the competing interests and prejudices in deciding what is fair and reasonable. I would anticipate that in the majority of cases a debtor company will be able to persuade the court to exercise its discretion in favour of the termination of contracts and other steps required to downsize or rationalize its business affairs. A debtor company must be insolvent to qualify under the **CCAA** and the insolvency may have been caused by over-expansion or continual losses by a part of the business. If the company is to have a reasonable prospect of surviving into the indefinite future, it will be appropriate to downsize its operations or bring an end to the losing aspects of the business. The interests of the broad constituency of stakeholders in taking reasonable steps to ensure the ongoing viability of the business will often outweigh the prejudice caused to parties having their contracts or other arrangements with the debtor company terminated and their consequential damage claim being included in the plan of arrangement. There is no single test for the debtor company to satisfy apart from demonstrating

that the termination is fair and reasonable in all of the circumstances. As held in *Dylex*, it is not necessary for the debtor company to demonstrate that the termination of the contract is essential to the making of a viable plan of arrangement.

[34] An example of this type of situation has already occurred in these proceedings. Doman's pulp mill at Port Alice has been losing money for a significant period of time and causing a financial drain on Doman's resources. At the suggestion of the bondholders, it was decided that the mill should be closed and should not be part of the restructured company. Although the closure of the mill would have had a devastating effect on the employees of the pulp mill and the Village of Port Alice as a whole, I authorized the closure because it would not have been reasonable to require the restructured company to operate a division of its business which was anticipated to continue to lose money. Fortunately, Doman was able to find another party who was willing to take over the pulp mill prior to its closure.

[35] On the other hand, there will be circumstances where it will not be appropriate to authorize the debtor company to terminate contracts. For example, suppose that a debtor company became insolvent because its business had been

operating at a loss but market conditions had changed and, with a financial restructuring of its existing debt, it was expected to be profitable in the future. Suppose further that the debtor company was party to a contract which did not cause the company to operate the relevant aspect of its business at a loss but the contract was not as favourable as the market would permit the company to obtain if it could divest itself of the existing contract. If the company could terminate the contract and enter into a new one with different rates, it could become substantially more profitable into the future. In these circumstances, it may well be inappropriate for the court to authorize the termination of the contract. The risk of the failure of the debtor company after its restructuring would be relatively low and, depending on the terms of the plan of arrangement, the future benefit of the contract termination may accrue to the shareholders of the company or to the creditors of the company who took risks in exchange for high rates of return.

[36] On the present application, all that the evidence establishes is that Doman will likely be able to reduce its costs to some extent at some point in the future if it can terminate the two contracts in question. Mr. Zimmerman's affidavit states that the reason Western made the

recommendation to terminate the two contracts was to improve or increase its profitability. There is no evidence on this application with respect to the following points:

- (a) whether the logging at Plumper Harbour under the existing contracts has produced a loss in the past or is expected to produce a loss in the future;
- (b) whether other logging operations of Doman produce a greater loss;
- (c) whether other aspects of Doman's business produce a loss and, if so, what consideration has been given to rationalizing that loss in comparison to the termination of the contracts in question;
- (d) whether it is expected that the restructured company will operate at a profit;
- (e) what parts of the constituency of stakeholders will benefit from the termination of the contracts in question;
- (f) whether the developed timber at Plumper Harbour can be harvested in the next two years by other contractors at a cost less than the cost under the contracts in question; and

- (g) what is the fallacy, if any, in the assertion of Mr. Hayes that the termination of the contracts will have no material impact on cost reduction after taking into account the 20% government take-back.

[37] Some reliance was placed by counsel on the fact that the termination of these contracts is a condition precedent of the Restructuring Plan. In my view, this condition precedent is materially different than the condition precedent in **Skeena Cellulose**. In that case, it was an independent purchaser of the shares in **Skeena** that negotiated the condition on the basis that it was not prepared to purchase the shares unless two of the five replaceable contracts were terminated. The condition resulted from an arm's length negotiation which required the purchaser to put up funds to purchase the shares. In the present case, the bondholder committee produced the initial draft of the Restructuring Plan, which was finalized after a limited negotiation that served to advance the interests of the existing directors and shareholders of Doman. The condition precedent in question was not contained in the initial draft of the Restructuring Plan put forward by the bondholders and there is no evidence as to why the condition was inserted in the Restructuring Plan. I am unable to conclude that the condition precedent was the result of a

truly adversarial negotiation and that, unlike the situation in *Skeena Cellulose*, the restructuring is unlikely to proceed if the condition is not satisfied.

[38] In my opinion, therefore, there is insufficient evidence for me to conclude that the proposed contract terminations are fair and reasonable in all of the circumstances. All that the evidence available to me supports is a conclusion that the restructured company will have an opportunity of being more profitable if the contracts are terminated. It has not been demonstrated that the loss of this opportunity will outweigh the prejudice which will be suffered by Hayes and Strathcona if the contracts are terminated. In weighing the competing interests on the evidence before me, it is my conclusion that I should exercise my discretion against approving the contract terminations. I dismiss the application with costs.

"D.F. Tysoe, J."
The Honourable Mr. Justice D.F. Tysoe

Attorney General of Quebec, Commission de la construction du Québec and Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appellants*

v.

Raymond Chabot inc., in its capacity as trustee in the bankruptcy of D.I.M.S. Construction inc. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (TRUSTEE OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 52.

File No.: 29822.

2004: December 8; 2005: October 6.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Scheme of distribution — Right to compensation and right to retain — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether, in context of bankruptcy, provincial statutes incompatible with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Whether equitable set-off applicable in bankruptcy in Quebec — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147.

Constitutional law — Division of powers — Bankruptcy — Scheme of distribution — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to

Procureur général du Québec, Commission de la construction du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appellants*

c.

Raymond Chabot inc., ès qualités de syndic à la faillite de D.I.M.S. Construction inc. *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (SYNDIC DE) c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 52.

N° du greffe : 29822.

2004 : 8 décembre; 2005 : 6 octobre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Plan de répartition — Droit de compensation et de retenue — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Dans le contexte d'une faillite, les lois provinciales sont-elles incompatibles avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — La compensation en equity est-elle applicable en matière de faillite au Québec? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 54 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Faillite — Plan de répartition — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un

pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether provincial statutes inapplicable or inoperative by reason of being in conflict with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Constitution Act, 1867, s. 91(21) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147 — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54.

The Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) established an assessment in respect of the activities of a contractor. The contractor did not pay the assessment and the CSST required three employers that had awarded contracts to the contractor to pay the assessment pursuant to s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (“AIAOD”). The Commission de la construction du Québec (“CCQ”) also demanded that the same employers pay unpaid wages owed by the contractor, pursuant to s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry* (“ALRCI”). One employer paid the CCQ before the contractor went bankrupt. After the bankruptcy, the trustee demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by the contractor. Two of the employers contested the claim, citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The Superior Court dismissed the motion, but the Court of Appeal set aside that judgment.

Held: The appeal should be allowed. Section 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not alter the scheme of distribution under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”).

In light of art. 1656(3) C.C.Q., a payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor. The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 adds nothing to the rights arising out of the subrogatory payment. That paragraph eliminates any doubt as to the employer’s right to be reimbursed for the amount paid on the contractor’s behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer. [27] [30-31]

entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l’entrepreneur — Lois permettant à l’employeur d’être remboursé par l’entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu’il doit à l’entrepreneur — Les lois provinciales sont-elles inapplicables ou inopérantes pour cause de conflit avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21) — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147 — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 54.

La Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») établit une cotisation en relation avec les activités d’un entrepreneur. Ce dernier ne paie pas et la CSST oblige trois employeurs qui ont accordé des contrats à l’entrepreneur à payer la cotisation en vertu de l’art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (« LATMP »). La Commission de la construction du Québec (« CCQ ») demande également aux mêmes employeurs les salaires impayés par l’entrepreneur selon l’art. 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction* (« LRTIC »). Un employeur paie la CCQ avant la faillite de l’entrepreneur. Après la faillite, le syndic réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par l’entrepreneur. Deux des employeurs contestent la réclamation et font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s’adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. La Cour supérieure rejette la requête mais la Cour d’appel infirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les articles 316 LATMP et 54 LRTIC ne modifient pas le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »).

Vu le par. 3^o de l’art. 1656 C.c.Q., le paiement fait en exécution de l’obligation imposée par le premier alinéa de l’art. 316 LATMP permet à l’employeur d’être substitué à la CSST pour réclamer à l’entrepreneur le montant de la cotisation. Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l’art. 316 n’ajoute rien aux droits qui résultent du paiement subrogatoire. Cet alinéa écarte tout doute sur le droit de l’employeur de se faire rembourser le montant payé pour l’entrepreneur et, s’il y a lieu, d’opérer compensation entre le montant qu’il doit à l’entrepreneur et celui que l’entrepreneur lui doit. [27] [30-31]

The compensation mechanism authorized by s. 316 AIAOD does not go beyond the framework of s. 97(3) BIA, which expressly recognizes certain cases of compensation. If the employer pays the CSST before the bankruptcy, and if the mutual debts of the employer and the contractor are certain, liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). Since the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution under the BIA is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee. If the employer's payment is made before the bankruptcy but the claim is not liquid at the time of the bankruptcy, the employer may, once the claim has been appraised, rely on s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which is more restrictive. If the payment is made after the bankruptcy, this subrogatory payment cannot give rise to compensation. Since s. 97(3) is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer may nevertheless file a proof of claim to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid to the CSST (s. 121 BIA). [43-45] [49] [54-57] [72]

Section 316 AIAOD does not subvert the scheme of distribution under the BIA. First, the right to be reimbursed is compatible with the BIA and, second, the right to retain can be exercised only in the circumstances provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law. Furthermore, from the perspective of *Husky Oil*, the s. 316 mechanism is compatible with the BIA. This is not a case involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. No right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. Only an employer who has paid may exercise the right to retain, and the CSST is not affected by the employer's right to collect. Finally, because s. 97(3) BIA must be applied in

La compensation autorisée par l'art. 316 LATMP n'exécède pas le cadre du par. 97(3) LFI, qui reconnaît expressément certains cas de compensation. Si le paiement de l'employeur à la CSST est fait avant la faillite et si les dettes réciproques entre l'employeur et l'entrepreneur sont certaines, liquides et exigibles, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). Comme la faillite n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition de la LFI n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic. Si le paiement de l'employeur est fait avant la faillite, mais la créance n'est pas liquide au moment de la faillite, l'employeur pourra, une fois la créance évaluée, se prévaloir du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer la compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif. Si le paiement est fait après la faillite, ce paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur peut toutefois, en présentant une preuve de réclamation, se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé à la CSST (art. 121 LFI). [43-45] [49] [54-57] [72]

L'article 316 LATMP ne viole pas le plan de répartition de la LFI. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, le droit de retenue ne peut être invoqué que dans les circonstances prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois. De plus, vu sous le prisme de l'arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l'art. 316 est compatible avec la LFI. Il ne s'agit pas d'un paiement présumé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent perceuteur. Le droit de créance échoit à l'employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu'il serait éventuellement tenu au paiement si l'entrepreneur faisait défaut. Aucun droit n'est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue et la CSST n'est pas affectée par ce droit de recouvrement de l'employeur. Finalement,

Quebec on the basis of civil law and not common law rules, equitable set-off is inapplicable in bankruptcy in Quebec. [58] [62-64]

Nor does s. 54 ALRCI subvert the scheme of distribution under the BIA. In the case of s. 54, the wages due from a contractor constitute a solidary obligation between the contractor and the employer. The employer who pays the wages may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q. or may rely on legal subrogation pursuant to art. 1656(3) C.C.Q. The principles stated in relation to s. 316 AIAOD also apply to s. 54. [66-73]

Cases Cited

Applied: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; **not followed:** *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **referred to:** *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87; *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL); Civ., March 2, 1829, D.1829. I.163 (*Assurances v. Lanquetin*); Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assurance marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL); *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63; *Mercure v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547; *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillot*).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting financial assistance for education expenses, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29.
Act respecting financial services cooperatives, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69.
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 306, 315, 316.

puisque'il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law, la compensation en equity est inapplicable en matière de faillite au Québec. [58] [62-64]

L'article 54 LRTIC ne viole pas non plus le plan de répartition de la LFI. Dans le cas de l'art. 54, le salaire dû par un entrepreneur est une obligation solidaire entre l'entrepreneur et l'employeur. L'employeur qui paie les salaires peut en réclamer le remboursement à l'entrepreneur suivant l'art. 1536 C.c.Q. ou se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Les principes énoncés relativement à l'art. 316 LATMP sont également applicables à l'art. 54. [66-73]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; **arrêt non suivi :** *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **arrêts mentionnés :** *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87; *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n^o 3372 (QL); Civ., 2 mars 1829, D.1829. I.163 (*Assurances c. Lanquetin*); Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assurance marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] A.Q. n^o 2190 (QL); *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63; *Mercure c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547; *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillot*).

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1156, 2576.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21).

Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70.
Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 54, 82(c)(4).
Act to promote good citizenship, R.S.Q., c. C-20, s. 11.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 to 147.
Building Act, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1156, 2576.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Constitution Act, 1867, s. 91(21).
Crop Insurance Act, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1.
Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons, R.S.Q., c. I-14, s. 13.
Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4.
Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1).

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2004.
- Bélanger, André. "L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law*" (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM, 1989.
- Bertrand, Charles-Auguste. "Effets des subrogations et des transports aux assureurs" (1953), 13 *R. du B.* 285.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
- Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1990.
- Droit civil québécois*, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
- Lemieux, Marc. "La compensation dans un contexte de proposition et de faillite" (1999), 59 *R. du B.* 321.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.
- Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4.
- Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29.
- Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1).
- Loi sur l'assurance-récolte*, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1.
- Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., ch. I-14, art. 13.
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 à 147.
- Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2.
- Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 306, 315, 316.
- Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70.
- Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69.
- Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20, art. 54, 82(c)(4).
- Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., ch. C-20, art. 11.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2004.
- Bélanger, André. « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke : Éditions SEM, 1989.
- Bertrand, Charles-Auguste. « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.
- Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal : Wilson et Lafleur, 1990.
- Droit civil québécois*, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal : Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris : L.G.D.J., 1989.
- Lemieux, Marc. « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. “Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of ‘All Obligations’ Clauses” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert, Nuss and Lemelin JJ.A.), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] Q.J. No. 3660 (QL), affirming a decision of Trudeau J., [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Appeal allowed.

Hugo Jean, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Martine Sauvé, for the appellant Commission de la construction du Québec.

René Napert, for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, for the respondent.

Robin K. Basu and *Sarah Wright*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

The issue raised in the case at bar is whether the rights provided for in s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 (“AIAOD”), and s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20 (“ALRCI”), subvert the scheme of distribution provided for in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal : Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal : Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. « Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of “All Obligations” Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Robert, Nuss et Lemelin), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] J.Q. n^o 3660 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Trudeau, [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Pourvoi accueilli.

Hugo Jean, pour l’appelant le procureur général du Québec.

Martine Sauvé, pour l’appelante la Commission de la construction du Québec.

René Napert, pour l’appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, pour l’intimée.

Robin K. Basu et *Sarah Wright*, pour l’intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

La question, en l’espèce, est de savoir si les droits prévus aux art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« LATMP »), et 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20 (« LRTIC »), portent atteinte au plan de répartition prévu à la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

2 Under s. 316 AIAOD, the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) may, where a contractor’s services are retained by an employer to whom the AIAOD applies, require the employer to pay an assessment due from the contractor. The same section provides that once the employer has paid the assessment, the employer is entitled to be reimbursed by the contractor and may retain the amount paid to the CSST out of any sums he or she owes the contractor. Section 54 ALRCI establishes a mechanism that, although based on solidarity, has the same effect; it permits the Commission de la construction du Québec (“CCQ”) to bring claims against employers for unpaid wages owed by contractors with whom they have contracted.

3 On November 4, 1998, the CSST established an assessment in respect of the activities of D.I.M.S. Construction inc. (“DIMS”), a contractor. DIMS did not pay the assessment. The CSST then demanded that three employers that had awarded contracts to DIMS pay the assessment in the proportion provided for in s. 316 AIAOD. It claimed amounts from the Ministère des Transports du Québec (“MTQ”) on November 26, 1998, Pavage Chenail inc. (“Chenail”) on November 30, 1998, and Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (“Beaver”), a division of Groupe Devesco ltée, on February 10, 1999. According to the evidence in the record, none of the employers had paid the CSST when DIMS went bankrupt on April 1, 1999, after its creditors refused a proposal.

4 The CCQ demanded that the same employers pay unpaid wages owed by DIMS in respect of contracts performed for those employers. The exact dates these demands were made do not appear in the record, except in the case of Beaver, to which one was sent on February 12, 1999. According to one document in the record, Chenail paid the CCQ before DIMS went bankrupt.

5 On April 23 and 29, 1999, Raymond Chabot inc., the trustee in the bankruptcy of DIMS, demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by DIMS. Chenail paid the trustee subject to a special indemnification agreement. The MTQ and Beaver contested the trustee’s claim,

L’article 316 LATMP permet à la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») d’obliger un employeur qui est assujéti à la loi et qui retient les services d’un entrepreneur à payer la cotisation due par cet entrepreneur. Selon ce même article, lorsque l’employeur a payé la cotisation, il a droit d’être remboursé par l’entrepreneur et peut retenir sur les sommes qu’il doit à cet entrepreneur le montant payé à la CSST. L’article 54 LRTIC établit un mécanisme ayant le même effet, mais fondé sur la solidarité, et permet à la Commission de la construction du Québec (« CCQ ») de réclamer à un employeur les salaires impayés par un entrepreneur avec qui il a contracté.

Le 4 novembre 1998, la CSST établit une cotisation en relation avec les activités de l’entrepreneur D.I.M.S. Construction inc. (« DIMS »). DIMS ne paie pas. La CSST réclame à trois employeurs qui ont accordé des contrats à cette firme le paiement de la cotisation dans la proportion établie par l’art. 316 LATMP. La réclamation est faite le 26 novembre 1998 au ministère des Transports du Québec (« MTQ »), le 30 novembre 1998 à Pavage Chenail inc. (« Chenail ») et le 10 février 1999 au Groupe Devesco ltée, division Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (« Beaver »). Selon les pièces versées au dossier, aucun des employeurs n’aurait payé la CSST avant la faillite de DIMS qui survient le premier avril 1999 à la suite du rejet d’une proposition.

La CCQ réclame aux mêmes employeurs les salaires impayés par DIMS à la suite de contrats exécutés pour ces employeurs. La date des réclamations faites par la CCQ n’est précisée au dossier que pour Beaver, soit le 12 février 1999. Selon un document produit au dossier, Chenail aurait payé la CCQ avant la faillite.

Les 23 et 29 avril 1999, Raymond Chabot inc., syndic à la faillite de DIMS, réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par DIMS. Chenail paie le syndic sous réserve d’une convention d’indemnisation particulière. Le MTQ et Beaver contestent la réclamation du

citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The trustee relied on *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, in which it was held that the withholding mechanism available to employers under Saskatchewan's *Workers' Compensation Act, 1979* had the effect of creating a priority that subverted the scheme of distribution under the BIA.

The Superior Court dismissed the trustee's case on the ground that Quebec's scheme differed from Saskatchewan's scheme: [2000] R.J.Q. 3056. The Court of Appeal came to the opposite conclusion, finding that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI violated the principles stated in *Husky Oil*: [2003] R.J.Q. 1104. The Attorney General of Quebec, the CSST and the CCQ appealed, contending that the provision authorizing the CSST and the CCQ to demand that employers pay contractors' unpaid assessments was valid. They raised no arguments concerning the right of employers to be reimbursed or to set up compensation. Even though the employers are not parties to the case, both the right of the CSST and the CCQ to collect and the right to reimbursement are in issue here, because the trustee impugns s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in their entirety. However, no specific arguments based on the contracts between the employers and the contractor are in issue, nor are the rights of any third parties, such as financial institutions or surety companies, that have rights in the amounts owed by the bankrupt under its contracts.

The constitutional questions stated by this Court reflect the questions submitted to the Superior Court and the Court of Appeal:

1. Is s. 54 of *An Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

syndic. Ils font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s'adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. Il invoque l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, qui a déclaré, au sujet de la *Workers' Compensation Act, 1979* de la Saskatchewan, que le mécanisme de retenue en faveur de l'employeur avait pour effet de créer une priorité qui contrevenait au plan de répartition établi par la LFI.

La Cour supérieure déboute le syndic pour le motif que le régime québécois diffère de celui de la Saskatchewan : [2000] R.J.Q. 3056. La Cour d'appel conclut au contraire que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC violent les principes exposés dans l'arrêt *Husky Oil* : [2003] R.J.Q. 1104. Le procureur général du Québec, la CSST et la CCQ se pourvoient. Ils défendent la validité de la disposition autorisant la CSST et la CCQ à réclamer à un employeur les cotisations impayées par un entrepreneur. Ils ne soulèvent aucun argument concernant le droit des employeurs de se faire rembourser ou d'opposer compensation. Même si les employeurs ne sont pas parties au dossier, tant le droit de perception de la CSST et de la CCQ que le droit au remboursement sont mis en cause parce que le syndic attaque les art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans leur ensemble. Par ailleurs, les arguments spécifiques qui trouveraient leur source dans les contrats liant les employeurs à l'entrepreneur ne font pas l'objet du débat, non plus que les droits de tiers comme les institutions financières ou les compagnies de cautionnement qui pourraient détenir des droits sur les soldes contractuels du failli.

Les questions constitutionnelles formulées par la Cour reflètent celles soumises à la Cour supérieure et à la Cour d'appel :

1. L'article 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

2. Is s. 316 of *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

2. L'article 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

8

The appellants contest the Court of Appeal's decision, arguing that Quebec's scheme can be distinguished from Saskatchewan's scheme. They submit that the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD set up two successive, distinct and independent steps: one establishing an obligation to pay, and the other setting out the rights of an employer who pays a contractor's assessment. The appellants point out that it was the right to withhold payment in respect of a deemed debt that led the Court to conclude in *Husky Oil* that the debt was indivisible, and that no such right exists in Quebec law. They contend that neither the first paragraph of s. 316 AIAOD nor the civil law mechanisms upon which s. 54 ALRCI is based subvert the scheme of distribution under the BIA.

Les appelants attaquent le jugement de la Cour d'appel et plaident que le régime québécois se distingue de celui de la Saskatchewan. Selon eux, les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP mettent en place deux étapes successives, distinctes et indépendantes, l'une établissant une obligation de payer, l'autre précisant les droits de l'employeur qui a payé la cotisation de l'entrepreneur. Les appelants signalent que c'est le droit de retenue à l'égard d'une dette réputée qui a entraîné la conclusion d'indivisibilité dans *Husky Oil*, caractéristique qui ne se retrouve pas dans la loi québécoise. Selon eux, ni le premier alinéa de l'art. 316 LATMP, ni les mécanismes du droit civil sur lesquels est fondé l'art. 54 LRTIC ne violent le plan de répartition de la LFI.

9

The trustee argues that the mechanisms set out in the Quebec provisions are essentially identical to the one provided for in Saskatchewan's legislation. The trustee adds that it would not be enough to declare that the third paragraph of s. 316 AIAOD is inapplicable, since the rules of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), give the first paragraph of this section the same effect as the third and make it inapplicable in bankruptcy. To show that such a declaration would be insufficient, the trustee also submits that equitable set-off would enable an employer who has paid the CSST or the CCQ to refuse to pay the trustee.

Pour sa part, le syndic plaide que les mécanismes des dispositions québécoises sont, pour l'essentiel, identiques à celui de la loi de la Saskatchewan. Il fait valoir, de plus, qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est pas suffisante parce que les règles du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), donnent au premier alinéa de cet article le même effet que le troisième alinéa et le rendent inapplicable en matière de faillite. Pour démontrer qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa serait insuffisante, il soutient aussi que le mécanisme de la compensation en equity autoriserait l'employeur qui aurait payé la CSST ou la CCQ à refuser de payer le syndic.

10

For the reasons that follow, I am of the view that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not subvert the scheme of distribution established by s. 136 BIA. I would allow the appeal and restore the judgment of the Superior Court.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC ne violent pas le plan de répartition établi par l'art. 136 LFI. J'accueillerais l'appel et rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

2. Analysis

2. Analyse

11

Section 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, gives Parliament jurisdiction over bankruptcy and

Le paragraphe 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement compétence en

insolvency. Parliament has exercised this jurisdiction to establish a scheme for distributing the property of bankrupts (ss. 136 to 147 BIA).

This Court has on many occasions ruled on conflicts between the BIA's order of priority and the orders resulting from various provincial statutes: see, *inter alia*, *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; and *Husky Oil*. Those decisions established that statutory provisions enacted by the provinces, although valid in the context of provincial law, are inapplicable in bankruptcy if they conflict with the BIA. It is well established that the BIA will prevail regardless of a province's intention. Given these principles, it is necessary to determine the effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI. Since there are differences between the two mechanisms, I will consider them separately.

I will begin by analysing the mechanism of s. 316 AIAOD, which is based on legal subrogation and compensation. The first step will be to review these concepts. Next, I will discuss the interaction between the right to retain under s. 316 AIAOD and the scheme of distribution under the BIA, and will distinguish the instant case from *Husky Oil*. I will also consider the application of equitable set-off in the case at bar. Lastly, I will discuss the mechanism of s. 54 ALRCI, which incorporates solidarity.

2.1 *The Mechanism of Section 316 AIAOD*

Only the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD are relevant to the proceeding before the Court. The second paragraph merely sets out the method for calculating the amount owed by the employer. The section reads as follows:

316. The Commission may demand payment of the assessment due by a contractor from the employer who retains his services.

matière de faillite et d'insolvabilité. Conformément à cette compétence, le Parlement prescrit un plan de répartition des biens en cas de faillite (art. 136 à 147 LFI).

Notre Cour s'est prononcée à maintes reprises sur des cas de conflits entre l'ordre prescrit par la LFI et celui prévu par diverses lois provinciales : voir notamment *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, et *Husky Oil*. De ces arrêts, il ressort que les provinces peuvent adopter des dispositions législatives qui, quoique valides dans le contexte du droit provincial, sont inapplicables en matière de faillite si elles entrent en conflit avec la LFI. Il est établi que la LFI prévaut, peu importe l'intention des provinces. Compte tenu de ces règles, il importe de cerner l'effet des art. 316 LATMP et 54 LRTIC. Comme les deux mécanismes diffèrent, je les examinerai séparément.

J'analyserai d'abord le mécanisme de l'art. 316 LATMP qui est fondé sur la subrogation légale et la compensation. Ces notions seront étudiées en tout premier lieu. Ensuite j'examinerai l'interaction entre le droit de retenue de l'art. 316 LATMP et le plan de répartition de la LFI et je distinguerai le présent cas de *Husky Oil*. Je considérerai aussi l'application de la compensation en equity en l'espèce. Finalement, je me pencherai sur le mécanisme de l'art. 54 LRTIC qui incorpore la solidarité.

2.1 *Le mécanisme de l'art. 316 LATMP*

Seuls les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP sont pertinents au débat qui nous occupe. Le deuxième alinéa ne fait qu'établir le mode de calcul du montant dû par l'employeur. L'article se lit :

316. La Commission peut exiger de l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur le paiement de la cotisation due par cet entrepreneur.

12

13

14

In the case of the first paragraph, the Commission may establish the amount of the assessment according to the proportion of the price agreed upon for the work corresponding to the cost of labour, rather than the wages indicated in the statement made according to section 292.

The employer who has paid the amount of the assessment is entitled to be reimbursed by the contractor concerned and the employer may retain the amount due out of the sums that he owes the contractor.

15 The first paragraph of s. 316 AIAOD gives the CSST a recourse against an employer for an assessment due from a contractor whose services the employer has retained. The condition that must be met for the CSST to exercise this right is that the assessment be due from the contractor. For an assessment to be due, the CSST must establish the assessment (s. 306 AIAOD) and send the notice (s. 315 AIAOD). Under the AIAOD, the employer is the warrantor of the assessment due from the contractor to the CSST.

16 The parties disagree as to the real scope of the first paragraph. The trustee submits that the third paragraph adds nothing to the rights arising out of the employer's payment of the contractor's debt in accordance with the first paragraph of s. 316 AIAOD. The appellants contend that the two paragraphs have different functions: the first deals with the right to collect and could survive even if the third paragraph, which grants a right to be reimbursed and to retain, were to be found inapplicable. Does this last right arise automatically out of the payment of the assessment, as the trustee claims? To answer this question, it will be necessary to review the scope of the first paragraph of s. 316 AIAOD. After doing this, I will consider whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA and will conclude by explaining the differences between the provisions at issue in *Husky Oil* and s. 316 AIAOD, and the reasons why equitable set-off does not apply in Quebec.

2.1.1 Scope of the First Paragraph of Section 316 AIAOD

17 While the purpose of the first paragraph of s. 316 AIAOD is to give the CSST a recourse

Dans ce cas, la Commission peut établir le montant de cette cotisation d'après la proportion du prix convenu pour les travaux qui correspond au coût de la main-d'œuvre, plutôt que d'après les salaires indiqués dans la déclaration faite suivant l'article 292.

L'employeur qui a payé le montant de cette cotisation a droit d'être remboursé par l'entrepreneur concerné et il peut retenir le montant dû sur les sommes qu'il lui doit.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP accorde à la CSST un recours contre un employeur pour la cotisation due par un entrepreneur dont il retient les services. La condition d'exercice du droit de la CSST est que la cotisation soit due par l'entrepreneur. Pour que la cotisation soit due, il faut qu'elle ait été établie par la CSST (art. 306 LATMP) et que l'avis ait été transmis par la CSST (art. 315 LATMP). La LATMP rend l'employeur garant de la cotisation due par l'entrepreneur à la CSST.

Les parties divergent d'opinion quant à la portée réelle du premier alinéa. Le syndic soutient que le troisième alinéa n'ajoute rien aux droits qui découlent du paiement par l'employeur de la dette de l'entrepreneur aux termes du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. Les appelants, quant à eux, soutiennent que les deux alinéas ont des fonctions différentes : le premier traite du droit de perception et peut subsister indépendamment d'une déclaration d'inapplicabilité du troisième qui, pour sa part, confère le droit de remboursement et de retenue. Ce dernier droit découle-t-il automatiquement du paiement comme le prétend le syndic? Pour répondre à cette question, il faut étudier la portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. J'examinerai par la suite si le droit de retenue viole le plan de répartition de la LFI pour enfin expliquer en quoi les dispositions étudiées dans *Husky Oil* diffèrent de l'art. 316 LATMP et pourquoi la compensation en equity ne s'applique pas au Québec.

2.1.1 Portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP

Si l'objet du premier alinéa de l'art. 316 LATMP est de conférer à la CSST un recours contre

against employers, the consequences of exercising this recourse cannot be disregarded. The employer's payment has consequences not only for the CSST, but also for the employer and the contractor. As a result of art. 1671 C.C.Q., paying the assessment has the effect of extinguishing the contractor's obligation to the CSST. Subrogation to the rights of the paid creditor is incidental to the payment and accordingly extinguishes the subrogating creditor's rights as regards the debtor. Under the general rules of civil law, those rights are then transferred to the person who made the payment. Article 1651 C.C.Q. reads as follows:

1651. A person who pays in the place of a debtor may be subrogated to the rights of the creditor.

He does not have more rights than the subrogating creditor.

The first paragraph of s. 316 AIAOD appears to make the application of subrogation possible, since the employer is obliged to pay when the assessment is due from the contractor. In this context, the employer is required to pay in the place of the original debtor and should be able to be subrogated to the rights of the creditor.

The C.C.Q. provides for two types of subrogation: conventional subrogation and legal subrogation (art. 1652 C.C.Q.). The case at bar does not involve conventional subrogation. The only possibility is legal subrogation. Article 1656 C.C.Q. provides that subrogation takes place by operation of law in the following five situations:

1656. Subrogation takes place by operation of law

(1) in favour of a creditor who pays another creditor whose claim is preferred to his because of a prior claim or a hypothec;

(2) in favour of the acquirer of a property who pays a creditor whose claim is secured by a hypothec on the property;

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

l'employeur, les conséquences découlant de l'exercice du recours ne peuvent pas être ignorées. Le paiement fait par l'employeur emporte des conséquences non seulement pour la CSST, mais aussi pour l'employeur et l'entrepreneur. En effet, le paiement, selon l'art. 1671 C.c.Q., a pour effet d'éteindre l'obligation de l'entrepreneur à l'égard de la CSST. La subrogation aux droits du créancier payé est un accessoire du paiement et éteint donc les droits du subrogeant à l'égard du débiteur. En vertu des règles générales du droit civil, ces droits sont désormais transférés à celui qui a fait le paiement. Ainsi, l'art. 1651 C.c.Q. prévoit :

1651. La personne qui paie à la place du débiteur peut être subrogée dans les droits du créancier.

Elle n'a pas plus de droits que le subrogeant.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP semble permettre une application de la subrogation puisque l'employeur est obligé au paiement lorsque la cotisation est due par l'entrepreneur. Dans ce contexte, l'employeur est appelé à payer à la place du débiteur originel et devrait pouvoir être subrogé dans les droits du créancier.

Le C.c.Q. prévoit deux sources de subrogation : la subrogation conventionnelle et la subrogation légale (art. 1652 C.c.Q.). En l'espèce, il n'est pas question de subrogation conventionnelle. Il ne peut s'agir que de subrogation légale. L'article 1656 C.c.Q. prévoit que la subrogation s'opère par le seul effet de la loi dans les cinq circonstances suivantes :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

¹⁰ Au profit d'un créancier qui paie un autre créancier qui lui est préférable en raison d'une créance prioritaire ou d'une hypothèque;

²⁰ Au profit de l'acquéreur d'un bien qui paie un créancier dont la créance est garantie par une hypothèque sur ce bien;

³⁰ Au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

18

19

(4) in favour of an heir who pays with his own funds a debt of the succession for which he was not bound;

(5) in any other case provided by law.

20

The legislature has explicitly spelled out the right to subrogation in a number of statutes, sometimes departing from the conditions set out in the Civil Code, sometimes not: see, *inter alia*, the *Act to promote good citizenship*, R.S.Q., c. C-20, s. 11; the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1); the *Act respecting financial assistance for education expenses*, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29; the *Building Act*, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2. Because the express right to subrogation is not dealt with consistently, I conclude that the failure to mention subrogation explicitly in the first paragraph of s. 316 AIAOD does not mean that legal subrogation is unavailable under it. Of the five cases mentioned in art. 1656 C.C.Q., the third might apply.

21

While acknowledging the general scope of para. (3) of art. 1656 C.C.Q., Quebec commentators link this paragraph in particular to solidary or *in solidum* debts and to debts secured by suretyship: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), Nos. 916 to 918; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 603, No. 336. In the case at bar, solidarity is not mentioned in s. 316 AIAOD and cannot be presumed (art. 1525 C.C.Q.). Nor can the employer's obligation be characterized as being *in solidum* with the contractor, since the instant case does not involve two concurrent debts having the same object: *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87, at para. 27. The contractor must first be obliged to pay. It might be thought that this is a legal suretyship under art. 2334 C.C.Q., but the suretyship referred to in that article is one that a debtor must furnish when obliged to do so by the legislature: *Traité de droit civil du Québec*, vol. 13, by H. Roch and R. Paré, 1952, at p. 594; *Droit civil québécois* (loose-leaf), vol. 6, by D.-C. Lamontagne et al., § 2334 500, at p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), at p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 21. In the case of s. 316 AIAOD, the obligation is imposed directly

4° Au profit de l'héritier qui paie de ses propres deniers une dette de la succession à laquelle il n'était pas tenu;

5° Dans les autres cas établis par la loi.

Le législateur énonce expressément le droit à la subrogation dans nombre de lois, dérogeant ou se tenant parfois aux conditions prévues par le Code civil : voir, notamment, la *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., ch. C-20, art. 11; la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1); la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29; la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2. Parce que le recours exprès à la subrogation n'est pas traité de façon uniforme, je conclus que, même si elle n'est pas explicitement mentionnée au premier alinéa de l'art. 316 LATMP, il ne s'ensuit pas que la subrogation légale en soit exclue. Des cinq cas mentionnés à l'art. 1656 C.c.Q., le troisième peut potentiellement trouver application.

Tout en reconnaissant la portée générale du par. 3° de l'art. 1656 C.c.Q., les auteurs québécois le relie surtout aux dettes solidaires ou *in solidum* et aux dettes cautionnées : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), n^{os} 916 à 918; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 603, n^o 336. En l'espèce, la solidarité n'est pas énoncée à l'art. 316 LATMP et elle ne peut être présumée (art. 1525 C.c.Q.). L'obligation de l'employeur ne pourrait non plus être caractérisée comme *in solidum* avec l'entrepreneur, car on ne retrouve pas ici de coexistence de deux dettes portant sur un même objet : *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87, par. 27. En effet, l'entrepreneur doit d'abord être tenu de payer. On pourrait, par ailleurs, croire qu'il s'agit du cautionnement légal prévu par l'art. 2334 C.c.Q., mais le cautionnement dont il est question à cet article est celui que doit fournir un débiteur lorsque le législateur le lui impose : *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, par H. Roch et R. Paré, 1952, p. 594; *Droit civil québécois* (feuilles mobiles), vol. 6, par D.-C. Lamontagne et autres, § 2334 500, p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 21. Dans le cas de l'art. 316 LATMP, l'obligation est

on the warrantor, not on the debtor. This cannot be a true case of suretyship, since a warrantor under the AIAOD has no choice in taking on the obligation, whereas consent is an essential aspect of suretyship, which is by definition a contract (art. 2333 C.C.Q.). The Superior Court judge's statement of the law to the effect that s. 316 AIAOD establishes a legal suretyship is therefore wrong.

To conclude that the employer's payment to the CSST confers the benefit of legal subrogation, it would be necessary to rely on the generality of the words "bound . . . for others" used in para. (3) of art. 1656 C.C.Q. In *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL), the Quebec Court of Appeal, citing a passage from the work of Baudouin and Jobin, raised the possibility of giving para. (3) of art. 1656 C.C.Q. a broad scope (see also M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), No. 1235). The historical evolution of this provision persuades me that such an interpretation is justified.

The wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. is derived from art. 1156 of the *Civil Code of Lower Canada*, which was itself based on art. 1251 of the *Code Napoléon*. The *Code Napoléon* restated a principle of old French law to the effect that marine underwriters were subrogated to the rights of the insured: J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), at p. 277, No. 240. It was only after a century of equivocation that French courts finally conceded that subrogation could operate in cases in which the person making the payment was bound to make payment owing to a distinct source of obligation. It was in the context of the law of damage insurance that the French case law evolved. At first, in an 1829 decision, the Cour de cassation refused to recognize an insurer's right to legal subrogation: Civ., March 2, 1829, D.1829.I.163 (*Assurances v. Lanquetin*).

Despite ruling out legal subrogation, the French courts did, however, allow insurers of damage to sue persons who caused damage, on the basis that they had committed a delictual fault causing damage to the insurer. The Cour de cassation came full circle nearly a hundred years later, noting that

imposée au garant lui-même et non au débiteur. Il ne peut s'agir d'un véritable cas de cautionnement puisque le garant de la LATMP n'a pas le choix de s'obliger alors que le consentement est essentiel au cautionnement qui est, par définition, un contrat (art. 2333 C.c.Q.). L'énoncé de droit du juge de la Cour supérieure suivant lequel l'art. 316 LATMP établit une caution légale est donc incorrect.

Pour conclure que le paiement de l'employeur à la CSST confère le bénéfice de la subrogation légale, il faut se fonder sur la généralité des termes « tenu[s] [. . .] pour d'autres » utilisés au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Se reportant à un extrait de l'ouvrage de Baudouin et Jobin, la Cour d'appel du Québec, dans *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n^o 3372 (QL), a évoqué la possibilité de donner une portée large au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. (voir aussi M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), n^o 1235). L'évolution historique de cette disposition me convainc qu'une telle interprétation est justifiée.

Le texte du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. trouve son origine dans l'art. 1156 du *Code civil du Bas Canada* qui lui-même était inspiré de l'art. 1251 du *Code Napoléon*. Or, ce dernier code reprend une règle de l'Ancien Droit français qui admettait que l'assureur maritime était subrogé aux droits de l'assuré : J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), p. 277, n^o 240. En fait, c'est après un siècle de tergiversations que les tribunaux français admirent finalement que la subrogation pouvait jouer dans des cas où la personne qui payait était tenue au paiement en raison d'une source obligationnelle distincte. L'évolution de la jurisprudence française s'est faite dans le contexte du droit de l'assurance de dommages. La Cour de cassation avait d'abord refusé à l'assureur le droit à la subrogation légale par un arrêt de 1829 : Civ., 2 mars 1829, D.1829. I.163 (*Assurances c. Lanquetin*).

Malgré l'exclusion de la subrogation légale, les tribunaux français autorisèrent cependant l'assureur de dommages à poursuivre l'auteur du sinistre en invoquant qu'il avait commis une faute délictuelle causant des dommages à l'assureur. La Cour de cassation boucla la boucle près de cent ans plus

22

23

24

subrogation in favour of insurers was accepted in maritime law: Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). This evolution caused one French commentator to remark that the French courts had in so doing [TRANSLATION] “embarked on a creative tack, not hesitating to gradually break away from an overly ossified analysis of the Civil Code”: Mestre, at p. 280, No. 245.

25 In Quebec insurance law, the issue remained contentious until the 1974 reform, which explicitly granted the right to subrogation (*Act respecting insurance*, S.Q. 1974, c. 70 (which came into force on October 20, 1976), incorporated into the *Civil Code of Lower Canada*, art. 2576, now art. 2474 C.C.Q.): D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3rd ed. 1999), at p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187, at p. 191; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra*: J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), vol. 1, at p. 423; C.-A. Bertrand, “Effets des subrogations et des transports aux assureurs” (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (Sup. Ct.); *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840.

26 It must be recognized that the wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. does not limit the paragraph's scope to obligations arising out of solidary or *in solidum* debts or debts secured by suretyship. To exclude statute-based obligations from its ambit is justified neither by the wording of the C.C.Q. nor by the historical evolution of the scope of the analogous provision in French law. Consequently, employers who pay a contractor's debt under s. 316 AIAOD may be subrogated to the rights of the CSST. As a result of subrogation, the CSST's right against the contractor is transferred to the employer. On making the payment, the employer takes the place of the CSST: *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL) (C.A.). The employer acquires the claim from the time of payment, up to the amount paid: Pineau, Burman and Gaudet, at p. 604, No. 337, and at p. 606, No. 338.

tard et rappela qu'en droit maritime, la subrogation en faveur de l'assureur était reconnue : Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). Cette évolution a fait dire à un auteur français que la jurisprudence française s'était ainsi « engagée dans une voie créatrice, n'hésitant pas à se détacher progressivement d'une exégèse par trop sclérosante du Code civil » : Mestre, p. 280, n° 245.

Au Québec, en droit des assurances, la question est demeurée controversée jusqu'à la réforme de 1974 qui a conféré explicitement le droit à la subrogation (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70 (entrée en vigueur le 20 octobre 1976), intégré au *Code civil du Bas Canada*, art. 2576, maintenant l'art. 2474 C.c.Q.) : D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3^e éd. 1999), p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187, p. 191; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra* : J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), t. 1, p. 423; C.-A. Bertrand, « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (C.S.); *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840.

Force est de reconnaître que la formulation du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. n'est pas limitée aux cas où l'obligation découle d'une dette solidaire, *in solidum* ou cautionnée. Exclure de sa portée les cas où l'obligation découle d'une loi n'est justifié ni par le texte du C.c.Q. ni par l'évolution historique de la portée de la disposition similaire en France. En conséquence, l'employeur qui paie la dette de l'entrepreneur aux termes de l'art. 316 LATMP peut être subrogé dans les droits de la CSST. La subrogation transfère à l'employeur le droit que la CSST avait contre l'entrepreneur. Par suite du paiement, l'employeur remplace la CSST : *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] A.Q. n° 2190 (QL) (C.A.); il acquiert la créance en date du paiement et ce, jusqu'à concurrence du montant payé : Pineau, Burman et Gaudet, p. 604, n° 337, et p. 606, n° 338. L'employeur peut donc réclamer à

Thus, the employer may demand that the contractor pay the amount of the assessment paid to the CSST.

But if the payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor, what does the third paragraph of the same section add? It enunciates the right to be reimbursed and to retain. The right to be reimbursed is nothing more than the right to demand payment. Thus, the right to reimbursement does not add to the claim accruing to the employer by reason of legal subrogation. What about the right to retain? It requires a more nuanced analysis.

The Quebec legislature has used the right to retain in ways that are disparate. In some situations, it may be a right granted to a body to set off an amount owing to a person against an amount owed by that person without actually mentioning the right to compensation: *Crop Insurance Act*, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1. In other cases, the provision establishing the right to retain clearly states that the right is based on compensation: *Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69. At times, the right to retain is a means of collecting an assessment out of the wages owed to an employee: s. 82(c)(4) ALRCI. In still other cases, a body is authorized to retain an amount until an obligation to do something has been performed: *Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons*, R.S.Q., c. I-14, s. 13. Context is therefore essential to determining the legal nature of the right to retain granted by a given statutory provision in Quebec.

The right described in the third paragraph of s. 316 AIAOD is not a general right allowing an employer to refuse to pay a debt or retain an amount until a condition imposed on another person is met. The paragraph specifies that the right held by the employer is to retain “out of the sums that he owes the contractor” an amount equal to the amount paid

l’entrepreneur le montant de la cotisation qu’il a payée à la CSST.

Or, si le paiement fait en exécution de l’obligation imposée par le premier alinéa de l’art. 316 LATMP permet à l’employeur d’être substitué à la CSST pour réclamer à l’entrepreneur le montant de la cotisation, qu’apporte de plus le troisième alinéa de ce même article? Cet alinéa énonce le droit au remboursement et à la retenue. Le droit d’être remboursé n’est autre chose que le droit de réclamer le paiement. Le droit au remboursement n’ajoute donc pas au droit de créance échéant à l’employeur en raison de la subrogation légale. Qu’en est-il du droit de retenue? Une analyse plus nuancée est requise.

Le législateur québécois fait un usage hétéroclite du droit de retenue. Selon le contexte, il peut s’agir du droit pour un organisme de compenser un montant dû à une personne avec un montant dû par cette personne sans que le droit à la compensation ne soit mentionné explicitement : *Loi sur l’assurance-récolte*, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1; dans d’autres cas, le droit de retenue est formulé comme s’appuyant de façon expresse sur la compensation : *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69; en d’autres occasions, le droit de retenue est un moyen de prélever une cotisation sur le salaire dû à un employé : LRTIC, art. 82c(4); parfois encore, un organisme est autorisé à retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une obligation de faire : *Loi sur l’instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., ch. I-14, art. 13. Le contexte est donc essentiel pour pouvoir qualifier la nature juridique du droit de retenue conféré par une disposition législative québécoise.

Le droit décrit au troisième alinéa de l’art. 316 LATMP n’est pas un droit général permettant à un employeur de refuser d’acquitter une dette ou de retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une condition imposée à une autre personne. Le texte précise qu’il s’agit du droit de l’employeur de retenir « sur les sommes qu’il [doit à

27

28

29

by the employer to the CSST. This right presupposes a mutual creditor-debtor relationship between the employer and the contractor. It also presupposes pecuniary obligations on the parts of both the employer and the contractor. When exercising the right to retain, the employer indicates that the debt owed to him or her by the contractor is being deducted from the amount the employer owes the contractor. In this way, the employer pays him or herself with the sums he or she owes. The two debts are discharged. The right to retain therefore corresponds to the right to compensation provided for in art. 1672 C.C.Q.:

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

30 The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 AIAOD is thus merely a reiteration of the right to compensation arising out of the fact that the employer and the contractor have become both creditor and debtor to one another as a result of the subrogatory payment to the CSST.

31 This analysis leads necessarily to the conclusion, which means the trustee was correct on this point, that dividing up s. 316 AIAOD and retaining only the first paragraph is not a basis for distinguishing the Quebec scheme from Saskatchewan's scheme. If *Husky Oil* is to be distinguished in this case, it is not because the rights resulting from the first and third paragraphs are distinct from and independent of one another, as the appellants contend. What the third paragraph does is to eliminate any doubt as to the employer's right to be reimbursed for the amount paid on the contractor's behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer.

32 Having completed this part of the analysis, I must now determine whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA.

l'entrepreneur] », un montant égal au montant qu'il a payé à la CSST. Ce droit présuppose une réciprocité de relation créancier-débiteur entre l'employeur et l'entrepreneur. Il s'agit aussi d'obligations pécuniaires tant pour l'employeur que pour l'entrepreneur. En exerçant son droit de retenue, l'employeur manifeste qu'il déduit du montant qu'il doit à l'entrepreneur le montant de la dette de l'entrepreneur à son endroit. Il se paie ainsi lui-même avec les sommes qu'il doit. Les deux dettes se trouvent payées. Le droit de retenue correspond au droit d'invoquer la compensation prévue à l'art. 1672 C.c.Q. :

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir.

Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est donc que la réitération du droit à la compensation qui découle de la réciprocité des qualités de débiteur et de créancier de l'employeur et de l'entrepreneur par suite du paiement subrogatoire fait à la CSST.

Selon cette analyse, il faut conclure, donnant ainsi raison au syndic sur ce point, que la scission de l'art. 316 LATMP pour ne retenir que le premier alinéa ne permet pas de distinguer le régime québécois du régime de la Saskatchewan. Si *Husky Oil* doit être écarté, ce n'est pas parce que les droits résultant des premier et troisième alinéas sont distincts et indépendants l'un de l'autre comme le prétendent les appelants. Le troisième alinéa est cependant utile pour écarter tout doute sur le droit de l'employeur de se faire rembourser le montant payé pour l'entrepreneur et, s'il y a lieu, d'opérer compensation entre le montant qu'il doit à l'entrepreneur et celui que l'entrepreneur lui doit.

Ces éléments de l'analyse étant acquis, il y a lieu de vérifier si le droit de retenue viole le plan de distribution de la LFI.

2.1.2 Does the Right to Retain Subvert the Scheme of Distribution Under the BIA?

The trustee submits that the right to retain effectively guarantees the payment of amounts owed and in so doing subverts the scheme of distribution under the BIA. The syllogism put forward by the trustee is misleading. The scheme of distribution does not operate in a vacuum. If the BIA recognizes the right of creditors or debtors to avail themselves of mechanisms other than the one provided for in s. 136 BIA, which sets out the scheme of distribution, a provincial statute implementing such an alternative mechanism cannot be found to be inapplicable, because it would be perfectly compatible with the BIA. In discussing the scope of the first paragraph, we concluded that the right to retain is in fact a right to compensation. Since the BIA expressly recognizes certain cases of compensation, the real issue is whether the compensation mechanism authorized by the C.C.Q. and sanctioned by s. 316 AIAOD confers rights going beyond the framework of s. 97(3) BIA, which reads as follows:

97. . . .

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

The BIA thus incorporates, although without defining it, a compensation mechanism. To delimit this mechanism, it is necessary to refer not only to the BIA itself, but also to provincial law. Since the enactment of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, it has been clear that in the province of Quebec, the civil law of Quebec is the suppletive law in bankruptcy matters. This means that in respect of aspects not governed by the BIA, the civil law rules of compensation apply. What are those rules?

Article 1672 C.C.Q. has already been quoted. Mutual debts are extinguished up to the amount of

2.1.2 Le droit de retenue viole-t-il le plan de répartition de la LFI?

Le syndic prétend que le droit de retenue a pour effet de garantir le paiement des montants dus et que, ce faisant, la disposition viole le plan de répartition de la LFI. Le syllogisme avancé par le syndic est trompeur. Le plan de répartition n'opère pas en vase clos. Si la LFI reconnaît le droit d'un créancier ou d'un débiteur de se prévaloir d'un mécanisme autre que celui de l'art. 136 LFI qui prévoit le plan de répartition, la loi provinciale qui met en œuvre un tel mécanisme différent ne peut être déclarée inapplicable, parce qu'elle serait alors tout à fait compatible avec la LFI. Dans l'examen de la portée du premier alinéa, nous avons conclu que le droit de retenue est en fait un droit de compensation. Comme la LFI reconnaît expressément certains cas de compensation, la véritable question est de savoir si la compensation autorisée par le C.c.Q. et consacrée par l'art. 316 LATMP accorde des droits qui excèdent le cadre du par. 97(3) LFI qui se lit :

97. . . .

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

La LFI intègre donc, mais sans le définir, un mécanisme de compensation. Pour le circonscrire, il faut faire appel non seulement au texte de la LFI mais aussi au droit provincial. Depuis la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, il est clair que le droit civil québécois agit, dans la province de Québec, comme droit supplétif en matière de faillite. Ceci signifie qu'à l'égard des aspects qui ne sont pas régis par la LFI, les règles de la compensation du droit civil s'appliquent. Quelles sont ces règles?

L'article 1672 C.c.Q. a déjà été cité. Les dettes réciproques sont éteintes jusqu'à concurrence de

33

34

35

the lesser debt. Article 1673 C.C.Q. adds that when debts are certain, liquid and exigible, their mutual extinction takes place by operation of law. The article reads as follows:

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A party may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

36

There is another rule that is essential to understanding compensation in the context of insolvency. A debt owed to a party is an asset that is part of his or her patrimony. Since compensation has the effect of extinguishing mutual debts, the creditors of one or the other of the mutually indebted parties may be affected by the reduction or liquidation of the asset. Under Quebec civil law, compensation cannot be effected to the prejudice of a third person. Article 1681 C.C.Q. reads as follows:

1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.

If third persons have acquired rights before the right to compensation arises, art. 1681 C.C.Q. prohibits the application of compensation. The debt cannot be extinguished by compensation to the prejudice of the acquired rights of a third person. Without this rule, the asset would be reserved for one creditor — in this case, the employer — to the detriment of the principle of the equality of creditors (art. 2644 C.C.Q.), as in the case of a security: A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), at p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), at p. 8, No. 4. In civil law, therefore, it may or may not be possible to exercise the right to retain, depending on whether or not the rights of third persons are affected. How does this apply in bankruptcy?

37

In the context of bankruptcy, trustees have a dual function: they represent both the bankrupt and the creditors. This dual role was considered recently in *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004

la moindre. L'article 1673 C.c.Q. énonce aussi que lorsque les dettes sont certaines, liquides et exigibles, l'extinction mutuelle a lieu de plein droit. Cet article se lit :

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fungibles de même espèce.

Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.

Une autre règle est aussi essentielle à l'étude de la compensation dans un contexte d'insolvabilité. La créance due à une partie est un actif qui fait partie de son patrimoine. Comme la compensation a pour effet d'éteindre les dettes réciproques, les créanciers de l'une ou l'autre des parties mutuellement endettées peuvent être affectés par la réduction ou l'extinction des créances. Selon le droit civil québécois, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers. L'article 1681 C.c.Q. prévoit :

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.

Si des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, l'art. 1681 C.c.Q. en prohibe la mise en action. La créance ne peut être éteinte par la compensation au préjudice des droits acquis à des tiers. Sans cette règle, la créance serait réservée à un créancier, ici l'employeur, au détriment de la règle de l'égalité entre les créanciers (art. 2644 C.c.Q.), comme dans le cas d'une garantie : A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), p. 8, n^o 4. En vertu du droit civil, le droit de retenue pourra donc ou non être mis en opération selon que les droits des tiers sont ou non affectés. Qu'en est-il en matière de faillite?

Dans un contexte de faillite, le syndic a une double fonction : il représente tantôt le failli, tantôt les créanciers. Ce double rôle du syndic a été étudié récemment dans *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3

SCC 63. Some duties are consistent with a specific characterization of the trustee as the bankrupt's representative, so the trustee cannot be considered a third person in performing them. In most situations, however, as de Grandpré J. remarked in *Mercurie v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547, at p. 555, the trustee's dual function must be borne in mind in assessing the rights and obligations of the trustee and the creditors.

At the time of bankruptcy, the contractor's claim against the employer constitutes property that is part of the patrimony that is divisible among the creditors within the meaning of s. 67 BIA:

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

. . . .

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

Section 71(2) BIA adds that the property vested in the trustee can no longer be alienated by the bankrupt from the date of bankruptcy:

71. . . .

(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

For the purposes of ss. 67(1) and 71(2) BIA, the trustee is consequently not only the bankrupt's successor, but also the representative of the creditors, on behalf of whom the trustee manages and

R.C.S. 326, 2004 CSC 63. Certaines fonctions se prêtent à une qualification spécifique à titre de représentant du failli et alors il ne sera pas considéré comme un tiers. Dans la majorité des situations, cependant, tel que le mentionnait le juge de Grandpré dans *Mercurie c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547, p. 555, c'est en gardant à l'esprit sa double fonction que les droits et obligations du syndic et des créanciers sont appréciés.

Lors de la faillite, la créance de l'entrepreneur contre l'employeur constitue un bien qui fait partie du patrimoine attribué aux créanciers aux termes de l'art. 67 LFI :

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

. . . .

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

De plus, conformément au par. 71(2) LFI, les biens dévolus au syndic ne peuvent plus être aliénés par le failli à compter de la faillite :

71. . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.

Pour l'application des par. 67(1) et 71(2) LFI, le syndic n'est en conséquence pas seulement le successeur du failli, il est aussi le représentant des créanciers au nom de qui il gère et liquide les biens

liquidates the property vested in him or her. In this context, therefore, the trustee can be characterized primarily as a third person in relation to the bankrupt. If only these sections were taken into consideration, compensation could not be effected after bankruptcy, because bankrupts would no longer be in a position to use their property to pay their debts. Bankrupts would not be able to make payments or discharge debtors because they would no longer have the capacity to do so. They would therefore be unable to effect compensation, which is a mechanism for extinguishing debts, because they would no longer be the holders of their patrimonies. However, s. 97(3) BIA sets up a special scheme. Two aspects of this provision are relevant to our analysis of the right to retain under s. 316 AIAOD.

40 First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt's estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.

41 Second, s. 97(3) BIA provides that compensation is effected in the same manner as if the bankrupt were a plaintiff or a defendant. Compensation is effected as if the bankrupt's patrimony had not vested in the trustee as a result of the bankruptcy. According to this provision, the mechanism established by s. 71(2) BIA does not apply in cases involving compensation. This rule sets aside the trustee's status as representative of the creditors. The argument that the trustee is a third person and that the bankrupt may no longer make payments as a result of the bankruptcy cannot be used to prevent a creditor who wishes to effect compensation from doing so.

qui lui sont dévolus. La qualification de tiers par rapport au failli prédomine alors. Si seuls ces articles étaient pris en considération, la compensation ne pourrait pas opérer après la faillite parce que le failli n'est plus en mesure d'utiliser ses biens pour acquitter ses dettes. Le failli ne pourrait pas faire de paiement ni consentir une quittance parce qu'il n'y serait plus habilité. Il ne pourrait donc pas invoquer la compensation qui est un mécanisme d'extinction de dette car il n'est plus titulaire de son patrimoine. Le paragraphe 97(3) LFI aménage cependant un régime particulier. Deux aspects de cette disposition sont pertinents pour notre analyse du droit de retenue de l'art. 316 LATMP.

Premièrement, le par. 97(3) LFI précise que la compensation s'applique aux réclamations contre l'actif du failli. Le créancier doit donc remplir les conditions du par. 121(1) LFI dont la partie pertinente se lit :

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

Deuxièmement, le par. 97(3) LFI énonce que la compensation a lieu de la même manière que si le failli était le demandeur ou défendeur. La compensation a lieu comme si le patrimoine du failli n'avait pas, par la faillite, été dévolu au syndic. Cette disposition écarte, pour les besoins de la compensation, le mécanisme énoncé au par. 71(2) LFI. Cette règle met de côté la fonction du syndic comme représentant des créanciers. Le créancier qui veut invoquer compensation ne peut se faire opposer que le syndic est un tiers et que le failli n'est plus autorisé à faire un paiement en raison de sa faillite.

Bearing in mind these particular features of s. 97(3) BIA and the civil law rules that supplement them, three possible scenarios can be envisaged in the context of s. 316 AIAOD. In the first, the payment is made to the CSST before the bankruptcy, and the mutual debts are certain, liquid and exigible before the bankruptcy. In the second hypothetical situation, the payment is made before the bankruptcy, the employer is in debt to the contractor, but one of the conditions for legal compensation is not met. In the third scenario, the payment is made after the bankruptcy.

2.1.2.1 *Payment Is Made Before the Bankruptcy, and the Mutual Debts Are Certain, Liquid and Exigible Before the Bankruptcy*

From the moment when the employer pays the CSST, the employer's claim becomes certain, liquid and exigible. As a result of subrogation, the CSST's claim is transferred to the employer. Since the employer's right against the contractor arises out of the payment to the CSST, the existence of the employer's claim is from that moment recognized, or certain. Furthermore, since the CSST's assessment is for a specific amount, the claim is liquid. The claim is also exigible, since the CSST was entitled to demand payment from the employer. If the employer is also in debt to the contractor, and if that debt is liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law in accordance with art. 1673 C.C.Q., which is reproduced above, and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt.

In this context, by the operation of the rules of the C.C.Q., the employer asserts not a right to retain, but the extinction of his or her debt to the contractor. The employer may avail him or herself of this mechanism at any time. He or she relies on the fact that the extinction of the debt occurred at the moment the mutual debts met the conditions for legal compensation. Since the trustee takes possession of the bankrupt's property as it exists at the time of vesting (s. 71(2) BIA), the trustee will find that the bankrupt's patrimony includes no claim against the employer.

Ayant à l'esprit ces particularités du par. 97(3) LFI et les règles civilistes agissant à titre supplétif, trois situations peuvent être envisagées dans le contexte de l'art. 316 LATMP. Selon un premier scénario, le paiement à la CSST est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite; selon une deuxième hypothèse, le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur, mais l'une des conditions de la compensation légale fait défaut et enfin, troisièmement, le paiement est fait après la faillite.

2.1.2.1 *Le paiement est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite*

Dès le moment où l'employeur paie la CSST, sa créance devient certaine, liquide et exigible. En effet, par l'effet de la subrogation, la créance de la CSST est transférée à l'employeur. Comme le droit de l'employeur contre l'entrepreneur prend naissance lors du paiement à la CSST, la créance de l'employeur a, dès ce moment, une existence reconnue, c'est-à-dire certaine. De plus, puisque le montant de la cotisation à la CSST est déterminé, la créance est liquide. Elle est aussi exigible car la CSST était en mesure d'en exiger le paiement de l'employeur. Si, par ailleurs, l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et que sa dette soit liquide et exigible, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes, le tout selon l'art. 1673 C.c.Q. cité ci-dessus.

Dans ce contexte, par l'opération des règles du C.c.Q., l'employeur n'invoque pas véritablement un droit de retenue, mais bien l'extinction de sa dette à l'égard de l'entrepreneur. L'employeur peut s'en prévaloir à tout moment. Il soulèvera l'extinction survenue au moment où les dettes réciproques ont rempli les conditions de la compensation légale. Comme le syndic prend possession des biens du failli dans l'état où ils se trouvent au moment de leur dévolution (par. 71(2) LFI), il ne pourra que constater que le patrimoine du failli ne compte pas de créance contre l'employeur.

42

43

44

45 Since in this scenario the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee.

2.1.2.2 *Payment Is Made Before the Bankruptcy, the Employer Is in Debt to the Contractor, but One of the Conditions for Legal Compensation Is Not Met*

46 In the second scenario, the employer pays the amount of the contractor's unpaid assessment to the CSST before the bankruptcy. The employer's claim, which results from subrogation, is thus certain, liquid and exigible at the time of the bankruptcy. If one of the conditions for legal compensation is not met, it is necessarily related to the contractor's claim against the employer.

47 There are a number of grounds that may be available to the employer to defend against a claim by the trustee. The employer could, for example, assert that the claim is not certain or is not exigible. In such a case, the employer would not be relying on the right to retain, but would be asserting that the claim does not exist or is not due. If the contractor's claim is certain and exigible but not liquid, the contractor may, if he or she is not bankrupt, apply to a court to liquidate the debt. In this case, the employer would be applying for judicial compensation pursuant to the second paragraph of art. 1673 C.C.Q.

48 In civil law, however, compensation may not be effected if the rights of third persons are affected (art. 1681 C.C.Q.). To allow compensation would be to permit a creditor to be paid in full for a claim out of his or her debt to the debtor. If third persons have acquired rights before compensation is effected, compensation is consequently not available.

49 In bankruptcy, the claim against the employer is an asset vested in the trustee within the meaning of s. 71(2) BIA. If this claim is not liquid, the trustee can have it appraised and, if there is a

Comme la faillite, selon cette hypothèse, n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic.

2.1.2.2 *Le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur mais l'une des conditions requises pour la compensation légale fait défaut*

Selon cette deuxième hypothèse, l'employeur paie à la CSST avant la faillite le montant de la cotisation impayée par l'entrepreneur. La créance de l'employeur qui résulte de la subrogation est donc certaine, liquide et exigible au moment de la faillite. Si l'une des conditions de la compensation légale fait défaut, il s'agit nécessairement d'une condition reliée à la créance de l'entrepreneur contre l'employeur.

Plusieurs moyens peuvent potentiellement être invoqués par l'employeur en défense à une réclamation du syndic. Il peut, par exemple, soulever que la créance n'est pas certaine ou qu'elle n'est pas exigible. Dans de tels cas, il invoque non pas son droit de retenue, mais l'inexistence de la créance ou son inexigibilité. Si la créance de l'entrepreneur est certaine et exigible, mais non liquide, l'entrepreneur peut, hors du contexte de la faillite, faire valoir son droit devant un tribunal qui a le pouvoir de liquider la dette. L'employeur invoque alors la compensation judiciaire suivant l'art. 1673, al. 2 C.c.Q.

En droit civil, la compensation ne peut cependant plus être opposée si les droits des tiers sont affectés (art. 1681 C.c.Q.). Permettre la compensation serait autoriser un créancier à être payé en entier pour sa créance à même la dette qu'il entretient envers le débiteur. Si des tiers ont acquis des droits avant l'opération de la compensation, elle est donc prohibée.

Dans le contexte de la faillite, la créance contre l'employeur est un actif dévolu au syndic aux termes du par. 71(2) LFI. Si cette créance n'est pas liquide, le syndic peut l'évaluer et, en cas de contestation,

dispute, institute legal proceedings (s. 30(1)(d) BIA). The employer may also rely on the special provision in s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The employer's right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which because of art. 1681 C.C.Q. is more restrictive. In these circumstances, the right to retain under s. 316 AIAOD is not incompatible with the BIA, as it is merely an application of the BIA's provisions.

Quebec courts have on many occasions recognized the possibility of setting up compensation in bankruptcy matters: *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. When the payment is made before the bankruptcy, the rights arising out of the subrogatory payment thus do not subvert the scheme of distribution under s. 136 BIA, because they can be implemented by means of a mechanism provided for in the BIA itself, in s. 97(3).

2.1.2.3 *The Employer's Payment Is Made After the Bankruptcy*

When the employer's payment is made after the bankruptcy, the question is whether the employer can exercise the right to retain or the right to compensation in the same manner as if the payment were made before the bankruptcy. In answering this question, it is helpful to refer to the legal relationship created by s. 316 AIAOD, which can be distinguished from the classic cases of conflicts between third persons and assignees. This is not a case, as provided for in art. 1680 C.C.Q., in which the debtor of an assigned claim seeks to set up against the creditor/assignee the same defence that would have been set up against the original creditor. Rather, this case concerns defences that the employer, the new creditor, wishes to set up against the contractor, the original debtor, at the time the contractor went bankrupt. The CSST owed the contractor nothing and could not therefore set up compensation. Following this line of reasoning,

demander au tribunal de trancher (al. 30(1)d) LFI). L'employeur peut aussi se prévaloir de la particularité du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation de l'employeur découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif en raison de l'art. 1681 C.c.Q. Le droit de retenue de l'art. 316 LATMP, dans ces circonstances, n'est pas incompatible avec les dispositions de la LFI puisqu'il n'en est qu'une application.

Les tribunaux québécois ont à maintes reprises reconnu la possibilité d'invoquer la compensation dans un contexte de faillite : *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. Lorsque le paiement est fait avant la faillite, les droits découlant du paiement subrogatoire ne contreviennent donc pas au plan de répartition de l'art. 136 LFI parce qu'ils peuvent être mis en œuvre grâce à un mécanisme prévu par la LFI elle-même, le par. 97(3).

2.1.2.3 *Le paiement de l'employeur est fait après la faillite*

Lorsque le paiement de l'employeur est fait après la faillite, la question qui se pose est de savoir si l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue ou de compensation de la même façon que si le paiement était fait avant la faillite. Pour répondre à cette question, il est utile de rappeler la relation juridique créée par l'art. 316 LATMP. Cette relation se distingue des cas classiques de conflits entre tiers et cessionnaires. Il ne s'agit pas d'un cas où le débiteur d'une créance cédée cherche à opposer au créancier cessionnaire les moyens qu'il aurait pu opposer au créancier originel comme le prévoit l'art. 1680 C.c.Q. Il s'agit plutôt ici des moyens que l'employeur, nouveau créancier, veut faire valoir à l'encontre de l'entrepreneur, débiteur originel, à un moment où l'entrepreneur a fait faillite. La CSST ne devait rien à l'entrepreneur. La CSST ne pouvait donc pas opposer compensation. Selon cette hypothèse, avant la faillite, l'employeur n'était pas

50

51

the employer was not a creditor of the contractor before the bankruptcy. The employer did not become a creditor until the subrogatory payment was made, that is, after the bankruptcy. The dual status of creditor and debtor did not arise until after the bankruptcy.

52 In the civil law of Quebec, a person who pays in the place of a debtor has no more rights than the subrogating creditor (art. 1651 C.C.Q.) on the one hand, while on the other hand, compensation cannot be effected to the prejudice of third persons (art. 1681 C.C.Q.). While it is difficult to liken the compensation mechanism to an additional right when considered from the standpoint of the debtor, the same cannot be said when the rights of third persons are taken into account. There is no question that third persons would be affected by compensation should it come into play. The effect of substituting creditors subsequent to the bankruptcy is such that the trustee must now deal with a creditor who is also a debtor of the bankruptcy, whereas the original creditor was not and would not therefore have been able to set up compensation. The employer's claim would, in a way, be secured by the amounts owed by the employer to the bankrupt, whereas the CSST's claim was not. In the civil law of Quebec, if third persons are affected, the employer cannot exercise the right to retain under s. 316 AIAOD, as this is prevented by arts. 1651 and 1681 C.C.Q.

53 It is nevertheless helpful to again consider whether the BIA includes provisions that have the effect of allowing employers to exercise their right to retain. We have already seen that s. 97(3) BIA has two features that are relevant here: (1) the claims must be provable by means of a proof of claim, in accordance with s. 121 BIA, and (2) compensation may be effected as if the bankrupt were the plaintiff.

54 As a result of subrogation, an employer who pays after a bankruptcy is subrogated to the rights of the CSST and may assert a claim against the bankrupt as if the bankrupt were the defendant. Pursuant to s. 121 BIA, the employer may assert a claim to which the bankrupt is subject by reason of an

créancier de l'entrepreneur. Il ne l'est devenu que lors du paiement subrogatoire, c'est-à-dire après la faillite. La double qualité de créancier et de débiteur n'est survenue qu'après la faillite.

Selon le droit civil québécois, d'une part, la personne qui paie à la place du débiteur n'a pas plus de droits que le subrogeant (art. 1651 C.c.Q.) et, d'autre part, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers (art. 1681 C.c.Q.). Si le mécanisme de la compensation peut difficilement être assimilé à un droit additionnel lorsque examiné dans la perspective du débiteur lui-même, il en est autrement lorsque les droits des tiers sont pris en compte. Les tiers seraient indéniablement affectés par la compensation si elle devait entrer en action. En effet, par l'effet de la substitution de créancier survenue après la faillite, le syndic doit maintenant faire face à un créancier qui est aussi débiteur de la faillite alors que le créancier originel ne l'était pas et n'aurait donc pas pu lui opposer compensation. La créance de l'employeur serait en quelque sorte garantie par les sommes qu'il doit au failli alors que la créance de la CSST ne l'était pas. Selon le droit civil québécois, si les tiers sont affectés, l'employeur ne peut pas se prévaloir du droit de retenue de l'art. 316 LATMP parce qu'il en est empêché par l'effet des art. 1651 et 1681 C.c.Q.

Il est cependant utile de vérifier à nouveau si la LFI comporte des dispositions qui font en sorte que l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue. Nous avons vu déjà que le par. 97(3) LFI comporte deux éléments qui sont ici pertinents : (1) les créances doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation selon l'art. 121 LFI et (2) la compensation peut avoir lieu comme si le failli était le demandeur.

En raison du mécanisme de la subrogation, l'employeur qui paie après la faillite est subrogé dans les droits de la CSST et peut faire valoir une créance contre le failli comme si ce dernier était le défendeur. Conformément à l'art. 121 LFI, il peut faire valoir une créance à laquelle le failli

obligation incurred before the bankruptcy. Similarly, under s. 97(3) BIA, the trustee may assert a claim against the employer for payment of a debt owed to the bankrupt as if the bankrupt were the plaintiff. Thus, at first glance, these features of the BIA appear to allow compensation. As can be seen from a more thorough review, however, a subrogatory payment cannot give rise to compensation if it is made after the bankruptcy.

Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules. The commentaries of authors from outside Quebec are nonetheless of interest for the purpose of reviewing the principles specific to the BIA (R. J. Wood, “Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of ‘All Obligations’ Clauses” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). Section 121 BIA allows the employer to exercise the rights that accrued to him or her by reason of the subrogatory payment. He or she holds no rights in addition to the rights conferred by the civil law. The employer has only those rights which the CSST could exercise. Just as the CSST could not set up compensation, neither can the employer if third persons are affected. Section 97(3) BIA does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. **Since s. 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly.** It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.

What distinguishes a pre-bankruptcy payment from a post-bankruptcy payment is that, in the former case, the substitution of creditors takes place before the moment when the trustee acquires the bankrupt’s property. In the case of a post-bankruptcy payment, the substitution occurs after the bankruptcy, and the trustee can object to it. **The general principles of the BIA preclude any transaction that would have the effect of granting a**

est assujetti en raison d’une obligation contractée antérieurement à la faillite. De même, selon le par. 97(3) LFI, le syndic peut réclamer à l’employeur le paiement de sa dette envers le failli comme si le failli était le demandeur. À première vue, donc, les particularités de la LFI semblent permettre la compensation. Un examen plus approfondi fait cependant voir que le paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation lorsqu’il est fait après la faillite.

Peu d’auteurs se sont intéressés à l’effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuralisme canadien ne permet pas d’importer les règles de la common law. Les commentaires des auteurs de l’extérieur du Québec demeurent cependant intéressants pour l’étude des principes propres à la LFI (R. J. Wood, « Turning Lead into Gold : The Uncertain Alchemy of “All Obligations” Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). L’article 121 LFI permet à l’employeur d’exercer les droits qui lui échoient en raison de son paiement subrogatoire. Aucun droit additionnel ne lui est accordé en sus de ce que le droit civil lui confère. L’employeur n’a que les droits que la CSST pouvait exercer. Comme la CSST ne pouvait pas invoquer la compensation, l’employeur ne le peut pas non plus si les tiers sont affectés. Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu’une créance puisse être transférée d’un créancier à l’autre de façon à autoriser une compensation qui n’aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l’égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

Ce qui distingue le paiement avant la faillite du paiement après la faillite est le fait que, dans le premier cas, la substitution de créancier a lieu avant le moment où le syndic acquiert les biens du failli. Lorsque le paiement est fait après la faillite, la substitution est postérieure à la faillite et le syndic est en mesure de s’y opposer. Les principes généraux de la LFI s’opposent à toute opération qui aurait pour effet d’accorder une garantie qui

security that did not exist before the bankruptcy. To sum up, where subrogation is concerned, the BIA contains no provisions that depart from the civil law and can serve as a basis for extending the scope of application of compensation.

57 Because of the constraints inherent in the civil law, an employer may not retain the amounts paid to the CSST from the sums owed to a contractor if, when the payment was made, third parties had acquired rights. A payment made pursuant to s. 316 AIAOD does, however, entitle an employer to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid. The right to reimbursement may be exercised in a manner respectful of the rights of third persons. The employer may file a proof of claim, just as the CSST could have done. This right is consistent with arts. 1651 and 1681 C.C.Q. and with s. 136 BIA. Furthermore, in *Husky Oil*, the Court recognized the validity of the right to make a simple claim to the trustee to be reimbursed (p. 503).

58 The trustee's argument that s. 316 AIAOD subverts the scheme of distribution under the BIA cannot therefore be accepted. First, the right to reimbursement is compatible with the BIA and, second, if the right to retain cannot be exercised by an employer, it is because of the inherent constraints of the civil law rules governing subrogation and compensation. The right to retain is not in conflict with the BIA, because the only circumstances in which the right can be exercised are those provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law.

2.1.3 Distinction Between Quebec's Scheme and Saskatchewan's Scheme

59 In accepting the trustee's arguments, the Court of Appeal saw in s. 316 AIAOD a right similar to the one considered by this Court in *Husky Oil*. The comparison is, in my view, inappropriate. In *Husky Oil*, the Court considered s. 133 of the *Workers' Compensation Act, 1979*, which established a deemed debt mechanism and allowed sums owed to a contractor to be withheld even

n'existait pas avant la faillite. En somme, quant à la subrogation, la LFI ne comporte pas de disposition qui déroge au droit civil et permette une application élargie de la compensation.

En raison des contraintes inhérentes au droit civil, l'employeur ne peut retenir sur les sommes dues à l'entrepreneur les montants qu'il a payés à la CSST si le paiement est fait alors que des tiers ont acquis des droits. Le paiement fait en vertu de l'art. 316 LATMP permet cependant à l'employeur de se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé. Le droit de remboursement peut être invoqué dans le respect des droits des tiers. L'employeur peut produire une preuve de réclamation, tout comme la CSST aurait pu le faire. Ce droit respecte tant les art. 1651 et 1681 C.c.Q. que l'art. 136 LFI. Dans *Husky Oil*, la Cour a d'ailleurs reconnu la validité du droit de présenter au syndic une simple demande de remboursement (p. 503).

Par conséquent, la prétention du syndic voulant que l'art. 316 LATMP viole le plan de répartition de la LFI ne peut pas être acceptée. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, lorsque le droit de retenue ne peut être invoqué par l'employeur, c'est en raison des contraintes inhérentes aux règles civilistes régissant la subrogation et la compensation. Le droit de retenue n'est pas en conflit avec la LFI parce que les seules circonstances où il peut être invoqué sont celles prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois.

2.1.3 Distinction entre le régime québécois et le régime de la Saskatchewan

La Cour d'appel, acceptant ainsi les arguments du syndic, a vu dans l'art. 316 LATMP un droit similaire à celui étudié par la Cour dans *Husky Oil*. Le rapprochement est, à mon avis, injustifié. Dans *Husky Oil*, la Cour a étudié l'art. 133 de la *Workers' Compensation Act, 1979* qui établissait un mécanisme de dette présumée et autorisait la retenue de sommes dues à un entrepreneur avant

before the employer's claim against the contractor arose. Sections 133(1) and 133(3) read as follows:

133—(1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

The right to withhold granted to employers under the *Workers' Compensation Act, 1979* arose at the time when the employer was liable to pay, that is, before the payment was even made. According to the Court's interpretation, under that Act, employers did not impair their own capital. They acted as collection agents: "it is [their] duty . . . to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid . . .". The Court concluded from this that the Act established a deemed debt — as opposed to a real one — owed by the employer personally that, when combined with the right to withhold, constituted a security device that was incompatible with the BIA:

[I]t is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the *combined* operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default *and* the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed

même la naissance de la créance de l'employeur contre l'entrepreneur. À ses paragraphes (1) et (3), l'art. 133 prévoyait :

[TRADUCTION]

133—(1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Le droit de retenue accordé par la *Workers' Compensation Act, 1979* à l'employeur naît dès le moment où ce dernier est tenu au paiement, soit avant même que le paiement ne soit fait. Selon l'interprétation de la Cour, en vertu de cette loi, l'employeur n'entame pas son propre capital. Il est l'agent percepteur : « il [lui] incombe [. . .] de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée ». La Cour en a conclu que la loi établissait non pas une dette réelle due par l'employeur personnellement, mais une dette réputée qui, conjuguée au droit de retenue, constituait un mécanisme de garantie incompatible avec la LFI :

. . . il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on *conjugue* la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur *et* le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la

debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

To repeat, it is the *combined effect* of the statutory deemed debt *and* the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straight-forward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device. [Emphasis in original; paras. 53 and 77.]

Je le répète, c'est l'*effet conjugué* de la dette réputée créée par la loi *et* du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects « dette » et « dépôt » du contrat. [Souligné dans l'original; par. 53 et 77.]

61

The Court did not reject all set-off mechanisms. Such an interpretation would obviously be inconsistent with the clear wording of s. 97(3) BIA and with the reasons for the Court's decision:

La Cour n'a pas écarté tous les mécanismes de compensation. Une telle interprétation serait de toute évidence contraire à l'énoncé clair du par. 97(3) LFI et aux motifs de l'arrêt :

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of *third parties* against the estate. . . . [Emphasis in original; para. 73.]

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de *tierces parties* sur l'actif de la faillite. . . . [Souligné dans l'original; par. 73.]

62

Section 316 AIAOD is consistent with the conditions placed on the application of compensation in *Husky Oil*. Only an employer who has paid may exercise the right to retain. This is not a case like *Husky Oil* involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. Nor does this case involve, as the trustee argues, a right to retain under a suspensive condition. The right resulting from the subrogatory payment comes into existence only when the payment is made. Mestre says that this rule is [TRANSLATION] "obvious, and results from the very spirit of the institution,

Les conditions d'application de la compensation mises en évidence dans *Husky Oil* sont respectées par l'art. 316 LATMP. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue. Il ne s'agit pas, comme dans *Husky Oil*, d'un paiement réputé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent. Il ne s'agit pas non plus, comme le plaide le syndic, d'un droit de retenue qui naîtrait sous condition suspensive. Le droit qui résulte du paiement subrogatoire ne naît qu'avec le paiement lui-même. Mestre dit de cette règle qu'elle est « d'évidence, et résulte de l'esprit même de

created for the benefit of those who pay the debts of others” (p. 374, No. 321). Subject to the right under the BIA to make a contingent claim (s. 135 BIA), a warrantor cannot file a proof of claim before payment: Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillot*). The employer/warrantor may not exercise any right against the contractor/debtor before he or she has paid the CSST, the original creditor. In civil law terms, subrogatory rights cannot be conferred under a suspensive condition: Mestre, at p. 375, No. 322. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. Moreover, no right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. The CSST is not affected by the employer’s right to collect. From the perspective of *Husky Oil*, the mechanism of s. 316 AIAOD is compatible with the BIA.

2.1.4 Equitable Set-off

The trustee also argues that equitable set-off applies in bankruptcy in Quebec and leads to the same conflict as in *Husky Oil*. The trustee points out that the Court of Appeal has incorporated equitable set-off into Quebec civil law: *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

The applicability of equitable set-off was questionable even before the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*: Bélanger, at p. 153; A. Bélanger, “L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law*” (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486; M. Lemieux, “La compensation dans un contexte de proposition et de faillite” (1999), 59 *R. du B.* 321. Since that Act came into force, however, it has been clear that s. 97(3) BIA must be applied in Quebec on the basis of civil law and not common law rules. Equitable set-off cannot make up for the non-application of civil law compensation and cannot be introduced into Quebec law by s. 97(3) BIA. In Quebec, the suppletive law is Quebec civil law and, more

l’institution, créée au profit de celui qui acquitte la dette d’autrui » (p. 374, n° 321). Sous réserve du droit prévu à la LFI de produire une réclamation éventuelle (art. 135 LFI), le garant ne peut pas produire de preuve de réclamation avant le paiement : Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillot*). L’employeur/garant ne peut exercer aucun droit contre l’entrepreneur/débiteur avant d’avoir payé la CSST, créancier originel. Aux termes des mécanismes du droit civil, il n’existe pas de droit subrogatoire conféré sous condition suspensive : Mestre, p. 375, n° 322. Le droit de créance échoit à l’employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu’il serait éventuellement tenu au paiement si l’entrepreneur faisait défaut. De plus, aucun droit n’est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. La CSST n’est pas affectée par ce droit de recouvrement de l’employeur. Vu sous le prisme de l’arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l’art. 316 LATMP est compatible avec la LFI.

2.1.4 La compensation en equity

Le syndic plaide aussi que le recours à la compensation en equity, selon lui applicable en matière de faillite au Québec, conduit au même conflit que celui observé dans *Husky Oil*. Il signale que la Cour d’appel a intégré ce mécanisme au droit civil québécois : *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

La compensation en equity était déjà d’application douteuse avant la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* : Bélanger, p. 153; A. Bélanger, « L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486; M. Lemieux, « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321. Or, depuis la promulgation de cette loi, il est clair qu’il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law. La compensation en equity ne peut palier l’inapplication de la compensation du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI. Le droit supplétif au Québec est le droit

specifically in this case, the rules governing compensation under the C.C.Q.

65 In short, the third paragraph of s. 316 AIAOD does nothing more than confirm the employer's right to be reimbursed, be it by filing a proof of claim under s. 121 BIA or by setting up compensation in accordance with s. 97(3) BIA. These two means are provided for in the BIA. Section 316 AIAOD grants no more rights than are permitted under the BIA. In no case is the scheme of distribution subverted.

2.2 *The Mechanism of Section 54 ALRCI*

66 The trustee also seeks to have s. 54 ALRCI declared inapplicable. This provision reads as follows:

54. The wages due by a sub-contractor constitute a solidary obligation between the sub-contractor and the contractor with whom he has contracted, and between the sub-contractor, the sub-contractor with whom he has contracted, the contractor and every intermediary sub-contractor.

Where the employer holds the appropriate licence issued under the Building Act (chapter B-1.1), such solidary obligation is extinguished six months after the end of the work carried out by the employer, unless the employee concerned filed a complaint with the Commission concerning his wages, a civil action was brought, or a claim was sent by the Commission pursuant to the third paragraph of subsection 1 of section 122 before the expiry of the six-month period.

Such solidary obligation extends to the client having contracted, directly or through an intermediary, with a contractor who does not hold the appropriate licence issued under the Building Act, in respect of the wages due by the contractor and each of his sub-contractors.

67 Unlike the AIAOD, which grants a right to reimbursement and a right to retain without actually referring to the mechanism under the Civil Code, the ALRCI, by using the expression "solidary obligation", characterizes the obligation in terms that explicitly incorporate the rights and obligations provided for in the C.C.Q.'s provisions on solidarity.

civil québécois et plus spécifiquement ici, les règles sur la compensation prévue au C.c.Q.

En somme, le droit consacré par le troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est rien d'autre que la reconnaissance du droit de l'employeur de se faire rembourser, que ce soit par le mécanisme du dépôt d'une preuve de réclamation prévu à l'art. 121 LFI ou par une défense de compensation conformément au par. 97(3) LFI. Ces deux moyens sont formulés à la LFI. L'article 316 LATMP n'accorde pas plus de droit que ceux qui sont autorisés par la LFI. En aucun cas, le plan de répartition n'est enfreint.

2.2 *Le mécanisme de l'art. 54 LRTIC*

Le syndic cherche aussi à faire déclarer inapplicable l'art. 54 LRTIC. Cette disposition se lit :

54. Le salaire dû par un sous-entrepreneur est une obligation solidaire entre ce sous-entrepreneur et l'entrepreneur avec qui il a contracté, et entre ce sous-entrepreneur, le sous-entrepreneur avec qui il a contracté, l'entrepreneur et tout sous-entrepreneur intermédiaire.

Lorsque l'employeur est titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1), cette solidarité prend fin six mois après la fin des travaux exécutés par cet employeur, à moins que le salarié n'ait déposé, auprès de la Commission, une plainte relative à son salaire, qu'une action civile n'ait été intentée, ou qu'une réclamation n'ait été transmise par la Commission suivant le troisième alinéa du paragraphe 1° de l'article 122 avant l'expiration de ce délai.

Cette solidarité s'étend aussi au client qui a contracté directement ou par intermédiaire avec un entrepreneur qui n'est pas titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment, à l'égard du salaire dû par cet entrepreneur et par chacun de ses sous-entrepreneurs.

À la différence de la LATMP qui accorde un droit de remboursement et de retenue sans renvoi formel au mécanisme du Code civil, la LRTIC, en utilisant l'expression « obligation solidaire », caractérise l'obligation dans des termes qui incorporent explicitement les droits et obligations prévues aux dispositions du C.c.Q. régissant la solidarité.

The CCQ's solidary remedy entitles it to claim the amount of the wages from either the employer or the contractor, as it chooses. This is the effect of art. 1523 C.C.Q.:

1523. An obligation is solidary between the debtors where they are obligated to the creditor for the same thing in such a way that each of them may be compelled separately to perform the whole obligation and where performance by a single debtor releases the others towards the creditor.

An employer who pays the wages of a contractor's employees may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q.:

1536. A solidary debtor who has performed the obligation may not recover from his co-debtors more than their respective shares, although he is subrogated to the rights of the creditor.

With regard to the employer's liability under s. 54 ALRCI, it is clear that the contractor remains ultimately liable for the entire debt. The employer may therefore recover the total amount paid to the CCQ from the contractor. Moreover, an employer who pays the CCQ may also, as is the case for payments to the CSST, rely on legal subrogation pursuant to para. (3) of art. 1656 C.C.Q.:

1656. Subrogation takes place by operation of law

. . . .

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

By virtue of the solidary obligation imposed by s. 54 ALRCI, together with the recursory action and subrogation, the employer may claim the amount paid to the CCQ from the contractor.

If the payment is made before the bankruptcy, the above reasoning concerning the right to retain under s. 316 AIAOD applies. Where an employer is in debt to the contractor and the debt meets the conditions for legal compensation, the mutual debts are extinguished by operation of law up to the amount

Le recours solidaire dont bénéficie la CCQ lui donne le droit de réclamer le montant des salaires à son choix de l'employeur ou de l'entrepreneur, tel qu'il ressort de l'art. 1523 C.c.Q. :

1523. L'obligation est solidaire entre les débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose envers le créancier, de manière que chacun puisse être séparément contraint pour la totalité de l'obligation, et que l'exécution par un seul libère les autres envers le créancier.

L'employeur qui paye les salaires des employés de l'entrepreneur peut lui en réclamer le remboursement suivant l'art. 1536 C.c.Q. :

1536. Le débiteur solidaire qui a exécuté l'obligation ne peut répéter de ses codébiteurs que leur part respective dans celle-ci, encore qu'il soit subrogé aux droits du créancier.

Dans le cas de la responsabilité de l'employeur aux termes de l'art. 54 LRTIC, il est clair que l'obligation ultime demeure celle de l'entrepreneur et ce, pour la totalité de la dette. L'employeur peut donc répéter de l'entrepreneur le montant total payé à la CCQ. Par ailleurs, l'employeur qui paie la CCQ, comme c'était le cas pour le paiement à la CSST, peut aussi se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

. . . .

3^oAu profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

En raison de l'obligation solidaire qui lui est faite par l'art. 54 LRTIC, du recours recursory et de la subrogation, l'employeur peut réclamer de l'entrepreneur le montant payé à la CCQ.

Si le paiement est fait avant la faillite, le rattachement tenu ci-haut concernant le droit de retenue conféré par l'art. 316 LATMP s'applique. Dans le cas où l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et où cette dette remplit les conditions de la compensation légale, les dettes

68

69

70

71

of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). In such a case, the patrimony vested in the trustee at the time of bankruptcy does not include the bankrupt's claim, which has been extinguished by legal compensation. Where the payment is made before the bankruptcy but the contractor's claim is not liquid, employers may avail themselves of s. 97(3) BIA to effect compensation between the amounts they owe and the amounts owed to them.

réciproques sont éteintes de plein droit jusqu'à concurrence de la moindre (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). En ce cas le patrimoine dévolu au syndic au moment de la faillite ne compte pas la créance du failli qui est éteinte par la compensation légale. Si le paiement est fait avant la faillite mais la créance de l'entrepreneur n'est pas liquide, l'employeur pourra se prévaloir du par. 97(3) LFI pour opposer compensation entre les sommes qu'il doit et celles qui lui sont dues.

72 In the case of a post-bankruptcy payment to the CCQ, the employer will have to prove his or her claim against the estate in accordance with the rules of s. 121 BIA. Even if the employer is in debt to the bankrupt, the BIA does not allow the claim to be transferred to the detriment of the creditors. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer is thus limited to proving the claim without being able to set up compensation for payments made after the bankruptcy.

Si le paiement à la CCQ est postérieur à la faillite, l'employeur devra prouver sa réclamation contre l'actif selon les règles de l'art. 121 LFI. En effet, même si l'employeur est lui-même endetté envers le failli, la LFI ne prévoit pas que la créance puisse être transférée au détriment des créanciers. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur est donc limité à prouver sa réclamation sans pouvoir opposer compensation pour les paiements faits après la faillite.

73 The rules of the C.C.Q. with respect to subrogation add no new security and create no additional debts as regards the bankrupt. The impugned provisions violate neither the letter nor the spirit of *Husky Oil*. It should be noted that in that case, what was at issue was a mechanism by which employers could withhold amounts owed to debtors before being held personally liable for paying the assessments. In a way, the employer acted as a collection agent for the Workers' Compensation Board. The same is not true in the case of the ALRCI, which provides that employers are personally liable for wages not paid by their contractors.

Les règles du C.c.Q. concernant la subrogation n'ajoutent pas de nouvelle garantie et ne créent pas de dettes additionnelles à l'égard du failli. Les dispositions contestées n'enfreignent ni la lettre ni l'esprit de l'arrêt *Husky Oil*. Je rappelle que dans cet arrêt, la critique visait un mécanisme par lequel l'employeur pouvait retenir les sommes dues au débiteur avant d'être tenu personnellement de payer les cotisations. Il agissait en quelque sorte comme agent percepteur du Workers' Compensation Board. Tel n'est pas le cas en vertu de la LRTIC qui prévoit que l'employeur est personnellement responsable des salaires impayés par l'entrepreneur.

3. Conclusion

3. Conclusion

74 This case was submitted to the Superior Court as a motion for directions in which a ruling was sought on the legal effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in the context of the BIA. The relevant questions of law have been addressed above. As mentioned in the facts related at the beginning of

Le dossier a été soumis à la Cour supérieure sous forme de requête pour directives demandant de statuer sur l'effet juridique des art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans le contexte de la LFI. Il s'agit là des questions de droit qui sont traitées ci-dessus. Par ailleurs, comme l'illustre les faits relatés au début

these reasons, the payments made by the employers, with the exception of Chenail's payment to the CCQ, were not made before the bankruptcy. The principles stated above will apply in determining the employers' rights, and there is no need to consider the specific facts of each case, especially since the employers have chosen not to take part in the debate.

For these reasons, I would allow the appeal, answer the two constitutional questions in the negative, restore the judgment of the Superior Court and dismiss the trustee's motion, with costs against the estate.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitors for the appellant Commission de la construction du Québec: Ménard, Corriveau, Montréal.

Solicitors for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail: Panneton, Lessard, Québec.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

des motifs, sauf pour Chenail à l'égard de la CCQ, les employeurs n'ont pas fait les paiements avant la faillite. Leurs droits seront régis par les principes ici énoncés et il n'est pas nécessaire de se pencher sur les faits spécifiques à chaque cas, d'autant plus que les employeurs ont choisi de ne pas participer au débat.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et de rejeter la requête du syndic, le tout avec dépens contre la masse.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureurs de l'appelante la Commission de la construction du Québec : Ménard, Corriveau, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Panneton, Lessard, Québec.

Procureurs de l'intimée : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-055122-184

DATE : 1^{er} MARS 2019

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE CHANTAL CORRIVEAU, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE LA RESTRUCTURATION EN VERTU DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* :

LES CONSULTANTS S.M. INC., LE GROUPE S.M. INC., LE GROUPE SMI INC., LE GROUPE S.M. INTERNATIONAL S.E.C. ET AL.

Débitrice

et

RESTRUCTURATION DELOITTE INC.

Contrôleur

et

VILLE DE MONTRÉAL

Requérante

JUGEMENT

[1] Le contrôleur Deloitte demande au Tribunal un jugement déclaratoire afin de déclarer que des sommes dues à Groupe SM par la ville de Montréal (« la Ville ») pour des travaux exécutés pour son bénéfice ne peuvent faire l'objet de compensation.

[2] A la suite de cette clarification, le contrôleur demande à la Ville d'acquitter les factures liées au paiement des travaux effectués par la débitrice entre le 24 août 2018, date de l'émission de l'ordonnance initiale, et le 19 novembre 2018, date où les contrats de la Ville ont été continués par une tierce partie. La Ville refuse de payer les montants réclamés par le contrôleur pour le bénéfice de la débitrice et ses créanciers.

[3] En effet, la Ville réclame l'exercice de la compensation en lien avec des sommes dues en application du Programme de remboursement volontaire (« PRV »), établi en vertu de la *Loi visant principalement la récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*¹ (ci-après Loi 26).

[4] Par entente en date du 28 novembre 2017, Groupe SM s'est engagée à rembourser certains montants à la Ville en vertu du PRV. Les montants sont payables de façon échelonnée. La Ville demande d'exercer compensation entre les montants dus par la débitrice issus du PRV et les sommes dues à la débitrice pour des travaux exécutés pour la Ville avant le 19 novembre 2018.

[5] De plus, la Ville a initié une poursuite de 14 millions de dollars² à l'encontre d'un nombre important de personnes physiques et morales en lien avec les contrats des compteurs d'eau. Groupe SM est l'une des parties défenderesses. La Ville demande également l'exercice de la compensation quant à ces sommes, en retenant tout autre montant réclamé pour des travaux par le contrôleur, afin de lui permettre éventuellement de pouvoir exécuter une condamnation future sur ces montants retenus.

[6] Les travaux effectués par la débitrice pour le bénéfice de la Ville sont divisés en trois catégories.

[7] Pour les fins du présent débat, la Ville accepte ces chiffres de façon théorique n'étant pas en mesure d'en confirmer l'exactitude.

[8] La première catégorie énumère les travaux exécutés par Groupe SM avant le 24 août 2018. Le montant de ces travaux est de 600 512.65 \$.

[9] La seconde catégorie regroupe des travaux exécutés avant le 24 août 2018 et après cette date. Le montant des travaux de cette seconde période est de 305 930.24 \$.

[10] Enfin, la troisième catégorie concerne des travaux postérieurs au 24 août 2018. Le montant réclamé pour ces travaux est de 825 892.20 \$.

¹ RLRQ c. R-2.2.0.3.

² L'action a été instituée le 26 septembre 2018 dans le dossier de cour numéro 500-17-014932-184.

[11] Dans tous les cas, les travaux énumérés ont été exécutés jusqu'au 19 novembre 2018, date à laquelle les contrats ont été cédés à l'entreprise qui a acquis les actifs de Groupe SM.

[12] À compter de la date du 19 novembre 2018 et à la suite d'un jugement de la Cour³ ayant autorisé la cession des contrats de Groupe SM à Thornhill, la Ville a accepté que cette dernière poursuive les travaux exécutés jusqu'à cette date par Groupe SM.

[13] Dans sa demande, le contrôleur limite les questions soumises en lien avec les sommes réclamées post ordonnance initiale en lien avec la troisième catégorie de réclamation soit le montant de 825 892.20 \$.

[14] Groupe SM soutient qu'en application des principes édictés dans l'arrêt Kitco⁴ ayant confirmé la décision de l'honorable Marie-Anne Paquette en première instance⁵, il n'y a pas lieu d'opérer compensation entre des sommes dues à la créancière, la Ville, avant le prononcé de l'ordonnance initiale et des sommes dues à la débitrice postérieurement à l'ordonnance initiale.

[15] Pour la ville de Montréal, l'arrêt Kitco n'est d'aucun secours. Elle soutient que le programme PRV implique pour la partie débitrice, une fraude et que dans ce cas, la débitrice ne peut bénéficier d'une exemption à l'exercice de la compensation.

[16] En ce qui concerne les sommes réclamées en vertu de la poursuite dans le dossier des compteurs d'eau, la Ville souhaite pouvoir opérer compensation quant à des montants issus des condamnations éventuelles à être déclarées par le Tribunal.

[17] Entre temps, elle ne veut pas déboursier les montants réclamés par Groupe SM, préférant conserver les sommes pour être en mesure de se faire payer dans l'avenir.

[18] Groupe SM, par la voix du contrôleur soutient qu'il ne peut y avoir cette compensation en ce qui concerne la réclamation PRV de la Ville :

- La réclamation PRV est une créance non privilégiée;
- La réclamation repose sur une transaction antérieure à l'ordonnance initiale;
- Le montant convenu au terme de PRV, stipule expressément qu'il est fait sans reconnaissance d'admission selon l'article 22 de la Loi 26;
- La transaction ne peut autoriser la compensation avec des sommes dues postérieurement à l'ordonnance, car cela aurait pour effet de conférer à cette créance ordinaire un statut de créance privilégiée.

³ Le jugement porte la date du 12 novembre 2018.

⁴ Arrangement relatif à Métaux Kitco Inc. 2017 QCCA 268.

⁵ Arrangement relatif à Métaux Kitco Inc 2016 QCCS 444.

[19] En ce qui concerne la réclamation pendante dans le dossier des compteurs d'eau :

- Il s'agit également d'une créance non privilégiée;
- Les faits à la base de la réclamation sont antérieurs de plusieurs années à l'ordonnance initiale;
- La réclamation n'est pas liquide ni exigible;
- Les allégations de fraude dans la poursuite ne suffisent pas à élever au rang de créance privilégiée cette créance ordinaire.

[20] Enfin, le contrôleur ajoute que Groupe SM n'aurait jamais consenti de continuer à travailler pour la Ville s'il avait su que cette dernière allait demander compensation entre les fruits dus en raison des travaux et les montants réclamés par la Ville pour des faits antérieurs.

[21] Compte tenu de la position prise par le contrôleur, le Tribunal ne discute, que de la compensation recherchée en ce qui concerne les honoraires réclamés de 825 454.20 \$ post ordonnance initiale, les autres montants issus de travaux réalisés par la débitrice pour la Ville ne seront pas discutés.

[22] Pour répondre aux questions soumises, il faut :

- 1) Examiner la qualification à donner aux montants réclamés en vertu du PRV et pour le contrat des compteurs d'eau;
- 2) Déterminer la portée des articles 19(1) et 19(2) LACC quant aux réclamations de la Ville;
- 3) Établir si l'arrêt Kitco répond aux questions soumises.

[23] Dans un premier temps, le Tribunal révise les termes de la Loi 26 puis de l'entente afin de qualifier la nature des montants dus au terme du PRV suivi du même exercice concernant la réclamation entreprise dans le dossier des compteurs d'eau.

QUESTION 1

Quelle est la qualification à donner aux montants réclamés en vertu de PRV et pour la poursuite liée aux contrats des compteurs d'eau ?

La dette PRV

[24] Afin de qualifier la nature de la transaction issue du Programme de Remboursement Volontaire, il faut prendre en compte les termes de la Loi 26 et de l'entente comme telle.

[25] Voyons ci-après les éléments centraux de cette loi d'ordre public⁶, dont l'objet de la loi est défini à son article 1 :

La présente loi prévoit des mesures exceptionnelles adaptées au remboursement et au recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics⁷.

[26] Ainsi une entreprise peut : « rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive (art. 3).

[27] Afin de respecter l'obligation de confidentialité édictée à l'article 7 de la Loi 26, la Ville a obtenu l'autorisation écrite de la ministre afin de produire devant le Tribunal sous sceau de confidentialité, les termes de l'entente intervenue avec Groupe SM.

[28] L'article 10 de la loi établit la présomption selon laquelle toute entreprise qui a participé à une fraude ou manœuvre dolosive est présumée avoir causé préjudice à l'organisme public.

[29] Le préjudice causé à l'organisme public est présumé correspondre à 20% du montant total du contrat (art. 11).

[30] Selon l'article 22, lorsqu'une quittance est obtenue par une entreprise (ou personne physique), il ne peut s'en suivre un recours récursoire ou une action en garantie.

[31] Dans un arrêt récent, l'affaire *R. c. Fedele*, la Cour d'appel a déclaré que les ententes PRV découlent d'une loi adoptée aux fins de conclure au manque d'éthique et à la morale laxiste, voire criminelle, en lien avec l'octroi de contrats publics au Québec.

[32] En voici les termes précis :

[44] Certes, il ne convient pas de s'appuyer sur les manchettes des journaux ni sur des rapports de commissions d'enquêtes publiques qui ne respectent pas toujours les normes de preuve propres aux dossiers criminels. Cela étant, les tribunaux ne sont pas pour autant insensibles aux préoccupations sérieuses que soulèvent les manipulations des appels d'offres pour les contrats de travaux publics. La *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*^[16] prévoit justement des mesures exceptionnelles pour répondre aux fraudes et aux manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion des contrats publics au Québec

⁶ Selon l'article 18 de la Loi 26.

pour la période postérieure au 15 décembre 1997. Cette loi constitue un repère législatif permettant de conclure au manque d'éthique et à la morale laxiste (sinon criminelle) dans plusieurs entreprises en lien avec l'octroi de contrats publics au Québec.⁸

[33] Le langage de la Loi 26 est des plus limpide, selon les termes de la loi et de l'arrêt précité, les ententes PRN sont souscrites par des entreprises faisant face à une présomption non réfutée d'avoir participé à la fraude ou à une manœuvre dolosive.

[34] Puisque l'entente est strictement confidentielle et malgré l'autorisation de la ministre de la produire dans le présent dossier de cour, le Tribunal se limite à n'en rapporter que les éléments essentiels aux fins de trancher le présent débat.

[35] La réclamation de la Ville est ainsi décrite au sein du préambule de l'entente :

« Attendu que la ville de Montréal estime avoir droit au remboursement et au recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion des contrôles publics (ci-après la « créance de la ville de Montréal ».

[36] Soulignons que les réclamations de la Ville découlant des contrats des compteurs d'eau sont expressément exclues de cette entente.

[37] En contrepartie de l'acquittement total d'une somme dont les paiements sont échelonnés, la Ville donne quittance à la débitrice et renonce à invoquer la solidarité.

[38] Par ailleurs, selon l'entente : « Les parties reconnaissent expressément que le paiement est fait sans admission ou reconnaissance de responsabilité et que l'article 22 de la loi s'applique parties quittancées »⁹.

[39] Pour le Tribunal, malgré cette déclaration de la débitrice, il convient de conclure que la dette issue du PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par la débitrice à l'endroit de la Ville.

La réclamation pour les contrats des compteurs d'eau

[40] La réclamation pour un montant de plus de 14 millions de dollars dans le dossier des compteurs d'eau a été initiée en septembre 2018. La poursuite est basée sur des allégations de collusion et de fraude contre plusieurs importants acteurs du monde de la construction.

[41] Le dossier a peu progressé notamment à la lumière de débats judiciaires soulevant l'irrecevabilité du recours. Disons que nous sommes très éloignés dans le

⁸ R. c. *Fedele*, 2018 QCCA 1901.

⁹ Rappelons que l'article 22 de la loi qui prévoit une quittance précise qu'une action en garantie ou récursoire ne peut plus en découler.

temps d'un jugement final et exécutoire prononçant une condamnation contre la débitrice.

[42] Cette poursuite soulève des comportements empreints de fraude, mais ne peut être traitée comme une créance liquide et exigible.

QUESTION 2

Déterminer la portée des articles 19(1) et 19(2) LACC quant aux réclamations de la Ville

[43] Selon l'article 19(1) LACC¹⁰, un plan d'arrangements visera toutes les dettes que la débitrice avait lors de l'ordonnance initiale. Ces dettes constituent des créances ordinaires qui seront ainsi traitées selon le plan. Par contre, en application de l'article 19(2), toute dette résultant de la fraude, ne pourra être compromise pour le plan d'arrangement¹¹. Le créancier d'une dette frauduleuse pourra la réclamer au-delà de la restructuration.

[44] Voici donc le texte des articles 19(1) et 19(2) LACC :

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :

(i) la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,

(ii) la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*;

b) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre.

Note marginale :Exception

¹⁰ *Loi sur les arrangements avec les créancier*, L.R.C. ch C-36. (LACC).

¹¹ Lloyd W. HOULDEN, Geoffrey B. MORAWETZ et Janis P. SARRA, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4^e éd., rév., vol. 4, Toronto, Thomson Reuters, 2009, feuilles mobiles, à jour en novembre 2018, p. 11-232 et 11-234.10(8).

(2) La réclamation se rapportant à l'une ou l'autre des dettes ou obligations ci-après ne peut toutefois être ainsi considérée, à moins que la transaction ou l'arrangement ne prévoie expressément la possibilité de transiger sur cette réclamation et que le créancier intéressé n'ait voté en faveur de la transaction ou de l'arrangement proposé :

a) toute ordonnance d'un tribunal imposant une amende, une pénalité, la restitution ou une autre peine semblable;

b) toute indemnité accordée en justice dans une affaire civile :

(i) pour des lésions corporelles causées intentionnellement ou pour agression sexuelle,

(ii) pour décès découlant d'un acte visé au sous-alinéa (i);

c) toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors que la compagnie agissait, au Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire;

d) toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu'une dette ou obligation de la compagnie qui découle d'une réclamation relative à des capitaux propres;

e) toute dette relative aux intérêts dus à l'égard d'une somme visée à l'un des alinéas a) à d).

[45] Voici comment les auteurs distinguent l'effet de ces deux dispositions de la LACC :

Section 19 deals with claims. It specifies that the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject on the earlier of the day on which CCAA proceedings commenced. If the company filed a notice of intention under s. 50.4 of the BIA or commenced proceedings under the CCAA with the consent of inspectors referred to in s. 116 of the BJA, claims dealt with are from the date of the initial bankruptcy event within the meaning of s. 2: s. 19(1). The plan may deal with claims that relate [o debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the same dates: s. 19(1)(b). There is an exception for specified claims: s. 19(2), see N144 "Claims that Cannot be Comprised under a Plan".

[...]

Unless the compromise or arrangement explicitly provides for the claim's compromise and the creditor in relation to that debt has voted for acceptance of the compromise or arrangement, a compromise or arrangement in respect of a debtor company may not deal with any claim that relates to any fine, penalty, restitution order or similar order imposed by a court in respect of an offence; any award of damages by a court in civil proceedings in respect of bodily harm intentionally inflicted, sexual assault, or wrongful death; any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity or, in Québec, as a trustee or an administrator of the property of others; any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation, other than a debt or liability of the company that arises from an equity claim: s. 19(2).¹²

[46] Ainsi, le régime visé par la LACC a pour objet de compromettre au premier jour du prononcé d'une ordonnance initiale, les dettes connues, liquides et exigibles, afin qu'une fois l'ordonnance initiale expirée, les créanciers prennent leur rang afin de se faire payer en tout ou en partie leur réclamations suivant le plan d'arrangements voté.

[47] En cas de dettes issues de la fraude, la débitrice n'est pas automatiquement libérée même au terme du processus de restructuration. Pour que les dettes issues de la fraude soient compromises, cela requiert le consentement des créanciers visés par la dette frauduleuse.

[48] Rien dans la revue du texte de la LACC, la jurisprudence¹³ et la doctrine ne permet de conclure comme le fait la Ville, qu'en l'espèce, une créance issue de la fraude deviendrait prioritaire et payable, même durant la période couverte par l'ordonnance initiale. Cette interprétation serait hautement préjudiciable à l'égard des créanciers privilégiés et des autres créanciers ordinaires. Cette interprétation irait à l'encontre de l'interprétation donnée aux effets de la LACC et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

[49] Il faut comprendre et appliquer la LACC selon l'ensemble de l'objectif visé par sa mise en application, soit la survie d'une entreprise durant sa restructuration. Malgré le caractère net de la fraude liée à la créance de la Ville à l'endroit de la débitrice, la LACC prévoit, durant la durée de l'ordonnance initiale, un régime distinct et particulier afin d'atteindre l'objectif de restructuration qui peut ultimement prendre diverses formes.

[50] En l'espèce, la restructuration sera un succès à la lumière de la continuité des quelques 700 emplois des employés de la débitrice qui ont été réembauchés par la société qui continue les contrats. N'eut été de cette capacité de poursuivre l'exécution des importants contrats de construction durant la durée de l'ordonnance initiale, le transfert des employés et la complétion des contrats n'aurait pas été possible.

¹² *Id.* p. 11-232 et 11-234.10(8).

¹³ *Century Services Inc. Canada (P.G.)* [2010] 3 R.C.S. 379, Arrangement relatif à *Bloom Lake General Partner Limited* 2017 QCCA 15.

[51] Les dettes liées à la fraude, pourront être réclamées selon le plan d'arrangement à être voté.

QUESTION 3

Est-ce que l'arrêt Kitco répond aux questions soumise?

[52] Selon le contrôleur, l'arrêt Kitco doit être appliqué et il permet de répondre aux questions soulevées par la demande de jugement déclaratoire. Seules les dettes post ordonnance initiale pourraient être compensées. Ainsi la somme issue de PRV résultant de l'entente du 28 novembre 2017, précède l'ordonnance initiale et ne peut être compensé par des montants dus pour des travaux exécutés postérieurement à l'ordonnance initiale.

[53] Dans un second temps, le contrôleur plaide que les autres montants dus pour des travaux exécutés post ordonnance initiale ne peuvent pas non plus être compensés avec les dettes futures résultant d'une éventuelle condamnation en lien avec les réclamations issues du dossier des compteurs d'eau. Le contrôleur exige donc qu'au terme du jugement déclaratoire, la Ville acquitte l'entièreté des sommes présentement réclamées à savoir le montant de 825 454.20 \$.

[54] Voyons maintenant si comme le soutient le contrôleur, il suffit d'appliquer les enseignements issus de l'arrêt Kitco pour répondre aux questions soulevées.

[55] Précisons dans un premier temps que le Tribunal est d'avis, à la lumière des passages suivant de la décision de première instance confirmée en appel, qu'il est erroné de prétendre que l'arrêt Kitco a uniquement tranché les cas de réclamation soulevée en vertu de l'article 19(1) LACC sans se prononcer sur des réclamations issues de 19(2) LACC.

[56] Les passages suivants de la décision de première instance, démontrent que la distinction n'a pas lieu, dans le contexte des demandes de compensation.

[92] Cette particularité découle des termes de l'article 21 LACC, qui prévoit que les règles de la compensation s'appliquent « à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances »^[57].

[93] L'article 2 LACC définit une « réclamation » par référence à la notion de « réclamation prouvable » au sens de la LFI.

[94] L'article 121 (1) LFI, qui définit la notion de « réclamation prouvable », exige que la réclamation découle d'une obligation contractée avant la date de la faillite. (...)

[95] De plus, les réclamations visées par un arrangement en vertu LACC sont définies à l'article 19 LACC, qui exige qu'elles se rapportent à des dettes ou

obligations contractées à la date d'institution des procédures en vertu de la LACC ou à la date d'ouverture de la faillite au sens de la LFI, selon la plus ancienne de ces deux dates : (...)

[96] Partant, dans un contexte d'insolvabilité, la compensation ne peut s'opérer qu'à l'égard d'engagements ou de créances qui découlent d'une obligation contractée, selon le cas, avant la date de la faillite ou avant la date d'institution des procédures en vertu de la LACC, selon la plus ancienne des ces deux dates.

[57] Dans l'arrêt Kitco il était question de réclamations de deux ordres de gouvernement pour des taxes (TPS et TVQ), non payées en fraude des droits de ces créancières.

[58] Dans cette affaire, les gouvernements réclamaient le montant de dettes fiscales payables avant le dépôt initial d'une proposition formulée en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI)¹⁴. Tous les recours furent dès lors suspendus. Il s'en est suivi une demande d'ordonnance initiale présentée sous le couvert de la LACC.

[59] Kitco continue d'exploiter son entreprise et requiert des agences gouvernementales des crédits pour les intrants qu'elle applique en cours d'opération.

[60] Les agences refusent de leur verser les remboursements exigeant l'exercice de la compensation entre les cotisations émises avant l'ordonnance initiale et les crédits de remboursements réclamés par Kitco post ordonnance initiale. Alors que Kitco poursuit des activités durant la restructuration envisagée.

[61] C'est l'article 21 LACC qui permet l'exercice de la compensation :

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

[62] La compensation est permise entre deux dettes certaines selon l'article 1673 C.c.Q. Seule la créance issue PRV est certaine.

[63] La réclamation issue de la poursuite des compteurs d'eau n'existait pas lors du prononcé de l'ordonnance initiale, car elle n'a été initié que vers le 18 septembre 2018, soit après le prononcé de l'ordonnance initiale. En effet, elle est pour l'instant une créance hypothétique, le débat n'étant qu'à peine engagé.

[64] Le juge Vézina au nom de la Cour d'appel cite les auteurs Houlden, Morawetz et Sarra¹⁵ dans le passage suivant de l'arrêt Kitco :

¹⁴ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* L.R.C. (1985) c. B-3.

¹⁵ Op. cit note 11, p. E 64.

[49] Les auteurs citent les sommités du droit de l'insolvabilité, Houlden, Morawetz et Sarra, qui concluent de la même manière^[10] :

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

[50] La juste interprétation de l'article 21 doit se concilier avec l'objectif de restructuration.

[65] L'une des assises du droit de la faillite et de la restructuration est l'importance donnée au traitement égalitaire des créanciers. Sous réserve des priorités reconnues par la loi, l'on ne peut prioriser un créancier ordinaire pour lui conférer les mêmes droits qu'un créancier privilégié au détriment des autres créanciers ordinaires et privilégiés¹⁶.

[66] Ainsi en droit civil, au jour de l'ouverture, ici en date du 24 août 2018, il y aura compensation des dettes alors exigibles dont le PRV, puisque selon l'article 1514 C.c.Q., il y a alors perte de bénéfice du terme et tout le montant peut être réclamé de Groupe SM.

[67] C'est exactement ce qui découle du scénario analysé dans l'affaire Kitco :

[70] Au jour d'Ouverture, l'Agence était créancière de Kitco pour les cotisations et elle lui devait un certain remboursement de taxes pour des opérations antérieures (et non celui de 1,7 M\$ pour les opérations postérieures à l'Ouverture). La compensation s'est opérée. L'Agence a réduit ses cotisations du montant de ce remboursement, qu'elle n'a donc pas versé à [Kitco](#) réalisant alors sa garantie sur ce bien de [Kitco](#), sa créance pour un remboursement. Une fois sa garantie ainsi réalisée par la compensation, elle ne possède plus aucune garantie sur les autres biens de [Kitco](#) laquelle peut les conserver pour maintenir son exploitation et mettre en œuvre sa restructuration.

[71] Lorsque l'Agence revient par la suite pour opérer une nouvelle compensation pour 1,7 M\$, force est de constater qu'elle prétend alors exercer une garantie sur ces autres biens de [Kitco](#), une opération que la loi prohibe, comme le rappelle la Cour suprême dans le passage déjà cité de l'arrêt *DIMS* :

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

¹⁶ Op. cit note 4, par. 62.

[...]

[77] L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.

[68] Le juge Vézina explique ensuite la mécanique :

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus.

[69] Pour le Tribunal, et contrairement aux prétentions de la Ville, l'arrêt Kitco résout la question soumise. En l'espèce, la compensation entre ces dettes issues du PRV ou la condamnation éventuelle du Groupe SM dans le dossier des compteurs d'eau ne peut faire l'objet d'une compensation en vertu de l'article 21 LACC avec les montants réclamés.

[70] Interpréter la règle autrement aurait pour effet de consentir à la ville de Montréal un traitement préférentiel pour sa créance.

[71] Dans son mémoire la Ville reconnaît que la dette PRV est une dette pré ordonnance initiale. Les parties et le Tribunal sont d'ailleurs d'accord avec cette affirmation.

[72] Contrairement à ce qui est plaidé par la ville de Montréal, le caractère frauduleux des réclamations des agences de revenus a été tenu en compte tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel L'arrêt Kitco confirme le cadre selon lequel la compensation peut être ordonnée.

[73] Pour les fins de la présente affaire, les travaux exécutés par Groupe SM dans le cadre de la restructuration donnent au contrôleur le droit de réclamer les produits des travaux.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[74] **ACCEUILLE** la demande en jugement déclaratoire de Restructuration Deloitte inc.;

[75] **DECLARE** que la ville de Montréal ne peut exercer compensation entre :

- (a) Les montants réclamés de la ville de Montréal par quelque entité liée à la débitrice Groupe SM, pour des services professionnels rendus entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018 et;
- (b) Les montants réclamés par la ville de Montréal de quelque entité liée à la débitrice Groupe SM concernant :
 - (i) Les montants payables selon l'entente confidentielle du 28 novembre 2017, en vertu du Programme de remboursement volontaire établi selon la *Loi visant principalement la récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manoeuvres dolosives dans le cadre des contrats publics*, et / ou;
 - (ii) Tout montant réclamé en vertu de la demande initiée le 26 septembre 2018 par la ville de Montréal contre la débitrice et les compagnies affiliées de Groupe SM, dans le dossier de cour portant le numéro 500-17-104932-184.

[76] **CONDAMNE** la ville de Montréal à payer au contrôleur Restructuration Deloitte Inc. la somme de 825 892.20 \$, avec intérêt légal et indemnité additionnelle depuis la demande de jugement déclaratoire;

[77] **LE TOUT** avec les frais de justice.

CHANTAL CORRIVEAU, J.C.S.

Me Eleni Yiannakis
Me Raphael Lescop
IMK
Pour la Ville de Montréal

Me Guy Martel
Me Amanda Sanchez
Stikeman Elliott
pour le contrôleur

Me Jocelyn Perreault
Mc Carthy
Pour les créancières privilégiées

Me Marc André Morin
Fasken Martineau
Pour l'acquéreur

Dufour Mottet
Ville de Longueuil

Date d'audience : 13 décembre 2018

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-028191-195
(500-11-055122-184)

DATE : 17 mars 2020

**FORMATION : LES HONORABLES LOUIS ROCHETTE, J.C.A.
PATRICK HEALY, J.C.A.
SIMON RUEL, J.C.A.**

**DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES, SRC 1985, C C-36, TELLE QU'AMENDÉE: LES
CONSULTANTS S.M. INC., LE GROUPE S.M. INC., LE GROUPE SMI INC., LE
GROUPE S.M. INTERNATIONAL S.E.C. ET AL.**

VILLE DE MONTRÉAL
APPELANTE – requérante

c.

**LE GROUPE SMI INC.
LE GROUPE SM INC.
CLAULAC INC.
SMI CONSTRUCTION INC.
ENERPRO INC.
LE GROUPE SM INTERNATIONAL (CONSTRUCTION) INC.**
INTIMÉES – débitrices

et

DELOITTE RESTRUCTURING INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur

et

**ALARIS ROYALTY CORP.
INTEGRATED PRIVATE DEBT FUND V LP
THORNHILL INVESTMENTS INC.**
MISES EN CAUSE

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 1^{er} mars 2019 par l'honorable Chantal Corriveau de la Cour supérieure, district de Montréal, qui accueille la demande en jugement déclaratoire de Restructuration Deloitte inc., déclare que l'appelante ne peut exercer compensation entre, d'une part, des montants qui lui sont réclamés par quelque entité liée à la débitrice Groupe SM, pour des services professionnels rendus entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018, et d'autre part, des montants réclamés par la Ville de Montréal de quelque entité liée à la débitrice Groupe SM, et qui condamne l'appelante à payer au contrôleur Restructuration Deloitte Inc. 825 892,20 \$, avec intérêt légal et indemnité additionnelle depuis la demande de jugement déclaratoire, ainsi que les frais de justice¹;

[2] Pour les motifs du juge Rochette, auxquels souscrit le juge Healy, l'appel est accueilli, avec les frais de justice contre l'appelante vu le caractère accessoire de ce débat, à la seule fin de remplacer le paragraphe 76 du jugement entrepris par le paragraphe suivant :

[76] **ORDONNE** à la Ville de Montréal de payer à Groupe SM les sommes dues pour les services rendus entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018, sous réserve du droit de la Ville de Montréal de réviser et d'approuver au préalable les factures émanant de Groupe SM relatives à ces services.

[3] Pour sa part, le juge Ruel aurait accueilli l'appel et déclaré qu'une compensation légale de plein droit s'est opérée, après le 24 août 2018, entre la dette de l'appelante pour services rendus par Groupe SM et la dette de Groupe SM résultant de l'entente conclue dans le cadre du PRV, avec les frais de justice.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

PATRICK HEALY, J.C.A.

SIMON RUEL, J.C.A.

Me Eleni Yiannakis
IMK
Pour l'appelante

¹ *Arrangement relatif à Consultants SM inc.*, 2019 QCCS 2316 [jugement entrepris].

Me Alain Tardif
McCarthy Tétrault
Pour les mises en cause, Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP

Me Danny Duy Vu
Stikeman Elliott
Pour la mise en cause, Deloitte Restructuring inc.

Me Luc Béliveau
Me Nicolas Mancini
Fasken Martineau Dumoulin
Pour la mise en cause, Thornhill Investments inc.

Date d'audience : 12 septembre 2019

MOTIFS DU JUGE ROCHETTE

[4] Ville de Montréal [la Ville] prétend détenir deux créances contre les intimées [Groupe SM], qui résulteraient d'une fraude de celui-ci dans l'octroi de contrats publics. La Ville est par ailleurs débitrice envers Groupe SM, à la suite de travaux effectués par l'entreprise qui n'ont pas été payés. La Ville plaide qu'elle peut opérer compensation entre, d'une part, les créances qui seraient nées du fait frauduleux de Groupe SM avant une ordonnance initiale le concernant, rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*² [LACC] et, d'autre part, ce qu'elle lui doit pour les travaux effectués après cette date.

[5] Examinons tout cela de plus près.

[6] Le 24 août 2018, la Cour supérieure [le Tribunal] a rendu une première ordonnance [ordonnance initiale], en vigueur depuis le 22 août 2018³, qui assujettit Groupe SM à des procédures déposées en vertu de la LACC, suspend les réclamations et procédures le visant, et envisage le dépôt d'un plan d'arrangement sous le régime de cette loi.

[7] À cette date, le Tribunal était saisi de deux demandes concurrentes pour le prononcé d'une ordonnance initiale. Il retint celle présentée par les créancières garanties mises en cause [Alaris]⁴, nomma Restructuration Deloitte inc. [Deloitte] contrôleur, et désigna la personne responsable de la restructuration. Le 12 novembre 2018, le Tribunal approuva la vente partielle des actifs de Groupe SM à Thornhill Investments inc. [Thornhill] et le plan de distribution en résultant⁵. À compter du 19 novembre 2018⁶, Thornhill a été substituée au Groupe SM au regard des contrats visés par la cession⁷.

[8] Entre l'ordonnance initiale et la vente des actifs, Groupe SM a effectué des travaux au bénéfice de la Ville que Groupe SM chiffre à 825 892,20 \$. Ils demeurent impayés. La Ville oppose à cette réclamation deux créances qui résulteraient de la

² *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36. Les dispositions pertinentes à cette affaire sont reproduites en annexe.

³ Ordonnance initiale, C.S. Montréal, n° 500-11-055122-184, 24 août 2018, Corriveau, j.c.s., paragr. 11.

⁴ Joint Application for an Initial Order, 23 août 2018.

⁵ Jugement approuvant la vente des actifs à Thornhill, 12 novembre 2018 : *Arrangement relatif à Groupe SMI inc./SMI Group Inc.*, 2018 QCCS 5528, paragr. 52-59, 71-72 et 84-99.

⁶ Pièce P-1, Preliminary Closing Certificate, 19 novembre 2018.

⁷ Jugement autorisant la cession des contrats à Thornhill, 10 décembre 2018 : *Arrangement relatif à Groupe SMI inc.*, 2018 QCCS 5319.

fraude de Groupe SM dans l'octroi de contrats publics. Elle prétend pouvoir opérer compensation entre ces créances, qui seraient nées avant l'ordonnance initiale, et ce qu'elle doit à Groupe SM pour les travaux effectués après cette date.

[9] **La première créance** résulte d'une entente de règlement intervenue le 27 novembre 2017⁸ entre la ministre de la Justice agissant pour le compte de la Ville et Groupe SM, dans le cadre du Programme de remboursement volontaire⁹ [PRV] mis en place en vertu de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*¹⁰ [la Loi 26]. Cette entente se rapporte à des contrats conclus entre les parties entre 1996 et 2016, à l'exception du contrat des compteurs d'eau, et stipule le remboursement échelonné du montant convenu¹¹ [la créance PRV].

[10] **La seconde créance** se fonde sur un recours entrepris par la Ville, le 26 septembre 2018, également en vertu de la *Loi 26*, contre quatre sociétés du Groupe SM, solidairement avec d'autres défendeurs, leur réclamant plus de 14 M \$ pour avoir participé à une collusion relativement à l'appel d'offres du contrat des compteurs d'eau¹² [la créance des compteurs d'eau].

[11] Le 7 novembre 2018, vu le défaut de Groupe SM de rembourser la créance PRV et l'imminence de la vente de certains actifs à Thornhill, la Ville informe Groupe SM de son intention d'opérer compensation entre ce qu'elle lui doit et les créances ci-haut mentionnées, tout en précisant que ses créances ne peuvent être purgées ou compromises par la restructuration puisqu'elles découlent de la fraude et d'un détournement de fonds du Trésor public¹³.

[12] Dans la foulée, Deloitte dépose, le 23 novembre 2018, un recours en jugement déclaratoire et demande au Tribunal de déclarer que la Ville ne peut opérer la compensation recherchée et de lui ordonner de payer ce qui est dû au Groupe SM¹⁴. La Ville conteste cette demande et recherche une déclaration statuant que la compensation légale a opéré de plein droit¹⁵. À l'audience, les parties conviennent que

⁸ Pièce VM-2, Entente conclue entre la Ville de Montréal et le Groupe SM inc., 27 novembre 2017 (sous-scellée).

⁹ *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 [abrogé le 1^{er} novembre 2017].

¹⁰ *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3.

¹¹ Le montant est confidentiel puisque l'entente est déposée sous-scellée dans le présent dossier. Comme l'écrit la juge dans le jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 34 : « Puisque l'entente est strictement confidentielle et malgré l'autorisation de la ministre de la produire dans le présent dossier de cour, le Tribunal se limite à n'en rapporter que les éléments essentiels aux fins de trancher le présent débat ».

¹² Demande introductive d'instance modifiée, 12 février 2019, dossier n° 500-17-104932-184.

¹³ Pièce P-3, Lettre de la Ville de Montréal à Groupe SM, 7 novembre 2018.

¹⁴ Demande du Contrôleur en jugement déclaratoire, 23 novembre 2018, paragr. 1 (b).

¹⁵ Contestation de la Ville et demande en jugement déclaratoire, 12 décembre 2018, paragr. 78.

la demande en jugement déclaratoire de Deloitte ne vise que des travaux effectués par Groupe SM entre le 24 août et le 19 novembre 2018¹⁶.

[13] La juge de première instance s'interroge d'abord sur la qualification à donner aux montants réclamés par la Ville.

[14] Sur la créance PRV, la juge se réfère à la *Loi 26* et aux termes de l'entente intervenue. Elle retient que la loi est claire et que les ententes PRV sont souscrites par des entreprises faisant face à une présomption non réfutée d'avoir participé à une fraude ou à une manœuvre dolosive. Malgré que le paiement convenu soit fait sans admission ou reconnaissance de responsabilité et que l'article 22¹⁷ de la loi s'applique aux parties quittancées, elle décide que la « dette issue du PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par la débitrice à l'endroit de la Ville »¹⁸.

[15] Sur la créance des compteurs d'eau, la juge souligne que la poursuite intentée est basée sur des allégations de collusion et de fraude contre plusieurs acteurs importants du monde de la construction, « mais ne peut être traitée comme une créance liquide et exigible »¹⁹.

[16] La juge explique ensuite le mécanisme mis en place à l'article 19 *LAAC* et le fondement de la qualification des créances invoquées par la Ville :

[43] Selon l'article 19(1) *LACC*, un plan d'arrangements visera toutes les dettes que la débitrice avait lors de l'ordonnance initiale. Ces dettes constituent des créances ordinaires qui seront ainsi traitées selon le plan. Par contre, en application de l'article 19(2), toute dette résultant de la fraude, ne pourra être compromise par le plan d'arrangement. Le créancier d'une dette frauduleuse pourra la réclamer au-delà de la restructuration.

[...]

[46] Ainsi, le régime visé par la *LACC* a pour objet de compromettre au premier jour du prononcé d'une ordonnance initiale, les dettes connues, liquides et exigibles, afin qu'une fois l'ordonnance initiale expirée, les créanciers prennent leur rang afin de se faire payer en tout ou en partie leur [sic] réclamations suivant le plan d'arrangements voté.

¹⁶ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 2, 6-11, 13 et 21.

¹⁷ L'art. 22 *Loi 26* précise qu'une entreprise, qui a obtenu une quittance pour une réclamation découlant d'un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive en vertu de l'art. 3 *Loi 26*, ne peut faire l'objet d'une demande en garantie ou d'un recours récursoire à cet égard. Voir jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 30 et 38.

¹⁸ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 39.

¹⁹ *Id.*, paragr. 42.

[47] En cas de dettes issues de la fraude, la débitrice n'est pas automatiquement libérée même au terme du processus de restructuration. Pour que les dettes issues de la fraude soient compromises, cela requiert le consentement des créanciers visés par la dette frauduleuse.²⁰

[Renvois omis; soulignements ajoutés]

[17] En revanche, précise la juge, la créance issue de la fraude ne devient pas prioritaire :

[48] Rien dans la revue du texte de la LACC, la jurisprudence et la doctrine ne permet de conclure comme le fait la Ville, qu'en l'espèce, une créance issue de la fraude deviendrait prioritaire et payable, même durant la période couverte par l'ordonnance initiale. Cette interprétation serait hautement préjudiciable à l'égard des créanciers privilégiés et des autres créanciers ordinaires. Cette interprétation irait à l'encontre de l'interprétation donnée aux effets de la LACC et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.²¹

[18] Les dettes liées à la fraude ne pourront donc être visées par le plan d'arrangement que si les créanciers concernés donnent leur accord²². Et la juge conclut que l'arrêt *Kitco*²³, invoqué par Deloitte, permet de répondre aux questions soulevées par le recours en jugement déclaratoire :

[69] [...] En l'espèce, la compensation entre ces dettes issues du PRV ou la condamnation éventuelle du Groupe SM dans le dossier des compteurs d'eau ne peut faire l'objet d'une compensation en vertu de l'article 21 LACC avec les montants réclamés.²⁴

[19] En raison des articles 21 LACC et 1673 C.c.Q. et vu que la créance des compteurs d'eau n'était qu'hypothétique en date de l'ordonnance initiale, la juge conclut que la compensation ne pouvait être envisagée. Quant à la créance PRV, elle ne pouvait être compensée avec celle du Groupe SM qui n'est devenue exigible que plusieurs semaines après le 24 août 2018.

*

[20] La Ville plaide que la nature de ses créances doit avoir un impact sur le droit à la compensation et qu'il s'agit d'une question préalable. Elle tient pour acquis, à la suite du jugement dont appel, que ses réclamations découlent de la fraude du Groupe SM et sont visées à l'alinéa 19(2)d) LACC. Elles ne pourraient dès lors être compromises sans son consentement puisqu'elles résultent de manœuvres dolosives effectuées à l'occasion de contrats publics.

²⁰ *Id.*, paragr. 43 et 46-47.

²¹ *Id.*, paragr. 48.

²² *Id.*, paragr. 51.

²³ *Métaux Kitco inc. (Arrangement relatif à)*, 2017 QCCA 268 [Kitco].

²⁴ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 69.

[21] Or, l'enseignement de l'arrêt *Kitco* ne s'appliquerait qu'à des réclamations qui peuvent être compromises, la Cour ne s'étant pas penchée sur l'interaction entre le paragraphe 19(2) et l'article 21 *LACC*. Dans un tel cas de figure, le moment de naissance de l'obligation n'est pas pertinent puisque la survie de cette créance ne saurait être compromise par un plan d'arrangement.

[22] La Ville soutient en conséquence que, le 24 août 2018, la compensation légale s'est opérée de plein droit entre la créance PRV et le montant qui deviendra dû à Groupe SM, conformément à l'article 1673 *C.c.Q.* En ce qui concerne le contrat relatif aux compteurs d'eau, conclu le 17 mars 2008, l'appelante convient que la compensation ne peut opérer de plein droit, sa créance n'étant pas exigible. Il faudrait attendre la liquidation judiciaire de sa réclamation lancée le 26 septembre 2018. Jusqu'à ce que sa créance soit liquidée, la Ville serait en droit de conserver les montants sur lesquels elle prétend pouvoir opérer compensation.

[23] La Ville insiste que l'exercice du droit à la compensation ne lui confère pas une préférence indue. Il est prévu à la *LACC* et, ce faisant, le législateur a ouvert la porte à la modification de l'ordre de priorité établi en matière de faillite. Toutefois, l'assiette de la garantie du créancier se limite alors au montant de sa dette et ne s'étend pas à tous les biens du patrimoine du débiteur. Le traitement en résultant ne lui conférerait pas un traitement plus favorable qu'aux créanciers garantis. Tout comme eux, elle n'est pas assujettie au processus de restructuration, sauf avec son consentement. Le Tribunal peut certes restreindre le droit à la compensation selon le cas. En l'espèce, cette discrétion devrait être exercée en sa faveur.

[24] En terminant, la Ville reproche à la juge d'avoir statué *ultra petita* en la condamnant à payer 825 892,20 \$ avec intérêt légal et indemnité additionnelle pour les services rendus par le Groupe SM entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018. Elle souligne que la demande en jugement déclaratoire de Deloitte ne contient pas de conclusion en ce sens. Qui plus est, l'ordonnance recherchée par Deloitte assujettit tout paiement des factures réclamées à l'approbation préalable de la Ville dans le cours normal des affaires, par exemple si les services ont été mal rendus. Cette étape n'a pas été franchie. Au surplus, la juge note que la Ville n'a accepté les chiffres avancés par Deloitte que « de façon théorique n'étant pas en mesure d'en confirmer l'exactitude »²⁵.

La créance PRV et le paragraphe 19(2) *LACC*

[25] L'article 21 *LACC* énonce :

²⁵ *Id.*, paragr. 7.

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[26] Le paragraphe 19(1) *LACC* énumère les réclamations qui peuvent être considérées – et donc compromises – dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement conclu en vertu de cette loi. Il s'agit, sauf exception, des réclamations se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie, à la date de l'ordonnance initiale²⁶ ou auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée avant la date de l'ordonnance initiale²⁷.

[27] L'article 2 *LACC* précise qu'une réclamation s'entend de toute dette, de tout engagement ou de toute obligation de quelque nature que ce soit, qui constituerait une réclamation prouvable au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁸ [*LFI*]. Cette définition est complétée par le paragraphe 121(1) de la même loi. En date de l'ordonnance initiale, la créance PRV constituait une réclamation prouvable qui pouvait être compromise dans le cadre de l'arrangement à intervenir, à moins d'être assimilée à une exception visée au paragraphe 19(2) *LACC*, j'y reviendrai. Elle était également, en principe, susceptible de compensation.

[28] Si l'on tient pour acquis, pour fins de discussion, que la créance PRV est assujettie au paragraphe 19(1) *LACC*, il découle des enseignements de l'arrêt *Kitco*²⁹ que la compensation n'est pas permise entre une dette née avant les procédures prises en vertu de la *LACC*, telle la créance PRV, et une autre dette née après celles-ci, comme la créance de Groupe SM envers la Ville.

[29] Sous la plume du juge Vézina, cet arrêt rappelle notamment que : les réclamations s'établissent à la première des deux dates visées à l'alinéa 19(1)a) *LACC* (l'ordonnance initiale ou l'ouverture de la faillite) et constituent des dettes nées avant les procédures, auxquelles les règles de la compensation s'appliquent³⁰; l'interprétation littérale de l'article 21 *LACC* va à l'encontre de l'objectif primordial de cette loi, soit la restructuration des grandes entreprises en difficulté pour en assurer la survie,

²⁶ Sous-al. 19(1)a)(i) *LACC*.

²⁷ Al. 19(1)b) *LACC*.

²⁸ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 [*LFI*].

²⁹ En raison des liens étroits entre la *LACC* et la *LFI*, le juge Vézina a recours aux enseignements de la Cour suprême en application du paragr. 97(3) *LFI* pour interpréter l'art. 21 *LACC* : *Kitco*, *supra*, note 23, paragr. 23-25 et 51-88.

³⁰ *Kitco*, *supra*, note 23, paragr. 36.

puisqu'elle fait échec à la période de *statu quo* pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'arrangement en vue de le soumettre à ses créanciers³¹; les régimes mis en place par la *LACC* et la *LFI* édictent une procédure collective qui assure le maintien du *statu quo* par la suspension des recours individuels des créanciers, pendant le temps requis pour préparer un plan de restructuration en vue d'un arrangement ou d'un concordat³²; les deux régimes sont intégrés, comme le démontrent leurs nombreuses dispositions concordantes³³; le traitement des créanciers sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités édictées par la loi, est un principe reconnu du droit de l'insolvabilité³⁴.

[30] Le juge Vézina d'ajouter :

[82] À mon avis, les articles 21 *L.a.c.c.* et 97 (3) *L.f.i.* qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus.

[...]

[91] L'arrangement ne modifie pas l'application de la compensation. Il lie tout créancier qui a une réclamation prouvable (*L.f.i.*, art. 2) au jour d'Ouverture, laquelle est déjà réduite de sa propre dette à la débitrice ou laquelle constituera un motif de défense à une action de la débitrice, même postérieure à l'arrangement conclu. [...]³⁵

[Soulignement ajouté]

[31] La Ville ne remet pas en cause ces déterminations. Elle plaide qu'en raison de la nature de la créance PRV, qui découle d'une fraude, l'exception prévue au paragraphe 19(2) *LACC* reçoit application. Il en résulterait deux conséquences de droit : d'une part, cette dette ne peut être compromise par l'arrangement décidé en application de la *LACC*; d'autre part, l'arrêt *Kitco* ne ferait pas autorité ici, de sorte que la compensation a opéré entre sa créance et celle de Groupe SM.

[32] Pour les motifs qui suivent, j'estime que cette prétention doit échouer.

³¹ *Id.*, paragr. 43-44.

³² *Id.*, paragr. 54-55.

³³ *Id.*, paragr. 56-57.

³⁴ *Id.*, paragr. 62.

³⁵ *Id.*, paragr. 82-83 et 91.

[33] Le paragraphe 19(2) *LACC* précise que certaines réclamations ne peuvent être compromises, ce qui est notamment le cas d'une réclamation se rapportant à :

d) toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu'une dette ou obligation de la compagnie qui découle d'une réclamation relative à des capitaux propres;

(d) any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation, other than a debt or liability of the company that arises from an equity claim; or

[...]

[...]

[Soulignement ajouté]

[34] La facture de l'alinéa 19(2)d) est pratiquement identique à celle de l'alinéa 178(1)e) *LFI* applicable à la faillite d'une personne physique, qui précise les dettes à l'égard desquelles un failli ne peut être libéré³⁶. La jurisprudence sur la portée de cette disposition est dès lors utile pour interpréter le paragraphe 19(2) *LACC*.

[35] Ainsi, le créancier qui invoque le paragraphe 19(2) *LACC* doit satisfaire au fardeau de preuve applicable à l'alinéa 178(1)e) *LFI*. La Cour rappelait récemment, dans l'arrêt *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, que le créancier doit alors prouver, selon la prépondérance des probabilités, que : (1) le débiteur lui a fait une déclaration; (2) celle-ci était fautive; (3) le débiteur savait que cette déclaration était fautive; et (4) cette fautive déclaration a été faite dans le but d'obtenir un bien ou un service³⁷. La Cour ajoute, en regard du troisième élément, que « la preuve de l'intention frauduleuse peut difficilement être faite directement et qu'il faudra souvent avoir recours aux présomptions de fait »³⁸. En revanche, « une fois que le créancier a prouvé la fausseté d'une représentation de son débiteur, la présomption de bonne foi est neutralisée et il incombe alors à ce dernier de justifier sa conduite »³⁹.

[36] Aux fins de qualifier la créance de la Ville, la juge de première instance emprunte la démarche suivante :

³⁶ Jacques Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n^o 763.

³⁷ *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376, paragr. 37-38, référant à *Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, paragr. 30; *Tringle c. Potvin*, 1996 CanLII 6256, p. 7 (C.A.) cité avec approbation dans *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304, paragr. 4; Jacques Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 647, n^o 2189.

³⁸ *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, *supra*, note 37, paragr. 38, référant à *Laurentide Finance Co. c. Cusson*, [1973] C.A. 328, p. 331.

³⁹ *Ibid.* Voir aussi : *Gagné c. Tremblay*, 2007 QCCA 647, paragr. 12.

- La *Loi 26* est d'ordre public et créé des mesures exceptionnelles pour recouvrer des sommes payées injustement à la suite de fraudes dans l'adjudication et la gestion de contrats publics;
- Le PRV permet à une entreprise de rembourser volontairement certaines sommes payées injustement dans le contexte d'un contrat public⁴⁰;
- La Ville reproche à Groupe SM des fraudes et manœuvres dolosives et réclame le remboursement des sommes injustement payées. Or, l'article 10 de la *Loi 26* établit une présomption « selon laquelle toute entreprise qui a participé à une fraude ou manœuvre dolosive est présumée avoir causé préjudice à l'organisme public »⁴¹, préjudice présumé « correspondre à 20% du montant total du contrat »⁴²;
- La *Loi 26* est limpide et il découle de l'entente une « présomption non réfutée d'avoir participé à la fraude ou à une manœuvre dolosive »⁴³. Ainsi, la « dette issue du PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par la débitrice à l'endroit de la Ville »⁴⁴.

[37] Avec beaucoup d'égards, j'estime que certains de ces constats sont erronés en droit et que la Cour doit intervenir. Même si l'objectif de la *Loi 26* est légitime et les mesures mises en place exceptionnelles, il n'en résulte pas pour autant qu'une entreprise recherchant le bénéfice du PRV est présumée avoir commis une fraude, c'est tout le contraire.

[38] Les règles relatives à ce programme se retrouvent aux articles 3 à 9 de la *Loi 26*. L'article 3 expose que le PRV permet à une entreprise de « rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive ». La nuance est de taille. Sûrement pas d'admission de fraude ici.

[39] Par ailleurs, l'administrateur du programme a notamment pour fonction de tenter d'amener le ministre et une entreprise à s'entendre⁴⁵ et il dispose, pour ce faire, d'une garantie législative de confidentialité certifiant que ce qui est dit ou écrit dans le cadre du programme ne peut d'aucune façon être reçu en preuve :

7. Tout ce qui est dit ou écrit dans le cadre de l'application du programme est confidentiel et ne peut être reçu en preuve, à moins que le ministre et

7. Anything said or written within the framework of the program is confidential and may not be admitted in evidence unless the Minister and

⁴⁰ Art. 3 *Loi 26*.

⁴¹ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 28.

⁴² Selon l'article 11 de la *Loi 26* auquel se réfère la juge au paragr. 29 du jugement entrepris.

⁴³ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 33 et 34.

⁴⁴ *Id.*, paragr. 39.

⁴⁵ Art. 6, 2^e al. *Loi 26*.

l'entreprise ou la personne physique mentionnée à l'article 10 n'y consentent.

8. L'administrateur du programme, le ministre, l'entreprise ou la personne physique mentionnée à l'article 10 ne peut être contraint de dévoiler ce qui lui a été dit ou ce dont il a eu connaissance dans le cadre de l'application du programme. Il ne peut non plus être tenu de produire un document préparé ou obtenu dans ce cadre devant un tribunal judiciaire, devant une personne ou un organisme de l'ordre administratif lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles ou devant toute autre personne ou organisme ayant le pouvoir de citer des témoins à comparaître, de recueillir de la preuve et d'exiger la production de documents.

Malgré l'article 9 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), nul n'a droit d'accès à un tel document.

the enterprise or natural person mentioned in section 10 agree otherwise.

8. The program director, the Minister and the enterprise or natural person mentioned in section 10 cannot be compelled to disclose anything they hear or learn within the framework of the program. Nor can they be compelled to produce a document prepared or obtained within that framework before a court of justice, before a person or body of the administrative branch exercising adjudicative functions or before any other person or body having the power to summon witnesses, gather evidence and require the production of documents.

Despite section 9 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1), no person may have access to such a document.

[Soulignements ajoutés]

[40] Le PRV, publié en vertu des articles 3 et 4 de la *Loi 26*, est en phase avec ce cadre législatif. Il énonce :

1. Le Programme de remboursement volontaire permet à toute personne physique et à toute entreprise de rembourser certaines sommes payées injustement par un organisme public dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public, conclu après le 1er octobre 1996, et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manoeuvre dolosive.

[...]

4. Tout ce qui est dit ou écrit dans le

1. The Voluntary Reimbursement Program makes it possible for every natural person and every enterprise to reimburse certain amounts improperly paid by a public body in the course of the tendering, awarding or management of a public contract entered into after 1 October 1996 in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

[...]

4. Anything said or written within the

cadre de l'application du Programme est confidentiel et ne peut être reçu en preuve, à moins que la Ministre et la personne physique ou l'entreprise qui participe au Programme n'y consentent expressément.

[...]

7. Le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du Programme **ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu'elle a commis une faute.**

[...]

12. L'ensemble du processus d'analyse et de négociation d'une proposition de règlement **a lieu à huis clos.**

[...]

24. La personne physique ou l'entreprise s'engage à révéler à l'Administrateur tous les faits et les renseignements pertinents à l'évaluation de sa proposition de règlement. La proposition doit également être vérifiable, c'est-à-dire que la personne physique ou l'entreprise doit mettre à la disposition de l'Administrateur tous les documents et renseignements disponibles démontrant la raisonnable de sa proposition.

[...]

43. Lorsqu'elle est acceptée, la proposition de règlement constitue une transaction.

44. Dans la mesure où une proposition de règlement est acceptée, **la Ministre signe une quittance au nom des organismes publics visés et la transmet à la personne physique ou l'entreprise à**

framework of the Program is confidential and cannot be admitted in evidence unless the Minister and the natural person or enterprise participating in the Program agree otherwise.

[...]

7. The fact that a natural person or an enterprise participates in the Program **does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or enterprise.**

[...]

12. The entire process of analysing and negotiating a settlement proposal **is confidential and limited to the parties.**

[...]

24. A natural person or enterprise must undertake to make known to the Director all the facts and information relevant to an assessment of the settlement proposal. The proposal must also be verifiable, meaning that the natural person or enterprise must make all the documents and information showing that its proposal is reasonable available to the Director.

[...]

43. Once accepted, the settlement proposal constitutes a transaction.

44. If a settlement proposal is accepted, **the Minister must sign a discharge on behalf of the public bodies involved and send it to the natural person or enterprise after full payment has been made, or at any**

la suite du paiement complet ou à tout autre moment antérieur dans la mesure où celle-ci se déclare satisfaite des garanties offertes.

other previous time if the Minister is satisfied with the guarantees proposed.

[...]

[...]

46. À la fin du Programme, l'Administrateur doit détruire l'ensemble des documents et informations qui lui ont été remis par les parties. Il détruit l'ensemble des documents préparés par son équipe et lui-même dans le cadre du Programme, à l'exception des documents de nature administrative qui permettent de rendre compte de l'utilisation des ressources nécessaires à la réalisation de son mandat.

46. At the termination of the Program, the Director must destroy all documents and information conveyed to him by the parties. All documents prepared by the Director and the Director's team within the framework of the Program must likewise be destroyed, except documents of an administrative nature that detail the use of the resources necessary to carry out the Director's mandate.

[Soulignements et caractères gras ajoutés]

[41] Enfin, l'entente confidentielle conclue entre la Ville et Groupe SM comporte des dispositions générales qui sont au même effet. Il y est notamment stipulé que : le fait de se prévaloir du programme ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission de commission d'une faute quelconque; les dispositions relatives à la quittance donnée par la ministre de la Justice ne prendront effet qu'au moment de l'encaissement complet du paiement; le paiement est fait sans admission ou reconnaissance de responsabilité; l'existence et le contenu de la transaction de même que les faits et circonstances l'entourant sont confidentiels.

[42] Compte tenu de ces dispositions et stipulations, la juge de première instance se trompe en concluant, comme elle le fait, que le fait d'adhérer au programme de remboursement permet d'inférer que Groupe SM a participé à une fraude et que la transaction conclue en vertu de la *Loi 26* et du PRV confère à la Ville une réclamation se rapportant à une dette ou obligation résultant d'une fraude. Outre le fait que les discussions et documents de toute sorte échangés dans le cadre du programme, y compris la transaction intervenue, sont confidentiels, le fait de se prévaloir du PRV ne peut constituer une admission qu'une faute quelconque a été commise, encore moins une reconnaissance de responsabilité découlant d'une fraude.

[43] La Ville ne peut davantage invoquer la présomption établie à l'article 10, 1^{er} alinéa de la *Loi 26*, retenue par la juge de première instance:

10. Toute entreprise ou toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, a participé à une fraude ou à une manoeuvre dolosive

10. Any enterprise or natural person who has, in any capacity, participated in fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or

dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

management of a public contract is presumed to have caused injury to the public body concerned.

[...]

[...]

[Soulignement ajouté]

[44] Cette présomption est édictée au chapitre III de la loi qui concerne les « Règles particulières applicables aux recours judiciaires ». Cela signifie qu'une fois la preuve faite devant le tribunal qu'une entreprise a participé à une fraude dans le contexte d'un contrat public, il en résulte une présomption qu'un préjudice a été causé à l'organisme concerné.

[45] Or, non seulement une présomption de préjudice n'est-elle pas créée lorsqu'une personne se prévaut du PRV (au chapitre II de la loi), mais ce régime exclut on ne peut plus clairement qu'il puisse en résulter même une admission de faute.

[46] Il me semble à propos de faire une analogie entre l'espèce et l'affaire *Tavan c. Rostami*⁴⁶ dans laquelle l'appelante avait déposé une demande alléguant que les intimés avaient utilisé un stratagème et obtenu un prêt en faisant de fausses déclarations. Les intimés ont acquiescé à la demande et reconnu devoir le montant réclamé. Quelques mois plus tard, ils ont déclaré faillite sans avoir remboursé la somme due. L'appelante a intenté un recours au motif que les intimés n'avaient pas été libérés de cette dette vu l'alinéa 178(1)e) *LFI*. De son point de vue, la confession de jugement constituait une admission des faits allégués dans la demande introductive d'instance. La Cour a rejeté cette prétention :

[1] La confession de jugement des intimés dans le dossier 500-17-061300-102 ne comporte pas d'admission voulant que les prêts aient été obtenus par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits. Le jugement rendu sur la confession de jugement n'emporte chose jugée qu'à l'égard du quantum de la créance de l'appelante et de l'obligation des intimés de la lui rembourser.⁴⁷

[47] En l'absence d'une preuve suffisante, la Cour a rejeté l'appel au motif que « l'appelante ne réussit pas à démontrer l'existence de fausses représentations, encore moins d'une intention frauduleuse »⁴⁸. En l'espèce, il est encore plus clair qu'aucune admission n'a été faite.

⁴⁶ *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304.

⁴⁷ *Id.*, paragr. 1.

⁴⁸ *Id.*, paragr. 5.

[48] Quant à l'arrêt *R. c. Fedele*⁴⁹ auquel se réfère la juge, il n'est d'aucune aide à la Ville.

[49] Revenons aux critères mentionnés dans l'arrêt *Dupuis*. Force est de constater que la Ville n'a pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que Groupe SM lui a fait des déclarations fausses, en sachant qu'elles l'étaient, dans le but d'obtenir un bien ou un service. En raison de cette lacune fondamentale qui découle des choix faits par la Ville, la présomption de bonne foi n'est pas neutralisée⁵⁰ et la Ville ne peut se prévaloir de l'exception prévue à l'alinéa 19(2)d) *LACC*.

[50] La créance PRV ne peut donc être qualifiée de frauduleuse. Elle constitue une créance ordinaire et est donc compromise selon le paragraphe 19(1) *LACC*. L'argumentaire échafaudé par la Ville ne résiste pas à l'analyse. Bien que cette détermination suffise pour rejeter ce moyen de l'appelante, j'ajouterai ceci au sujet de la prétention de compensation en matière de fraude.

[51] La juge de première instance a décidé, à bon droit, que même en présence d'une dette qui résulterait d'une fraude, les principes énoncés dans l'arrêt *Kitco* reçoivent application. La compensation ne peut donc s'opérer entre une dette de cette nature née avant des procédures en insolvabilité et une dette née après celles-ci.

[52] L'article 21 *LACC* doit recevoir une interprétation qui ne compromet pas l'objectif de restructuration recherché par la loi. Une interprétation qui ébranle le *statu quo* et fait douter de la suspension des recours individuels des créanciers pendant que l'on prépare un plan de restructuration en vue d'un arrangement constituerait une menace sérieuse à son fonctionnement ordonné et efficace. Le caractère non compromissaire d'une réclamation ne saurait faire échec au principe selon lequel les procédures d'exécution sont suspendues durant la restructuration, sauf si une ordonnance est rendue par le tribunal chargé de l'application de la *LACC*⁵¹.

[53] Par ailleurs, il arrive que certains aspects de la réorganisation des entreprises de grande envergure concernent l'intérêt public⁵². S'il est vrai que personne ne souhaite que la fraude demeure sans conséquence, cela ne justifie pas de mettre de côté les règles mises en place par la *LACC*. Ces règles imposent notamment de traiter les créanciers sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités édictées par la loi. Or, la dette frauduleuse ne constitue pas une créance prioritaire, ce que le législateur aurait pu édicter s'il l'avait voulu. Adopter une interprétation étendue de la compensation en

⁴⁹ *R. c. Fedele*, 2018 QCCA 1901.

⁵⁰ *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, *supra*, note 38. Voir aussi: *Gagné c. Tremblay*, *supra*, note 39.

⁵¹ La Ville a d'ailleurs demandé – et obtenu – la levée de la suspension des procédures entreprises contre le Groupe SM en vertu de la *LACC* avant que le processus de restructuration ne soit complété, et ce, afin de pouvoir intenter un recours civil contre lui et d'autres personnes en lien avec les contrats octroyés pour les compteurs d'eau. Jugement sur la suspension des procédures, C.S. Montréal, n° 500-11-055122-184, 22 janvier 2019, Corriveau, j.c.s.

⁵² *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2010] 3 R.C.S. 379, 2010 CSC 60, paragr. 60.

matière de créance frauduleuse aurait pour effet de conférer, en pratique, une priorité accrue et de brouiller les cartes considérablement.

[54] L'appelante ne soumet aucun précédent en ce sens dans la jurisprudence applicable. Ce constat parle par lui-même.

[55] La Ville reconnaît que, règle générale, une fois la restructuration complétée, une réclamation frauduleuse n'est pas purgée, de sorte que le créancier peut encore tenter de récupérer sa créance auprès de l'entreprise restructurée. En l'espèce toutefois, comme il y a une vente d'actifs en vertu de l'article 36 LACC et que Groupe SM deviendra une « coquille vide », son recours est illusoire.

[56] Il est vrai que les créanciers ordinaires ne toucheront pas un sou au terme de l'opération de « réorganisation », mais le Tribunal, après étude et examen des considérations pertinentes, a conclu que la vente proposée devait être approuvée, ce que la Ville n'a contesté ni avant ni après la décision rendue le 12 novembre 2018.

La créance relative aux compteurs d'eau

[57] La juge première instance a rejeté, à bon droit, cette réclamation de l'appelante.

[58] La compensation ne peut davantage opérer ici parce que la créance du Groupe SM invoquée par la Ville est postérieure à l'ordonnance initiale. Par ailleurs, des allégations de fraude dans une procédure ne suffisent pas pour mettre en œuvre le paragraphe 19(2) LACC et retarder pendant une période indéfinie les arrangements autorisés par le Tribunal. La créance alléguée n'est ni certaine, ni liquide, ni exigible⁵³, et la Ville n'a pas demandé au Tribunal chargé de l'application de la LACC de l'accepter et d'en évaluer le montant⁵⁴.

L'*ultra petita* et la condamnation monétaire contre la Ville

[59] La juge de première instance condamne la Ville à payer au contrôleur Deloitte 825 892,20 \$ avec intérêt légal et indemnité additionnelle, pour les travaux exécutés par Groupe SM entre l'ordonnance initiale du 24 août 2018 et la cession de certains contrats à Thornhill le 19 novembre 2018.

[60] La Ville plaide que la demande pour jugement déclaratoire ne prévoit pas, dans son dispositif, le paiement de ce montant, mais plutôt des sommes dues à Groupe SM pour services rendus depuis le 24 août 2018, « *subject to the City of Montreal's right to reasonably review and approve each invoices issued by the SM Group for thoses services, in the ordinary course of business* »⁵⁵.

⁵³ Art. 1673 C.c.Q.

⁵⁴ *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, [2012] 3 R.C.S. 443, 2012 CSC 67, paragr. 34.

⁵⁵ Demande de Deloitte en jugement déclaratoire, 23 novembre 2018, paragr. 3.

[61] La prohibition d'adjuger au-delà de ce qui est demandé est prévue au deuxième alinéa de l'article 10 C.p.c. Comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt *Brégaïnt c. Daoust*, « l'interdiction de statuer *ultra petita* est intimement liée au droit d'être entendu sur la question à trancher »⁵⁶. Celle-ci n'est toutefois pas absolue. Le tribunal peut « corriger les impropriétés dans les conclusions d'un acte de procédure pour donner à celles-ci leur véritable qualification eu égard aux allégations de l'acte »⁵⁷.

[62] La procédure de réclamation et de paiement en matière de contrats publics comporte plusieurs particularités. Ce n'est pas parce que Groupe SM a transmis une facture que le montant réclamé sera intégralement payé. Divers niveaux d'approbation et de vérification doivent être franchis avant que le paiement soit finalement autorisé, le cas échéant. Une telle procédure est généralement prévue dans les contrats ou dans les cahiers des charges et doit d'être respectée. C'est le cas en l'espèce⁵⁸.

[63] La Ville n'a reconnu les montants qu'à des fins théoriques. La juge le note dans son jugement :

[7] Pour les fins du présent débat, la Ville accepte ces chiffres de façon théorique n'étant pas en mesure d'en confirmer l'exactitude.

[64] De son côté, Deloitte n'a produit qu'un tableau dans lequel elle a additionné les sommes supposément dues entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018⁵⁹, sans toutefois déposer les factures au soutien de ces montants.

[65] Dans les circonstances, vu la conclusion recherchée par Deloitte au paragraphe 3 du dispositif de sa demande introductive d'instance et le débat tel qu'engagé, la Ville pouvait raisonnablement comprendre qu'elle n'avait pas à contester les sommes avancées par Deloitte à ce stade-ci. Elle a le droit d'être entendue avant que soit tranchée cette question.

[66] D'avis que la juge de première instance a statué *ultra petita* sous ce rapport, je propose d'accueillir l'appel à la seule fin de remplacer le paragraphe 76 du jugement entrepris par le paragraphe suivant :

[76] **ORDONNE** à la Ville de Montréal de payer à Groupe SM les sommes dues pour les services rendus entre le 24 août 2018 et le 19 novembre 2018, sous réserve du droit de la Ville de Montréal de réviser et d'approuver au préalable les factures émanant de Groupe SM relatives à ces services.

[67] Avec frais de justice contre l'appelante, vu le caractère accessoire de ce débat.

⁵⁶ *Brégaïnt c. Daoust*, 2016 QCCA 721, paragr. 27.

⁵⁷ Art. 10, 2^e al. C.p.c.

⁵⁸ Voir par exemple : Pièce VM-4, Extrait d'un contrat type conclu entre la Ville de Montréal et le Groupe SM, clauses 3.02, 3.03 et 3.07.

⁵⁹ Pièce P-2, Tableau des montants dus par la Ville de Montréal au Groupe SM, 21 novembre 2018.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

MOTIFS DU JUGE RUEL

[68] J'ai lu avec intérêt les motifs fort exhaustifs de mon collègue le juge Rochette.

[69] Je partage son avis en ce qui concerne la créance des compteurs d'eau (la « seconde créance »). Celle-ci n'est ni certaine, ni liquide, ni exigible, ce qui fait que la Ville ne pouvait invoquer compensation⁶⁰.

[70] Avec égards, je diverge cependant d'avis avec mon collègue au sujet de la créance résultant du PRV⁶¹ (la « créance PRV »), en application de la *Loi 26*⁶².

[71] La Ville cherche à exclure cette créance PRV du processus de restructuration du Groupe SM et opérer compensation avec des sommes dues à Groupe SM pour certains contrats publics exécutés entre l'ordonnance initiale et la vente des actifs de Groupe SM.

[72] La juge de première instance conclut que, malgré le fait que le paiement convenu par Groupe SM est fait sans admission ou reconnaissance de responsabilité, la « dette issue du PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par la débitrice à l'endroit de la Ville »⁶³.

[73] Mon collègue n'est pas d'accord avec la juge, indiquant que, même si l'objectif de la *Loi 26* est légitime, il n'en résulte pas pour autant qu'une entreprise ayant participé au PRV est présumée avoir commis une fraude.

[74] Or, à mon avis, compte tenu du contexte particulier de la *Loi 26*, il doit être présumé que la dette PRV de Groupe SM envers l'appelante résulte « de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » selon l'alinéa 19(2)d) de la *LACC*⁶⁴.

[75] Par conséquent, à moins de preuve contraire, cette dette ne peut être compromise lors d'une restructuration ou d'un arrangement sous le régime de la *LACC*.

⁶⁰ *Code civil du Québec*, article 1673.

⁶¹ *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1.

⁶² *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3.

⁶³ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 39.

⁶⁴ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36.

[76] Il convient de mentionner que la preuve par présomption est déjà permise pour établir qu'une dette résulte « de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » selon l'alinéa 178(1)e) de la *LF*⁶⁵, dont la facture est similaire à celle de l'alinéa 19(2)d) de la *LACC*, particulièrement en ce qui concerne l'intention frauduleuse⁶⁶. Cette présomption peut être repoussée par une preuve contraire de justification⁶⁷.

[77] L'objectif de la *Loi 26* est clair et vise, à son article 1, le remboursement et le recouvrement « de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de [...] l'attribution [...] de contrats publics ». [Soulignement ajouté.]

[78] De plus, l'article 3 de la *Loi 26*, portant sur l'instauration du PRV, se lit comme suit [soulignement ajouté] :

3. Le ministre publie à la *Gazette officielle du Québec* un programme de remboursement volontaire à durée déterminée afin qu'une entreprise ou une personne physique mentionnée à l'article 10 puisse rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive.

3. The Minister publishes in the *Gazette officielle du Québec* a voluntary, fixed-term reimbursement program to make it possible for an enterprise or a natural person mentioned in section 10 to reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

[79] Malgré l'utilisation des termes « pour lequel il y aurait pu avoir fraude ou manœuvre dolosive » *in fine* de cet article, on indique que ce sont les entreprises ou personnes physiques mentionnées à l'article 10 qui peuvent se prévaloir du PRV, soit « [t]oute entreprise ou toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, a participé à une fraude ou à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public ». [Soulignement ajouté.]

[80] L'article 1 du PRV précise l'objectif général de la *Loi 26* en indiquant que le Programme permet « à toute entreprise de rembourser certaines sommes payées injustement par un organisme public » en raison de fraudes ou de manœuvres dolosives. [Soulignement ajouté.]

[81] Les attendus du préambule de l'entente PRV conclue entre la Ville et Groupe SM énoncent que la Ville estime avoir droit au remboursement de sommes versées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives commises par Groupe

⁶⁵ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3.

⁶⁶ *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, *supra*, note 38.

⁶⁷ *Ibid*; voir aussi : *Gagné c. Tremblay*, *supra*, note 50, paragr. 12.

SM dans le cadre de l'octroi de contrats publics. C'est la raison fondamentale pour laquelle elle transige. Selon l'article 1 de l'entente PRV, le préambule fait intégralement partie de la transaction.

[82] Il est vrai que le PRV prévoit à son article 7 que le fait pour une entreprise de se prévaloir du Programme ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ou de faute⁶⁸. À mon avis, cependant, cette disposition vise principalement la reconnaissance de la responsabilité criminelle ou pénale. Le volet civil est déjà purgé par la quittance donnée par l'organisme public en application de l'article 5 de la *Loi 26*.

[83] Le texte de l'alinéa 19(2)d) de la *LACC* ne prévoit pas une infraction. Il ne traite que d'une dette obtenue par des faux semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits. Le contexte n'est pas pénal, mais celui d'une restructuration financière.

[84] La Cour suprême, dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, écrit que « les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée [...] »⁶⁹.

[85] Dans cet esprit, il serait contraire à l'intérêt public qu'une entreprise qui conclut une entente PRV pour des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives contre un organisme public dans le contexte de contrats publics puisse voir cette transaction annihilée ou très substantiellement réduite dans le cadre d'une faillite ou d'une restructuration.

[86] Les fraudes et activités collusoires dans les contrats publics de construction et d'ingénierie ont contribué à pourrir le tissu social et économique, à grands frais pour la société québécoise⁷⁰, et à miner la confiance du public dans l'intégrité des processus d'octroi des contrats des organismes publics.

[87] En effet, « [l]es fraudes dans les appels d'offres pour des travaux publics soulèvent [...] des préoccupations au Québec où ce type de comportement illégal semble avoir été fortement banalisé par plusieurs entrepreneurs œuvrant dans le milieu de la construction [...] »⁷¹.

⁶⁸ *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1, article 7.

⁶⁹ *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, paragr. 60.

⁷⁰ Voir sur ce point L'honorable France Charbonneau et Renaud Lachance, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, Québec, 2015, t. 3, p. 74-77.

⁷¹ *R. c. Fedele*, *supra*, note 49, paragr. 43.

[88] La récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics sous le régime de la *Loi 26* vise justement à répondre à ces sérieuses préoccupations d'intérêt public. Comme le souligne notre Cour dans l'arrêt *R. c. Fedele* [soulignements ajoutés] :

[44] [...] les tribunaux ne sont pas pour autant insensibles aux préoccupations sérieuses que soulèvent les manipulations des appels d'offres pour les contrats de travaux publics. La Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics prévoit justement des mesures exceptionnelles pour répondre aux fraudes et aux manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion des contrats publics au Québec pour la période postérieure au 15 décembre 1997. Cette loi constitue un repère législatif permettant de conclure au manque d'éthique et à la morale laxiste (sinon criminelle) dans plusieurs entreprises en lien avec l'octroi de contrats publics au Québec.⁷²

[89] Je suis donc en accord avec la juge de première instance lorsqu'elle affirme que :

[33] Le langage de la *Loi 26* est des plus limpide, selon les termes de la loi et de l'arrêt précité, les ententes [PRV] sont souscrites par des entreprises faisant face à une présomption non réfutée d'avoir participé à la fraude ou à une manœuvre dolosive.⁷³

[90] L'idée selon laquelle un organisme public devrait, pour invoquer l'alinéa 19(2)d) de la *LACC*, refaire un procès sur la conduite frauduleuse d'une entreprise ayant convenu d'une entente PRV dans l'instance judiciaire de restructuration apparaît contraire aux objectifs précités et à l'efficacité et la bonne administration de la justice.

[91] Les intimées ne sont pas préjudiciées puisqu'elles peuvent toujours tenter de renverser la présomption de fraude en établissant que la créance PRV ne résulte pas « de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits ».

[92] Reste la question de la compensation.

[93] Selon mon collègue, la compensation entre la créance PRV de la Ville et la créance de Groupe SM pour des travaux au bénéfice de la Ville n'est pas possible puisque cette dernière est née après le début des procédures de restructuration. Il invoque à cet égard l'arrêt *Kitco*⁷⁴.

⁷² *Id.*, paragr. 44.

⁷³ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 33.

⁷⁴ *Kitco*, *supra*, note 23.

[94] Or, à mon avis, cet arrêt doit être distingué.

[95] L'article 21 de la *LACC* donne ouverture à la compensation dans une situation comme en l'espèce, où il existe un intérêt public prépondérant de récupération des sommes obtenues frauduleusement dans le cadre de contrats publics à la suite de la conclusion d'une entente PRV.

[96] Cette disposition prévoit que les « règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances [...] ».

[97] Malgré le texte, qui n'établit pas de distinction entre la créance pré- ou post-restructuration, notre Cour jugeait dans l'arrêt *Kitco* que la compensation avec une créance post-restructuration ferait « échec à la période de *statu quo* voulue par la loi, pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'aménagement à soumettre à ses créanciers »⁷⁵.

[98] Je ne remets pas en cause cet énoncé. Cependant, je souligne que l'arrêt *Kitco* a été rendu dans un contexte différent de celui qui nous occupe.

[99] *Kitco* réclamait des remboursements de TPS et de TVQ. L'Agence du revenu du Québec (l'« ARQ ») estimait avoir découvert un stratagème de fausse facturation par lequel les fournisseurs de *Kitco* ne lui remettaient aucune taxe. Selon son analyse, l'ARQ aurait donc remboursé à *Kitco* des taxes qu'elle n'avait jamais perçues. L'ARQ a donc cotisé *Kitco* pour les sommes dont elle s'estimait flouée.

[100] Des procédures criminelles étaient en cours contre *Kitco*, mais aucune déclaration de culpabilité n'avait été prononcée. La participation de *Kitco* à ce stratagème était contestée par cette dernière, tant dans le cadre fiscal qu'en matière criminelle.

[101] *Kitco* entreprend un processus de restructuration sous le régime de la *LACC*. Après le prononcé de l'ordonnance initiale, *Kitco* continue ses opérations et verse ses taxes sur les intrants pour ensuite les réclamer à l'ARQ. Cette dernière reconnaissait devoir à *Kitco* plus de 1,7 million de dollars à ce titre. Toutefois, l'ARQ ne verse pas cette somme, mais l'impute, par compensation, au montant de ses cotisations.

[102] Ainsi, il n'était pas question d'une entreprise ayant participé au PRV et transigé pour remettre à l'État des sommes injustement obtenues dans le cadre de contrats publics, comme dans notre affaire, et dont la participation à une fraude ou à une manœuvre dolosive était présumée. Par ailleurs, l'arrêt *Kitco* est silencieux en ce qui a trait à la relation entre l'alinéa 19(2)d) et l'article 21 de la *LACC*.

⁷⁵ *Id.*, paragr. 43.

[103] Il est opportun ici de tracer un parallèle avec l'alinéa 178(1)e) de la *LFI*, penchant de l'alinéa 19(2)d) de la *LACC*. Comme l'écrit un auteur, "[t]he purpose of [section 178] is to protect creditors from the type of conduct that society considers offensive and unjust"⁷⁶. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de l'Ontario écrit dans l'arrêt *Simone v. Daley* :

All of the exceptions in [section 178] are based on what might be classed as an overriding social policy. In other words, they are the kinds of claims which society (through the legislators) considers to be of a quality which outweighs any possible benefit to society in the bankrupt being released of these obligations. [...]

Paragraphs (d) and (e) are morality concepts which look at conduct. Those kinds of conduct are unacceptable to society and a bankrupt will not be rewarded for such conduct by a release of liability.⁷⁷

[104] Ces conclusions s'appliquent également à l'alinéa 19(2)d) de la *LACC*.

[105] Conclure que l'on ne peut opérer compensation entre la créance PRV de la Ville et celle de Groupe SM fait en sorte que la Ville ne pourra jamais récupérer les montants pour lesquels elle a frauduleusement été privée par une entreprise malveillante, montants que Groupe SM a d'ailleurs accepté de rembourser à la Ville dans le cadre de l'entente PRV.

[106] Je reconnais que le maintien de la période de *statu quo* permettant à l'entreprise d'élaborer un plan d'aménagement constitue un objectif fondamental en matière de restructuration.

[107] Cependant, dans le contexte particulier de sommes qui sont présumées avoir été obtenues frauduleusement dans le cadre de contrats publics, cet objectif est contrebalancé par l'intérêt public prépondérant de permettre aux organismes publics, et par incidence, aux membres du public en général, de pouvoir espérer récupérer ces sommes, sans égard à la faillite ou à la restructuration de l'entreprise.

[108] Par conséquent, je proposerais d'accueillir l'appel et de déclarer qu'une compensation légale de plein droit s'est opérée après le 24 août 2018 entre la dette de l'appelante pour services rendus par Groupe SM et la dette de Groupe SM résultant de l'entente conclue dans le cadre du PRV.

⁷⁶ Frank Bennet, *Bennett on Bankruptcy*, 21^e éd., Toronto, LexisNexis, 2019, p. 665.

⁷⁷ *Simone v. Daley* (1999), 43 O.R. (3d) 511, p. 522, 1999 CanLII 328 (C.A. Ont.), citant *Jerrard v. Peacock*, 1985 CanLII 1148, paragr. 41 et 44 (Q.B. Alta.).

SIMON RUEL, J.C.A.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

réclamation S'entend de toute dette, de tout engagement ou de toute obligation de quelque nature que ce soit, qui constituerait une réclamation prouvable au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. (*claim*)

[...]

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Suspension : demande initiale

11.02 (1) Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

Definitions

2 (1) In this Act,

[...]

claim means any indebtedness, liability or obligation of any kind that would be a claim provable within the meaning of section 2 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*; (*réclamation*)

[...]

General power of court

11 Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

Stays, etc. — initial application

11.02 (1) A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de *la Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de *la Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

[...]

Réclamations considérées dans le cadre des transactions ou arrangements

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :

(i) la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,

(ii) la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une

be more than 30 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under *the Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

[...]

Claims that may be dealt with by a compromise or arrangement

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject on the earlier of

(i) the day on which proceedings commenced under this Act, and

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred

procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;

b) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre.

Exception

(2) La réclamation se rapportant à l'une ou l'autre des dettes ou obligations ci-après ne peut toutefois être ainsi considérée, à moins que la transaction ou l'arrangement ne prévoie expressément la possibilité de transiger sur cette réclamation et que le créancier intéressé n'ait voté en faveur de la transaction ou de l'arrangement proposé :

a) toute ordonnance d'un tribunal imposant une amende, une pénalité, la restitution ou une autre peine semblable;

b) toute indemnité accordée en justice dans une affaire civile :

(i) pour des lésions corporelles causées intentionnellement ou pour agression sexuelle,

(ii) pour décès découlant d'un acte visé au sous-alinéa (i);

c) toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors que la

to in section 116 of the Bankruptcy and Insolvency Act, the date of the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and

(b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).

Exception

(2) A compromise or arrangement in respect of a debtor company may not deal with any claim that relates to any of the following debts or liabilities unless the compromise or arrangement explicitly provides for the claim's compromise and the creditor in relation to that debt has voted for the acceptance of the compromise or arrangement:

(a) any fine, penalty, restitution order or other order similar in nature to a fine, penalty or restitution order, imposed by a court in respect of an offence;

(b) any award of damages by a court in civil proceedings in respect of

(i) bodily harm intentionally inflicted, or sexual assault, or

(ii) wrongful death resulting from an act referred to in subparagraph (i);

(c) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or

compagnie agissait, au Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire;

d) toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu'une dette ou obligation de la compagnie qui découle d'une réclamation relative à des capitaux propres;

e) toute dette relative aux intérêts dus à l'égard d'une somme visée à l'un des alinéas a) à d).

Compensation

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

Restriction à la disposition d'actifs

36 (1) Il est interdit à la compagnie débitrice à l'égard de laquelle une ordonnance a été rendue sous le régime de la présente loi de disposer, notamment par vente, d'actifs hors du cours ordinaire de ses affaires sans l'autorisation du tribunal. Le tribunal peut accorder l'autorisation sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'acquiescement des actionnaires, et ce malgré toute exigence à cet effet, notamment en vertu d'une règle de droit fédérale ou provinciale.

defalcation while acting in a fiduciary capacity or, in Quebec, as a trustee or an administrator of the property of others;

(d) any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation, other than a debt or liability of the company that arises from an equity claim; or

(e) any debt for interest owed in relation to an amount referred to in any of paragraphs (a) to (d).

Law of set-off or compensation to apply

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

Restriction on disposition of business assets

36 (1) A debtor company in respect of which an order has been made under this Act may not sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business unless authorized to do so by a court. Despite any requirement for shareholder approval, including one under federal or provincial law, the court may authorize the sale or disposition even if shareholder approval was not obtained.

Avis aux créanciers

(2) La compagnie qui demande l'autorisation au tribunal en avise les créanciers garantis qui peuvent vraisemblablement être touchés par le projet de disposition.

Facteurs à prendre en considération

(3) Pour décider s'il accorde l'autorisation, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a)** la justification des circonstances ayant mené au projet de disposition;
- b)** l'acquiescement du contrôleur au processus ayant mené au projet de disposition, le cas échéant;
- c)** le dépôt par celui-ci d'un rapport précisant que, à son avis, la disposition sera plus avantageuse pour les créanciers que si elle était faite dans le cadre de la faillite;
- d)** la suffisance des consultations menées auprès des créanciers;
- e)** les effets du projet de disposition sur les droits de tout intéressé, notamment les créanciers;
- f)** le caractère juste et raisonnable de la contrepartie reçue pour les actifs compte tenu de leur valeur marchande.

Notice to creditors

(2) A company that applies to the court for an authorization is to give notice of the application to the secured creditors who are likely to be affected by the proposed sale or disposition.

Factors to be considered

(3) In deciding whether to grant the authorization, the court is to consider, among other things,

- (a)** whether the process leading to the proposed sale or disposition was reasonable in the circumstances;
- (b)** whether the monitor approved the process leading to the proposed sale or disposition;
- (c)** whether the monitor filed with the court a report stating that in their opinion the sale or disposition would be more beneficial to the creditors than a sale or disposition under a bankruptcy;
- (d)** the extent to which the creditors were consulted;
- (e)** the effects of the proposed sale or disposition on the creditors and other interested parties; and
- (f)** whether the consideration to be received for the assets is reasonable and fair, taking into account their market value.

[...]

[...]

Autorisation de disposer des actifs en les libérant de restrictions**Assets may be disposed of free and clear**

(6) Le tribunal peut autoriser la disposition d'actifs de la compagnie, purgés de toute charge, sûreté ou autre restriction, et, le cas échéant, est tenu d'assujettir le produit de la disposition ou d'autres de ses actifs à une charge, sûreté ou autre restriction en faveur des créanciers touchés par la purge.

(6) The court may authorize a sale or disposition free and clear of any security, charge or other restriction and, if it does, it shall also order that other assets of the company or the proceeds of the sale or disposition be subject to a security, charge or other restriction in favour of the creditor whose security, charge or other restriction is to be affected by the order.

[...]

[...]

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3.**Définitions****Definitions**

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

2 In this Act,

[...]

[...]

réclamation prouvable en matière de faillite ou **réclamation prouvable** Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l'autorité de la présente loi par un créancier. (*claim provable in bankruptcy, provable claim or claim provable*)

claim provable in bankruptcy, provable claim or **claim provable** includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor; (*réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable*)

[...]

[...]

Transactions protégées**Protected transactions****97 (1)** [...]**97 (1)** [...]

[...]

[...]

Compensation

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Réclamations prouvables

121 (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[...]

Law of set-off or compensation

(3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

Claims provable

121 (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[...]

Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3

CHAPITRE I
OBJET ET DÉFINITIONS

1. La présente loi prévoit des mesures exceptionnelles adaptées au remboursement

CHAPTER I
PURPOSE AND DEFINITIONS

1. This Act provides for exceptional measures for the reimbursement and

et au recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manoeuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics.

CHAPITRE II

PROGRAMME DE REMBOURSEMENT

3. Le ministre publie à la *Gazette officielle du Québec* un programme de remboursement volontaire à durée déterminée afin qu'une entreprise ou une personne physique mentionnée à l'article 10 puisse rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manoeuvre dolosive.

4. Le programme de remboursement que le ministre entend créer doit être publié, à titre de projet, à la *Gazette officielle du Québec*, accompagné d'un avis indiquant notamment le délai avant l'expiration duquel le programme ne pourra être créé et le fait que tout intéressé peut, durant ce délai, transmettre des commentaires à la personne qui y est désignée.

5. Dans le cadre du programme de remboursement, le ministre agit pour le compte d'un organisme public. À cette fin, il peut transiger et donner valablement quittance à l'égard des contrats visés.

Un organisme public peut toutefois, dans les cas, aux conditions et de la manière déterminés par le ministre, intervenir dans le cadre du programme, notamment en participant à un vote de l'ensemble des organismes publics visés par la proposition

recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of public contracts.

CHAPTER II

REIMBURSEMENT PROGRAM

3. The Minister publishes in the *Gazette officielle du Québec* a voluntary, fixed-term reimbursement program to make it possible for an enterprise or a natural person mentioned in section 10 to reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

4. The reimbursement program the Minister intends to establish must be published as a draft program in the *Gazette officielle du Québec*, together with a notice stating the period that must elapse before the program may be established and during which an interested person may send comments to the person specified in the notice.

5. Within the scope of the reimbursement program, the Minister acts on behalf of a public body. For that purpose, the Minister may transact and validly grant a discharge regarding the contracts concerned.

A public body may, however, in the cases, on the conditions and in the manner determined by the Minister, intervene within the scope of the program, in particular by participating in a vote of all the public bodies covered by a settlement proposal made by

de règlement formulée par l'entreprise ou la personne physique mentionnée à l'article 10.

6. Le gouvernement désigne une personne pour agir à titre d'administrateur du programme. Elle doit exercer ses fonctions de façon impartiale.

L'administrateur a notamment pour fonction de tenter d'amener le ministre et une entreprise ou une personne physique mentionnée à l'article 10 à s'entendre.

Dans ce cadre, il doit les informer de la portée des dispositions des articles 7 et 8 et formuler des recommandations au ministre quant aux propositions de remboursement dont il est saisi.

7. Tout ce qui est dit ou écrit dans le cadre de l'application du programme est confidentiel et ne peut être reçu en preuve, à moins que le ministre et l'entreprise ou la personne physique mentionnée à l'article 10 n'y consentent.

8. L'administrateur du programme, le ministre, l'entreprise ou la personne physique mentionnée à l'article 10 ne peut être contraint de dévoiler ce qui lui a été dit ou ce dont il a eu connaissance dans le cadre de l'application du programme. Il ne peut non plus être tenu de produire un document préparé ou obtenu dans ce cadre devant un tribunal judiciaire, devant une personne ou un organisme de l'ordre administratif lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles ou devant toute autre personne ou organisme ayant le pouvoir de citer des témoins à comparaître, de recueillir de la preuve et d'exiger la production de documents.

an enterprise or natural person mentioned in section 10.

6. The Government designates a person to act as program director. The person must exercise the functions of office in an impartial manner.

One of the director's duties is to attempt to bring the Minister and an enterprise or natural person mentioned in section 10 to an agreement.

For that purpose, the director must inform them of the scope of sections 7 and 8 and make recommendations to the Minister with regard to any reimbursement proposals received.

7. Anything said or written within the framework of the program is confidential and may not be admitted in evidence unless the Minister and the enterprise or natural person mentioned in section 10 agree otherwise.

8. The program director, the Minister and the enterprise or natural person mentioned in section 10 cannot be compelled to disclose anything they hear or learn within the framework of the program. Nor can they be compelled to produce a document prepared or obtained within that framework before a court of justice, before a person or body of the administrative branch exercising adjudicative functions or before any other person or body having the power to summon witnesses, gather evidence and require the production of documents.

Malgré l'article 9 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), nul n'a droit d'accès à un tel document.

CHAPITRE III

RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX RECOURS JUDICIAIRES

10. Toute entreprise ou toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, a participé à une fraude ou à une manoeuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

Le cas échéant, la responsabilité de ses dirigeants en fonction au moment de la fraude ou de la manoeuvre dolosive est engagée, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

La responsabilité des administrateurs de l'entreprise en fonction au moment de la fraude ou de la manoeuvre dolosive est également engagée s'il est établi qu'ils savaient ou qu'ils auraient dû savoir qu'une fraude ou une manoeuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Les entreprises et les personnes physiques visées au présent article sont solidairement responsables du préjudice causé, à moins que l'organisme public n'y renonce.

Despite section 9 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1), no person may have access to such a document.

CHAPTER III

SPECIAL RULES APPLICABLE TO JUDICIAL PROCEEDINGS

10. Any enterprise or natural person who has, in any capacity, participated in fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of a public contract is presumed to have caused injury to the public body concerned.

In such a case, the officers of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are held liable unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

The directors of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are also held liable if it is established that they knew or ought to have known that fraud or fraudulent tactics were committed in relation to the contract concerned, unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

The enterprises and natural persons referred to in this section are solidarily liable for the injury caused, unless such liability is waived by the public body.

11. Le préjudice est présumé correspondre à la somme réclamée par l'organisme public concerné pour le contrat visé lorsque cette somme ne représente pas plus de 20% du montant total payé pour le contrat visé.

L'organisme public peut, sous réserve d'en faire la preuve, réclamer une somme supérieure à celle déterminée en vertu du premier alinéa.

Toute somme accordée par le tribunal en application du présent article porte intérêt à compter de la réception de l'ouvrage par l'organisme public concerné pour le contrat visé, au taux fixé en vertu de l'article 28 de la Loi sur l'administration fiscale (chapitre A-6.002).

12. Le ministre peut, pour le compte d'un organisme public, intenter une action contre une entreprise ou une personne physique visée à l'article 10 après l'avoir informé de son intention et lui avoir accordé un délai raisonnable pour qu'il intente lui-même une action.

Le cas échéant, le ministre peut transiger sur une somme qu'il réclame en vertu du premier alinéa et donner valablement quittance à l'égard des contrats visés.

CHAPITRE IV DISPOSITIONS DIVERSES

18. La présente loi est d'ordre public.

22. Une entreprise ou une personne physique mentionnée à l'article 10 qui a obtenu quittance pour une réclamation découlant d'un contrat visé à l'article 3 ne peut faire l'objet d'une demande en garantie ou d'un recours récursoire à cet égard.

11. The injury is presumed to correspond to the amount claimed by the public body concerned for the contract concerned if the amount does not exceed 20% of the total amount paid for that contract.

The public body may, subject to providing proof, claim an amount greater than that determined under the first paragraph.

Any amount granted by the court under this section bears interest from the date the work is accepted by the public body concerned for the contract concerned, at the rate determined under section 28 of the Tax Administration Act (chapter A-6.002).

12. The Minister may, on behalf of a public body, bring an action against an enterprise or natural person referred to in section 10 after informing the public body of its intention and giving the public body reasonable time to bring an action itself.

In such a case, the Minister may transact on an amount the Minister claims under the first paragraph and validly grant a discharge regarding the contracts concerned.

CHAPTER IV MISCELLANEOUS PROVISIONS

18. This Act is public policy.

22. No recourse in warranty or recursory action may be brought against an enterprise or natural person mentioned in section 10 who has been granted a discharge for a claim arising from a contract described in section 3.

Programme de remboursement volontaire, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 [abrogé le 1er novembre 2017].

1. Le Programme de remboursement volontaire permet à toute personne physique et à toute entreprise de rembourser certaines sommes payées injustement par un organisme public dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public, conclu après le 1er octobre 1996, et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manoeuvre dolosive.

4. Tout ce qui est dit ou écrit dans le cadre de l'application du Programme est confidentiel et ne peut être reçu en preuve, à moins que la Ministre et la personne physique ou l'entreprise qui participe au Programme n'y consentent expressément.

L'Administrateur, la Ministre, l'organisme public, l'entreprise ou la personne physique qui participe au Programme, ou toute personne les représentant, ne peut être contraint de dévoiler ce qui lui a été dit ou ce dont il a eu connaissance dans le cadre de l'application du Programme. Il ne peut être tenu de produire un document préparé ou obtenu dans ce cadre devant un tribunal judiciaire, devant une personne ou un organisme de l'ordre administratif lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles ou devant toute autre personne ou organisme ayant le pouvoir d'assigner des témoins, de recueillir de la preuve et d'exiger la production de documents.

7. Le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du Programme ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu'elle a

1. The Voluntary Reimbursement Program makes it possible for every natural person and every enterprise to reimburse certain amounts improperly paid by a public body in the course of the tendering, awarding or management of a public contract entered into after 1 October 1996 in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

4. Anything said or written within the framework of the Program is confidential and cannot be admitted in evidence unless the Minister and the natural person or enterprise participating in the Program agree otherwise.

The Director, Minister, public body, enterprise or natural person participating in the Program, or any person representing them, cannot be compelled to disclose anything they hear or learn within the framework of the Program. Nor can they be compelled to produce a document prepared or obtained within that framework before a court of justice, before a person or body of the administrative branch exercising adjudicative functions or before any other person or body having the power to summon witnesses, gather evidence and require the production of documents.

7. The fact that a natural person or an enterprise participates in the Program does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or

commis une faute.

8. Toute personne physique ou entreprise qui se prévaut du Programme reconnaît que le fait qu'elle révèle des informations ou transmette des documents dans ce cadre n'a pas pour effet de limiter, de quelque façon que ce soit, la capacité d'un organisme public d'entreprendre contre elle tout recours civil concernant des contrats publics qui n'auront pas fait l'objet d'un règlement dans le cadre du Programme ou qui ne sont pas visés par la Loi.

De plus, toute personne physique ou entreprise reconnaît que sa participation au Programme, et la conclusion d'une entente en vertu de celui-ci, ne la protège, ni ses dirigeants, d'aucune façon de poursuites pénales et/ou criminelles qui ont été ou pourraient être intentées contre elle à l'égard de contrats publics qu'elle a conclus.

12. L'ensemble du processus d'analyse et de négociation d'une proposition de règlement a lieu à huis clos.

L'Administrateur peut cependant autoriser une personne, dont il considère la présence nécessaire, à participer à une rencontre.

24. La personne physique ou l'entreprise s'engage à révéler à l'Administrateur tous les faits et les renseignements pertinents à l'évaluation de sa proposition de règlement. La proposition doit également être vérifiable, c'est-à-dire que la personne physique ou l'entreprise doit mettre à la disposition de l'Administrateur tous les documents et renseignements disponibles démontrant la raisonnable de sa proposition.

enterprise.

8. Every natural person or enterprise participating in the Program acknowledges that revealing information or sending documents within the Program framework does not restrict in any manner whatever a public body's capacity to bring civil proceedings against the natural person or enterprise in relation to public contracts for which a settlement has not been reached under the Program or to which the Act does not apply.

Every natural person or enterprise acknowledges that participation in the Program and the conclusion of an agreement under it in no manner protects the natural person or enterprise, or its officers, against any penal or criminal proceedings that have been or may be brought in connection with public contracts entered into by the natural person or enterprise.

12. The entire process of analysing and negotiating a settlement proposal is confidential and limited to the parties.

The Director may, however, authorise a person to participate in a meeting if attendance by the person is considered necessary by the Director.

24. A natural person or enterprise must undertake to make known to the Director all the facts and information relevant to an assessment of the settlement proposal. The proposal must also be verifiable, meaning that the natural person or enterprise must make all the documents and information showing that its proposal is reasonable available to the Director.

43. Lorsqu'elle est acceptée, la proposition de règlement constitue une transaction.

44. Dans la mesure où une proposition de règlement est acceptée, la Ministre signe une quittance au nom des organismes publics visés et la transmet à la personne physique ou l'entreprise à la suite du paiement complet ou à tout autre moment antérieur dans la mesure où celle-ci se déclare satisfaite des garanties offertes.

Dans la mesure où une personne physique ou une entreprise obtient une quittance sur la base de fausses déclarations ou d'une divulgation manifestement incomplète, la quittance est sans effet à l'égard des contrats qui ont fait l'objet de fausses déclarations ou de la divulgation manifestement incomplète.

La Ministre conserve les sommes versées par la personne physique ou l'entreprise, mais celles-ci sont déduites des sommes que la personne physique ou l'entreprise pourrait être condamnée à verser à titre de dommages-intérêts.

46. À la fin du Programme, l'Administrateur doit détruire l'ensemble des documents et informations qui lui ont été remis par les parties. Il détruit l'ensemble des documents préparés par son équipe et lui-même dans le cadre du Programme, à l'exception des documents de nature administrative qui permettent de rendre compte de l'utilisation des ressources nécessaires à la réalisation de son mandat.

43. Once accepted, the settlement proposal constitutes a transaction.

44. If a settlement proposal is accepted, the Minister must sign a discharge on behalf of the public bodies involved and send it to the natural person or enterprise after full payment has been made, or at any other previous time if the Minister is satisfied with the guarantees proposed.

If a natural person or enterprise obtains a discharge on the basis of false statements or a disclosure that is clearly incomplete, the discharge is without effect as regards the contracts for which false statements were made or for which there was clearly incomplete disclosure.

The Minister keeps the amounts paid by the natural person or enterprise, after deducting any amounts that may become payable as damages by the natural person or enterprise.

46. At the termination of the Program, the Director must destroy all documents and information conveyed to him by the parties. All documents prepared by the Director and the Director's team within the framework of the Program must likewise be destroyed, except documents of an administrative nature that detail the use of the resources necessary to carry out the Director's mandate.

Century Services Inc. *Appellant*

v.

Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty The Queen in Right of Canada *Respondent***INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****2010 SCC 60**

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. *Appelante*

c.

Procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Intimé***RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)****2010 CSC 60**

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édition de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the *CCAA* established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a *CCAA* or *BIA* provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA* in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the *BIA* or the *CCAA*, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la *LACC* ou de la *LFI* confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la *LTA*, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI* en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la *LFI* ou la *LACC*, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édition du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édition du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court’s discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l’appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C’est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d’une disposition de la LACC et d’une disposition de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l’une avec l’autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l’évolution des priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j’arrive à la conclusion que c’est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu’il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l’insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the *CCAA* proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the *BIA*. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the *BIA* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the *CCAA* was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la *LFI* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the *CCAA* and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the *CCAA*.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the *CCAA* and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during *CCAA* proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its *CCAA* authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la *LACC*, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la *LTA*, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la *LTA* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la *LACC*.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la *LTA* l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la *LACC* et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *LTA* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la *LACC*, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la *LACC* en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolubles — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvables ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrerait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by *CCAA* s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in *CCAA* proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the *CCAA*'s override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that *CCAA* s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the *CCAA* as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a *CCAA* reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the *CCAA* helps in understanding how the *CCAA* grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématique » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime de la *LACC*, le tribunal évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établit une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [. . .] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the *CCAA* stay to commence proceedings under the *BIA*. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the *BIA*.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the *CCAA* to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferrable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la *LFI*. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la *LFI*. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la *LFI*. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la *LFI*.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, *Brenner C.J.S.C.* may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of *Brenner C.J.S.C.* on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. *Brenner C.J.S.C.*'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef *Brenner* ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef *Brenner* le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« LACC »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudenciel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the *CCAA*:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la *LACC* :

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the *CCAA* and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes* les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la *LFI*. L'article 222 de la *LTA* ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la *LFI* dans la *LTA*.

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

¹ Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la *LACC* disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

¹ L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) . . . [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in “clear conflict” with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) . . . [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the *CCAA* and *ETA* described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the *BIA* enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the *CCAA*, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the *BIA*. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la *LACC* et à la *LTA*. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la *LFI* ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la *LACC*, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la *LFI*. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [. . .] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown’s argument that the “later in time” principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to “overrule” it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or “any other law” other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, “later in time” provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l’intention du législateur, s’il est raisonnablement possible de la dégager de l’ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J’accepte l’argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l’espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c’est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l’emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l’avons vu, la disposition particulière antérieure n’a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C’est précisément, à mon sens, ce qu’accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l’emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d’application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l’effet (inexistant) qu’a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d’un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current *CCAA* is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la *LACC* actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la *LACC*, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la *LACC*.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiration of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

18.3 (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

- (a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or
- (b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.3 (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

- a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
- b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

11. [General power of court] Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

11. [Pouvoir général du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;
- b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiry of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or

(v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,

(v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas *a)(i)* à *(v)* qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Newfoundland and Labrador *Appellant*

v.

AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc., Bowater Canadian Holdings Inc., Ad Hoc Committee of Bondholders, Ad Hoc Committee of Senior Secured Noteholders and U.S. Bank National Association (Indenture Trustee for the Senior Secured Noteholders) *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Her Majesty The Queen in Right of British Columbia, Ernst & Young Inc., as Monitor, and Friends of the Earth Canada *Interveners*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR v. ABITIBIBOWATER INC.

2012 SCC 67

File No.: 33797.

2011: November 16; 2012: December 7.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy and Insolvency — Provable claims — Contingent claims — Corporation filing for insolvency protection — Province issuing environmental protection orders against corporation and seeking declaration that orders not “claims” under Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), and not subject to claims procedure order — Whether environmental protection orders are monetary claims that

Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve-et-Labrador *Appelante*

c.

AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc., Bowater Canadian Holdings Inc., comité ad hoc des créanciers obligataires, comité ad hoc des porteurs de billets garantis de premier rang et U.S. Bank National Association (fiduciaire désigné par l’acte constitutif pour les porteurs de billets garantis de premier rang) *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l’Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur, et Les Ami(e)s de la Terre Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR c. ABITIBIBOWATER INC.

2012 CSC 67

N° du greffe : 33797.

2011 : 16 novembre; 2012 : 7 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Réclamations prouvables — Réclamations éventuelles — Demande de protection contre l’insolvabilité par une société — Ordonnances environnementales émises par la province contre la société et demande, par la province, d’un jugement déclarant que les ordonnances ne constituent pas des « réclamations » aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985,

can be compromised in corporate restructuring under CCAA — Whether CCAA is ultra vires or constitutionally inapplicable by permitting court to determine whether environmental order is a monetary claim.

A was involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador (the “Province”). In a period of general financial distress, it ended its last operation there, filed for insolvency protection in the United States and obtained a stay of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The Province subsequently issued five orders under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2, requiring A to submit remediation action plans for five industrial sites it had occupied, three of which had been expropriated by the Province, and to complete the remediation actions. The Province also brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the CCAA in relation to A’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the environmental protection orders. The Province argued that the environmental protection orders were not “claims” under the CCAA and therefore could not be stayed and subject to a claims procedure order. It further argued that Parliament lacked the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that were validly made in the exercise of a provincial power. A contested the motion, arguing that the orders were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order. The CCAA court dismissed the Province’s motion. The Court of Appeal denied the Province leave to appeal.

Held (McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis J.J.: Not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified

ch. C-36 (« LACC »), et qu’elles ne sont pas assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations — Les ordonnances environnementales constituent-elles des réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la LACC? — La LACC est-elle ultra vires ou constitutionnellement inapplicable en permettant au tribunal de déterminer si une ordonnance environnementale constitue une réclamation pécuniaire?

A a poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador (la « province »). Dans une période de grandes difficultés financières, elle a mis un terme à ses activités dans la province, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis et elle a obtenu une suspension des procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). La province a par la suite prononcé cinq ordonnances environnementales en vertu de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, contraignant A à présenter des plans de restauration pour cinq sites industriels qu’elle avait occupés, dont trois avaient été expropriés par la province, et à réaliser les plans de restauration approuvés. La province a également demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la LACC dans le cadre de la réorganisation proposée de A n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances environnementales. La province a plaidé que les ordonnances environnementales ne constituent pas des « réclamations » au sens de la LACC et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle a de plus fait valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux. A a contesté la requête et a soutenu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Le juge chargé d’appliquer la LACC a rejeté la requête de la province et la Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel de la province.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Les ordonnances des organismes administratifs ne sont pas toutes de nature pécuniaire, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d’insolvabilité, mais

at the outset of the proceedings. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims or orders on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the *CCAA* court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

There are three requirements orders must meet in order to be considered claims that may be subject to the insolvency process in a case such as the one at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. In this case, the first criterion was met because the Province had identified itself as a creditor by resorting to environmental protection enforcement mechanisms. Second, the debt, liability or obligation must be incurred as of a specific time. This requirement was also met since the environmental damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Third, it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation. The present case turns on this third requirement, and the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms.

A claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred. The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative. In the context of an environmental protection order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subject to the insolvency process.

certaines peuvent l'être en dépit du fait qu'elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* doit déterminer s'il y a suffisamment de faits indiquant qu'il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l'organisme administratif qui a prononcé l'ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l'organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Le tribunal qui évalue une réclamation ou une ordonnance ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l'ordonnance n'est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

Pour qu'elles constituent des réclamations pouvant être assujetties au processus applicable en matière d'insolvabilité dans une affaire telle celle en l'espèce, les ordonnances doivent satisfaire à trois conditions. Premièrement, il doit s'agir d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un créancier. En l'espèce, il a été satisfait à la première condition puisque la province s'est présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application en matière de protection de l'environnement. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance à un moment précis. Il a également été satisfait à cette condition puisque les dommages environnementaux sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation. La présente affaire est centrée sur cette troisième condition, et la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes.

Il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu. Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural. Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

Certain indicators can guide the CCAA court in this assessment, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. The analysis is grounded in the facts of each case. In this case, the CCAA court's assessment of the facts, particularly its finding that the orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

Subjecting such orders to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay a debt. It merely ensures that the Province's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third party creditors and replace the polluter-pay principle with a "third-party-pay" principle. Moreover, to subject environmental protection orders to the claims process is not to invite corporations to restructure in order to rid themselves of their environmental liabilities. Reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice, and when the risks corporations engage in materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders.

Because the provisions on the assessment of claims in insolvency matters relate directly to Parliament's jurisdiction, the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. The interjurisdictional immunity doctrine is also inapplicable, because a finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities; its claim is simply subject to the insolvency process.

Per McLachlin C.J. (dissenting): Remediation orders made under a province's environmental protection

Certains indicateurs permettent de guider le tribunal dans cette analyse, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. L'analyse est fondée sur les faits propres à chaque cas. En l'espèce, l'appréciation des faits par le tribunal, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites par la province, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

Le fait d'assujettir ces ordonnances au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. Le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers et substituerait au principe du pollueur-payeur celui du « tiers-payeur ». En outre, l'assujettissement des ordonnances environnementales à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales. Une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré, et lorsque les risques auxquels s'exposent les sociétés se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en supportent les terribles coûts.

L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. La doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas non plus parce qu'une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier; sa réclamation est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes

legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They may only be reduced to monetary claims which can be compromised under *CCAA* proceedings in narrow circumstances where a province has done the remediation work, or where it is “sufficiently certain” that it will do the work. This last situation is regulated by the provisions of the *CCAA* for contingent or future claims. The test is whether there is a likelihood approaching certainty that the province will do the work. “Likelihood approaching certainty” recognizes that the government’s decision is discretionary and may be influenced by competing political and social considerations, which are not normally subject to judicial consideration. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with Deschamps J.

Apart from the orders related to the work done or tendered for on the Buchans property, the orders for remediation in this case are not claims that can be compromised. The *CCAA* maintains the fundamental distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in *CCAA* restructuring or bankruptcy. The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. His failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead. There is nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. The Province retained a number of options, including leaving the sites contaminated, or calling on Abitibi to remediate following its emergence from restructuring. There is nothing in the record that makes it more probable, much less establishes “sufficient certainty”, that the Province will opt to do the work itself.

d’une loi provinciale sur la protection de l’environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne peuvent être converties en réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC* que dans certaines circonstances particulières, lorsqu’une province a exécuté les travaux ou lorsqu’il est « suffisamment certain » qu’elle exécutera les travaux. Cette deuxième situation est prévue par les dispositions de la *LACC* relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Le critère consiste à déterminer s’il existe une probabilité proche de la certitude que la province exécutera les travaux. Une « probabilité proche de la certitude » reconnaît que la décision du gouvernement est discrétionnaire et peut être influencée par des considérations politiques et sociales concurrentes qui sont normalement soustraites à l’examen judiciaire. Dans la mesure où cette décision touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par la juge Deschamps.

À l’exception des ordonnances relatives aux travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés, les ordonnances exigeant la décontamination en l’espèce ne constituent pas des réclamations pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre d’une restructuration. La *LACC* établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la *LACC* ou en matière de faillite, d’autre part. Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Le fait qu’il n’ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place. Aucune preuve au dossier ne laisse croire que la province entreprendra la décontamination des sites. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. La province a conservé un certain nombre de choix, notamment laisser les sites contaminés, ou demander à Abitibi d’exécuter les travaux lorsqu’elle aura complété sa restructuration. Rien au dossier n’indique qu’il est plus probable, et encore moins qu’il est « suffisamment certain », que la province choisira d’exécuter elle-même la décontamination.

Per LeBel J. (dissenting): The test proposed by the Chief Justice according to which the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the Province would remediate the contamination itself is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J. best reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. Applying that test, the appeal should be allowed on the basis that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself.

Cases Cited

By Deschamps J.

Distinguished: *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **referred to:** *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd. (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, S.N.L. 2008, c. A-1.01.
Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27, s. 9.
Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act, S.C. 1997, c. 12.

Le juge LeBel (dissident) : Le critère que propose le Juge en chef, selon lequel la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination, ne constitue pas le critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce le juge Deschamps reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. En appliquant ce critère, il y aurait lieu d’accueillir le pourvoi puisqu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination.

Jurisprudence

Citée par le juge Deschamps

Distinction d’avec l’arrêt : *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd. (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, S.N.L. 2008, ch. A-1.01.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1497, 1508, 1513.
Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, art. 99, 102(3).
Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, S.C. 2007, c. 36, s. 65.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "claim provable in bankruptcy", "creditor", 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1497, 1508, 1513.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) "claim", 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, c. E-14.2, ss. 99, 102(3).

Treaties and Other International Instruments

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2.

Authors Cited

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. "Comment: *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy*" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt.: Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. "Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update" (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland J.A.), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, dismissing the appellant's motion for leave to appeal a decision of Gascon J., 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

David R. Wingfield, Paul D. Guy and Philip Osborne, for the appellant.

compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1997, ch. 12.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005), L.C. 2007, ch. 36, art. 65.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, ch. 27, art. 9.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « créancier », « réclamation prouvable en matière de faillite », 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2(1) « réclamation », 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2.

Doctrines et autres documents cités

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. « Comment : *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy* » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de l'industrie*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt. : Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. « Rights in Legislation », in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford : Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. « Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

POURVOI contre une décision de la Cour d'appel du Québec (le juge Chamberland), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, qui a rejeté la requête de l'appelante pour permission d'en appeler d'un jugement du juge Gascon, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

David R. Wingfield, Paul D. Guy et Philip Osborne, pour l'appelante.

Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud and Marc B. Barbeau, for the respondents.

Christopher Rupar and Marianne Zoric, for the intervener the Attorney General of Canada.

Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello and Mario Faieta, for the intervener the Attorney General of Ontario.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Elizabeth J. Rowbotham, for the intervener Her Majesty The Queen in Right of British Columbia.

Robert I. Thornton, John T. Porter and Rachelle F. Moncur, for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor.

William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins and R. Graham Phoenix, for the intervener the Friends of the Earth Canada.

The judgment of Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The question in this appeal is whether orders issued by a regulatory body with respect to environmental remediation work can be treated as monetary claims under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”).

[2] Regulatory bodies may become involved in reorganization proceedings when they order the debtor to comply with statutory rules. As a matter of principle, reorganization does not amount to a licence to disregard rules. Yet there are circumstances in which valid and enforceable orders will be subject to an arrangement under the CCAA. One such circumstance is where a regulatory body

Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud et Marc B. Barbeau, pour les intimés.

Christopher Rupar et Marianne Zoric, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello et Mario Faieta, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Elizabeth J. Rowbotham, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

Robert I. Thornton, John T. Porter et Rachelle F. Moncur, pour l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur.

William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins et R. Graham Phoenix, pour l'intervenant Les Ami(e)s de la Terre Canada.

Version française du jugement des juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si des ordonnances d'un organisme administratif relatives à des travaux de décontamination peuvent être traitées comme des réclamations pécuniaires aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »).

[2] Un organisme administratif peut être appelé à intervenir dans le cadre de procédures de réorganisation lorsqu'il prononce une ordonnance intimant au débiteur de se conformer à une règle prescrite par la loi. En principe, une réorganisation ne permet pas à une personne d'ignorer ses obligations légales. Par ailleurs, en certaines circonstances, une ordonnance valable et exécutoire sera assujettie

makes an environmental order that explicitly asserts a monetary claim.

[3] In other circumstances, it is less clear whether an order can be treated as a monetary claim. The appellant and a number of interveners posit that an order issued by an environmental body is not a claim under the *CCAA* if the order does not require the debtor to make a payment. I agree that not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified at the outset of the proceeding. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims — or orders — on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

[4] The case at bar concerns contamination that occurred, prior to the *CCAA* proceedings, on property that is largely no longer under the debtor's possession and control. The *CCAA* court found on the facts of this case that the orders issued by Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland and Labrador (“Province”) were simply a first step towards remediating the contaminated property and asserting a claim for the resulting costs. In the words of the *CCAA* court, “the intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to

à un arrangement conclu en vertu de la *LACC*. C’est le cas notamment lorsqu’un organisme administratif prononce une ordonnance environnementale qui est explicitement formulée en termes pécuniaires.

[3] En d’autres circonstances, il est plus difficile de savoir si une ordonnance peut être traitée comme une réclamation pécuniaire. L’appelante et certains des intervenants affirment qu’une ordonnance émise par un organisme de protection de l’environnement ne constitue pas une réclamation au sens de la *LACC* si elle n’exige pas du débiteur qu’il lui paye un montant d’argent. Je conviens que les ordonnances des organismes administratifs ne constituent pas toutes des réclamations pécuniaires, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d’insolvabilité, mais certaines peuvent l’être en dépit du fait qu’elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l’application de la *LACC* doit déterminer s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l’organisme administratif qui a prononcé l’ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l’organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Lorsque le tribunal évalue une réclamation (ou une ordonnance) il ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l’ordonnance n’est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

[4] Le présent pourvoi a trait à des dommages environnementaux survenus avant que les procédures sous le régime de la *LACC* ne soient engagées, des dommages causés à des terrains qui, en majeure partie, ne sont plus en la possession du débiteur ni sous son contrôle. Le tribunal de première instance a conclu, selon les faits en l’espèce, que les ordonnances émises par Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») ne constituaient que la première étape en vue de restaurer les sites contaminés et de réclamer les coûts engagés. Comme l’a exprimé le juge de

recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, at para. 211). As a result, the CCAA court found that the orders were clearly monetary in nature. I see no error of law and no reason to interfere with this finding of fact. I would dismiss the appeal with costs.

I. Facts and Procedural History

[5] For over 100 years, AbitibiBowater Inc. and its affiliated or predecessor companies (together, “Abitibi”) were involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador. In 2008, Abitibi announced the closure of a mill that was its last operation in that province.

[6] Within two weeks of the announcement, the Province passed the *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, c. A-1.01 (“*Abitibi Act*”), which immediately transferred most of Abitibi’s property in Newfoundland and Labrador to the Province and denied Abitibi any legal remedy for this expropriation.

[7] The closure of its mill in Newfoundland and Labrador was one of many decisions Abitibi made in a period of general financial distress affecting its activities both in the United States and in Canada. It filed for insolvency protection in the United States on April 16, 2009. It also sought a stay of proceedings under the CCAA in the Superior Court of Quebec, as its Canadian head office was located in Montréal. The CCAA stay was ordered on April 17, 2009.

[8] In the same month, Abitibi also filed a notice of intent to submit a claim to arbitration under NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*,

première instance, [TRADUCTION] « les ordonnances avaient pour effet attendu, pratique et réaliste d’établir le fondement d’une réclamation permettant à la province de récupérer des sommes d’argent qui seraient utilisées pour procéder aux travaux de décontamination » (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, par. 211). Par conséquent, pour le tribunal, les ordonnances étaient clairement de nature pécuniaire. Je ne vois aucune erreur de droit ni aucune raison de modifier ces conclusions de fait. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

I. Faits et historique judiciaire

[5] Pendant plus d’une centaine d’années, AbitibiBowater Inc., et ses auteurs ou sociétés filiales (ensemble, « Abitibi ») ont poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador. En 2008, Abitibi a annoncé la fermeture de la dernière des scieries qu’elle exploitait dans cette province.

[6] Dans les deux semaines qui ont suivi cette annonce, la province a adopté l’*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, ch. A-1.01 (« *Abitibi Act* »), qui transférait immédiatement à la province la plus grande partie des biens d’Abitibi situés à Terre-Neuve-et-Labrador et privait la société de tous recours judiciaires en relation avec cette expropriation.

[7] La fermeture de sa scierie à Terre-Neuve-et-Labrador est l’une des nombreuses décisions prises par Abitibi dans une période où de grandes difficultés financières touchaient ses activités au Canada et aux États-Unis. Le 16 avril 2009, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis. Elle a également demandé à la Cour supérieure du Québec, à Montréal, où elle a son siège social au Canada, une suspension des procédures en vertu de la LACC. La suspension a été ordonnée le 17 avril 2009.

[8] Au cours du même mois, Abitibi a aussi déposé un avis d’intention de soumettre une plainte à l’arbitrage en vertu de l’ALENA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*,

Can. T.S. 1994 No. 2) for losses resulting from the *Abitibi Act*, which, according to Abitibi, exceeded \$300 million.

[9] On November 12, 2009, the Province’s Minister of Environment and Conservation (“Minister”) issued five orders (the “*EPA Orders*”) under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“*EPA*”). The *EPA Orders* required Abitibi to submit remediation action plans to the Minister for five industrial sites, three of which had been expropriated, and to complete the approved remediation actions. The *CCAA* judge estimated the cost of implementing these plans to be from “the mid-to-high eight figures” to “several times higher” (para. 81).

[10] On the day it issued the *EPA Orders*, the Province brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the *CCAA* in relation to Abitibi’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the *EPA Orders*. The Province argued — and still argues — that non-monetary statutory obligations are not “claims” under the *CCAA* and hence cannot be stayed and be subject to a claims procedure order. It further submits that Parliament lacks the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that are validly made in the exercise of a provincial power.

[11] Abitibi contested the motion and sought a declaration that the *EPA Orders* were stayed and that they were subject to the claims procedure order. It argued that the *EPA Orders* were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order.

R.T. Can. 1994 n° 2) relativement à des pertes découlant de l’application de l’*Abitibi Act*, lesquelles totalisaient, selon Abitibi, une somme supérieure à 300 millions de dollars.

[9] Le 12 novembre 2009, le ministre provincial de l’Environnement et de la Conservation (« ministre ») a prononcé, en vertu de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« *EPA* »), cinq ordonnances (les « ordonnances *EPA* ») contraignant Abitibi à présenter au ministre des plans de restauration pour cinq sites industriels, dont trois avaient été expropriés, et à réaliser les plans de restauration approuvés. Le juge chargé de l’instance instituée sous le régime de la *LACC* a évalué les coûts de la mise en œuvre de ces plans à une somme se situant [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », ou « plusieurs fois plus élevée » (par. 81).

[10] Le jour même où elle émettait les ordonnances *EPA*, la province a demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la *LACC* dans le cadre de la réorganisation proposée d’Abitibi n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances *EPA*. La province a soutenu — et soutient toujours — que des obligations légales de nature non pécuniaire ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC* et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle fait de plus valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux.

[11] Abitibi a contesté la requête et a demandé un jugement déclarant que les ordonnances *EPA* avaient été suspendues et qu’elles étaient assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Abitibi a soutenu que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations.

[12] Gascon J. of the Quebec Superior Court, sitting as a CCAA court, dismissed the Province's motion. He found that he had the authority to characterize the orders as "claims" if the underlying regulatory obligations "remain[ed], in a particular fact pattern, truly financial and monetary in nature" (para. 148). He declared that the EPA Orders were stayed by the initial stay order and were not subject to the exception found in that order. He also declared that the filing by the Province of any claim based on the EPA Orders was subject to the claims procedure order, and reserved to the Province the right to request an extension of time to assert a claim under the claims procedure order and to Abitibi the right to contest such a request.

[13] In the Court of Appeal, Chamberland J.A. denied the Province leave to appeal (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). In his view, the appeal had no reasonable chance of success, because Gascon J. had found as a fact that the EPA Orders were financial or monetary in nature. Chamberland J.A. also found that no constitutional issue arose, given that the Superior Court judge had merely characterized the orders in the context of the restructuring process; the judgment did not "'immunise' Abitibi from compliance with the EPA Orders" (para. 33). Finally, he noted that Gascon J. had reserved the Province's right to request an extension of time to file a claim in the CCAA process.

II. Positions of the Parties

[14] The Province argues that the CCAA court erred in interpreting the relevant CCAA provisions in a way that nullified the EPA, and that the interpretation is inconsistent with both the ancillary powers doctrine and the doctrine of interjurisdictional immunity. The Province further submits

[12] Le juge Gascon de la Cour supérieure du Québec, siégeant aux termes de la LACC, a rejeté la requête de la province. Il a statué qu'il avait le pouvoir de qualifier les ordonnances de « réclamations » si les obligations légales sous-jacentes [TRADUCTION] « demeur[ai]ent, dans une situation factuelle particulière, de nature véritablement financière et pécuniaire » (par. 148). Il a déclaré que les ordonnances EPA avaient été suspendues en vertu de l'ordonnance de suspension initiale et qu'elles n'étaient pas visées par l'exception énoncée dans cette ordonnance. Il a également déclaré que la présentation, par la province, de toute réclamation fondée sur les ordonnances EPA était assujettie à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations; il a réservé à la province le droit de demander par requête une prorogation du délai pour présenter une réclamation en vertu de la procédure de réclamations et a confirmé le droit d'Abitibi de contester une telle requête.

[13] En Cour d'appel, le juge Chamberland a rejeté la demande d'autorisation d'appel présentée par la province (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). À son avis, l'appel n'avait aucune chance raisonnable de succès parce que le juge Gascon avait conclu, comme question de faits, que les ordonnances EPA étaient de nature financière ou pécuniaire. Le juge Chamberland a également estimé qu'aucune question constitutionnelle ne se posait, car le juge de la Cour supérieure n'avait fait que qualifier les ordonnances dans le contexte du processus de restructuration; le jugement ne [TRADUCTION] « "soustrayait" pas Abitibi à son obligation de se conformer aux ordonnances EPA » (par. 33). Enfin, il a fait remarquer que le juge Gascon avait réservé à la province le droit de demander la prorogation de délai pour produire une réclamation en vertu de la LACC.

II. Thèses des parties

[14] La province soutient que le tribunal de première instance a commis l'erreur d'interpréter les dispositions applicables de la LACC de façon à invalider l'EPA et que cette interprétation est incompatible tant avec la doctrine des pouvoirs accessoires qu'avec celle de la protection des compétences

that, in any event, the *EPA* Orders are not “claims” within the meaning of the *CCAA*. It takes the position that “any plan of compromise and arrangement that Abitibi might submit for court approval must make provision for compliance with the *EPA* Orders” (A.F., at para. 32).

[15] Abitibi contends that the factual record does not provide a basis for applying the constitutional doctrines. It relies on the *CCAA* court’s findings of fact, particularly the finding that the Province’s intent was to establish the basis for a monetary claim. Abitibi submits that the true issue is whether a province that has a monetary claim against an insolvent company can obtain a preference against other unsecured creditors by exercising its regulatory power.

III. Constitutional Questions

[16] At the Province’s request, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the definition of “claim” in s. 2(1) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this definition includes statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

2. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to bar or extinguish statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

3. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to

exclusives. La province fait de plus valoir que, de toute façon, les ordonnances *EPA* ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC*. Elle soutient que [TRADUCTION] « tout plan de transaction et d’arrangement qu’Abitibi pourrait soumettre à l’approbation du tribunal doit prévoir qu’[Abitibi] doit se conformer aux ordonnances *EPA* » (m.a., par. 32).

[15] Abitibi soutient que l’application des doctrines constitutionnelles ne trouve aucun fondement dans les faits du dossier. Elle appuie sa position sur les conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance, plus particulièrement celles où le tribunal conclut que l’intention de la province était d’établir le fondement d’une réclamation pécuniaire. Abitibi plaide que la véritable question est de savoir si, par l’exercice de son pouvoir de réglementation, une province ayant une réclamation pécuniaire à faire valoir contre une entreprise insolvable peut obtenir une préférence à l’encontre d’autres créanciers non garantis.

III. Questions constitutionnelles

[16] À la demande de la province, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La définition d’une « réclamation » énoncée au par. 2(1) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepassé-t-elle les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle englobe les obligations légales auxquelles le débiteur est assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

2. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure où il confère aux tribunaux la compétence pour libérer le débiteur des obligations légales auxquelles il est ou pourrait être assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

3. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure

review the exercise of ministerial discretion under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

[17] I note that the question whether a CCAA court has constitutional jurisdiction to stay a provincial order that is *not* a monetary claim does not arise here, because the stay order in this case did not affect non-monetary orders. However, the question may arise in other cases. In 2007, Parliament expressly gave CCAA courts the power to stay regulatory orders that are not monetary claims by amending the CCAA to include the current version of s. 11.1(3) (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, s. 65) (the "2007 amendments"). Thus, future cases may give courts the opportunity to consider the question raised by the Province in an appropriate factual context. The only constitutional question that needs to be answered in this case concerns the jurisdiction of a CCAA court to determine whether an environmental order that is not framed in monetary terms is in fact a monetary claim.

[18] Processing creditors' claims against an insolvent debtor in an equitable and orderly manner is at the heart of insolvency legislation, which falls under a head of power attributed to Parliament. Rules concerning the assessment of creditors' claims, such as the determination of whether a creditor has a monetary claim, relate directly to the equitable and orderly treatment of creditors in an insolvency process. There is no need to perform a detailed analysis of the pith and substance of the provisions on the assessment of claims in insolvency matters to conclude that the federal legislation governing the characterization of an order as a monetary claim is valid. Because the provisions relate directly to Parliament's jurisdiction,

où il confère aux tribunaux la compétence pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 99 de l'*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

[17] Je souligne que la question de savoir si, aux termes de la LACC, un tribunal a compétence constitutionnelle pour suspendre l'application d'une ordonnance provinciale qui *ne* constitue *pas* une réclamation pécuniaire ne se pose pas en l'espèce parce que l'ordonnance de suspension en cause ne visait pas ces ordonnances. La question pourrait toutefois se poser dans d'autres affaires. En 2007, par l'ajout du par. 11.1(3) de la LACC, le législateur fédéral a explicitement conféré aux tribunaux compétents aux termes de la LACC le pouvoir de suspendre l'application des ordonnances d'un organisme administratif qui ne constituent pas des réclamations pécuniaires (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, art. 65) (les « modifications de 2007 »). Ainsi, les tribunaux auront l'occasion d'analyser la question soulevée par la province lorsque le contexte factuel s'y prêtera. La seule question constitutionnelle qui requiert une réponse en l'espèce a trait à la compétence d'un tribunal, aux termes de la LACC, de déterminer si une ordonnance environnementale qui n'est pas formulée en termes pécuniaires constitue, en fait, une réclamation pécuniaire.

[18] Le traitement équitable et ordonné des réclamations présentées par des créanciers contre un débiteur insolvable se situe au cœur même de la législation en matière d'insolvabilité, un domaine de compétence attribué au législateur fédéral. L'établissement de règles relatives à l'évaluation des réclamations des créanciers, comme celle permettant de déterminer si un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire, concerne directement le traitement équitable et ordonné des créanciers dans le cadre d'un processus établi en matière d'insolvabilité. Il n'est pas nécessaire d'analyser en détail le caractère véritable des dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité pour conclure à la validité du texte législatif fédéral

the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. I also find that the interjurisdictional immunity doctrine is not applicable. A finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities. Its claim is simply subjected to the insolvency process.

[19] What the Province is actually arguing is that courts should consider the form of an order rather than its substance. I see no reason why the Province's choice of order should not be scrutinized to determine whether the form chosen is consistent with the order's true purpose as revealed by the Province's own actions. If the Province's actions indicate that, in substance, it is asserting a provable claim within the meaning of federal legislation, then that claim can be subjected to the insolvency process. Environmental claims do not have a higher priority than is provided for in the *CCAA*. Considering substance over form prevents a regulatory body from artificially creating a priority higher than the one conferred on the claim by federal legislation. This Court recognized long ago that a province cannot disturb the priority scheme established by the federal insolvency legislation (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453). Environmental claims are given a specific, and limited, priority under the *CCAA*. To exempt orders which are in fact monetary claims from the *CCAA* proceedings would amount to conferring upon provinces a priority higher than the one provided for in the *CCAA*.

IV. Claims Under the CCAA

[20] Several provisions of the *CCAA* have been amended since Abitibi filed for insolvency

permettant d'établir qu'une ordonnance constitue une réclamation pécuniaire. L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions en cause sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. J'estime également que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas en l'espèce. Une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier. La réclamation de ce dernier est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

[19] Ce que soutient en fait la province, c'est que les tribunaux devraient examiner la forme des ordonnances plutôt que leur substance. Je ne vois aucune raison empêchant l'examen du choix par la province d'un type d'ordonnance donnée afin de déterminer si la forme choisie concorde avec l'objectif véritable qui se dégage des gestes qu'elle a posés. Si ces gestes indiquent qu'elle fait effectivement valoir une réclamation prouvable au sens de la législation fédérale, alors cette réclamation peut être assujettie au processus d'insolvabilité. Les réclamations en matière d'environnement ne bénéficient pas d'un rang supérieur à celui prévu par les dispositions de la *LACC*. Privilégier l'examen de la substance d'une ordonnance plutôt que de sa forme permet d'éviter qu'un organisme administratif obtienne de façon artificielle une priorité de rang supérieure à celle que la législation fédérale attribue à la réclamation. Notre Cour a depuis longtemps reconnu qu'une province ne pouvait perturber les priorités établies par le régime fédéral d'insolvabilité (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453). La *LACC* établit une priorité précise et limitée à l'égard des réclamations en matière environnementale. Le fait de soustraire aux procédures d'insolvabilité les ordonnances qui sont en fait des réclamations pécuniaires équivaldrait à accorder aux provinces une priorité d'un rang supérieur à celui prévu par la *LACC*.

IV. Réclamations sous le régime de la LACC

[20] Plusieurs dispositions de la *LACC* ont été modifiées depuis qu'Abitibi a présenté une demande

protection. Except where otherwise indicated, the provisions I refer to are those that were in force when the stay was ordered.

[21] One of the central features of the *CCAA* scheme is the single proceeding model, which ensures that most claims against a debtor are entertained in a single forum. Under this model, the court can stay the enforcement of most claims against the debtor's assets in order to maintain the *status quo* during negotiations with the creditors. When such negotiations are successful, the creditors typically accept less than the full amounts of their claims. Claims have not necessarily accrued or been liquidated at the outset of the insolvency proceeding, and they sometimes have to be assessed in order to determine the monetary value that will be subject to compromise.

[22] Section 12 of the *CCAA* establishes the basic rules for ascertaining whether an order is a claim that may be subjected to the insolvency process:

12. (1) [Definition of "claim"] For the purposes of this Act, "claim" means any indebtedness, liability or obligation of any kind that, if unsecured, would be a debt provable in bankruptcy within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

(2) [Determination of amount of claim] For the purposes of this Act, the amount represented by a claim of any secured or unsecured creditor shall be determined as follows:

(a) the amount of an unsecured claim shall be the amount

. . .

(iii) in the case of any other company, proof of which might be made under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, but if the amount so provable is not admitted by the company, the amount shall be determined by the court on summary application by the company or by the creditor; . . .

de protection contre l'insolvabilité. À moins d'indication contraire de ma part, les dispositions que je cite sont celles qui étaient en vigueur lorsque la suspension des procédures a été ordonnée.

[21] Une des caractéristiques principales du régime créé par la *LACC* est de traiter la presque totalité des réclamations contre un débiteur suivant une procédure unique devant un même tribunal. En vertu de ce modèle, le tribunal peut ordonner la suspension de la plupart des mesures d'exécution engagées contre les actifs du débiteur de façon à maintenir le statu quo durant la négociation avec les créanciers. Lorsque la négociation réussit, les créanciers consentent habituellement à recevoir moins que le plein montant de leurs réclamations, lesquelles ne sont pas nécessairement exigibles ou liquidées dès le début des procédures d'insolvabilité. Ces réclamations doivent parfois être évaluées afin d'établir la valeur pécuniaire qui fera l'objet du compromis.

[22] L'article 12 de la *LACC* énonce les règles de base pour déterminer si une ordonnance constitue une réclamation pouvant être assujettie au processus applicable en matière d'insolvabilité :

12. (1) [Définition de « réclamation »] Pour l'application de la présente loi, « réclamation » s'entend de toute dette, tout engagement ou toute obligation d'un genre quelconque qui, s'il n'était pas garanti, constituerait une dette prouvable en matière de faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

(2) [Détermination du montant de la réclamation] Pour l'application de la présente loi, le montant représenté par une réclamation d'un créancier garanti ou chirographaire est déterminé de la façon suivante :

a) le montant d'une réclamation non garantie est le montant :

. . .

(iii) dans le cas de toute autre compagnie, dont la preuve pourrait être établie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais si le montant ainsi prouvable n'est pas admis par la compagnie, ce montant est déterminé par le tribunal sur demande sommaire par la compagnie ou le créancier;

[23] Section 12 of the *CCAA* refers to the rules of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). Section 2 of the *BIA* defines a claim provable in bankruptcy:

“claim provable in bankruptcy”, “provable claim” or “claim provable” includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor;

[24] This definition is completed by s. 121(1) of the *BIA*:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[25] Sections 121(2) and 135(1.1) of the *BIA* offer additional guidance for the determination of whether an order is a provable claim:

121. . . .

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135. . . .

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[26] These provisions highlight three requirements that are relevant to the case at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. I will examine each of these requirements in turn.

[23] L’article 12 de la *LACC* renvoie aux règles de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). L’article 2 de la *LFI* définit ainsi une réclamation prouvable en matière de faillite :

« réclamation prouvable en matière de faillite » ou « réclamation prouvable » Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l’autorité de la présente loi par un créancier.

[24] Cette définition est complétée par le par. 121(1) de la *LFI* :

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d’une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[25] Les paragraphes 121(2) et 135(1.1) de la *LFI* donnent des indications additionnelles lorsqu’il s’agit de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable :

121. . . .

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l’article 135.

135. . . .

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l’évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l’évaluation.

[26] Ces dispositions font ressortir trois conditions pertinentes à la présente affaire. Premièrement, on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d’attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. Je vais examiner chacune de ces conditions à tour de rôle.

[27] The *BIA*'s definition of a provable claim, which is incorporated by reference into the *CCAA*, requires the identification of a creditor. Environmental statutes generally provide for the creation of regulatory bodies that are empowered to enforce the obligations the statutes impose. Most environmental regulatory bodies can be creditors in respect of monetary or non-monetary obligations imposed by the relevant statutes. At this first stage of determining whether the regulatory body is a creditor, the question whether the obligation can be translated into monetary terms is not yet relevant. This issue will be broached later. The only determination that has to be made at this point is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. When it does so, it identifies itself as a creditor, and the requirement of this stage of the analysis is satisfied.

[28] The enquiry into the second requirement is based on s. 121(1) of the *BIA*, which imposes a time limit on claims. A claim must be founded on an obligation that was "incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt". Because the date when environmental damage occurs is often difficult to ascertain, s. 11.8(9) of the *CCAA* provides more temporal flexibility for environmental claims:

11.8 . . .

(9) A claim against a debtor company for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the company shall be a claim under this Act, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date on which proceedings under this Act were commenced.

[29] The creditor's claim will be exempt from the single proceeding requirement if the debtor's corresponding obligation has not arisen as of the time limit for inclusion in the insolvency process. This could apply, for example, to a debtor's statutory obligations relating to polluting activities that continue after the reorganization, because in such cases,

[27] La définition de réclamation prouvable établie par la *LFI* et incorporée par renvoi à la *LACC* exige qu'une personne ait qualité de créancier. Les lois régissant l'environnement pourvoient généralement à la création d'un organisme chargé de voir au respect des obligations qui y sont prévues. La plupart des organismes administratifs peuvent agir à titre de créanciers en relation avec les obligations pécuniaires ou non pécuniaires imposées par ces lois. À cette première étape qui consiste à déterminer si un organisme administratif est un créancier, il n'est pas encore pertinent de décider si l'obligation peut être formulée en termes pécuniaires. Cette question sera abordée à un stade ultérieur. À cette étape, la seule question à trancher est de savoir si l'organisme administratif a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. Lorsqu'il le fait, il s'identifie alors comme créancier et la condition de cette étape est respectée.

[28] L'examen de la seconde condition repose sur le par. 121(1) de la *LFI* qui impose que la réclamation ait pris naissance dans un délai donné. Celle-ci doit se fonder sur une obligation « contractée antérieurement à cette date [la date à laquelle le failli devient failli] ». Comme il est souvent difficile d'établir la date à laquelle un dommage lié à l'environnement est survenu, le par. 11.8(9) de la *LACC* prévoit une certaine flexibilité pour ce qui est des réclamations en matière d'environnement :

11.8 . . .

(9) La réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble de la compagnie débitrice constitue une réclamation, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle où des procédures sont intentées au titre de la présente loi.

[29] La réclamation du créancier sera exemptée de l'exigence découlant de la procédure unique si l'obligation correspondante du débiteur n'a pas pris naissance dans le délai fixé pour que la réclamation soit incluse dans le processus d'insolvabilité. À titre d'exemple, cela pourrait s'appliquer aux obligations que la loi impose à un débiteur concernant

the damage continues to be sustained after the re-organization has been completed.

[30] With respect to the third requirement, that it be possible to attach a monetary value to the obligation, the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms. I note that when a regulatory body claims an amount that is owed at the relevant date, that is, when it frames its order in monetary terms, the court does not need to make this determination, because what is being claimed is an “indebtedness” and therefore clearly falls within the meaning of “claim” as defined in s. 12(1) of the CCAA.

[31] However, orders, which are used to address various types of environmental challenges, may come in many forms, including stop, control, preventative, and clean-up orders (D. Saxe, “Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update” (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, at p. 141). When considering an order that is not framed in monetary terms, courts must look at its substance and apply the rules for the assessment of claims.

[32] Parliament recognized that regulatory bodies sometimes have to perform remediation work (see House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996). When one does so, its claim with respect to remediation costs is subject to the insolvency process, but the claim is secured by a charge on the contaminated real property and certain other related property and benefits from a priority (s. 11.8(8) CCAA). Thus, Parliament struck a balance between the public’s interest in enforcing environmental regulations and the interest of third-party creditors in being treated equitably.

ses activités polluantes qui se poursuivent après la réorganisation, parce qu’en pareilles circonstances, des dommages sont encore causés après que la réorganisation ait été complétée.

[30] En ce qui concerne la troisième condition, soit qu’il doit être possible d’attribuer à l’obligation une valeur pécuniaire, la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes. Je souligne que lorsqu’un organisme administratif réclame une somme qui est due à la date pertinente, il formule ainsi son ordonnance en termes pécuniaires. Le tribunal n’a alors aucune détermination à faire à cette étape car ce qui est réclamé est une « dette » et est, par conséquent, clairement visé par la définition d’une « réclamation » prévue au par. 12(1) de la LACC.

[31] Toutefois, parce qu’elles sont utilisées pour traiter divers enjeux environnementaux, les ordonnances peuvent se présenter sous plusieurs formes et peuvent viser notamment la cessation ou le contrôle d’une activité, la prévention et la décontamination (D. Saxe, « Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, p. 141). Lorsqu’ils analysent une ordonnance qui n’est pas formulée en des termes pécuniaires, les tribunaux doivent en examiner la substance et appliquer les règles régissant l’évaluation des réclamations.

[32] Le législateur fédéral reconnaît que les organismes administratifs doivent à l’occasion exécuter des travaux de décontamination (voir Chambre des communes, *Témoignages du Comité permanent de l’industrie*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996). En pareil cas, la réclamation relative aux frais de décontamination est assujettie à la procédure de réclamations en matière d’insolvabilité mais elle est garantie par une charge réelle grevant l’immeuble contaminé et certains immeubles connexes et bénéficie d’un rang prioritaire (par. 11.8(8) LACC). Ainsi, le législateur a établi un équilibre entre l’intérêt du public à l’égard de l’application de la réglementation environnementale et les intérêts des tiers créanciers qui doivent être traités de façon équitable.

[33] If Parliament had intended that the debtor always satisfy all remediation costs, it would have granted the Crown a priority with respect to the totality of the debtor's assets. In light of the legislative history and the purpose of the reorganization process, the fact that the Crown's priority under s. 11.8(8) of the *CCAA* is limited to the contaminated property and certain related property leads me to conclude that to exempt environmental orders would be inconsistent with the insolvency legislation. As deferential as courts may be to regulatory bodies' actions, they must apply the general rules.

[34] Unlike in proceedings governed by the common law or the civil law, a claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred (for the common law, see *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at paras. 17-18; for the civil law, see arts. 1497, 1508 and 1513 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). Thus, the broad definition of "claim" in the *BIA* includes *contingent* and *future* claims that would be unenforceable at common law or in the civil law. As for unliquidated claims, a *CCAA* court has the same power to assess their amounts as would a court hearing a case in a common law or civil law context.

[35] The reason the *BIA* and the *CCAA* include a broad range of claims is to ensure fairness between creditors and finality in the insolvency proceeding for the debtor. In a corporate liquidation process, it is more equitable to allow as many creditors as possible to participate in the process and share in the liquidation proceeds. This makes it possible to include creditors whose claims have not yet matured when the corporate debtor files for bankruptcy, and thus avert a situation in which they would be faced with an inactive debtor that cannot satisfy a judgment. The rationale is slightly different in the context of a corporate proposal or reorganization. In such cases, the broad approach serves not only to

[33] Si le législateur fédéral avait eu l'intention d'obliger le débiteur à supporter dans tous les cas tous les coûts des travaux de décontamination, il aurait accordé à l'État une priorité applicable à la totalité des actifs du débiteur. Compte tenu de l'historique des dispositions législatives et des objectifs du processus de réorganisation, le fait que la priorité de l'État aux termes du par. 11.8(8) de la *LACC* soit limitée au bien contaminé et à certains biens liés m'amène à conclure qu'une exemption à l'égard des ordonnances environnementales serait incompatible avec la législation en matière d'insolvabilité. Aussi respectueux soient-ils des mesures prises par les organismes administratifs, les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles générales.

[34] Contrairement à l'approche qui prévaut dans le contexte des procédures régies par la common law ou le droit civil, il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu (en common law, voir *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79, par. 17-18; en droit civil, voir les art. 1497, 1508 et 1513 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). Ainsi, la définition générale de « réclamation » de la *LFI* englobe des réclamations éventuelles et *future*s qui seraient inexécutaires en common law ou en droit civil. En ce qui concerne les réclamations non liquidées, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* a le même pouvoir d'évaluer leur montant qu'un tribunal saisi d'une affaire sous le régime de la common law ou du droit civil.

[35] C'est pour assurer l'équité entre les créanciers ainsi que, pour le débiteur, le caractère définitif de la procédure d'insolvabilité que la *LFI* et la *LACC* englobent un large éventail de réclamations. Dans le cadre de la liquidation d'une société, il est plus équitable de permettre au plus grand nombre possible de créanciers de participer au processus et de se partager le produit de la liquidation. Cela permet d'inclure les créanciers dont les réclamations ne sont pas venues à échéance lorsque le débiteur corporatif devient failli, et ainsi éviter que, ayant cessé ses activités, le débiteur ne puisse pas satisfaire à un jugement rendu en leur faveur. L'approche est quelque peu différente dans

ensure fairness between creditors, but also to allow the debtor to make as fresh a start as possible after a proposal or an arrangement is approved.

[36] The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative (*Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process.

[37] The exercise by the CCAA court of its jurisdiction to determine whether an order is a provable claim entails a certain scrutiny of the regulatory body's actions. This scrutiny is in some ways similar to judicial review. There is a distinction, however, and it lies in the object of the assessment that the CCAA court must make. The CCAA court does not review the regulatory body's exercise of discretion. Rather, it inquires into whether the facts indicate that the conditions for inclusion in the claims process are met. For example, if activities at issue are ongoing, the CCAA court may well conclude that the order cannot be included in the insolvency process because the activities and resulting damages will continue after the reorganization is completed and hence exceed the time limit for a claim. If, on the other hand, the regulatory body, having no realistic alternative but to perform the remediation work itself, simply delays framing the order as a claim in order to improve its position in relation to other creditors, the CCAA court may conclude

le contexte d'une proposition concordataire présentée par une société ou d'une réorganisation. Dans ces cas, l'objectif que sous-tend une interprétation large est non seulement de garantir l'équité entre créanciers, mais aussi de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ dans les meilleures conditions possibles à la suite de l'approbation d'une proposition ou d'un arrangement.

[36] Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural (*Confederation Treasury Service Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire afin d'obtenir le remboursement de ses débours. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

[37] Lorsqu'il détermine si une ordonnance constitue une réclamation prouvable, le tribunal chargé de l'application de la LACC doit, dans une certaine mesure, examiner les actes posés par l'organisme administratif. Cet examen se rapproche à certains égards de celui d'un contrôle judiciaire. La différence se situe, toutefois, au niveau de l'objet de l'évaluation que doit faire le tribunal. Son examen ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'organisme administratif. Il doit plutôt déterminer si le contexte factuel indique que les conditions requises pour que l'ordonnance soit incluse dans le processus de réclamations sont respectées. Par exemple, si le débiteur continue d'exercer les activités faisant l'objet de l'intervention de l'organisme administratif, il est fort possible que le tribunal conclue que l'ordonnance ne peut être incorporée au processus d'insolvabilité parce que ces activités et les dommages en découlant se poursuivront après la réorganisation et qu'elles excéderont donc le délai prescrit pour la production d'une

that this course of action is inconsistent with the insolvency scheme and decide that the order has to be subject to the claims process. Similarly, if the property is not under the debtor's control and the debtor does not, and realistically will not, have the means to perform the remediation work, the CCAA court may conclude that it is sufficiently certain that the regulatory body will have to perform the work.

[38] Certain indicators can thus be identified from the text and the context of the provisions to guide the CCAA court in determining whether an order is a provable claim, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The CCAA court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. Since the appropriate analysis is grounded in the facts of each case, these indicators need not all apply, and others may also be relevant.

[39] Having highlighted three requirements for finding a claim to be provable in a CCAA process that need to be considered in the case at bar, I must now discuss certain policy arguments raised by the Province and some of the interveners.

[40] These parties argue that treating a regulatory order as a claim in an insolvency proceeding extinguishes the debtor's environmental obligations, thereby undermining the polluter-pay principle discussed by this Court in *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, at para. 24. This objection

réclamation. Par contre, si l'organisme administratif, n'ayant aucune solution réaliste autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination, ne fait que retarder la production d'une réclamation pécuniaire dans le but d'améliorer sa position par rapport à celle des autres créanciers, le tribunal pourrait conclure que cette démarche n'est pas compatible avec le régime d'insolvabilité et décider que l'ordonnance doit être traitée dans le cadre du processus de réclamations. De même, si le débiteur n'exerce aucun contrôle sur le bien et ne dispose pas, ni ne disposera, de façon réaliste, des moyens pour effectuer les travaux de décontamination, le tribunal pourrait conclure de façon suffisamment certaine que l'organisme administratif devra exécuter les travaux.

[38] Il est ainsi possible de discerner, grâce au libellé des dispositions et à leur contexte, certains indicateurs qui permettent de guider le tribunal au moment de déterminer si l'ordonnance constitue une réclamation prouvable, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. Puisque l'analyse qu'il convient de réaliser est fondée sur les faits propres à chaque cas, il n'est pas nécessaire que tous ces indicateurs soient présents, et d'autres peuvent également devenir pertinents.

[39] Après avoir souligné les trois conditions qui permettent en l'espèce de conclure qu'une ordonnance constitue une réclamation prouvable dans le cadre d'un processus régi par la LACC, il me faut examiner certains arguments de principe que la province et certains intervenants ont fait valoir.

[40] Ils ont plaidé que le fait d'assimiler une ordonnance d'un organisme administratif à une réclamation dans le cadre de procédure en insolvabilité éteint les obligations environnementales auxquelles le débiteur est tenu, minant par le fait même le principe du pollueur-payeur examiné par notre Cour dans l'arrêt *Cie pétrolière Impériale*

demonstrates a misunderstanding of the nature of insolvency proceedings. Subjecting an order to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay its debts. It merely ensures that the creditor's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Moreover, full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third-party creditors, including involuntary creditors, such as those whose claims lie in tort or in the law of extra-contractual liability. In the insolvency context, the Province's position would result not only in a super-priority, but in the acceptance of a "third-party-pay" principle in place of the polluter-pay principle.

[41] Nor does subjecting the orders to the insolvency process amount to issuing a licence to pollute, since insolvency proceedings do not concern the debtor's future conduct. A debtor that is reorganized must comply with all environmental regulations going forward in the same way as any other person. To quote the colourful analogy of two American scholars, "Debtors in bankruptcy have — and should have — no greater license to pollute in violation of a statute than they have to sell cocaine in violation of a statute" (D. G. Baird and T. H. Jackson, "Comment: *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy*" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, at p. 1200).

[42] Furthermore, corporations may engage in activities that carry risks. No matter what risks are at issue, reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice. When the risks materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders. To subject orders to the claims process is not to invite corporations to restructure

Itée c. Québec (Ministre de l'Environnement), 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 24. Cet argument démontre une mauvaise compréhension de la nature des procédures en matière d'insolvabilité. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. De plus, le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers, y compris aux créanciers involontaires, par exemple les créanciers en responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Dans un contexte d'insolvabilité, la position de la province aurait comme résultat de lui accorder non seulement une super-priorité, mais aussi de reconnaître l'application d'un principe du « tiers-payeur » plutôt que celui du pollueur-payeur.

[41] Par ailleurs, l'assujettissement des ordonnances au processus d'insolvabilité n'autorise pas une personne à polluer, car la procédure en insolvabilité ne touche pas les actes que le débiteur posera dans le futur. Le débiteur réorganisé doit se conformer pour l'avenir à la réglementation environnementale, comme le ferait toute autre personne. Pour citer une analogie haute en couleurs de deux universitaires américains, [TRADUCTION] « [I]es débiteurs en faillite n'ont pas — et ne devraient pas avoir — une autorisation plus étendue de polluer en violation d'une loi qu'ils n'en ont de vendre de la cocaïne » (D. G. Baird et T. H. Jackson, « Comment : *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy* » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, p. 1200).

[42] En outre, il arrive que des sociétés exercent des activités comportant des risques. Peu importe les risques en cause, une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré. Lorsque les risques se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en

in order to rid themselves of their environmental liabilities.

[43] And the power to determine whether an order is a provable claim does not mean that the court will necessarily conclude that the order before it will be subject to the CCAA process. In fact, the CCAA court in the case at bar recognized that orders relating to the environment may or may not be considered provable claims. It stayed only those orders that were monetary in nature.

[44] The Province also argues that courts have in the past held that environmental orders cannot be interpreted as claims when the regulatory body has not yet exercised its power to assert a claim framed in monetary terms. The Province relies in particular on *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), and its progeny. In *Panamericana*, the Alberta Court of Appeal held that a receiver was personally liable for work under a remediation order and that the order was not a claim in insolvency proceedings. The court found that the duty to undertake remediation work is owed to the public at large until the regulator exercises its power to assert a monetary claim.

[45] The first answer to the Province's argument is that courts have never shied away from putting substance ahead of form. They can determine whether the order is in substance monetary.

[46] The second answer is that the provisions relating to the assessment of claims, particularly those governing contingent claims, contemplate instances in which the quantum is not yet established when the claims are filed. Whether, in the

supportent les terribles coûts. L'assujettissement des ordonnances à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales.

[43] Et le pouvoir de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable ne signifie pas que le tribunal jugera nécessairement que l'ordonnance sera soumise au processus de réorganisation. En fait, le tribunal en l'espèce a reconnu que les ordonnances environnementales pouvaient être ou ne pas être considérées comme des réclamations prouvables. Il n'a rendu une ordonnance de suspension qu'à l'égard des ordonnances de nature pécuniaire.

[44] La province plaide aussi que selon la jurisprudence, les ordonnances environnementales ne peuvent pas être assimilées à des réclamations lorsque l'organisme administratif n'a pas encore exercé son pouvoir de faire valoir une réclamation formulée en termes pécuniaires. La province s'appuie particulièrement sur l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), et les jugements rendus dans sa foulée. Dans l'arrêt *Panamericana*, la Cour d'appel de l'Alberta a tenu le séquestre personnellement responsable de l'exécution des travaux ordonnés et a statué que l'ordonnance ne constituait pas une réclamation visée par les procédures en insolvabilité. La cour a conclu que l'obligation d'entreprendre les travaux de décontamination est due au public en général jusqu'à ce que l'organisme administratif exerce son pouvoir de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[45] La première réponse à cet argument de la province est que les tribunaux n'ont jamais hésité à privilégier le fond à la forme. Les tribunaux peuvent déterminer si, en substance, l'ordonnance est de nature pécuniaire.

[46] La seconde réponse est que les dispositions concernant l'évaluation des réclamations, en particulier celles régissant les réclamations éventuelles, n'exigent pas que la valeur pécuniaire soit établie au moment où elles sont produites. Un

regulatory context, an obligation always entails the existence of a correlative right has been discussed by a number of scholars. Various theories of rights have been put forward (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (new ed. 2001); D. N. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). However, because the Province issued the orders in this case, it would be recognized as a creditor in respect of a right no matter which of these theories was applied. As interesting as the discussion may be, therefore, I do not need to consider which theory should prevail. The real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged. Rather, the question is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform the remediation work and, as a result, have a monetary claim.

[47] The third answer to the Province’s argument is that insolvency legislation has evolved considerably over the two decades since *Panamericana*. At the time of *Panamericana*, none of the provisions relating to environmental liabilities were in force. Indeed, some of those provisions were enacted very soon after, and seemingly in response to, that case. In 1992, Parliament shielded trustees from the very liability imposed on the receiver in *Panamericana* (*An Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27, s. 9, amending s. 14 of the *BIA*). The 1997 amendments provided additional protection to trustees and monitors (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12). The 2007 amendments made it clear that a CCAA court has the power to determine that a regulatory order may be a claim and also provided criteria for staying regulatory orders (s. 65, amending the CCAA to include the current version of s. 11.1). The purpose of these amendments was to balance the creditor’s

certain nombre d’auteurs ont examiné la question de savoir si, dans un contexte réglementaire, l’existence d’une obligation implique toujours en corrélation celle d’un droit. Diverses théories relatives aux droits ont été avancées (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (nouvelle éd. 2001); D. N. MacCormick, « Rights in Legislation », dans P. M. S. Hacker et J. Raz, dir., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). Toutefois, comme en l’espèce la province a prononcé les ordonnances, elle serait reconnue comme créancière d’un droit en vertu de l’une ou l’autre de ces théories. Par conséquent, malgré l’intérêt que peut susciter ce débat, il n’est pas nécessaire de déterminer la théorie qui prévaut. La véritable question n’est pas de savoir à qui est due l’obligation, puisque la loi y répond en indiquant qui peut en exiger l’exécution. La question est plutôt de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme administratif effectuera les travaux de décontamination et pourra ainsi faire valoir une réclamation pécuniaire.

[47] La troisième réponse à l’argument soulevé par la province est que la législation en matière d’insolvabilité a considérablement évolué au cours des deux décennies écoulées depuis l’arrêt *Panamericana*. À l’époque où l’arrêt *Panamericana* a été prononcé, aucune des dispositions concernant les obligations liées à l’environnement n’était en vigueur. Certaines des dispositions ont été adoptées très peu de temps après cette décision et, semble-t-il, en réponse à celle-ci. En 1992, le législateur a permis aux syndic d’échapper à la responsabilité même que l’arrêt *Panamericana* avait retenue contre le séquestre (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l’impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27, art. 9, modifiant l’art. 14 de la *LFI*). Une protection additionnelle a été accordée au syndic et au contrôleur avec les modifications adoptées en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l’impôt sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 12). Les modifications apportées en 2007 ont précisé que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* a

need for fairness against the debtor's need to make a fresh start.

[48] Whether the regulatory body has a contingent claim is a determination that must be grounded in the facts of each case. Generally, a regulatory body has discretion under environmental legislation to decide how best to ensure that regulatory obligations are met. Although the court should take care to avoid interfering with that discretion, the action of a regulatory body is nevertheless subject to scrutiny in insolvency proceedings.

V. Application

[49] I now turn to the application of the principles discussed above to the case at bar. This case does not turn on whether the Province is the creditor of an obligation or whether damage had occurred as of the relevant date. Those requirements are easily satisfied, since the Province had identified itself as a creditor by resorting to *EPA* enforcement mechanisms and since the damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Rather, the issue centres on the third requirement: that the orders meet the criterion for admission as a pecuniary claim. The claim was contingent to the extent that the Province had not yet formally exercised its power to ask for the payment of money. The question is whether it was sufficiently certain that the orders would eventually result in a monetary claim. To the *CCAA* judge, there was no doubt that the answer was yes.

le pouvoir de décider qu'une ordonnance d'un organisme administratif peut constituer une réclamation; ces modifications ont de plus établi des critères applicables à la suspension de ces ordonnances (art. 65, modifiant la *LACC* par l'ajout de l'art. 11.1). Ces modifications visaient à établir un équilibre entre le besoin de traiter les créanciers de façon équitable et celui de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ.

[48] La détermination qu'une ordonnance d'un organisme administratif constitue une réclamation éventuelle doit être fondée sur les faits de chaque affaire. La législation en matière d'environnement accorde généralement à un organisme administratif un pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon d'assurer le respect des obligations découlant de la réglementation. Quoique le tribunal doive se garder de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ces organismes, les mesures qu'ils prennent peuvent néanmoins faire l'objet d'un examen dans le cadre de procédures engagées sous le régime fédéral de l'insolvabilité.

V. Application

[49] J'aborde maintenant l'application des principes énoncés ci-dessus à l'affaire dont notre Cour est saisie. En l'espèce, le débat n'est pas centré sur la question de savoir si la province est créancière d'une obligation ou si des dommages étaient survenus à la date pertinente. Il est facile de répondre à ces questions étant donné que la province s'est elle-même présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application de l'*EPA* et que les dommages sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Le débat porte plutôt sur la troisième condition, celle qui consiste à savoir si les ordonnances satisfont au critère d'admissibilité à titre de réclamation pécuniaire. La réclamation était éventuelle dans la mesure où la province n'avait pas formellement exercé son pouvoir de demander paiement d'une somme d'argent. La question est de savoir s'il était suffisamment certain que l'ordonnance mènerait éventuellement à la production d'une réclamation pécuniaire. Pour le juge de première instance, une réponse affirmative ne faisait pas de doute.

[50] The Province's exercise of its legislative powers in enacting the *Abitibi Act* created a unique set of facts that led to the orders being issued. The seizure of Abitibi's assets by the Province, the cancellation of all outstanding water and hydroelectric contracts between Abitibi and the Province, the cancellation of pending legal proceedings by Abitibi in which it sought the reimbursement of several hundreds of thousands of dollars, and the denial of any compensation for the seized assets and of legal redress are inescapable background facts in the judge's review of the *EPA Orders*.

[51] The *CCAA* judge did not elaborate on whether it was sufficiently certain that the Minister would perform the remediation work and therefore make a monetary claim. However, most of his findings clearly rest on a positive answer to this question. For example, his finding that "[i]n all likelihood, the pith and substance of the *EPA Orders* is an attempt by the Province to lay the groundwork for monetary claims against Abitibi, to be used most probably as an offset in connection with Abitibi's own *NAFTA* claims for compensation" (para. 178), is necessarily based on the premise that the Province would most likely perform the remediation work. Indeed, since monetary claims must, both at common law and in civil law, be mutual for set-off or compensation to operate, the Province had to have incurred costs in doing the work in order to have a claim that could be set off against Abitibi's claims.

[52] That the judge relied on an implicit finding that the Province would most likely perform the work and make a claim to offset its costs is also shown by the confirmation he found in the declaration by the Premier that the Province was attempting to assess the cost of doing remediation work Abitibi had allegedly left undone and that in the Province's assessment, "at this point in

[50] En adoptant l'*Abitibi Act*, ayant ainsi recours à son pouvoir législatif, la province mettait en place un contexte factuel unique qui menait à l'émission des ordonnances. La saisie par la province des actifs d'Abitibi, l'annulation de tous les contrats d'approvisionnement en eau et d'hydroélectricité conclus entre Abitibi et la province, l'annulation des recours intentés par Abitibi pour obtenir le remboursement de plusieurs centaines de milliers de dollars et le refus de toute indemnité et de tous recours en justice à l'égard des actifs saisis tissent un contexte factuel dont le juge ne peut faire abstraction dans son examen des ordonnances *EPA*.

[51] Le juge de première instance n'a pas fait une analyse distincte du critère suivant lequel le tribunal doit être suffisamment certain que le ministre exécuterait les travaux de décontamination et ferait, par conséquent, valoir une réclamation pécuniaire. Cependant, la plupart de ses conclusions reposent manifestement sur un constat positif à cet égard. Par exemple, le constat que [TRADUCTION] « [s]elon toute vraisemblance, le caractère véritable des ordonnances *EPA* [consiste] pour la province à tenter de jeter les bases de réclamations pécuniaires contre Abitibi, dans le but de les utiliser tout probablement à titre compensatoire au regard des demandes d'indemnisation d'Abitibi fondées sur l'ALÉNA » (par. 178) repose nécessairement sur la prémisse que la province allait fort probablement exécuter les travaux de décontamination. En effet, puisque les réclamations pécuniaires, en common law comme en droit civil, doivent être réciproques pour opérer compensation, la province devait avoir engagé des dépenses en exécutant des travaux, ce qui établissait la base de la réclamation qu'elle ferait valoir pour compenser celle d'Abitibi.

[52] Un autre fait illustre que le juge de première instance a implicitement conclu que la province allait fort probablement exécuter les travaux et produire une réclamation pour compenser ses coûts est qu'il en a trouvé une confirmation dans la déclaration du premier ministre selon laquelle la province tentait d'évaluer ce qu'il en coûterait pour réaliser les travaux de décontamination qu'Abitibi n'aurait

time, there would not be a net payment to Abitibi” (para. 181).

[53] The *CCA* judge’s reasons not only rest on an implicit finding that the Province would most likely perform the work, but refer explicitly to facts that support this finding. To reach his conclusion that the *EPA* Orders were monetary in nature, the *CCA* judge relied on the fact that Abitibi’s operations were funded through debtor-in-possession financing and its access to funds was limited to ongoing operations. Given that the *EPA* Orders targeted sites that were, for the most part, no longer in Abitibi’s possession, this meant that Abitibi had no means to perform the remediation work during the reorganization process.

[54] In addition, because Abitibi lacked funds and no longer controlled the properties, the timetable set by the Province in the *EPA* Orders suggested that the Province never truly intended that Abitibi was to perform the remediation work required by the orders. The timetable was also unrealistic. For example, the orders were issued on November 12, 2009 and set a deadline of January 15, 2010 to perform a particular act, but the evidence revealed that compliance with this requirement would have taken close to a year.

[55] Furthermore, the judge relied on the fact that Abitibi was not simply designated a “person responsible” under the *EPA*, but was intentionally targeted by the Province. The finding that the Province had targeted Abitibi was drawn not only from the timing of the *EPA* Orders, but also from the fact that Abitibi was the only person designated in them, whereas others also appeared to be responsible — in some cases, primarily responsible — for the contamination. For example, Abitibi was ordered to do remediation work on a site it had surrendered more than 50 years before the orders were issued; the expert report upon which the orders were based made no distinction between Abitibi’s activities on the property, on which its source of power had been horse power, and subsequent activities by others who had used fuel-powered vehicles

pas exécutés, et que selon l’estimation de la province, [TRADUCTION] « à l’heure actuelle, aucun paiement net ne serait versé à Abitibi » (par. 181).

[53] Les motifs du juge de première instance reposent non seulement sur une constatation implicite que la province exécuterait fort probablement les travaux, mais ils renvoient expressément aux faits qui appuient cette constatation. Pour conclure que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire, le juge s’est fondé sur le fait qu’Abitibi pouvait mener ses opérations grâce à un financement de débiteur-exploitant et qu’elle n’avait accès à ces fonds que pour ses activités courantes. Étant donné que les ordonnances visaient des sites que, pour la plupart, Abitibi ne possédait plus, cela signifiait qu’Abitibi ne disposait d’aucune ressource pour exécuter les travaux pendant la réorganisation.

[54] De plus, parce qu’Abitibi ne disposait pas des fonds et n’exerçait plus aucun contrôle sur les biens, l’échéancier fixé par la province dans les ordonnances *EPA* était non seulement irréaliste, mais suggérait que la province n’avait jamais vraiment eu l’intention qu’Abitibi exécute les travaux qu’elle lui ordonnait de faire. Par exemple, les ordonnances en date du 12 novembre 2009 exigeaient que certains travaux particuliers soient terminés le 15 janvier 2010 alors que la preuve démontre qu’il aurait fallu presque un an pour exécuter ces travaux.

[55] En outre, le juge s’est appuyé sur le fait qu’Abitibi n’était pas simplement désignée comme [TRADUCTION] « personne responsable » aux termes de l’*EPA*, mais qu’elle était intentionnellement visée par la province. Il a fait cette constatation non seulement en raison du choix du moment où les ordonnances ont été prononcées, mais aussi parce qu’Abitibi y était la seule personne désignée alors que d’autres semblaient également responsables — et en certains cas, principalement responsables — de la contamination. Par exemple, la province a ordonné à Abitibi d’effectuer des travaux de décontamination d’un site qu’elle avait abandonné plus de 50 ans avant le prononcé des ordonnances alors que le rapport d’expert sur lequel les ordonnances étaient fondées ne distinguait aucunement les activités d’Abitibi, qui avait utilisé des chevaux,

there. In the judge's opinion, this finding of fact went to the Province's intent to establish a basis for performing the work itself and asserting a claim against Abitibi.

[56] These reasons — and others — led the CCAA judge to conclude that the Province had not expected Abitibi to perform the remediation work and that the “intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (para. 211). He found that the Province appeared to have in fact taken some steps to liquidate the claims arising out of the *EPA* Orders.

[57] In the end, the judge found that there was definitely a claim that “might” be filed, and that it was not left to “the subjective choice of the creditor to hold the claim in its pocket for tactical reasons” (para. 227). In his words, the situation did not involve a “detached regulator or public enforcer issuing [an] order for the public good” (para. 175), and it was “the hat of a creditor that best fit[ed] the Province, not that of a disinterested regulator” (para. 176).

[58] In sum, although the analytical framework used by Gascon J. was driven by the facts of the case, he reviewed all the legal principles and facts that needed to be considered in order to make the determination in the case at bar. He did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. Earmarking money may be a strong indicator that a province will perform remediation work, and actually commencing the work is the first step towards the creation of a debt, but these are not the

et les activités subséquentes d'autres personnes qui y avaient utilisé des véhicules alimentés au mazout. Ce fait, pour le juge, illustre l'intention de la province d'établir un fondement pour exécuter elle-même les travaux et présenter une réclamation contre Abitibi.

[56] Ces motifs — et d'autres — ont amené le juge de première instance à conclure que la province ne s'attendait pas à ce qu'Abitibi exécute les travaux de décontamination et que [TRADUCTION] « les ordonnances *EPA* avaient pour effet voulu, pratique et réaliste de jeter les bases qui permettraient à la province de recouvrer les sommes d'argent devant éventuellement être employées pour la décontamination des terrains en question » (par. 211). Il a conclu que la province semblait avoir en fait pris des mesures en vue de liquider les réclamations découlant des ordonnances *EPA*.

[57] En fin de compte, le juge a conclu qu'il existait véritablement une réclamation qui « pourrait » être présentée, et qu'on ne pouvait laisser au bon vouloir du créancier [TRADUCTION] « le choix subjectif de la garder en réserve pour des raisons tactiques » (par. 227). Pour reprendre ses propres mots, il ne s'agissait pas d'un cas où « un organisme de réglementation ou d'application de la loi a émis de manière objective une ordonnance dans l'intérêt public » (par. 175), mais que « la province a agi plus comme un créancier que comme un organisme administratif désintéressé » (par. 176).

[58] En somme, bien que le cadre analytique utilisé par le juge Gascon a été dicté par les faits de l'affaire, il a examiné tous les principes juridiques et les faits qu'il était tenu de prendre en compte pour statuer sur la question qui se posait. À l'occasion, il s'est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j'ai déjà proposé, mais cela s'explique par les faits exceptionnels en l'espèce. Or, s'il avait formulé la question comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. Le fait de prévoir un budget peut constituer un indicateur clair qu'une province exécutera des travaux de décontamination, et le fait que ces travaux soient entrepris constitue la première étape de

only considerations that can lead to a finding that a creditor has a monetary claim. The CCAA judge's assessment of the facts, particularly his finding that the EPA Orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

VI. Conclusion

[59] In sum, I agree with the Chief Justice that, as a general proposition, an environmental order issued by a regulatory body can be treated as a contingent claim, and that such a claim can be included in the claims process if it is sufficiently certain that the regulatory body will make a monetary claim against the debtor. Our difference of views lies mainly in the applicable threshold for including contingent claims and in our understanding of the CCAA judge's findings of fact.

[60] With respect to the law, the Chief Justice would craft a standard specific to the context of environmental orders by requiring a "likelihood approaching certainty" that the regulatory body will perform the remediation work. She finds that this threshold is justified because "remediation may cost a great deal of money" (para. 86). I acknowledge that remediating pollution is often costly, but I am of the view that Parliament has borne this consideration in mind in enacting provisions specific to environmental claims. Moreover, I recall that in this case, the Premier announced that the remediation work would be performed at no net cost to the Province. It was clear to him that the *Abitibi Act* would make it possible to offset all the related costs.

la constitution d'une dette, mais ces considérations ne sont pas les seules qui permettent de conclure qu'un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire. L'appréciation des faits par le juge de première instance, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

VI. Conclusion

[59] En somme, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire qu'en règle générale, une ordonnance environnementale d'un organisme administratif peut être traitée comme une réclamation éventuelle et qu'une telle réclamation peut être incluse au processus de réclamation s'il est suffisamment certain que l'organisme administratif fera valoir une réclamation pécuniaire contre le débiteur. Nos divergences de vues portent principalement sur le critère applicable pour que les réclamations éventuelles soient incluses et sur la façon dont nous interprétons les constatations de fait tirées par le juge de première instance.

[60] En ce qui concerne le droit, la Juge en chef établirait une norme propre au contexte des ordonnances environnementales qui exigerait une « probabilité proche de la certitude » que l'organisme administratif réalisera les travaux de restauration. Elle estime que ce critère s'impose parce que « les travaux de restauration peuvent être très coûteux » (par. 86). Je reconnais que les travaux de décontamination sont souvent coûteux, mais je crois que cette considération a été prise en compte par le législateur fédéral lors de l'adoption des dispositions particulières visant les réclamations en matière environnementale. De plus, je rappelle qu'en l'instance, le premier ministre a annoncé que les travaux de décontamination seraient réalisés sans coût net pour la province. Il était évident pour lui que l'adoption de l'*Abitibi Act* permettrait de compenser tous les coûts afférents.

[61] Thus, I prefer to take the approach generally taken for all contingent claims. In my view, the CCAA court is entitled to take all relevant facts into consideration in making the relevant determination. Under this approach, the contingency to be assessed in a case such as this is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform remediation work and be in a position to assert a monetary claim.

[62] Finally, the Chief Justice would review the CCAA court's findings of fact. I would instead defer to them. On those findings, applying any legal standard, be it the one proposed by the Chief Justice or the one I propose, the Province's claim is monetary in nature and its motion for a declaration exempting the EPA Orders from the claims procedure order was properly dismissed.

[63] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

1. Overview

[64] The issue in this case is whether orders made under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“EPA”), by the Newfoundland and Labrador Minister of Environment and Conservation (“Minister”) requiring a polluter to clean up sites (the “EPA Orders”) are monetary claims that can be compromised in corporate restructuring under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). If they are not claims that can be compromised in restructuring, the Abitibi respondents (“Abitibi”) will still have a legal obligation to clean up the sites following their emergence from restructuring. If they are such claims, Abitibi will have emerged from restructuring free of the obligation, able to recommence business without remediating the

[61] Par conséquent, je préfère retenir la méthode généralement suivie en matière de réclamations éventuelles. À mon avis, le tribunal chargé de l'application de la LACC peut prendre en compte l'ensemble des faits pertinents en vue de rendre la décision appropriée. Suivant cette approche, l'éventualité qu'il faut évaluer dans une affaire comme celle-ci est de savoir s'il est suffisamment certain que l'organisme administratif exécutera les travaux de décontamination et sera en mesure de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[62] Enfin, la Juge en chef réviserait les conclusions de fait du juge de première instance. Pour ma part, je m'en remets à ces conclusions. Quelle que soit la norme juridique appliquée, soit celle proposée par la Juge en chef ou celle que je propose, au vu de ces conclusions, la réclamation de la province est de nature pécuniaire et sa requête demandant de déclarer que les ordonnances EPA n'étaient pas assujetties à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations a été à juste titre rejetée.

[63] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

1. Aperçu

[64] Il s'agit en l'espèce de savoir si des ordonnances du ministre de l'Environnement et de la Conservation (le « ministre ») de Terre-Neuve-et-Labrador, émises en vertu de l'*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« EPA »), obligeant un pollueur à décontaminer des sites (les « ordonnances EPA ») constituent des réclamations pécuniaires qui peuvent faire l'objet d'une transaction dans le cadre d'une restructuration d'entreprise engagée sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Si elles ne constituent pas des réclamations pécuniaires pouvant faire l'objet d'une transaction, les intimés du groupe Abitibi (« Abitibi ») auront encore l'obligation légale de décontaminer les sites lorsque leur

properties it polluted, the cost of which will fall on the Newfoundland and Labrador public.

[65] Remediation orders made under a province's environmental protection legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They are not monetary claims. In narrow circumstances, specified by the *CCAA*, these ongoing regulatory obligations may be reduced to monetary claims, which can be compromised under *CCAA* proceedings. This occurs where a province has done the work, or where it is "sufficiently certain" that it will do the work. In these circumstances, the regulatory obligation would be extinguished and the province would have a monetary claim for the cost of remediation in the *CCAA* proceedings. Otherwise, the regulatory obligation survives the restructuring.

[66] In my view, the orders for remediation in this case, with a minor exception, are not claims that can be compromised in restructuring. On one of the properties, the Minister did emergency remedial work and put other work out to tender. These costs can be claimed in the *CCAA* proceedings. However, with respect to the other properties, on the evidence before us, the Minister has neither done the clean-up work, nor is it sufficiently certain that he or she will do so. The Province of Newfoundland and Labrador ("Province") retained a number of options, including requiring Abitibi to perform the remediation if it successfully emerged from the *CCAA* restructuring.

restructuration sera terminée. Dans le cas contraire, Abitibi sera déchargée de cette obligation; elle pourra reprendre ses activités à l'issue de la restructuration sans avoir à décontaminer les sites qu'elle a pollués et la population de Terre-Neuve-et-Labrador devra supporter le coût de la décontamination.

[65] Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne constituent pas des réclamations pécuniaires. En certaines circonstances particulières prévues par la *LACC*, ces exigences réglementaires continues peuvent être converties en réclamations pécuniaires, lesquelles peuvent faire l'objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC*. Cette situation se produit lorsqu'une province a exécuté les travaux, ou lorsqu'il est « suffisamment certain » qu'elle exécutera les travaux. Dans ces circonstances, l'exigence réglementaire serait éteinte et la province pourrait produire, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, une réclamation pécuniaire couvrant le coût des travaux de décontamination. Autrement, l'exigence réglementaire subsiste après la restructuration.

[66] À mon avis, les ordonnances exigeant la décontamination en l'espèce, à une exception près, ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet de transactions dans le cadre d'une restructuration. Dans un des sites, la ministre de l'époque a effectué d'urgence la décontamination et a lancé un appel d'offres pour d'autres travaux. Le coût de ces travaux peut faire l'objet d'une réclamation dans les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Toutefois, en ce qui concerne les autres sites, selon les éléments de preuve dont nous disposons, le ministre en poste n'a pas effectué les travaux de décontamination et il n'est pas suffisamment certain qu'il le fera. La province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») a conservé un certain nombre de solutions, dont celle d'obliger Abitibi à décontaminer les sites si elle réussit sa restructuration engagée sous le régime de la *LACC*.

[67] I would therefore allow the appeal and grant the Province the declaration it seeks that Abitibi is still subject to its obligations under the *EPA* following its emergence from restructuring, except for work done or tendered for on the Buchans site.

2. The Proceedings Below

[68] The *CCAA* judge took the view that the Province issued the *EPA* Orders, not in order to make Abitibi remediate, but as part of a money grab. He therefore concluded that the orders were monetary and financial in nature and should be considered claims that could be compromised under the *CCAA* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). The Quebec Court of Appeal denied leave to appeal on the ground that this “factual” conclusion could not be disturbed (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] The *CCAA* judge’s stark view that an *EPA* obligation can be considered a monetary claim capable of being compromised simply because (as he saw it) the Province’s motive was money, is no longer pressed. Whether an *EPA* order is a claim under the *CCAA* depends on whether it meets the requirements for a claim under that statute. That is the only issue to be resolved. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with my colleague Deschamps J., at paras. 18-19.

3. The Distinction Between Regulatory Obligations and Claims Under the CCAA

[70] Orders to clean up polluted property under provincial environmental protection legislation are regulatory orders. They remain in effect until the

[67] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et d’accorder à la province le jugement déclaratoire sollicité portant qu’Abitibi reste assujettie à ses obligations en vertu de l’*EPA* au terme de cette période de restructuration, à l’exception des travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés.

2. Les décisions des juridictions inférieures

[68] Le juge de première instance a adopté le point de vue selon lequel la province avait émis les ordonnances *EPA*, non pas pour obliger Abitibi à réparer les dommages causés, mais pour lui soustraire de l’argent. Il a donc conclu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et financière, et qu’elles devraient être considérées comme des réclamations pouvant faire l’objet de transactions sous le régime de la *LACC* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). La Cour d’appel du Québec a refusé l’autorisation d’interjeter appel de cette décision au motif que rien ne permettait de modifier cette conclusion « de fait » (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] Le point de vue peu nuancé du juge de première instance, selon lequel une obligation découlant de l’*EPA* peut être considérée comme une réclamation pécuniaire susceptible de faire l’objet d’une transaction du simple fait (à son avis) que la province n’était motivée que par l’argent, n’est plus en cause. Pour répondre à la question de savoir si une ordonnance émise sous le régime de l’*EPA* constitue une réclamation au sens de la *LACC*, il faut déterminer si elle satisfait aux conditions d’existence d’une réclamation établies par cette loi. Il s’agit de la seule question à trancher. Dans la mesure où la décision sur ce point touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par ma collègue la juge Deschamps aux par. 18-19.

3. La distinction entre une exigence réglementaire et une réclamation au titre de la LACC

[70] Les ordonnances exigeant la décontamination des sites pollués émises en vertu des lois provinciales sur l’environnement sont des ordonnances

property has been cleaned up or the matter otherwise resolved.

[71] It is not unusual for corporations seeking to restructure under the *CCAA* to be subject to a variety of ongoing regulatory orders arising from statutory schemes governing matters like employment, energy conservation and the environment. The corporation remains subject to these obligations as it continues to carry on business during the restructuring period, and remains subject to them when it emerges from restructuring unless they have been compromised or liquidated.

[72] The *CCAA*, like the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), draws a fundamental distinction between ongoing regulatory obligations owed to the public, which generally survive the restructuring, and monetary claims that can be compromised.

[73] This distinction is also recognized in the jurisprudence, which has held that regulatory duties owed to the public are not “claims” under the *BIA*, nor, by extension, under the *CCAA*. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, the Alberta Court of Appeal held that a receiver in bankruptcy must comply with an order from the Energy Resources Conservation Board to comply with well abandonment requirements. Writing for the court, Laycraft C.J.A. said the question was whether the *Bankruptcy Act* “requires that the assets in the estate of an insolvent well licensee should be distributed to creditors leaving behind the duties respecting environmental safety . . . as a charge to the public” (para. 29). He answered the question in the negative:

The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the

de nature réglementaire. Elles demeurent en vigueur jusqu’à ce que le site ait été décontaminé ou que l’affaire soit réglée d’une autre façon.

[71] Il n’est pas inhabituel pour les sociétés qui cherchent à se restructurer sous le régime de la *LACC* d’être assujetties à diverses ordonnances réglementaires continues découlant de régimes législatifs régissant des domaines tels que l’emploi, la conservation de l’énergie et l’environnement. La société demeure assujettie à ces exigences alors qu’elle continue d’exercer ses activités pendant la période de restructuration, et elle y demeure assujettie au terme de cette période de restructuration, à moins que ces exigences n’aient fait l’objet d’une transaction ou qu’elles n’aient été liquidées.

[72] La *LACC*, à l’instar de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires continues établies en faveur du public, lesquelles continuent de s’appliquer après la restructuration, et les réclamations pécuniaires qui peuvent faire l’objet d’une transaction.

[73] Cette distinction est aussi reconnue dans la jurisprudence, selon laquelle les obligations réglementaires établies en faveur du public ne sont pas des « réclamations » aux termes de la *LFI* ni, par extension, aux termes de la *LACC*. Dans l’arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, la Cour d’appel de l’Alberta a statué qu’un séquestre doit se conformer à une ordonnance de l’Energy Resources Conservation Board lui enjoignant de respecter des exigences en matière d’abandon de puits. Le juge en chef Laycraft, au nom de la cour, a affirmé que la question à trancher était de savoir si la *Loi sur la faillite* [TRADUCTION] « exige que les actifs se trouvant dans le patrimoine d’un titulaire de permis de puits soient distribués aux créanciers en laissant à la charge du public les obligations en matière de sécurité environnementale » (par. 29). Il a répondu par la négative :

[TRADUCTION] L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par

citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed. [Emphasis added; para. 33.]

[74] The distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in CCAA restructuring or bankruptcy is a fundamental plank of Canadian corporate law. It has been repeatedly acknowledged: *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 146, *per* Iacobucci J. (dissenting). As Farley J. succinctly put it in *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (Ont. S.C.J.), at para. 18: “Once [the company] emerges from these CCAA proceedings (successfully one would hope), then it will have to deal with each and every then unresolved [regulatory] matter.”

[75] Recent amendments to the CCAA confirm this distinction. Section 11.1(2) now explicitly provides that, except to the extent a regulator is enforcing a payment obligation, a general stay does not affect a regulatory body’s authority in relation to a corporation going through restructuring. The CCAA court may only stay specific actions or suits brought by a regulatory body, and only if such action is necessary for a viable compromise to be reached and it would not be contrary to the public interest to make such an order (s. 11.1(3)).

l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application d’une loi générale. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation. [Je souligne; par. 33.]

[74] La distinction entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la LACC ou en matière de faillite, d’autre part, constitue un élément important du droit canadien des sociétés. Cette distinction a maintes fois été reconnue : *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 146, le juge Iacobucci (dissident). Comme l’a dit succinctement le juge Farley dans *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (C.S.J. Ont.), par. 18 : [TRADUCTION] « À l’issue des procédures engagées en vertu de la LACC — souhaitons qu’elles soient couronnées de succès — [la société] aura alors à régler chacun des dossiers non résolus [en matière réglementaire]. »

[75] Des modifications apportées récemment à la LACC confirment cette distinction. Le paragraphe 11.1(2) prévoit maintenant expressément que, sauf dans la mesure où un organisme de réglementation fait respecter une obligation de paiement, une suspension générale ne porte aucunement atteinte aux pouvoirs de celui-ci à l’égard d’une société en restructuration. Le tribunal chargé d’appliquer la LACC ne peut ordonner une suspension qu’à l’égard de certaines actions ou poursuites intentées par un organisme administratif, et seulement si cette mesure est nécessaire à la conclusion d’une transaction viable et si une telle ordonnance ne serait pas contraire à l’intérêt public (par. 11.1(3)).

[76] Abitibi argues that another amendment to the CCAA, s. 11.8(9), treats ongoing regulatory duties owed to the public as claims, and erases the distinction between the two types of obligation: see *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, per Goudge J.A., relying on s. 14.06(8) of the BIA (the equivalent of s. 11.8(9) of the CCAA). With respect, this reads too much into the provision. Section 11.8(9) of the CCAA refers only to the situation where a government has performed remediation, and provides that the *costs of the remediation* become a claim in the restructuring process even where the environmental damage arose after CCAA proceedings have begun. As stated in *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, per Burrows J., the section “does not convert a statutorily imposed obligation owed to the public at large into a liability owed to the public body charged with enforcing it” (para. 42).

4. When Does a Regulatory Obligation Become a Claim Under the CCAA?

[77] This brings us to the heart of the question before us: When does a regulatory obligation imposed on a corporation under environmental protection legislation become a “claim” provable and compromisable under the CCAA?

[78] Regulatory obligations are, as a general proposition, not compromisable claims. Only financial or monetary claims provable by a “creditor” fall within the definition of “claim” under the CCAA. A “creditor” is defined as “a person having a claim”: s. 2, BIA. Thus, the identification of a “creditor” hangs on the existence of a “claim”. Section 12(1) of the CCAA defines “claim” as “any indebtedness, liability or obligation . . . that . . . would be a debt provable in bankruptcy”, which is

[76] Abitibi plaide qu’en vertu d’une autre modification apportée à la LACC, le par. 11.8(9), les exigences réglementaires continues établies en faveur du public sont considérées comme des réclamations, et que cette modification élimine la distinction entre les deux types d’obligations : voir *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, le juge Goudge, citant le par. 14.06(8) de la LFI (la disposition équivalente au par. 11.8(9) de la LACC). Avec égards, cette interprétation de la disposition est trop large. Le paragraphe 11.8(9) de la LACC vise uniquement la situation où un gouvernement a exécuté des travaux de réparation du dommage, et prévoit que les *frais de réparation* constituent une réclamation dans le cadre du processus de restructuration, même si les dommages ont été causés à l’environnement après l’introduction des procédures au titre de la LACC. Comme l’a déclaré le juge Burrows dans *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, la disposition [TRADUCTION] « ne convertit pas une exigence imposée par la loi et établie en faveur du public en général en une dette envers l’organisme public chargé d’appliquer la loi » (par. 42).

4. Quand une exigence réglementaire devient-elle une réclamation au titre de la LACC?

[77] Ceci nous amène au cœur de la question dont nous sommes saisis : quand une exigence réglementaire imposée à une société en vertu d’une loi sur la protection de l’environnement devient-elle une « réclamation » prouvable et pouvant faire l’objet d’une transaction aux termes de la LACC?

[78] En règle générale, les exigences réglementaires ne sont pas des réclamations pouvant faire l’objet d’une transaction. Seules les réclamations financières ou pécuniaires prouvables par un « créancier » correspondent à la définition de « réclamation » au sens de la LACC. Un « créancier » est défini comme étant une « [p]ersonne ayant une réclamation » : art. 2, LFI. Ainsi, l’identification d’un « créancier » repose sur l’existence d’une « réclamation ». Le paragraphe 12(1) de la LACC définit une « réclamation »

accepted as confined to obligations of a financial or monetary nature.

[79] The *CCAA* does not depart from the proposition that a claim must be financial or monetary. However, it contains a scheme to deal with disputes over whether an obligation is a monetary obligation as opposed to some other kind of obligation.

[80] Such a dispute may arise with respect to environmental obligations of the corporation. The *CCAA* recognizes three situations that may arise when a corporation enters restructuring.

[81] The first situation is where the remedial work has not been done (and there is no “sufficient certainty” that the work will be done, unlike the third situation described below). In this situation, the government cannot claim the cost of remediation: see s. 102(3) of the *EPA*. The obligation of compliance falls in principle on the monitor who takes over the corporation’s assets and operations. If the monitor remediates the property, he can claim the costs as costs of administration. If he does not wish to do so, he may obtain a court order staying the remediation obligation or abandon the property: s. 11.8(5) *CCAA* (in which case costs of remediation shall not rank as costs of administration: s. 11.8(7)). In this situation, the obligation cannot be compromised.

[82] The second situation is where the government that has issued the environmental protection order moves to clean up the pollution, as the legislation entitles it to do. In this situation, the government has a claim for the cost of remediation that is compromisable in the *CCAA* proceedings. This is because the government, by moving to clean up the pollution, has changed the outstanding regulatory

comme étant « toute dette, tout engagement ou toute obligation [. . .] qui [. . .] constituerait une dette prouvable en matière de faillite », une définition dont la portée reconnue se limite aux obligations de nature financière ou pécuniaire.

[79] La *LACC* ne s’écarte pas du principe selon lequel une réclamation doit être financière ou pécuniaire. Elle prévoit cependant un régime permettant de régler les différends portant sur la question de savoir si une obligation est de nature pécuniaire, par opposition à une obligation d’une autre nature.

[80] Les obligations environnementales qui incombent à une personne morale peuvent engendrer un tel différend. La *LACC* reconnaît trois situations susceptibles de se présenter lorsqu’une personne morale s’engage dans un processus de restructuration.

[81] La première situation est celle où les travaux de restauration du site n’ont pas été exécutés (et il n’est pas « suffisamment certain » que les travaux seront exécutés, contrairement à la troisième situation exposée ci-après). En pareil cas, le gouvernement ne peut réclamer le coût de la restauration : voir le par. 102(3) de l’*EPA*. En principe, l’obligation de se conformer à la loi incombe au contrôleur qui prend en charge l’actif et les activités de la société. Si le contrôleur exécute les travaux de restauration du site, il peut réclamer les frais en tant que frais d’administration. S’il ne désire pas le faire, il peut obtenir de la cour une ordonnance suspendant l’exigence de restauration ou il peut abandonner l’immeuble : par. 11.8(5) de la *LACC* (dans ce cas, les frais de restauration ne font pas partie des frais d’administration : par. 11.8(7)). En pareil cas, l’obligation ne peut faire l’objet d’une transaction.

[82] La deuxième situation est celle où le gouvernement qui a émis l’ordonnance environnementale prend des mesures de décontamination, ce que la législation l’autorise à faire. En pareil cas, le gouvernement peut produire, pour le coût de la décontamination, une réclamation qui pourra faire l’objet d’une transaction dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Il en est ainsi

obligation owed to the public into a financial or monetary obligation owed by the corporation to the government. Section 11.8(9), already discussed, makes it clear that this applies to damage after the CCAA proceedings commenced, which might otherwise not be claimable as a matter of timing.

[83] A third situation may arise: the government has not yet performed the remediation at the time of restructuring, but there is “sufficient certainty” that it will do so. This situation is regulated by the provisions of the CCAA for contingent or future claims. Under the CCAA, a debt or liability that is contingent on a future event may be compromised.

[84] It is clear that a mere possibility that work will be done does not suffice to make a regulatory obligation a contingent claim under the CCAA. Rather, there must be “sufficient certainty” that the obligation will be converted into a financial or monetary claim to permit this. The impact of the obligation on the insolvency process is irrelevant to the analysis of contingency. The future liabilities must not be “so remote and speculative in nature that they could not properly be considered contingent claims”: *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, at para. 4.

[85] Where environmental obligations are concerned, courts to date have relied on a high degree of probability verging on certainty that the government will in fact step in and remediate the property. In *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (Ont. S.C.J.), Farley J. concluded that a contingent claim was established where the money had already been earmarked in the budget for the remediation project. He observed that

parce que le gouvernement, en prenant des mesures pour décontaminer le site, a transformé l'exigence réglementaire non exécutée établie en faveur du public en une obligation financière ou pécuniaire à laquelle la société est tenue envers le gouvernement. Le paragraphe 11.8(9), examiné précédemment, prévoit clairement que cette situation s'applique aux dommages survenus après que les procédures ont été engagées au titre de la LACC; en l'absence d'une telle précision, ces dommages ne pourraient faire l'objet d'une réclamation compte tenu du moment choisi pour agir.

[83] Une troisième situation peut se présenter : le gouvernement n'a pas encore exécuté des travaux de restauration au moment de la restructuration, mais il est « suffisamment certain » qu'il le fera. Cette situation est prévue par les dispositions de la LACC relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Aux termes de la LACC, une dette ou un engagement qui dépend d'un événement futur peut faire l'objet d'une transaction.

[84] Il est évident qu'une simple possibilité que les travaux soient exécutés ne suffit pas pour transformer une exigence réglementaire en une réclamation éventuelle au titre de la LACC. Pour en arriver à ce résultat, il faut plutôt qu'il soit « suffisamment certain » que l'exigence sera convertie en une réclamation financière ou pécuniaire. L'incidence de l'exigence sur le processus d'insolvabilité n'est pas pertinente pour l'analyse du caractère éventuel de la réclamation. Les engagements futurs ne doivent pas être [TRADUCTION] « si lointains et hypothétiques qu'ils ne puissent être considérés à bon droit comme des réclamations éventuelles » : *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, par. 4.

[85] Lorsque des exigences environnementales sont en cause, les tribunaux se sont jusqu'à ce jour fondés sur un haut degré de probabilité, proche de la certitude, que le gouvernement prendra réellement des mesures et exécutera les travaux de restauration. Dans *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (C.S.J. Ont.), le juge Farley a conclu que la preuve d'une réclamation éventuelle était établie parce que les fonds avaient

“there appears to be every likelihood to a certainty that every dollar in the budget for the year ending March 31, 2002 earmarked for reclamation will be spent” (para. 15 (emphasis added)). Similarly, in *Shirley (Re)*, Kennedy J. relied on the fact that the Ontario Minister of the Environment had already entered the property at issue and commenced remediation activities to conclude that “[a]ny doubt about the resolve of the [Ministry’s] intent to realize upon its authority ended when it began to incur expense from operations” (p. 110).

[86] There is good reason why “sufficient certainty” should be interpreted as requiring “likelihood approaching certainty” when the issue is whether ongoing environmental obligations owed to the public should be converted to contingent claims that can be expunged or compromised in the restructuring process. Courts should not overlook the obstacles governments may encounter in deciding to remediate environmental damage a corporation has caused. To begin with, the government’s decision is discretionary and may be influenced by any number of competing political and social considerations. Furthermore, remediation may cost a great deal of money. For example, in this case, the CCAA court found that at a minimum the remediation would cost in the “mid-to-high eight figures”, and could indeed cost several times that (para. 81). In concrete terms, the remediation at issue in this case may be expected to meet or exceed the entire budget of the Minister (\$65 million) for 2009. Not only would this be a massive expenditure, but it would also likely require the specific approval of the legislature and thereby be subject to political uncertainties. To assess these factors and determine whether all this will occur would embroil the CCAA judge in social, economic and political considerations — matters which are not normally subject to judicial consideration: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 74. It is small wonder, then, that courts assessing whether it is “sufficiently certain” that a government will clean up pollution created

déjà été dédiés au projet de restauration dans le budget. Il a fait remarquer qu’[TRADUCTION] « il semble fortement probable et presque certain que chaque dollar dédié aux réclamations figurant au budget établi pour l’année se terminant le 31 mars 2002 sera dépensé » (par. 15 (je souligne)). De même, dans *Shirley (Re)*, le juge Kennedy s’est fondé sur le fait que les employés du ministère de l’Environnement de l’Ontario se trouvaient déjà sur le terrain en cause et avaient commencé les travaux de restauration pour conclure que [TRADUCTION] « [t]ous doutes quant à la détermination du [ministère] d’exercer son droit se sont estompés lorsque l’opération a commencé à lui occasionner des dépenses » (p. 110).

[86] Une bonne raison explique pourquoi il convient d’interpréter l’expression « suffisamment certain » comme exigeant une « probabilité proche de la certitude » lorsqu’il s’agit de déterminer si des exigences environnementales continues établies en faveur du public devraient être converties en réclamations éventuelles qui peuvent être rayées ou faire l’objet d’une transaction dans le cadre du processus de restructuration. Les tribunaux ne devraient pas oublier les obstacles auxquels les gouvernements peuvent se heurter lorsqu’ils décident de réparer les dommages environnementaux causés par une société. D’abord, la décision du gouvernement est discrétionnaire, et elle peut être influencée par nombre de considérations politiques et sociales concurrentes. En outre, les travaux de restauration peuvent être très coûteux. En l’espèce, par exemple, le juge de première instance a conclu que ces travaux pourraient coûter au minimum [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », et même plusieurs fois cette somme (par. 81). En termes concrets, le coût des travaux en cause en l’espèce pourrait atteindre ou dépasser le budget total du ministre (65 millions de dollars) pour l’exercice 2009. Il s’agirait non seulement d’une dépense énorme, mais il faudrait probablement aussi l’approbation explicite de l’assemblée législative, avec les incertitudes politiques que cela comporte. L’évaluation de ces facteurs et l’appréciation de la possibilité que tout ce qui précède se produise entraîneraient le juge chargé d’appliquer la LACC dans des considérations d’ordre

by a corporation have insisted on proof of likelihood approaching certainty.

[87] In this case, as will be seen, apart from the Buchans property, the record is devoid of any evidence capable of establishing that it is “sufficiently certain” that the Province will itself remediate the properties. Even on a more relaxed standard than the one adopted in similar cases to date, the evidence in this case would fail to establish that remediation is “sufficiently certain”.

5. The Result in This Case

[88] Five different sites are at issue in this case. The question in each case is whether the Minister has already remediated the property (making it to that extent an actual claim), or if not, whether it is “sufficiently certain” that he or she will remediate the property, permitting it to be considered a contingent claim.

[89] The Buchans site posed immediate risks to human health as a consequence of high levels of lead and other contaminants in the soil, groundwater, surface water and sediment. There was a risk that the wind would disperse the contamination, posing a threat to the surrounding population. Lead has been found in residential areas of Buchans and adults tested in the town had elevated levels of lead in their blood. In addition, a structurally unsound dam at the Buchans site raised the risk of contaminating silt entering the Exploits and Buchans rivers.

[90] The Minister quickly moved to address the immediate concern of the unsound dam and put

social, économique et politique — des questions normalement soustraites à l’examen judiciaire : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 74. Il n’est donc pas étonnant que les tribunaux, lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il est « suffisamment certain » qu’un gouvernement procédera à la décontamination causée par une société, s’en soient tenus à la preuve d’une probabilité proche de la certitude.

[87] En l’espèce, comme nous le verrons, à l’exclusion du site de Buchans, le dossier est dénué d’éléments de preuve susceptibles d’établir qu’il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même les travaux de décontamination. Même si l’on applique une norme plus souple que celle retenue jusqu’à ce jour dans des affaires semblables, la preuve en l’espèce n’établirait pas qu’il est « suffisamment certain » que les sites seront décontaminés.

5. L’issue du présent pourvoi

[88] En l’espèce, cinq sites différents sont en cause. La question dans chaque cas est de savoir si le ministre a déjà décontaminé les sites — il aurait alors une réclamation — ou, si tel n’est pas le cas, s’il est « suffisamment certain » qu’il exécutera les travaux de restauration, ce qui permettrait de considérer le coût de la décontamination comme une réclamation éventuelle.

[89] Le site de Buchans posait un risque immédiat à la santé pour les humains en raison de la forte concentration de plomb et d’autres contaminants présente dans le sol, l’eau souterraine et de surface ainsi que dans des sédiments. Il y avait un risque que le vent disperse la contamination, ce qui aurait représenté une menace pour la population environnante. On a trouvé du plomb dans des zones résidentielles de Buchans et les tests de sang ont révélé chez des adultes résidant dans la ville des concentrations élevées de plomb. De plus, un barrage en mauvais état situé sur le site de Buchans augmentait le risque de contamination du limon se déversant dans les rivières Exploits et Buchans.

[90] La ministre de l’époque a rapidement pris des mesures pour régler le problème immédiat du

out a request for tenders for other measures that required immediate action at the Buchans site. Money expended is clearly a claim under the CCAA. I am also of the view that the work for which the request for tenders was put out meets the “sufficiently certain” standard and constitutes a contingent claim.

[91] Beyond this, it has not been shown that it is “sufficiently certain” that the Province will do the remediation work to permit Abitibi’s ongoing regulatory obligations under the EPA Orders to be considered contingent debts. The same applies to the other properties, on which no work has been done and no requests for tender to do the work initiated.

[92] Far from being “sufficiently certain”, there is simply nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the remaining properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks, which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. Abitibi relies on a statement by the then-Premier in discussing the possibility that the Province would be obliged to compensate Abitibi for expropriation of some of the properties, to the effect that “there would not be a net payment to Abitibi”: R.F., at para. 12. Apart from the fact that the Premier was not purporting to state government policy, the statement simply does not say that the Province would do the remediation. The Premier may have simply been suggesting that outstanding environmental liabilities made the properties worth little or nothing, obviating any net payment to Abitibi.

[93] My colleague Deschamps J. concludes that the findings of the CCAA court establish that it was

barrage en mauvais état et a lancé un appel d’offres relatif aux autres mesures nécessitant une intervention immédiate sur le site de Buchans. Il est clair que les sommes d’argent dépensées constituent une réclamation au sens de la LACC. J’estime également que les travaux à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés satisfont à la norme de ce qui est « suffisamment certain » et qu’ils constituent une réclamation éventuelle.

[91] Quant au reste, on n’a pas établi qu’il soit « suffisamment certain » que la province exécutera les travaux de décontamination de façon à pouvoir considérer comme des dettes éventuelles les exigences réglementaires continues que les ordonnances EPA ont imposées à Abitibi. La même conclusion s’applique à l’égard des autres sites, où aucun travail n’a été réalisé et pour lesquels aucun appel d’offres n’a été lancé pour l’exécution des travaux.

[92] Il n’est pas « suffisamment certain » que la province entreprenne la décontamination des autres sites : aucune preuve au dossier ne laisse entrevoir cette possibilité. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. Abitibi se fonde sur une déclaration du premier ministre de l’époque, qui examinait la possibilité que la province soit tenue de verser à Abitibi une indemnité pour l’expropriation de certains terrains, selon laquelle [TRADUCTION] « aucun montant net ne serait versé à Abitibi » : m.i., par. 12. Mis à part le fait que le premier ministre ne prétendait pas établir une politique gouvernementale, sa déclaration n’indique aucunement que la province exécuterait la décontamination. Le premier ministre indiquait peut-être simplement qu’en raison des exigences environnementales non respectées, les terrains ne valaient plus rien ou presque et qu’il serait inutile de verser quoi que ce soit à Abitibi.

[93] Ma collègue la juge Deschamps conclut que les constatations du juge de première instance

“sufficiently certain” that the Province would remediate the land, converting Abitibi’s regulatory obligations under the *EPA* Orders to contingent claims that can be compromised under the *CCAA*. With respect, I find myself unable to agree.

[94] The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. Essentially, he proceeded on the basis that the *EPA* Orders had not been put forward in a sincere effort to obtain remediation, but were simply a money grab. The *CCAA* judge buttressed his view that the Province’s regulatory orders were not sincere by opining that the orders were unenforceable (which if true would not prevent new *EPA* orders) and by suggesting that the Province did not want to assert a contingent claim, since this might attract a counterclaim by Abitibi for the expropriation of the properties (something that may be impossible due to Abitibi’s decision to take the expropriation issue to NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2), excluding Canadian courts). In any event, it is clear that the *CCAA* judge, on the reasoning he adopted, never considered the question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would remediate the properties. It follows that the *CCAA* judge’s conclusions cannot support the view that the outstanding obligations are contingent claims under the *CCAA*.

[95] My colleague concludes:

[The *CCAA* judge] did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the

établissement qu’il est « suffisamment certain » que la province décontaminerait les terrains, transformant ainsi les exigences réglementaires que les ordonnances *EPA* imposent à Abitibi en réclamations éventuelles pouvant faire l’objet d’une transaction sous le régime de la *LACC*. Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion.

[94] Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Essentiellement, il a tenu pour acquis que les ordonnances *EPA* n’avaient pas été émises avec l’intention sincère d’obtenir la décontamination des sites, mais qu’il s’agissait simplement d’une manœuvre pour soutirer de l’argent. Le juge a renforcé son point de vue selon lequel les ordonnances réglementaires émises par la province étaient dépourvues de sincérité en exprimant l’avis qu’elles n’étaient pas susceptibles d’exécution (ce qui, si cela s’avérait exact, n’empêcherait pas que de nouvelles ordonnances soient émises). Le juge a également laissé entendre que la province ne voulait pas produire une réclamation éventuelle, ce qui aurait pu provoquer le dépôt d’une demande reconventionnelle d’Abitibi pour l’expropriation des propriétés (un résultat qui peut s’avérer impossible étant donné la décision d’Abitibi de soumettre la question de l’expropriation à l’ALÉNA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2), en écartant la juridiction des tribunaux canadiens). Quoiqu’il en soit, il est évident que dans son raisonnement, le juge de première instance n’a jamais examiné la question de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province décontaminerait les sites. Il s’ensuit que les conclusions du juge ne peuvent soutenir le point de vue selon lequel les obligations non exécutées constituent des réclamations éventuelles au sens de la *LACC*.

[95] Ma collègue conclut comme suit :

À l’occasion, [le juge] s’est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j’ai déjà proposé, mais cela s’explique par les faits exceptionnels en l’espèce. Or, s’il avait formulé la question

question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. . . . The CCAA judge's assessment of the facts . . . leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim. [Emphasis added; para. 58.]

[96] I must respectfully confess to a less sanguine view. First, I find myself unable to decide the case on what I think the CCAA judge would have done had he gotten the law right and considered the central question. In my view, his failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead on the record before us: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 35. But more to the point, I see no objective facts that support, much less compel, the conclusion that it is “sufficiently certain” that the Province will move to itself remediate any or all of the pollution Abitibi caused. The mood of the regulator in issuing remediation orders, be it disinterested or otherwise, has no bearing on the likelihood that the Province will undertake such a massive project itself. The Province has options. It could, to be sure, opt to do the work. Or it could await the result of Abitibi's restructuring and call on it to remediate once it resumed operations. It could even choose to leave the sites contaminated. There is nothing in the record that makes the first option more probable than the others, much less establishes “sufficient certainty” that the Province will itself clean up the pollution, converting it to a debt.

[97] I would allow the appeal and issue a declaration that Abitibi's remediation obligations under the EPA Orders do not constitute claims compensable under the CCAA, except for work done or tendered for on the Buchans site.

comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. [. . .] L'appréciation des faits par le juge [. . .] ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire. [Je souligne; par. 58.]

[96] Avec égards, je dois avouer que je ne partage pas la certitude de ma collègue à ce titre. Premièrement, j'estime ne pas pouvoir trancher le pourvoi en me fondant sur ce que je crois qu'aurait fait le juge de première instance s'il avait alors saisi correctement le droit et examiné la question réellement en jeu. À mon avis, le fait qu'il n'ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place au vu du dossier : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 35. Mais, plus précisément, je ne vois pas de faits objectifs qui appuient, et encore moins qui imposent, la conclusion selon laquelle il est « suffisamment certain » que la province entreprendra elle-même de décontaminer un site ou tous les sites pollués par Abitibi. L'humeur de l'organisme de réglementation qui ordonne la décontamination, qu'il soit ou non désintéressé, n'a aucune incidence sur la probabilité que la province entreprenne elle-même un projet d'une telle ampleur. Des choix s'offrent à la province. Elle pourrait certes choisir d'exécuter les travaux. Ou elle pourrait attendre le résultat de la restructuration d'Abitibi et lui demander d'exécuter les travaux d'assainissement une fois qu'elle aura repris ses activités. Elle pourrait même choisir de laisser les sites contaminés. Rien au dossier n'indique que le premier choix est plus susceptible d'être retenu que les autres, et encore moins qui établisse qu'il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même la décontamination, convertissant ainsi l'opération en une créance.

[97] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que les obligations de décontaminer les sites qui incombent à Abitibi aux termes des ordonnances EPA ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet d'une transaction aux termes de la LACC, à l'exception des travaux exécutés sur le site de Buchans ou à l'égard desquels des appels d'offres ont été lancés.

The following are the reasons delivered by

[98] LEBEL J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and Deschamps J. They agree that a court overseeing a proposed arrangement under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), cannot relieve debtors of their regulatory obligations. The only regulatory orders that can be subject to compromise are those which are monetary in nature. My colleagues also accept that contingent environmental claims can be liquidated and compromised if it is established that the regulatory body would remediate the environmental contamination itself, and hence turn the regulatory order into a monetary claim.

[99] At this point, my colleagues disagree on the proper evidentiary test with respect to whether the government would remediate the contamination. In the Chief Justice’s opinion, the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the province would remediate the contamination itself (para. 86). In my respectful opinion, this is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J., which does not look very different from the general civil standard of probability, better reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. On the basis of the test Deschamps J. proposes, I must agree with the Chief Justice and would allow the appeal.

[100] First, no matter how I read the CCAA court’s judgment (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), I find no support for a conclusion that it is consistent with the principle that the CCAA does not apply to purely regulatory obligations, or that the court had evidence that would satisfy the test of “sufficient certainty” that the province of Newfoundland and

Version française des motifs rendus par

[98] LE JUGE LEBEL (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et de la juge Deschamps. Elles s’entendent pour affirmer qu’un tribunal qui supervise un arrangement proposé aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), ne peut soustraire les débiteurs aux exigences réglementaires qui leurs sont imposées. Seules peuvent faire l’objet d’une transaction les ordonnances réglementaires de nature pécuniaire. Mes collègues reconnaissent également que les réclamations environnementales éventuelles peuvent être liquidées ou faire l’objet d’une transaction s’il est établi que l’organisme administratif se chargerait de la décontamination, transformant ainsi l’ordonnance réglementaire en une réclamation pécuniaire.

[99] Sur ce, mes collègues diffèrent d’opinion quant au critère de preuve applicable pour déterminer si le gouvernement entend effectuer la décontamination. De l’avis de la Juge en chef, la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination (par. 86). À mon humble avis, il ne s’agit pas du critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce la juge Deschamps ne semble pas différer beaucoup de la norme générale de probabilité en matière civile et reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. Cependant, en appliquant le critère que propose la juge Deschamps, je dois souscrire aux motifs de la Juge en chef et je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

[100] Tout d’abord, sans égard à la façon d’envisager le jugement du tribunal chargé d’appliquer la LACC (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), rien à mon sens ne permet de conclure qu’il soit conforme au principe selon lequel la LACC ne s’applique pas aux exigences purement réglementaires, ou que la preuve faite devant le tribunal respecterait le critère

Labrador (“Province”) would perform the remedial work itself.

[101] In my view, the CCAA court was concerned that the arrangement would fail if the Abitibi respondents (“Abitibi”) were not released from their regulatory obligations in respect of pollution. The CCAA court wanted to eliminate the uncertainty that would have clouded the reorganized corporations’ future. Moreover, its decision appears to have been driven by an opinion that the Province had acted in bad faith in its dealings with Abitibi both during and after the termination of its operations in the Province. I agree with the Chief Justice that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself. In the absence of any other evidence, an offhand comment made in the legislature by a member of the government hardly satisfies the “sufficient certainty” test. Even if the evidentiary test proposed by my colleague Deschamps J. is applied, this Court can legitimately disregard the CCAA court’s finding as the Chief Justice proposes, since it did not rest on a sufficient factual foundation.

[102] For these reasons, I would concur with the disposition proposed by the Chief Justice.

Appeal dismissed with costs, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

Solicitors for the appellant: WeirFoulds, Toronto; Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John’s.

Solicitors for the respondents AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. and Bowater Canadian Holdings Inc.: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent the Ad Hoc Committee of Bondholders: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents the Ad Hoc Committee of Senior Secured Noteholders and the U.S. Bank National Association (Indenture Trustee

voulant qu’il soit « suffisamment certain » que la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») exécuterait elle-même les travaux de décontamination.

[101] À mon avis, le tribunal de première instance craignait un échec de l’arrangement si les sociétés du groupe Abitibi intimées (« Abitibi ») ne pouvaient se libérer des exigences réglementaires relatives à la pollution. Le tribunal voulait écarter l’incertitude qui aurait assombri l’avenir de ces sociétés après leur réorganisation. De plus, sa décision semble motivée par l’opinion suivant laquelle la province avait traité de mauvaise foi avec Abitibi dès que cette dernière eût cessé ses activités dans cette province. Je suis d’accord avec la Juge en chef pour conclure qu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination. En l’absence de tout autre élément de preuve, une remarque faite en passant par un ministre devant l’assemblée législative peut difficilement satisfaire au critère de ce qui est « suffisamment certain ». Même si l’on applique le critère de preuve que propose ma collègue la juge Deschamps, notre Cour peut légitimement écarter les conclusions du tribunal de première instance comme le propose la Juge en chef car elles ne reposent sur aucun fondement factuel suffisant.

[102] Pour ces motifs, je suis d’avis de souscrire au dispositif que propose la Juge en chef.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

Procureurs de l’appelante : WeirFoulds, Toronto; procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John’s.

Procureurs des intimées AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. et Bowater Canadian Holdings Inc. : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l’intimé le comité ad hoc des créanciers obligataires : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés le comité ad hoc des porteurs de billets garantis de premier rang et U.S. Bank National Association (fiduciaire

for the Senior Secured Noteholders): Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the interveners the Attorney General of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Friends of the Earth Canada: Ecojustice, University of Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

désigné par l'acte constitutif pour les porteurs de billets garantis de premier rang) : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur des intervenants le procureur général de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Les Ami(e)s de la Terre Canada : Ecojustice, Université d'Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE SAINT-FRANÇOIS

N° : 450-11-000101-075

DATE : 23 mai 2017

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE CHARLES OUELLET, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE LA FAILLITE DE :

FERTI-VAL INC.

Débitrice

et

ROY, MÉTIVIER, ROBERGE INC.,

ès qualités de syndic à la faillite de la débitrice

Syndic-requérant

c.

SA MAJESTÉ DU CHEF DU CANADA,

aux droits de Développement économique Canada

pour les régions du Québec

et

SA MAJESTÉ DU CHEF DU CANADA,

aux droits de l'Agence du Revenu du Canada

Intimées

et

INVESTISSEMENT QUÉBEC,

direction des créances spéciales

et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC

Mis en cause

JUGEMENT

[1] Agissant pour un créancier garanti, ainsi que pour la masse des créanciers relativement aux sommes qui excèdent le montant dû à ce dernier, Roy, Métivier, Roberge inc. (le SYNDIC) présente une requête qui se veut à la fois une demande en jugement déclaratoire sous l'article 142 *C.p.c.* et une demande d'instructions au Tribunal suivant l'article 34 *L.f.i.*¹.

[2] Avant sa faillite survenue le 19 juin 2007 la débitrice avait entamé des démarches pour réclamer des crédits d'impôt pour les années 2004 et 2005. Après la faillite ces démarches ont été continuées par un séquestre intérimaire et ensuite le SYNDIC. Ce dernier a ajouté en cours de route une réclamation de crédits d'impôt pour l'année 2006. Le 26 mai 2011 l'Agence de revenu du Canada (ARC) émet les avis de cotisation pour les années 2004, 2005 et 2006 refusant tous les crédits d'impôt réclamés. Le SYNDIC fit opposition aux avis de cotisation et appela de la décision de l'ARC à la Cour canadienne de l'impôt. L'appel est fixé pour procéder au mois d'octobre 2017.

[3] La requête du SYNDIC comporte plusieurs conclusions qui gravitent autour d'une question centrale. Celle-ci consiste à déterminer si en application des articles 97(3) *L.f.i.*, 220 (7) *L.i.r.*² ainsi que 155 *L.g.f.p.*³ la dette de la DÉBITRICE née avant la faillite envers Développement économique du Canada (DEC) peut être remboursée par compensation avec la créance que le SYNDIC tente de faire reconnaître contre l'ARC pour les crédits d'impôt susmentionnés.

[4] Sous réserve des arguments qu'ils soulèvent au sujet de la compensation des créances dont nous traiterons plus loin, les intimés DEC et ARC ainsi que la mise en cause Agence de revenu du Québec (ARQ) plaident que la demande du SYNDIC pour jugement déclaratoire et instructions est le mauvais véhicule procédural et qu'elle est prématurée, les questions qu'elle soulève demeurant hypothétiques et théoriques tant que ne sera pas rendue une décision finale sur le droit du SYNDIC aux crédits d'impôt qu'il réclame.

LE CONTEXTE

[5] Ferti-Val inc. (la DÉBITRICE) exploitait un centre de valorisation et de commercialisation d'engrais organique.

[6] En juillet 2005, la DÉBITRICE dépose sa déclaration fiscale accompagnée du formulaire requis aux fins de réclamer des crédits d'impôt pour recherche scientifique et

¹ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985) ch. B-3.

² *Loi sur l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) ch. 1 (5^e suppl.)

³ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) ch. F-11.

développement expérimental (RS&DE) pour l'exercice financier terminé au 31 décembre 2004. En juin 2006 la DÉBITRICE dépose sa déclaration fiscale avec le formulaire réclamant des crédits d'impôt RS&DE pour l'année financière 2005. En ce qui concerne l'exercice financier terminé le 31 décembre 2006, la déclaration fiscale de la DÉBITRICE accompagnée du formulaire de réclamation de crédits d'impôt RS&DE pour cet exercice sera déposée en avril 2008, après la faillite, à l'initiative du SYNDIC.

[7] D'autre part, afin de garantir le remboursement des sommes avancées à la DÉBITRICE suivant un contrat de prêt intervenu en septembre 2005, la Caisse populaire Desjardins des Plateaux de Sherbrooke (Caisse populaire) a publié le 30 septembre 2005 une hypothèque portant sur l'universalité des créances et comptes à recevoir de la DÉBITRICE. Le 5 mai 2006 elle publie une seconde hypothèque qui précise que sont affectées d'hypothèque l'universalité des créances présentes et à venir de la DÉBITRICE découlant de crédits d'impôt présents et futurs. Ce prêt fait l'objet d'une garantie de remboursement à hauteur de 80 % par la mise en cause Investissement Québec (IQ).

[8] Le 17 avril 2007 la DÉBITRICE dépose un avis d'intention de faire une proposition à ses créanciers suivant le paragraphe 50.4 (1) *L.f.i.* Roy, Métivier, Roberge inc. agit à titre de SYNDIC dans le cadre de la proposition.

[9] Le 18 avril 2007 le Registraire de faillite nomme Roy, Métivier, Roberge inc. séquestre intérimaire.

[10] Le 26 avril 2007 le Registraire de faillite ordonne la levée de la suspension des recours de la Caisse populaire quant aux comptes recevables et crédits d'impôt de la DÉBITRICE, et permet à la Caisse populaire d'effectuer toutes les procédures d'exécution nécessaires en vue de la réalisation des créances et des crédits d'impôt de la DÉBITRICE. Le Registraire ordonne également le remplacement de Roy, Métivier, Roberge, à titre de séquestre intérimaire pour le créancier garanti Caisse populaire seulement, par François Huot et Associés Syndic ltée qu'il autorise à percevoir les créances et crédits d'impôt de la DÉBITRICE affectés d'hypothèque en faveur de la Caisse populaire.

[11] Le 19 juin 2007 la DÉBITRICE fait faillite.

[12] Le 4 juillet 2007 Développement économique du Canada (DEC) produit une preuve de réclamation pour une créance non garantie en date du 19 juin 2007 d'une somme de 307 929,58 \$.

[13] L'état de compte joint à la preuve de réclamation fait état d'avances faites à la DÉBITRICE par DEC, en vertu de son « Programme Innovation, Développement de l'Entrepreneurship et Exportation destiné aux PME », de 50 000 \$ en 1997 et de 354 196 \$ en 2004 (total = 404 196 \$), de remboursements reçus de 99 716 \$ et d'intérêts courus à payer de 3 449,58 \$ (solde payable = 307 929,58 \$). Cette preuve de réclamation est acceptée par le SYNDIC. La lettre adressée au SYNDIC, signée par un

conseiller en recouvrement de DEC et à laquelle était jointe la preuve de réclamation, mentionné⁴ :

« [...] Objet : Dans l'affaire de la faillite de Ferti-Val inc.

Monsieur,

Veillez trouver ci-joint les documents relatifs à la réclamation de l'agence :

1. Preuve de réclamation ;
2. État de compte « A » ;
3. Sommaire de la créance.

Par la même occasion, nous désirons vous informer que nous avons procédé à une demande de compensation de dette au montant de 307 929,58 \$, auprès de l'Agence du revenu du Canada (ARC) conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

Cette compensation signifie que dans l'éventualité où l'ARC doit rembourser de l'impôt corporatif, un crédit d'impôt à l'investissement ou toutes autres sommes payables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise*, à Ferti-Val inc., ladite somme nous sera versée à titre compensatoire jusqu'à concurrence du solde dû.

[...] »

[14] Le syndic est donc dès ce moment informé de l'intention de DEC de se prévaloir du mécanisme de la compensation.

[15] Le 11 février 2008, la Caisse populaire signe une quittance subrogatoire par laquelle elle reconnaît avoir reçu de la part d'IQ la somme de 412 206,62 \$ et subroge IQ dans tous ses droits et recours découlant d'un prêt consenti par la Caisse populaire à la DÉBITRICE. Les pièces (principalement la pièce R-4) et la preuve testimoniale devant le soussigné n'ont pas expliqué pourquoi le SYNDIC estime qu'IQ est subrogé dans tous les droits et sûreté de la Caisse populaire à hauteur de 504 787,26 \$⁵ plutôt qu'à hauteur du montant de 412 206,62 \$ payé par IQ à la Caisse populaire⁶. Nous y reviendrons (*infra*, paragr. [26]).

[16] À la suite de la subrogation les démarches entreprises en vue de récupérer les crédits d'impôt par François Huot & Associés Syndic ltée au bénéfice de la Caisse populaire vont être continuées par le syndic requérant Roy, Métivier, Roberge inc., celui-ci agissant dès lors à la fois pour IQ afin d'exécuter la garantie qu'elle détient sur les crédits d'impôt réclamés à la suite de la subrogation et pour percevoir tout excédent au bénéfice de la masse des créanciers.

⁴ Pièce R-5.

⁵ Paragr. 6 de la requête du SYNDIC

⁶ Quittance subrogatoire du 11 février 2008, pièce R-4.

[17] Les demandes de crédits d'impôt pour les trois années concernées ont donné lieu à un important volume de démarches et d'échanges d'informations entre d'un côté l'ARC et de l'autre côté successivement la DÉBITRICE (avant sa faillite), le séquestre intérimaire François Huot & Associés Syndic Itée pour la Caisse populaire, et ensuite le syndic-requérant pour le compte à la fois d'IQ et de la masse des créanciers. Ces échanges d'informations, rencontres, et autres sont décrits en détail dans l'avis d'appel du SYNDIC auprès de la Cour canadienne de l'impôt (pièce R-6)⁷.

[18] Le 26 mai 2011 l'ARC émet les avis de cotisation pour les années d'imposition terminées les 31 décembre 2004, 2005 et 2006 refusant tous les crédits d'impôt réclamés. Selon l'avis d'appel du SYNDIC les crédits d'impôt fédéral réclamés sont de 512 558 \$ pour l'exercice 2004, de 144 728 \$ pour l'exercice 2005 et de 57 268 \$ pour l'année 2006 (total = 714 554 \$) plus les intérêts applicables.

[19] Il est aussi fait état de crédits d'impôt du Québec réclamés de 149 419 \$ pour l'exercice 2004, de 79 615 \$ pour l'exercice 2005 et de 53 677 \$ pour l'exercice 2006.

[20] Le 16 juin 2015 un avocat de la direction des Affaires fiscales du ministère de la Justice du Canada écrit au procureur qui représente le SYNDIC dans les procédures de réclamation de crédits d'impôt⁸ :

« [...] Cher confrère,

Tel que mentionné lors de notre récente conversation téléphonique, l'Agence du revenu du Canada m'a informé que Ferti-Val inc. devait, en date des présentes, un montant de 407,75 \$ de TPS. Il y aurait donc compensation pour ce montant.

En espérant le tout conforme, [...] »

[21] Le 18 juin 2015 l'ARC écrit directement au syndic-requérant une lettre qui mentionne⁹ :

« [...] Madame/Monsieur:

Nous voulons vous informer que le paragraphe 164 (2) de la Loi de l'impôt sur le revenu et le paragraphe 155 (1) de la loi sur la gestion des finances publiques autorisent l'Agence du revenu du Canada à utiliser tout remboursement d'impôt ou crédit d'impôt auquel votre compagnie a droit pour payer des dettes en souffrance avec les gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux.

Nous avons été informés que vous avez une dette en souffrance avec Développement économique Canada pour les régions du Québec (DEC)

⁷ Pour les fins du présent jugement, les parties ont autorisé le Tribunal à tenir pour avérés les faits énumérés à la pièce R-6.

⁸ Pièce R-7.

⁹ Pièce R-8.

Si vous désirez obtenir de plus amples renseignements concernant votre solde dû, veuillez communiquer avec:

[...] »

L'ANALYSE

Le caractère hypothétique des questions soulevées et le véhicule procédural

[22] José Roberge syndic chez le requérant Roy, Métivier, Roberge inc. témoigne que des frais de 75 000 \$ ont été engagés à ce jour pour faire valoir la réclamation de crédits d'impôt et qu'il est prévu qu'un montant équivalent devra être engagé pour débattre l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Il a besoin de savoir si, comme le soutiennent l'ARC, DEC ainsi que l'ARQ, le mécanisme de la subrogation viendra amputer d'entrée de jeu d'un montant de près de 308 000 \$ ce qu'il tente de récupérer au titre de crédits d'impôt RS&DE.

[23] Le droit de DEC d'être payé par subrogation, s'il existe, a pour résultat dans les faits de lui procurer une priorité de remboursement sur les crédits d'impôt à être perçus auprès de l'ARC. Tant que le droit à la subrogation n'est pas décidé, le SYNDIC n'est pas en mesure d'évaluer, tant pour le créancier garanti IQ que pour la masse des créanciers, l'opportunité de convenir d'un règlement donné ou inversement de continuer les procédures devant la Cour canadienne de l'impôt aux coûts que nous avons dits.

[24] Le Tribunal estime que la situation place le SYNDIC comme représentant du créancier garanti IQ devant une difficulté réelle au sens de l'article 142 *C.p.c.* La même difficulté pour le SYNDIC, cette fois-ci agissant au bénéfice de la masse des créanciers pour ce qui excède le montant de la créance garantie, le justifie également de requérir des instructions du Tribunal suivant l'article 34 *L.f.i.*

La compensation

[25] Le Tribunal examine maintenant la question de savoir si la compensation va opérer entre la créance pré-faillite de DEC envers la DÉBITRICE et les crédits d'impôt RS&DE pour des années antérieures à la faillite qui seraient reconnus par un jugement final rendu après cette faillite, lesquels crédits d'impôt ont été valablement cédés en garantie à un tiers par la DÉBITRICE.

[26] Soulignons tout de suite que la question du montant jusqu'à concurrence duquel IQ détient une garantie sur les créances pour crédits d'impôt n'a pas été débattue devant le soussigné, ni n'a fait l'objet d'une preuve complète (*supra* paragr. [14]). Si ce n'est déjà fait il appartiendra au SYNDIC d'obtenir un avis juridique indépendant sur cette question et de le communiquer aux personnes dont les droits sont affectés, conformément aux dispositions des articles 13.4 et suivants *L.f.i.*

[27] D'autre part, dans *Satcomb Télécom Sans fil inc. (Syndic de)*¹⁰ la Cour supérieure a reconnu que l'article 220 *L.i.r.* permet de céder en garantie les crédits d'impôt RS&DE présents et futurs.

[28] Les alinéas (6) et (7) de l'article 220 *L.i.r.* sont pertinents ici (nos soulignements) :

« 220.[...]

(6) Malgré l'article 67 de la Loi sur la gestion des finances publiques et toute autre disposition d'une loi fédérale ou provinciale, une société peut céder tout montant qui lui est payable en vertu de la présente loi.

(7) La cession ne lie pas Sa Majesté du chef du Canada. Par ailleurs:

- a) le ministre n'est pas tenu de verser le montant cédé au cessionnaire;
- b) la cession ne donne naissance à aucune obligation de Sa Majesté du chef du Canada envers le cessionnaire;
- c) les droits du cessionnaire sont assujettis à tous les droits de compensation, en equity ou prévus par une loi, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada. »

[29] Il n'est pas contesté que Sa Majesté du chef du Canada est aux droits de DEC. Ainsi malgré la cession en garantie des crédits d'impôt la compensation prévue par « une loi » demeure donc susceptible d'opérer en faveur de Sa Majesté du chef du Canada.

[30] Le paiement par compensation d'une créance de Sa Majesté du chef du Canada est prévu à l'article 155 (1) de la L.g.f.p. (nos soulignements) :

« **155 (1)** Le ministre compétent responsable du recouvrement d'une créance soit de Sa Majesté du chef du Canada, soit de Sa Majesté du chef d'une province s'il s'agit d'impôts provinciaux visés par une entente entre le Canada et la province en vertu de laquelle le Canada est autorisé à percevoir les impôts pour le compte de la province, peut autoriser, par voie de déduction ou de compensation, la retenue d'un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur ou à ses héritiers par Sa Majesté du chef du Canada. »

[31] L'article 97(3) L.f.i. prévoit également un droit de compensation :

« **97 (3)** Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en

¹⁰ 2007 QCCS 2820, paragr. 58 à 74.

tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses. »

[32] L'arrêt *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*¹¹, rendu après l'audience en la présente affaire, confirme le jugement de la première juge qui statue que la compensation prévue à l'article 21 *L.a.c.c.*¹² n'est pas permise entre la dette fiscale litigieuse de la débitrice née avant les procédures en insolvabilité et sa créance non contestée pour des crédits TPS et TVQ née après ces procédures.

[33] La Cour d'appel souligne les rapports étroits entre la *L.a.c.c.* et la *L.f.i.* et mentionne que l'article 97(3) *L.f.i.* est au même effet que l'article 21 que la *L.a.c.c.*¹³.

[34] La Cour d'appel confirme d'abord que l'une des dettes est bien née avant les procédures d'insolvabilité (« dette pré ») et l'autre est bien née après ces procédures (« dette post »)¹⁴ (les emphases sont ajoutées) :

« [35] En appel, les parties reprennent la distinction faite par la Juge entre les dettes nées avant l'Ouverture et celles après celle-ci, en les qualifiant de dettes « pré » et « post », ce qui allège l'exposé.

[36] Comme les réclamations s'établissent au jour de l'Ouverture, elles constituent toutes des dettes pré auxquelles « les règles de la compensation s'appliquent » (*L.a.c.c.*, art. 21 et *L.f.i.*, art. 97(3)).

[37] Ici, les parties admettent que la réclamation de l'Agence, fondée sur les cotisations, constitue une dette pré, susceptible de compensation.

[38] Quant au remboursement de 1,7 M\$ réclamé par Kitco, c'est une dette post, également susceptible de compensation selon l'Agence qui plaide que « La compensation d'une réclamation avec une dette née pendant le *statu quo* est permise », « Pendant le *statu quo* » c'est-à-dire née pendant la période depuis l'Ouverture et tant que dure la suspension des recours des créanciers ordonnée par le Tribunal.

[39] Elle écrit encore que si sa réclamation doit être « pré » pour que la compensation s'opère, il n'en est pas de même de sa dette à l'égard de sa débitrice qui peut être « post ». Elle écrit :

Certes, la réclamation compensée doit être en lien avec une créance ou un engagement auquel la débitrice devait être assujettie avant l'institution de procédures d'insolvabilité. Toutefois, cette dernière peut être compensée à l'encontre de « toute action intentée par la débitrice en vue du recouvrement de ses créances » sans égard au moment où les droits sous-jacents ont pu prendre naissance.

¹¹ 2017 QCCA 268.

¹² *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, LRC (1985), ch. C-36.*

¹³ *Kitco*, précité, note 11, paragr. 24-25.

¹⁴ *Id.*, paragr. 35 à 40.

[40] C'est un fait qu'au jour de l'Ouverture, Kitco n'a aucun droit au remboursement réclamé. **Ce droit lui vient de la continuation de son entreprise et des taxes qu'elle paye à ses fournisseurs sur les intrants de son exploitation** depuis l'Ouverture. Le remboursement constitue bien une dette post. »

Elle ajoute ensuite¹⁵ :

« [41] Il sera nécessaire de revenir sur cette distinction entre dettes pré et post en étudiant la jurisprudence car il s'y trouve une certaine confusion. »

[35] Ouvrons une parenthèse pour dire qu'en la présente affaire le SYNDIC soutient que les crédits d'impôt RS&DE pour les années antérieures à la faillite sont des dettes post-faillite du fait qu'elles ne seront reconnues que postérieurement à la faillite par un jugement final. Il fait aussi valoir que suivant l'arrêt de la Cour suprême dans *D.I.M.S.*¹⁶ l'article 97(3) *L.f.i.* rend applicable au Québec les règles de la compensation du *Code civil du Québec*, lesquelles requièrent que les dettes soient l'une et l'autre certaines liquides et exigibles pour que la compensation de plein droit opère (art. 1673). Il fait valoir que les crédits d'impôt contestés n'étaient ni liquides ni exigibles à la date de la faillite, en conséquence de quoi la compensation ne saurait avoir lieu.

[36] Revenons à l'arrêt *Kitco* dont les motifs, nous semble-t-il, apportent des réponses à chacuns des arguments du SYNDIC. La Cour d'appel écrit (les soulignements sont de la Cour d'appel et les emphases sont ajoutées par le soussigné) :

« [73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)* [*DIMS*], il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire *Daltech Architectural inc. (Syndic de)* [*Daltech*], à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.* ^[15] [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

¹⁵ *Id.*, paragr. 41.

¹⁶ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 2 RCS 564.

« Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré. »

[75] Selon l'Agence, l'« interprétation large » de la jurisprudence aurait amené la Cour, dans cette affaire *Dolbec*, à permettre la compensation des dettes pré et post. Ce n'est pas le cas.

[76] Dans *Dolbec*, la Cour retient que les deux dettes qui font l'objet de compensation sont pré Ouverture. On y lit :

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et **ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention** de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

[77] **L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.**

[78] Certes, une obligation peut être incertaine, non liquidée ou non exigible au jour d'Ouverture, mais elle existe et elle donnera lieu à une réclamation si elle devient « réputée prouvée » par décision du tribunal tel que prévu aux articles 121(1) et (2) qui renvoient à 135 (1.1) et (4) de la *L.f.i.*

[citation omise]

[79] Même si la décision du tribunal survient bien après le jour d'Ouverture, elle n'en constitue pas moins, dès ce jour, une « réclamation prouvable », susceptible de compensation.

[80] Dans *Daltech*^[16] également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) L.F.I. « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, **je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une**

créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou «réputée prouvée» pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 L.a.c.c. et 97 (3) L.f.i. qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus. »

[15] *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*, [2012 QCCA 698](#).

[16] *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, [2008 QCCA 2441](#).

[37] En l'espèce DEC a avancé des sommes à la DÉBITRICE avant la faillite et la créance que tente de faire valoir le SYNDIC est pour des crédits d'impôt à la recherche scientifique et au développement expérimental résultant des investissements qu'elle a faits en RS&DE au cours de ses opérations avant la faillite¹⁷. Ce sont deux dettes pré-faillite.

[38] Le Tribunal n'a pas à décider si, à la lumière notamment du paragraphe [81] précité de l'arrêt *Kitco*, la connexité mentionnée au paragraphe 37 de l'arrêt *Dolbec* et au paragraphe 70 de l'arrêt *Daltech* demeure une condition nécessaire pour que la compensation opère entre deux dettes dans le contexte de la faillite. En l'espèce le Tribunal estime en effet qu'il y a de toute façon, pour paraphraser l'arrêt *Daltech*, une connexité et un lien de communauté d'objets et de causes entre les avances faites par DEC en vertu de son Programme Innovation, Développement de l'Entrepreneurship et Exportations destiné aux PME et les crédits d'impôt pour recherche scientifique et développement expérimental réclamés.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[39] **REJETTE** la requête du SYNDIC avec frais de justice.

¹⁷ Paragr. 6 de la pièce R-6.

CHARLES OUELLET, J.C.S.

M^e Jean-Patrick Bédard

BEDARD POULIN, AVOCATS S.E.N.C.R.L.
Procureur des demanderesse

M^e Pierre Lecavalier

MINISTERE DE LA JUSTICE CANADA
Pour Sa Majesté du Chef du Canada

M^e Daniel Cantin

REVENU QUEBEC
Pour l'Agence du Revenu du Québec

Date d'audience : 19 janvier 2017

SUPERIOR COURT

COMMERCIAL DIVISION

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

No: 500-11-050409-164

DATE: May 6, 2016

PRESIDING: THE HONOURABLE MICHEL A. PINSONNAULT, J.S.C.

In the matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C36:

7098961 CANADA INC. (FORMERLY KNOWN AS BEYOND THE RACK ENTERPRISES INC.)

Petitioner / Applicant

and

RICHTER ADVISORY GROUP INC.

Monitor / Applicant

and

PAYSAFE MERCHANT SERVICES INC.

and

PAYSAFE MERCHANT SERVICES CORP.

and

PAYPAL CA LIMITED

and

PAYPAL, INC.

and

AMEX BANK OF CANADA

and

AMERICAN EXPRESS TRAVEL RELATED SERVICE COMPANY, INC.

Mis en cause

JUDGMENT

on

- MOTION FOR THE ISSUANCE OF AN ORDER EXTENDING THE STAY OF PROCEEDINGS; AND
 - APPLICATION FOR THE ISSUANCE OF (I) CLAIMS AND MEETING PROCEDURE ORDER (II) ORDER APPROVING AN ASSET PURCHASE AGREEMENT AND (III) ORDER APPROVING AN INCREASE OF THE DIP FACILITY; AND
 - AMENDED APPLICATION FOR DIRECTIONS PERTAINING TO THE UNAUTHORIZED COMPENSATION OF CANCELLED PRE-FILING ORDERS BY THE MIS-EN-CAUSE CREDIT CARDS SETTLING INSTITUTIONS
(SECTIONS 4, 5, 9, 10 AND 11 OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36)
-

INTRODUCTION

[1] 7098961 Canada Inc. (formerly known as Beyond the Rack Enterprises Inc.) ("**BTR**" or the "**Company**"), is a private corporation incorporated on December 24, 2008, under the *Canada Business Corporations Act* (the "**CBCA**"), with its principal place of business in Montreal, Canada. BTR started its commercial operations in January 2009, its principal business activity being the online sale of designer brand apparel, accessories, beauty, toys and books for children, as well as furniture, art and other small home appliances and home decor products, through its website (www.beyondtherack.com), primarily to customers in Canada and the United States.

[2] More particularly, the Company operates as an online shopping company for men and women, offering designer brand apparel and accessories at a discounted price to its members through limited-time events, each of which starts at a specific time and typically lasts only 48 hours. In order to view the merchandise available on the Company's website, a browser must subscribe as a member.

[3] BTR reports having approximately 14 million consumer members, with over 450,000 of these being active buyers.

THE INITIAL ORDER OF MARCH 24th, 2016

[4] On March 24th, 2016, BTR sought the protection of the Court under the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act* (the "**CCAA**") to facilitate the reorganization of its business and operations, with the ultimate objective of submitting a CCAA restructuring plan to its creditors and/ or selling its assets and operations as a going concern, to the extent possible.

[5] On the same day, an Initial Order was issued by Justice Martin Castonguay (the "**Initial Order**").

[6] The following elements of the Initial Order have a bearing on the present Applications.

The Stay Period

[7] The Stay Period stipulated in the Initial Order expired on April 22nd, 2016¹. Presently, the Stay Period has been subsequently extended until May 6th, 2016 under same terms and conditions of the Initial Order.

[8] In the Initial Order, Justice Castonguay declared, *inter alia*, that the following payment services providers were “Critical Suppliers²” to the Company, as contemplated by Section 11.4 of the CCAA:

- “Paysafe Merchant Services Inc. (previously known as NBX Merchant Services Inc.).
- Paysafe Merchant Services Corp. (previously known as NBX Merchant Services Corp).

[collectively “**Paysafe**”]

- PayPal CA Limited. [“**PayPal**”]
- Braintree. [“**Braintree**”]
- American Express. [“**AMEX**”]

[collectively the “**Payment Processors**”]

[9] In his initial report dated March 23rd, 2016 (the “**Initial Report**”), the proposed Monitor mentioned that the Company should enjoy “*continued service by the payment providers*” and in its First Report dated April 19th, 2016, the Monitor confirmed that an agreement had been reached between the Company and Paysafe, its principal payment processor during the week following the issuance of the Initial Order³.

[10] In connection with the foregoing, the Court understands that the aforesaid provisions of the Initial Order resulted from the representations made to Justice Castonguay by the Company and the Monitor who favoured pursuing their efforts to sell BTR as a going concern, thus the necessity of authorizing an Interim Financing and declaring the Payment Processors as Critical Suppliers, otherwise their restructuring measures would have been moot from the outset.

[11] In paragraph 14 of its Initial Report, the proposed Monitor stated the following:

¹ Initial Order, paragraph 8.

² Initial Order, paragraphs 25 to 33.

³ The first Report of the Monitor dated April 19th, 2016, paragraph 16.

“14. The Company seeks the issuance of an Initial Order with the necessary reliefs to allow the continuation of the activities while a sale process is implemented under Court supervision, the whole with a view to execute a going concern sale providing transition employment to a significant number of employees and maximize the underlying value of the business for the benefit of all stakeholders (including the employees, the trade creditors, the suppliers, the customers and the shareholders).”

[12] As Justice Castonguay declared the Payment Processors to be Critical Suppliers, the judge also stipulated the following at paragraph 26 of the Initial Order:

“26. **ORDERS** and **DECLARES** that each Critical Supplier shall continue to supply the Debtor with the goods and/or services on terms and conditions that are consistent with existing contractual arrangements, as may be amended by this Order.”

[Emphasis added]

[13] For a better understanding, it must be pointed out that the main question at issue to be dealt with by the Court is in connection with the Application for directions filed by the Monitor in virtue of which the Payment Processors are, to all intents and purposes, called upon to refund to the Company an amount in excess of \$1.9 million resulting from an alleged “Unauthorized Compensation”.

[14] After the Initial Order, the Company continued to refund the purchase price paid by numerous customers who requested a cancellation as they had not received delivery of their purchases. The cancellations increased noticeably in the month prior to the Initial Order and thereafter. As it did before the Initial Order, the Company would instruct from time to time the Payment Processors to process on its behalf those refunds by crediting its customers’ credit card accounts with an amount equivalent to the price paid by each consumer in connection with their cancelled open orders (regardless that those open orders were pre-filing orders (“**Pre-filing orders**”) or post-filing orders (“**Post-filing orders**”)). Subsequently, the Payment Processors would debit the accounts that BTR held with each of them for the same amounts.

[15] Four weeks after the Initial Order, the Monitor and the Company raised for the very first time that the Payment Processors who complied with BTR’s instructions to refund various Pre-filing open orders’ customers, unlawfully debited the Company’s accounts with each of those service providers with the amount of the said refunds.

[16] In a nutshell, the Monitor and the Company adopted the position that those specific refunds totalling \$1,944,243 as at May 1st, 2016 were Pre-filing provable claims that could not be compensated with the funds generated by BTR with Post-filing orders, those funds being Post-filing accrued assets, thus the issue of the “Unauthorized Compensation” that will be dealt with in the present judgement.

The Interim Financing authorized by the Initial Order

[17] The Initial Order also authorized BTR to borrow moneys from 9523669 Canada Inc. (the “**Interim Lender**”) up to a maximum of \$1,150,000 to fund the ongoing expenditures of the Company⁴ (the “**Interim Financing**”).

[18] As a condition precedent to the Interim Financing being extended to BTR, the Interim Lender had to be subrogated in the claims and rights of the senior secured lender Silicon Valley Bank (“**SVB**”). The Court understands that the Interim Lender has fulfilled that prerequisite.

[19] The Interim Financing was authorized with a charge and security for an aggregate amount of \$1,800,000 in favour of the Interim Lender⁵.

Additional powers granted to the Monitor under the Initial Order

[20] Among the powers granted by the Court to the Monitor under the Initial Order, the Monitor was authorized in particular to initiate and conduct a sale and investment solicitation sale process in respect of BTR’s assets and business⁶.

[21] In short, during the Stay Period contemplated in the Initial Order, the stated goal was to maintain the ongoing operations of the Company to the extent possible, which included the fulfillment of the thousands of pre-filing open orders placed online by consumers in the amount of \$6,952,000⁷, bearing in mind that all such orders had already been entirely pre-paid by BTR’s customers, and that for the greater part, these funds were in the possession of the Company.

THE PROCEDURAL CONTEXT

[22] The Court is seized with the three Applications or Motions mentioned above in the heading made by the Company, except for the Application for directions that was initially submitted by the Monitor. The Company subsequently joined the Monitor as a co-applicant.

[23] The Motion to extend the Stay of proceedings, the Claims and Vesting Order Application and the Application for directions e heard during a three-day hearing held on April 25th, 27th and 28th, 2016.

⁴ Initial Order, paragraph 34.

⁵ Initial Order, paragraph 38.

⁶ Initial Order, paragraph 52 (f).

⁷ Cash Flow Projections dated March 23rd, 2016 submitted in connection with the issuance of the Initial Order.

[24] The evidence adduced at the hearing was common to the three proceedings, to the extent applicable. A single judgment shall deal with all of them.

I- Motion for the issuance of an order extending the stay of proceedings

[25] This Motion dated April 13th, 2016 was the first one filed by the Company on April 18th, 2016.⁸

[26] Although the Company was seeking an extension of the Stay Period on the same terms and conditions of the Initial Order until June 20th, 2016, this Motion was only extended until April 25th, 2016⁹, at which time the Court would hear the same together with a second Motion entitled “*Application for the issuance of (I) a claims and meeting procedure order (II) an order approving an asset purchase agreement and (III) an order approving an increase of the DIP Facility*”.¹⁰

[27] The extension sought by the Company was essentially to enable it to complete and submit to its creditors its Plan of Arrangement and complete a proposed transaction with a purchaser.

The First Report of the Monitor on the state of the Debtor’s financial affairs dated April 19, 2016¹¹

[28] In support of the Company’s Motion to extend, the Monitor produced its First Report dated April 19th, 2016, which was accompanied with the following financial documents:

- A Cumulative Comparative Cash Flow Statement covering the 4-week period between March 23rd to April 17th, 2016¹² (for the initial 30-day period covered by the Cash Flow Projections submitted to Justice Castonguay in the context of the Initial Order hearing)¹³ (the “**First Comparative Cash Flow Statement**”); and
- Cash Flow Projections covering the 1-week period between April 18th to April 24th, 2016 (the “**First Cash Flow Projections for the week of April 24th, 2016**”);

⁸ Hereinafter the “**Motion to extend**”.

⁹ The Stay Period was subsequently extended until April 27th, then April 28th and finally until May 6th, 2016.

¹⁰ Collectively referred to hereinafter as the “**Claims and Vesting Order Application**” or the “**Second Motion**”.

¹¹ Hereinafter the “**First Report**”.

¹² Exhibit **A-4**, Appendix A (filed under seal).

¹³ The First Report of the Monitor on the state of the Debtor’s financial affairs (April 19, 2016), Appendix C (filed under seal).

[29] The Monitor reported, among other things, that “*the Company was maintaining its operations and focusing on the fulfilment of customers’ orders through delivery of items held on inventory and purchases made depending on cash flow availability*”¹⁴.

[30] On April 15th, 2016, the Company launched an inventory liquidation campaign to raise funds for the on-going operations. All items were advertised on its website as “*in stock*” and the campaign was to end on April 19th or “*until inventory is available*”. The campaign was expected to generate approximately \$250,000 in sales as a result of liquidating the equivalent cost of inventory.¹⁵

[31] At paragraphs 41 and 42, the Monitor also reported:

“41. Since the filing of the CCAA, the Debtor is paying its suppliers based on negotiated terms or on cash on delivery basis. The Debtor advises that it has not incurred significant unpaid liabilities since the filing.

42. The cash receipts for the payment processors have been significantly impaired as a result of the payment processors offsetting, from their remittance, customers’ order cancellations totalling \$1,276,000 pertaining to pre-filing orders. For the 4-week period ended April 17, 2016, new orders totalled \$2.5 million, which are \$200,000 higher than initially projected.”

[32] Referring to the First Cash Flow Projections for the week of April 24th, 2016, the Monitor also indicated at paragraphs 44 and 45:

“44. The Projections reflect the following general assumptions:

- Extension of the Stay Period;
- Continued service by the payment providers;
- Continued service by the different outsourcing companies and individuals;

45. More particularly, the Projections reflected the following assumptions:

Cash Receipts

- The forecasted sales were based on the recent trending since the filing of the CCAA.
- Receipts assume that the payment processors will continue to offset, from their remittance, the customers’ cancellations of pre-filing orders.
- Receipts from the payment processors assume a holdback of 12% for Paysafe.

Cash Disbursements

¹⁴ The First Report of the Monitor, paragraph 17.

¹⁵ The First Report of the Monitor, paragraph 35.

- Funds will be used in priority to pay employees and expenses to maintain the operations of the business. Purchases, shipping and marketing expenses will depend on the level of funds collected from the payment processors. Therefore, such disbursements were projected as a function of the payment processors receipts. Management expects to purchase more products and fulfill more open customers' orders in the eventuality that the funds received from payment processors are higher than projected.

[...]"

[Emphasis added]

[33] At the end¹⁶ of its First Report, the Monitor expressed the opinion that BTR's Motion to extend was reasonable and recommended that the Court grants the same given certain factors, among which were:

- "If the extension is granted, we are not aware of any other issue that may materially prejudice creditors.
- Since the issuance of the Initial Order, the Debtor has continued to act diligently, in good faith and in the interest of its creditors.
- Since March 24, 2016, the Debtor has continued to pay its employees and suppliers of goods and services on time and/or according to existing agreements.

[...]"

[Emphasis added]

[34] At paragraph 56, the Monitor concluded its First Report as follows:

"56. The Monitor believes that the issuance of an Order Extending the Stay of Proceedings is necessary and reasonable in the circumstances and will allow the Debtor to implement the transaction being proposed by the party having submitted the highest proposal in the context of the solicitation process, the whole for the benefit of all Debtor's stakeholders since it is contemplating the submission of a plan of Arrangement under the CCAA."

[35] Based on the foregoing evidence and representations, the Court granted on April 20th, 2016, an extension of the Initial Order until April 25th, 2016.

The Second Report of the Monitor on the state of the Debtor's financial affairs dated April 22, 2016¹⁷

¹⁶ The First Report of the Monitor, paragraph 54.

¹⁷ Hereinafter the "**Second Report**".

[36] The Second Report was undoubtedly prepared by the Monitor in anticipation of the April 25th, 2016 hearing.

[37] With his Second Report, the Monitor submitted to the Court the following financial information:

- An Amended Cumulative Comparative Cash Flow Statement dated April 22nd, 2016, covering the 4-week period between March 23rd to April 17th, 2016¹⁸ (the “**Second Comparative Cash Flow Statement**”); and
- Cash Flow Projections dated April 22nd, 2016, covering the 9-week period between April 18th to June 19th, 2016¹⁹ (the “**Second Cash Flow Projections**”).

[38] All in all, in the Second Report, the Monitor reiterated its findings and comments mentioned in its First Report while placing a little bit more emphasis on the cash flow restrictions stemming from the “setoff or compensation” carried out by the Payment Processors with refunds made by the Company as a result of customers’ cancellations of the Pre-filing orders.

[39] It must be noted that the same “setoff or compensation” is operated by the Payment Processors for the Post-filing orders as well, in compliance with the arrangements that have been prevailing between them and BTR from the outset of their business relationships.

[40] When mentioning to “setoff or compensation’ in its First and Second Reports, the Monitor did not refer to the “Unauthorized Compensation”.

[41] Notwithstanding the foregoing, the Second Cash Flow Projections were prepared with the same general assumptions, including that “*Receipts assume that the payment processors will continue to offset, from their remittance, the customers’ cancellations of pre-filing orders*”.

[42] Moreover, although the First Cash Flow Projections were silent on the subject, the Second Cash Flow Projections forecasted that the Interim Lender was expected to inject an additional \$2,000,000 into the Company during the week ending May 1st, 2016, subject obviously to the prior approval of the Court.

[43] The Monitor’s conclusion and recommendation found at paragraph 26 of the Second Report are identical to those found at paragraph 56 of its First Report.²⁰

¹⁸ The Second Report of the Monitor on the state of the Debtor’s financial affairs (April 22, 2016), Appendix A (filed under seal).

¹⁹ The Second Report of the Monitor, Appendix B (filed under seal).

²⁰ Kindly refer to paragraph 34 above.

II- Application for the issuance of (I) a claims and meeting procedure order (II) an order approving an asset purchase agreement and (III) an order approving an increase of the DIP Facility

[44] The Claims and Vesting Order Application is dated April 21st, 2016.

[45] As its title reveals, the Second Motion raises three different issues.

[46] As authorized by the Initial Order, the Company and the Monitor used the initial Stay Period to conduct an expedited sale and solicitation process.

[47] As a result thereof, the Company and the Monitor entertained an offer submitted by Gestion Optifer Inc. ("**Optifer**") and indicated that they were in the process of finalizing an agreement in connection with the restructuring of BTR's business and assets.

[48] It is, to all intents and purposes, an asset purchase agreement in virtue of which the Interim Lender will recover most of its secured claims, provided that the creditors of the Company with unsecured claims in excess of \$25 million accept a basket proposal of \$310,000.

[49] The Second Motion also reveals that the proposed purchaser, Optifer, is an affiliate of 9523669 Canada Inc., the Company's Interim Lender.

[50] The key business terms and conditions of the agreement with Optifer are the following:

"4a) the sale of all or substantially all of the assets of the Company to Optifer or one of its affiliates in consideration of the assumption of: i) the full amount owing (currently about \$1,150,000, and expected to be higher by the time of closing) under the Amended DIP Facility (as defined hereinafter) at closing, ii) a significant portion of the pre-filing senior secured facility held by 9523669 Canada Inc. (the "**DIP Lender**"), and iii) the Company's obligations under certain contracts to be assumed by Optifer²¹; and

b) the compromise of any and all claims against the Company through the CCAA Plan (as defined hereinafter) pursuant to which the Company's creditors will be offered a distribution equal to a pro-rata share of a basket amount of \$310,000."

[Underline added]

[51] In order to complete the claims process and submit a \$310,000 basket proposal to the unsecured creditors, the Company would require additional funding of \$2,000,000

²¹ Schedule 1.1(a) of the unsigned draft agreement produced as Exhibit **R-2** (under seal) does not disclose any of the contracts that would be assumed by Optifer.

to maintain its ongoing operations until the restructuring process has been completed by June 15th, 2016.

[52] It was therefore proposed that the Interim Financing should be increased by an additional \$2,000,000 to be extended by the Interim Lender, who would seek under such circumstances to have its first charge against the Company's assets²² increased to \$4,000,000.

[53] In conclusion, in the Second Motion, the Company, with the support of the Monitor, is seeking from the Court the issuance of the following orders²³:

“a) an order establishing a process for the treatment of claims against the Company and setting out the procedure for the calling and holding of a meeting of creditors to consider, and if deemed acceptable, approve the CCAA Plan (the "**C&M Procedure Order**");

b) an approval and vesting order in connection with the sale of all or substantially all of the assets of the Company to Optifer or one of its affiliates (the "**Approval and Vesting Order**"), the whole upon the terms and conditions set forth in the APA²⁴ (as defined hereinafter); and

c) an order approving an increase of the existing DIP Facility (as defined in the Initial Order) from \$1,150,000 to \$3,150,000 in order to provide the Company with sufficient liquidity while the Company completes the various steps leading to the above mentioned restructuring transactions (the "**DIP Increase Order**").”

III- Amended Application for directions pertaining to the unauthorized compensation of cancelled pre-filing orders by the Mis-en-cause credit cards settling institutions²⁵

[54] During the evening of Friday April 22nd, 2016, the Monitor attempted to serve upon the Payment Processors the Third Motion with one ultimate goal in mind, order the latter to refund to the Company up to \$1.9 million that were allegedly unlawfully withheld or more precisely, unlawfully compensated with Post-filing accrued assets belonging to or due and destined to be remitted to BTR.

[55] In its capacity as Monitor, Richter Advisory Group Inc. was seeking the issuance of an order from this Court at the upcoming April 25th, 2016 hearing that the Payment Processors stop the “Unauthorized Compensation²⁶” between the remittances owed to

²² Defined as “Collateral” in the “Amended and restated interim financing Term Sheet” (R-7).

²³ Paragraph 5 of the Second Application.

²⁴ The Asset Purchase Agreement for the sale of BTR's assets to Optifer.

²⁵ Hereinafter referred to the “**Third Motion**”.

²⁶ 17. However, it seems that the Mis-en-cause [the Payment Processors] did effect compensation (the “**Unauthorized Compensation**”) between:

the Company of credit card payments relating to credit card sales made after the date of the Initial Order, which are claims accrued to the Company after the Initial Order, and “*amounts owed to the Payment Processors*” relating to cancelled credit card sales made before the date of the Initial Order, which are claims of theirs against the Company that existed before the Initial Order, according to the Monitor.

[56] More precisely, in the Third Motion, the Monitor is seeking the following remedies:

“**ORDER** the Mis-en-cause Institutions [the Payment processors] to stop effecting compensation between any claim of the Institutions against the “Company” that existed before the Initial Order, including any claim relating to cancelled credit card sales made by the Company before the date of the Initial Order, and any claims accrued to the Company after the Initial Order, including remittances to the Company of credit card payments relating to credit card sales made by the Company after the date of the Initial Order;

ORDER the Institutions to remit to the Company, within 24 hours of the date of the order to be rendered herein, all credit card payments relating to credit card sales made by the Company after the date of the Initial Order which, as of the date of the order to be rendered herein, have been withheld in contravention of the Initial Order;

ORDER the Institutions to collaborate with the Monitor in order to ensure the proper execution of the order to be rendered herein, including by providing to the Monitor any document or information requested by the latter;

ORDER the provisional execution of the judgment notwithstanding any appeal and without the necessity of furnishing any security;”

[57] In other words, the Monitor is seeking to “force” Paysafe, BTR’s principal Payment Processor with some 70% of its overall online credit card transactions, to refund the greater portion of \$1,944,243 as a result of the alleged “Unauthorized Compensation”. The stakes of PayPal and of AMEX are significantly less given their lesser implication in BTR’s sales.

[58] Given the fact that the Court has to rule at once on all three Motions and Applications, it is relevant to set out hereinafter the relevant events as they unfolded over the three-day hearing.

(a) remittances owed to the Company of credit card payments relating to credit card sales made after the date of the Initial Order, which are claims accrued to the Company after the Initial Order, and

(b) amounts owed to the Mis-en-cause relating to cancelled credit card sales made before the date of the Initial Order, which are claims of the Mis-en-cause against the Company that existed before the Initial Order.

The first day of hearing on the Motion to extend and the Second Motion (April 25th, 2016)

[59] At the outset of the April 25th, 2016 hearing, the attorneys for Paysafe expressed their client's surprise, let alone their utter shock at this unexpected last minute change of position adopted in particular by the Monitor, regarding the "Unauthorized Compensation" and disputed quite appropriately the legal interest of the Monitor to initiate such proceedings by itself. The Court learned that the Monitor's involvement was prompted by the fact that the Company's lawyers Stikeman Elliott would have found themselves in a conflict of interest situation as their firm also represents the interests of Paysafe in other matters.

[60] In light of the insufficient delays given to the Payment Processors, the hearing on the Third Motion was postponed to April 27th, 2016 in order to grant additional time for Paysafe to prepare adequately and enable the Company to regularize the situation with respect to its own representation in the said Motion²⁷.

[61] On the first day of the hearing, despite the objections of Paysafe lawyers who felt that given the nature of the Third Motion, the three Motions were so closely intertwined that no judgment should be rendered on the first two before hearing the evidence on the third one, the Court nevertheless agreed to hear the evidence on the Motion to extend and on the Second Motion. However, by the end of this first day's hearing, it became obvious that the initial objections of the lawyers for Paysafe were well founded.

[62] The financial evidence offered on the first day of hearing by the Company and the Monitor, with the assistance of the Second Report and the Second Cash Flow Projections, did not provide anywhere for the immediate refund of the "Unauthorized Compensation" by the Payment Processors in order to enable the additional injection of \$2,000,000 by the Interim Lender and the completion of the proposed Arrangement and the proposed transaction with Optifer.

[63] On the contrary, the Company and the Monitor represented to the Court that with the additional \$2 million from the Interim Lender, they could continue BTR's operations for the 9-week period contemplated in the Second Cash Flow Projections with the Payment Processors continuing to "compensate" the refunds granted by the Company for Pre-filing and Post-filing orders.

[64] However, at the end of the first day, the lawyer representing the Interim Lender stated that his client refused to disburse any additional funds to the Company before the Third Motion was disposed of and that the Payment Processors have remitted to the Company the \$1,944,243 representing the alleged "Unauthorized Compensation".

²⁷ The Third Motion was amended on April 26th, 2016 to reflect the addition of the Company as a co-Applicant with the Monitor. The Company was "officially" represented by another lawyer for the presentation of the Third Motion although, with all due respect, 99% of the representations were made by the lawyer for the Monitor.

[65] The Monitor then informed the Court that the Third Motion was indeed prompted by the new position adopted by the Interim Lender on the morning of April 22nd, 2016. On that day, the Interim Lender indicated that, in its view, the situation arising from the “Unauthorized Compensation” constituted a “material change” that justified its modified position regarding the injection of the additional \$2 million into BTR’s operations.

[66] Under such circumstances, the Second Cash Flow Projections became of very little assistance to the Court.

[67] The Court decided to reserve its judgment on the Motion to Extend and on the Second Motion until the parties had the opportunity to present their evidence with respect to the Third Motion.

[68] The Initial Order was nevertheless extended to April 27th, 2016.

The second day of hearing (April 27th, 2016)

[69] At the outset, the parties agreed that the Third Motion would only proceed against Paysafe and not against any of the other Payment Processors for the time being, each party reserving their respective rights and recourses should the Company wish to present again its Third Motion against PayPal, Braintree and/or AMEX.

[70] As it ended on the first day of hearing, the second day began with new developments that would ultimately impact on the outcome of all three Motions.

[71] The lawyer for the Monitor informed the Court that during the one-day recess, the Company, with the assistance of the Monitor, had prepared new financial documents and projections reflecting the new position voiced by the lawyer for the Interim Lender at the end of the first day hearing, namely that it would only start to advance a portion of its \$2,000,000 additional funds once and only once the Payment Processors refund to the Company a first tranche of approximately \$1,000,000 from the \$1,944,243²⁸ they allegedly debited illegally with their “Unauthorized Compensation”.

[72] The Court cannot help noticing that the Interim Lender²⁹ is, to all intents and purposes, dictating the Company’s course of action with the concurrence of the Monitor, in all appearances.

[73] This turn of events prompted the Company to prepare new and updated financial statements and cash flow projections taking into consideration the new requirements of the Interim Lender³⁰. This time, the Company decided to take into account the refund of \$1,944,243 to be made by the Payment Processors with respect to the “Unauthorized

²⁸ As of May 1st, 2016 according to the Second Cash Flow Projections dated April 26th, 2016 (Exhibit **A-5**).

²⁹ Bearing in mind that the Interim Lender is affiliated to the proposed purchaser Optifer.

³⁰ The Court was not presented however with a re-amended DIP Facility Agreement (**R-7**).

Compensation” to and assess as well the latter’s exposure with respect to Pre-filing orders and Post-filing orders.

[74] Consequently, the Monitor filed the following new financial documents³¹:

- Exhibit **A-4**: An Amended Cumulative Comparative Cash Flow Statement, covering the 5-week period between March 23rd to April 24th, 2016 (the “**Third Comparative Cash Flow Statement**”);
- Exhibit **A-5**: Amended Cash Flow Projections dated April 26th, 2016, covering the 8-week period between April 24th to June 19th, 2016 (the “**Third Cash Flow Projections**”); and
- Exhibit **A-6**: Tables entitled “Payment processors’ exposure” showing their pre-filing and post-filing open customer orders and a combined table for each of the Payment Processors (the “**Payment Processors Exposure Tables**”).

[75] The Monitor testified again to present these new financial documents.

[76] The Monitor informed the Court that the Third Cash Flow Projections took into considerations the following general assumptions that were previously absent:

- The Payment Processors would refund the “Unauthorized Compensation” of \$1,944,243 to the Company between the week ending on May 8th (with approximately \$1 million on that first week) and the week ending May 29th;
- The Payment Processors would cease immediately to apply any “Unauthorized Compensation” against any future cancellations of Pre-filing orders; and
- The Interim Lender would only start to inject a portion of its additional \$2 million into the Company, with a first \$1 million installment to be made during the week following the refund by the Payment Processors to BTR of their first tranche of \$1 million.

[77] According to the Third Cash Flow Projections dated April 26th, 2016, the Company was now expecting the Payment Processors to refund an additional \$954,329³² representing the balance of the “Unauthorized Compensation” during the three weeks following their initial refund of approximately \$1,000,000 in the week of May 8th, 2016.

³¹ All produced under seal.

³² \$93,900 during the week ending on May 15th, 2016, \$693,900 during the week ending on May 22nd, 2016 and \$166,529 during the week ending on May 29th, 2016.

[78] On the second day, it became even more obvious that the outcome of the additional DIP or Interim Lending Facility and of the survival of the Company as a going concern hinged on whether or not the Payment Processors are ordered to refund to the Company \$1,944,243³³ stemming from Pre-filing orders' sales that BTR agreed to voluntarily refund in response to cancellation requests made by many of its customers.

[79] Needless to say, the decision of the Court with respect to the "Unauthorized Compensation" is now paramount to the outcome of the Motion to Extend and to the Second Motion, as not only Paysafe objects vigorously to paying to the Company any of the funds mistakenly branded, in its view, as "Unauthorized Compensation" by the Company and the Monitor but, if ordered to refund the same, it would also object to the Stay Period of the Initial Order being extended upon its original terms and conditions.

- **The testimony of Mr. David Farrant, Vice-President - Operations of the Company**

[80] On the second day, the testimony of the Monitor's representative, Mr. Benoit Gingues ("Gingues"³⁴) was followed by the one of Mr. David Farrant.

[81] Mr. David Farrant ("Farrant") is Vice-President - operations of the Company who is responsible for the logistics, the distribution centre and the customer service. He has been working at BTR since August 2009.

[82] Farrant testified that, at the date of the Initial Order, the Company had some 20,000 to 25,000 open orders in the 21-day range, 41,000 open orders in the 22+-day range and 20,000 open orders in the 61+-day range. 70% of those open orders had been completed through Paysafe payment services.

[83] Farrant indicated that the Company's shipping policy appeared on BTR's website and that its customers were well aware of the two to three weeks shipping policy, generally speaking.

[84] The cancellation rate rose approximately up to the 33% range prior to the Initial Order while it had been historically in the 6.5% range.

[85] While the priority was given to fulfilling orders with inventory in stock, it became harder for the Company to fulfil open orders when the suppliers did not want to release the goods without a payment, thus adding pressure on the level of cancellations.

³³ Amount established by the Company as at May 1st, 2016.

³⁴ The use of last names in this judgment reflects how the parties were generally identified during the hearing and is meant solely to lighten the text. It should not be interpreted as a sign of lack of respect toward the persons concerned.

[86] With respect to the cancellation process, Farrant explained that no customer can initiate a cancellation of his or her open order online via BTR's website. The Company does not offer website cancellations and it does not invite cancellations neither. They only respond to requests for cancellation to the extent that a customer has contacted their Customer Service Centre. Even, then the Customer Service Representatives ("**CSR**") never offer proactively to cancel an open order.

[87] According to the witness, the cancellation process is only initiated by the customer who must communicate the Customer Service Center ("**CSC**") where he or she will be put in contact with a CSR.

[88] Once the cancellation has been requested by the customer and approved internally, the customer will receive an email later on from the CSC confirming that the cancellation order has been initiated and that his or her credit card account will be credited shortly, unless the ordered products have been shipped already.

[89] Internally, only very few employees of the Company are authorized to actually proceed to the cancellation of an open order and thus, grant a refund a credit cardholder.

[90] If the order was placed with a VISA or a MasterCard, the transaction was originally processed via Paysafe as BTR's principal Payment Processor. The refund will normally take the same path in reverse. In other words, the Company will credit the refund to the same credit card that was used to make the purchase.

[91] The few employees of the Company that are authorized to cancel an open order and proceed to refund the credit cardholder will enter into contact with Paysafe through the latter own proprietary secure online payment gateway called Netbanx³⁵. Once logged in, the authorized employee of the Company will enter the necessary instructions to enable Paysafe to process the refund by crediting the account of the credit cardholder by providing the name of the customer, the credit card number and the date of the purchase.

[92] The Court understands that the need to link the refund to the original credit card transaction is not a transaction reversal as such, but rather to make sure that the credit refund is channeled to the right customer (credit cardholder) and to appropriate credit card account.

[93] Paysafe, via Netbanx, will comply with BTR's instructions and will then refund the credit cardholder's account accordingly. Once the refund has been completed, BTR's account with Paysafe (the "**BTR Paysafe Account**") is automatically debited with the same amount.

³⁵ Used for the payment processing of credit/debit cards serviced by Paysafe.

[94] Farrant claimed that despite the fact that the refund process is initiated by an authorized representative of the Company, no money ever comes out of the Company's pockets *per se*. In his view, in this particular process, it is Netbanx (Paysafe) that makes the refund that it subsequently sets off with BTR's other current sales in the BTR Paysafe Account.

[95] Farrant added that it is difficult to predict customers' behaviour when it comes to cancellations. One month prior to the Initial Order, their cancellation ratio reached 1/3 of the open orders as most of the orders were significantly old. The CSRs were nevertheless trying to reassure the customers by asking them to be patient, hoping that in the meantime, they would get their vendors who are withholding shipments pending receiving payments from BTR, to nevertheless release the purchased goods.

[96] Again, on the issue of cancellations that are at the heart of the Third Motion, Farrant insisted that:

"We will not proactively cancel."

[97] According to Farrant, the Company does not offer any refunds with store credits and coupons neither.

[98] Asked by the lawyer for Paysafe whether after a 13-week waiting period, BTR would unilaterally offer to a customer a refund via a store credit in the same amount, Farrant replied *"We do not offer store credit unless a customer insisted."* They would only accede to such a request from a customer in order to maintain a good relationship.

[99] Farrant was finally asked by the lawyer that if the Company adopted the approach of cancelling and refunding open orders with proactive refunds granted with store credits of same value, shouldn't the Interim Lender and Optifer be made aware of such a commercial practice?

[100] Farrant simply responded:

"I imagine."

- **The testimony of Mr. Patrick Lemay**

[101] Immediately after the witness Farrant was excused, the lawyer for Paysafe called Mr. Patrick Lemay ("**Lemay**") as a witness, whose testimony clearly contradicted Farrant's testimony.

[102] Lemay is an employee of Paysafe who is also a member and a customer of BTR. His purchases and transactions with BTR are totally foreign to his employment and have never been made at the request of his employer until a situation arose unexpectedly on April 21st, 2016.

[103] On February 25th, 2016, Lemay purchased online on BTR's website Van Houtte's K-cup coffee pods for the total amount of \$252.90 (**PS-1**). His credit card account was debited with the same amount on February 26th, 2016 (**PS-2**).

[104] Without any solicitation on his part, Lemay received on April 21st, 2016, an email from BTR entitled "An update on your order 17820253" (**PS-3**) with the following message:

"Dear Patrick,

Although we told you that your order 17820253 was scheduled to arrive at Beyond the Rack, our suppliers are occasionally unable to ship all of the items they reserved for us. The item(s) we were unable to secure for you is listed below.

We've already refunded you in the amount of 252.90*, to your Beyond the Rack account, which can be viewed on the top right side of your account page, for the unavailable item(s).

We sincerely apologize for the disappointment. In an effort to compensate you for the inconvenience, we've included a promotional code for the value of \$25. Please enter WELOVEYOU25X1 at checkout."

[Emphasis added]

[105] Lemay insisted that he never requested at any time a cancellation of that order that was unilaterally converted by BTR into a \$252.90 store credit to be used on future purchases as opposed to receiving a full refund by way of a cheque or a credit applied to his credit card, which was never credited with the said amount. [Emphasis added]

[106] Earlier on February 11th, 2016, Lemay had made a previous purchase via BTR's website. He had ordered two products for a total amount of \$89.65 (**PS-4**) that was debited from his credit card account on the following day, February 12th, 2016 (**PS-5**).

[107] One of the two products was delivered to him at an unknown date. However, on April 26th, 2016, having not received the second product (2-pack Samsung Galaxy S6 & Galaxy S6 Edge Headsets in white), Lemay went to BTR's web site and he was able to enter into a live chat with a representative of the Customer Service Center (Johnny) to enquire about the status of that order.

[108] Lemay was basically informed that BTR was still waiting for the product to arrive at its warehouse from their supplier. The Company expected the same to arrive any day now (*hopefully at the end of this week or early next week*) (**PS-6**³⁶).

³⁶ This is a full transcript of the live chat between Lemay and Johnny of BTR.

[109] Although Johnny suggested that Lemay wait a little longer, the latter indicated that he preferred to receive a full refund. Johnny replied that he would pass on his request to cancel the sale of the said item and that Lemay would shortly receive an email confirming the cancellation request. Johnny ended the chat by mentioning that the cancellation process would take 24 hours and that Lemay should allow 5-7 business days for his refund to appear on his credit card.

[110] On April 26th, 2016, Lemay received an email entitled "*Case Update: CS55399149 – 17781234 – C*" (**PS-7**) confirming his request to cancel the sale of the item in question. At the time of writing this judgment, the Court is unaware whether the refund had been credited to Lemay's credit card account.

[111] The Court had the distinct impression that Lemay's testimony came somehow as a surprise to the Monitor's lawyer. Neither the lawyer for the Monitor nor the lawyer for the Company chose to cross-examine Lemay.

[112] However, the lawyer for the Monitor asked that the Court allows the witness Farrant to resume his testimony given the nature of Lemay's allegations.

[113] Confronted with the April 26th, 2016 email sent unilaterally to Lemay (**PS-3**) indicating that his order had been cancelled and converted into a \$252.90 store credit, Farrant indicated (after some hesitations) that it was a sort of a "*test*" to see if Lemay would be happy with a store credit instead of a full refund. Farrant added unconvincingly that the email was apparently a form of automated reply. If so, a reply to what? Lemay never approached BTR to request a cancellation of his order.

[114] Then, the "*test*" with Lemay became a "*small scale test*" made by the Company to gauge the reaction of customers with older open orders (Pre-filing orders).

[115] Suddenly, it was revealed that the "*small scale test*" involved between 800 and 1,000 customers with orders in the "*older bucket*", as the Vice-President of operations described it.

[116] While Farrant acknowledged that BTR had over 20,000 open orders older than 61 days, he insisted that BTR's Customer Service Representatives never offer outright to give a credit to a customer.

[117] However, the witness changed his previous testimony saying now that they were initiating refunds "*when we know we are not going to get the goods*", adding that the unavailability of products had increased substantially.

[118] With respect to Lemay K-cup coffee pods order, Farrant mentioned that the coffee products were purchased by Lemay as part of an "Event".

[119] An "Event" is an offer of products that lasts typically between 24 to 72 hours. An "Event" is determined when BTR's suppliers have the products in stock.

[120] At the end of the “Event”, BTR produces a purchase order that is sent to the vendor of the products offered for sale during the said “Event”. The Court understands that at the time, BTR knows exactly the amount of products it needs to buy and ship to its customers as the Company already holds the funds paid for such purchases, bearing in mind that no such order can be placed by its customers without them paying for the same up front and in full.

[121] If that was the case, then why couldn’t Lemay get his K-cup coffee pods soon after the end of the “Event” on February 21st, 2016?

[122] During his cross-examination to Paysafe’s lawyer, Farrant indicated that in the context of the “*small scale test*”, the Company was sending emails to customers like Lemay every day as BTR’s inventory is constantly diminishing.

[123] In the end, it was not possible to know the true extent of the “*small scale test*” and neither the witness nor the Monitor were able to inform the Court whether these hundreds of unilaterally issued store credits were indeed reflected in the financial information submitted to the Court, including the Cash Flow Projections.

[124] With all due respect, the foregoing evidence leads the Court to seriously question the reliability of the Cash Flow Projections prepared by the Company and whether the Monitor and the proposed purchaser are actually aware of all the Company’s practices with respect to the thousands of open orders, given their potential impact on the Payment Processors who are nevertheless obliged to continue extending their services to BTR.

[125] Must the Court remind all that in the context of the Motion to extend and the Second Motion, it is of the utmost importance that the Company already under the protection of the CCAA satisfies the Court, *inter alia*, that it has acted, and is acting, in good faith and with due diligence³⁷. [Emphasis added]

[126] The good faith extends to all concerned. This includes the obligation of the Company to act in good faith towards the Payment Processors, even more so when the Company has managed to get a declaration in the Initial Order that they are Critical Suppliers who must continue to offer their payment processing services to BTR as they did before the Initial Order.

The third day of hearing (April 28th, 2016)

[127] The third day began with new unexpected developments.

[128] At the outset, the lawyer for the Monitor informed the Court that the Interim Lender had once again reassessed its position and changed the terms and conditions of

³⁷ Section 11.02 (3)(b) of the CCAA.

its continued involvement and, more precisely, those relating to its additional funding of \$2 million to BTR.

[129] In the absence of any representative of the Interim Lender, the latter's lawyer advised the Court that henceforth, the Interim Lender was also making it an additional condition precedent to any further advances that the Company stops forthwith honouring all of the open Pre-filing orders, which should therefore be cancelled forthwith by BTR.

[130] The Court understood from this latest message from the Interim Lender³⁸ that the latter no longer wished that the Company continues operating as a going concern by fulfilling as usual all open orders, be it Pre-filing and Post-filing orders, the whole as it was represented to Justice Castonguay on March 24th, 2016 and to the undersigned on April 25th and on 27th, 2016.

[131] However, with respect to the Post-filing orders, the lawyer for the Interim Lender indicated that his client would now endeavour to replace Paysafe as the principal Payment Processor of the Company within 45 days and that in the meantime, it would guarantee Paysafe against any Post-filing orders' losses by providing to the latter a security in the form of a letter of credit in an amount to be determined later on.

[132] Moreover, the lawyer indicated that his client would increase the \$310,000 basket proposal with an additional \$125,000 provided that these additional funds would come from the moneys to be refunded by Paysafe to the Company.

[133] With all due respect, as none of these modifications were confirmed in writing and in the absence of any representative of the Interim Lender other than its lawyer, and without a proper response from the Company and a more thorough analysis of the situation to be made by the Monitor given these new developments, the Court does not feel inclined, at this juncture, to seriously consider such additional conditions other than to realize that we are now quite far from the circumstances described by the Company and the Monitor to justify the extension sought with respect to the Stay Period of the Initial Order and the granting of the Second Motion.

[134] Clearly, the Company, the Monitor, the Interim Lender, the proposed purchaser and the Payment Processors must now have beforehand a definite and complete resolution of the issue relating to the "Unauthorized Compensation" raised by the Monitor (and subsequently by the Company on April 26th) for the very first time on the Friday night of April 22nd, 2016, after 4 weeks of operations that were supposed to be carried out upon the same terms and conditions and with the goal of maintaining as much as possible BTR's operations as a going concern.

³⁸ Bearing in mind that the Interim Lender is, to all intents and purposes, the Company's proposed purchaser via its affiliate Optifer.

[135] Moreover, at this juncture, the Court is unaware of the position of the proposed purchaser faced with all these undocumented changes, keeping in mind that the “Unauthorized Compensation” constitutes a “material change” in the eyes of the Interim Lender, justifying its refusal to advance further funds.

[136] Under such circumstances, the Third Cash Flow Projections presented by the Monitor are useless as that did not take into consideration the Interim Lender’s latest condition that the Company should cease immediately from fulfilling any of the open Pre-filing orders and consequently should cancel all such sales unilaterally.

[137] Should that occur, the customers with unfulfilled open Pre-filing orders would definitely have provable claims as unsecured creditors of the Company, not Paysafe and the other Payment Processors.

[138] The Court will now address the issue of the “Unauthorized Compensation”.

The Unauthorized Compensation

[139] The main questions at issue are the following:

- Do the voluntary refunds granted by the Company, as a result of the cancellations of Pre-filing orders requested by its customers and processed by the Payment Processors³⁹, constitute Pre-filing provable claims of the Payments Processors?
- Could the Payment Processors seek to compensate such provable claims with Post-filing funds found in the Company’s accounts held with each of the Payment Processors, including the BTR Paysafe Account?
- Is the compensation operated by Paysafe with respect to Pre-filing orders’ refunds, an “Unauthorized Compensation” that is susceptible of being annulled by the Court, hence forcing Paysafe to refund the same to the Company?

[140] The Monitor and the Company have expressed the view that upon payment to the customers of all refunds relating to Pre-filing orders that were processed through the services of Paysafe, the proceeds of those refunds automatically became Pre-filing “provable claims” of Paysafe, the latter becoming an unsecured creditor of the Company for the same amounts paid by Paysafe on behalf of BTR.

[141] Needless to say that in order to make such a proposition, the Monitor and the Company had to somehow (i) make a direct link between the Pre-filing orders and the refunds processed by Paysafe, just as if they were, from Paysafe’s standpoint, a single operation that retained the date of the initial order upon completion of the refund or (ii)

³⁹ With an emphasis being made at this juncture on Paysafe for the purposes of the present ruling.

consider that Paysafe's refunds triggered in its favour a sort of subrogation of the customer's unsecured provable claim against the Company.

[142] Bearing in mind that a customer with a Pre-filing open and an unfulfilled order has a provable claim against the Company for the amount of the purchase price paid to it, it was somehow proposed that upon making a full refund to the customer, Paysafe could not claim greater rights against the Company than those that its former customers had until being refunded, hence making it impossible for Paysafe to debit BTR Paysafe Account and use the Post-filing funds in it.

[143] In other words, despite the fact that those refunds were all initiated by the Company who decided to issue the same without Paysafe's involvement and that they were processed by Paysafe in accordance with BTR's instructions given after the Initial Order, the amounts of these refunds paid by Paysafe to those customers on behalf of the Company would have become Pre-filing "provable claims" of Paysafe against the Company, thus preventing the service provider from legally compensating such a refund by simply debiting the Company's account as it has always done until now.

[144] Based on the foregoing reasoning, the Court takes for granted that the funds used in the BTR Paysafe Account to compensate the Pre-filing orders' refunds initiated by BTR were all generated after the Initial Order with Post-filing orders and that they constitute Post-filing accrued assets or Post-filing claims that do not form part of the Company's property covered by or subject to a Plan of Arrangement under the CCAA⁴⁰. Therefore, Paysafe was legally barred from using these Post-filing funds to satisfy its alleged Pre-filing provable claims stemming from the refunds in question.

[145] With all due respect, under the particular set of facts that governs the present situation, such a proposition just does not make any sense, especially given the terms and conditions of the Initial Order regarding the Payment Processors.

[146] How can a service provider who was not a creditor of BTR at the time of the Initial Order, be declared a Critical Supplier and, as a result thereof, be ordered to continue providing its payment processing services upon the same terms and conditions, suddenly find itself becoming an unsecured creditor of the Company for more than \$1 million after executing its contractual obligations and processing the refunds requested specifically by the Company?

[147] This is simply mindboggling.

[148] Based on the evidence adduced at the hearing, this proposed scenario whereby the Payment Processors would become unsecured creditors of the Company for the value of all Pre-filing orders' refunds ordered by BTR, was never raised nor ever discussed with the representatives of Paysafe by the representatives of the Company and of the Monitor. Had this subject been raised at the time, the Court is absolutely

⁴⁰ Or bankruptcy proceedings.

convinced that Paysafe would have never agreed to the terms and conditions of the Initial Order to become one of the Critical Suppliers of the Company with such an outcome.

[149] Wouldn't it have been a good time to raise such a fine legal argument when the Company was seeking a declaration that Paysafe be considered a Critical Supplier of BTR, and as such be ordered to continue extending its payment processing services to the Company that would include \$1.9 million of credit card refunds that would ultimately have to be absorbed financially by Paysafe together with the other Payment Processors?

[150] The practical result of such a legal argument is that under the protection of the CCAA, BTR could discharge its own financial obligations towards thousands of Pre-filing order customers by simply cancelling, unilaterally or at the customers' request, such sales through the payment processing of Paysafe and having the latter assume the entire financial consequences resulting therefrom and, that regardless of the fact that BTR may have in its possession funds that are now "untouchable" by Paysafe as they were generated with Post-filing orders.

[151] This way, the Company maintains a positive image with its customer base by granting voluntary refunds and thanks to the insolvency proceedings under the CCAA, Paysafe and the other Payment Processors have to assume some \$1.9 million in liabilities that they will never be able to recover from BTR for the most part.

[152] One has to bear in mind that the alleged unsecured claim of \$1.9 million of the Payment Processors does not even form part of the \$25,000,000 unsecured claims already covered by the proposed \$310,000 basket proposal to be submitted to the unsecured creditors of the Company. On the assumption that the sum of \$1,944,243 presently claimed from the Payment Processors constitutes an unsecured provable claim that would be part of the \$310,000 proposed basket proposal and assuming that the said unsecured claim is added to the other unsecured claims of \$25 million, according to the Motion seeking the issuance of the Initial Order, the Payment Processors would be entitled to the global amount of a little more than \$2,000 for the payment processing services that they were ordered to render in favour of the Company after and as a result of the Initial Order. [Emphasis added]

[153] The foregoing entails that in all circumstances, regardless of who or how the refunds were triggered and regardless that the Company had the funds or not to complete the Pre-filing orders' refunds, Paysafe would have had a legal obligation to refund the Pre-filing credit card customers of the Company by somehow reversing the initial transaction.

[154] But, this is not the case here.

[155] As long as the Company is in operation, as acknowledged at the hearing of the Initial Order, the Payment Processors are not actual creditors of it for the credit card sales that they processed under their contractual arrangements with BTR.

[156] In the present instance, the Court is not in the presence of chargebacks that are quite different from voluntary refunds. The Court shall discuss of the chargebacks later on in this judgment.

[157] Before dealing with the legal aspects of this particular situation, it is necessary, in the Court's view, to understand the procedure that has been adopted and that has prevailed since 2009 between the Company and Paysafe with respect to the use of its payment processing services.

The involvement of the Critical Suppliers (Paysafe) in the operations of the Company

[158] The Court understands that given BTR's business model, consumers make their purchases online and must complete their transactions by providing the Company with the required information relating to the credit card (Visa, MasterCard or Amex) or to the payment method (PayPal) that they want to use. Once the consumers have completed their purchases, their respective credit card accounts are debited and the proceeds are then sent and credited to BTR's account held, for instance at Paysafe, when it comes to online payments made with Visa and MasterCard credit cards.

[159] All these transactions are made, to all intents and purposes, in real-time after having been confirmed by the consumers. But, generally, the credit card account of the consumer is debited by the credit card issuer within 24 hours of the transaction.

[160] The Court further understands that in the case of Paysafe, all transactions (purchases, service fees, refunds and chargebacks, if any) involving BTR are reflected in the latter's account with Paysafe, namely the BTR Paysafe Account which is netted daily. Paysafe transfers to BTR's bank the net funds in the BTR Paysafe Account, as the case maybe, twice a week.

[161] It could somehow be compared to a certain degree to a bank account without any credit being extended by Paysafe.

[162] In other words, twice a week, BTR receives from Paysafe an amount of money representing the net balance of all sales generated on its website during any given period, less the credit card refunds initiated by BTR, the chargebacks initiated by the consumers, as well as all Paysafe agreed upon processing fees (such fees including the fees payable by BTR to the credit card issuers for each transaction).

[163] During his final remarks, the lawyer for the Monitor questioned whether in any event, Paysafe had the contractual right to compensate refunds made to credit cardholders with the Company's funds held in the BTR Paysafe

[164] The evidence overwhelmingly confirms that this process has been the *modus operandi* agreed upon and implemented by the parties from the outset of their business relationship in 2009. There is no doubt in the Court's mind about it.

[165] Firstly, until April 22nd, 2016, the Company treated the refunds stemming from customers' cancellations in the same manner after the Initial Order than it did before the same, regardless that the refunds related to Pre-filing or Post-filing orders. This is even reflected in the Initial Report of the Monitor submitted to Justice Castonguay⁴¹

and in the Second Report⁴² submitted to the undersigned.

[166] Secondly, the Company and the Monitor are still in agreement that the Payment Processors can continue to proceed in the same manner when it comes to treating cancellations of Post-filing orders. Surely, it cannot be interpreted as being a brand new arrangement between the Company and the Payment Processors. [Emphasis added]

[167] Thirdly, the lawyer for the Monitor argued that as the "Unauthorized Compensation" was not specifically authorized in the Initial Order, it thus precluded the Payment Processors from using Post-filing funds to compensate their "provable claims" resulting from Pre-filing orders' refunds.

[168] Mr. David Chazonoff ("**Chazonoff**"), Paysafe's Chief Operating Officer stated that he negotiated personally with Mr. Yona Shtern ("**Shtern**"), representing the Company and Gingues, representing the then proposed Monitor, the terms and conditions of the draft Initial Order insofar as his company was to be part of the Critical Suppliers.

[169] Chazonoff testified in a credible and convincing manner that the alleged issue of the "Unauthorized Compensation" was never raised nor discussed with the Company and the Monitor at the time. According to the witness, until April 22nd, 2016 in the evening, this "compensation" process that was in place since 2009 was never contested by BTR nor did it ever become an issue in the context of the CCAA proceedings. In a sense, it was simply business as usual, save and except for the fact that a significant

⁴¹ In fact, the initial Cash Flow Projections submitted on March 24th, 2016, to Justice Castonguay and commented at the time by the Proposed Monitor incorporated and took into consideration those refunds stemming from the assumption that cancellations of sales would continue to be deducted or offset by the Payment Processors with the current sale proceeds. The same projections indicated that the cash receipts of the Company for the following 5-week period would be net of said refunds stemming from cancellations, Payment Processors agreed upon fees and holdbacks (12% of the value of the sales).

⁴² Four weeks later with its report on the Second Cash Flow Projections dated April 22nd, 2016 (**A-3**), the Monitor made essentially the same comments on the said Projections that once again incorporated the same *modus operandi* but this time one of the cancellations was specifically identified as "*Cancellation of Pre-filing orders*" with significant amounts being deducted every week by the Payment Processors from the current Post-filing sale proceeds before remittance to BTR.

increase in sales' cancellations reduced by as much the net funds available to the Company with its current sales.

[170] Based on the evidence, the Court retains that the declaration made by Justice Castonguay in the Initial Order that the Payment Processors were Critical Suppliers, as well as the additional terms and conditions relating thereto appearing from paragraphs 27 to 33, reflected an agreement entered into between the Company, the Interim Lender and Paysafe. Paysafe's continued support was critical for the survival of the Company that depended heavily on online commercial transactions beyond the Initial Order.

[171] Indeed, the Monitor confirmed in its First Report that an agreement had been reached between BTR and Paysafe⁴³ regarding its continued support.

[172] Paragraph 26 of the Initial Order is particularly important in the present case.

[173] Justice Castonguay ordered and declared "that each Critical Supplier shall continue to supply the Debtor with the goods and/or services on terms and conditions that are consistent with existing contractual arrangements, as may be amended by this Order." [Emphasis added]

[174] The lawyer for the Monitor argued that as the Case law is well settled on the issue of compensation between pre-filing provable claims and post-filing accrued claims, Paysafe could not operate such a form of compensation without making sure that it was specifically authorized to do so in the Initial Order. Therefore, as the Initial Order was silent on that specific issue, the "Unauthorized Compensation" made by Paysafe with Pre-filing orders' refunds was illegal.

[175] With all due respect, the Court does not share the same point of view on that issue.

[176] The CCAA, at Section 11.4 and following, grants wide powers to the Court when it comes time to declare a person to be a critical supplier of the debtor company if that person's continued involvement will be critical to the company's continued operations.

[177] Under such circumstances, the powers of the Court are such that it can even charge, in whole or in part, the property of the debtor company as security in favour of such critical supplier and even grant it a priority over the claim of other secured creditors.

[178] In the present instance, granting such a priority to Paysafe would have obviously impeded the proposed Interim Financing.

⁴³ First Report, paragraph 16.

[179] In any event, the Court is of the view that the Initial Order confirmed that as a Critical Supplier, Paysafe was to continue extending its services to BTR “*on terms and conditions that are consistent with existing contractual arrangements*”.

[180] The Court is satisfied that the “*terms and conditions*” included the right of Paysafe to continue debiting the BTR Paysafe Account with the proceeds of all refunds granted voluntarily by the Company to its customers, regardless of the fact that the refunds related to Pre-filing orders or Post-filing orders.

[181] One must bear in mind that the Initial Order was issued on the basis of the representations made to Justice Castonguay that the Company wanted to maintain its operations as a going concern and that all open orders were to be fulfilled by BTR⁴⁴ to the extent possible depending on the Company’s financial resources. The same representations were made to the undersigned on April 25th and on 27th, 2016, until the Interim Lender decided to impose its decision on the Company that all open Pre-filing orders should be cancelled and not fulfilled by BTR.

[182] Again, until April 22nd, 2016, the behaviour⁴⁵ of the Company⁴⁶ regarding those cancellations was consistent with the Court’s interpretation above.

[183] Moreover, under CCAA proceedings where the ultimate goal is to give the opportunity to a company to restructure its operations and business with the critical assistance of certain key suppliers, nothing would prevent the Court to allow a critical supplier to make such a type of compensation, if necessary, even if the process could go against the rules between pre-filing claims and post-filing ones.

[184] However, in the present instance, it was not necessary for Justice Castonguay to specify it in his Initial Order as this process was already part of the “*terms and conditions that are consistent with existing contractual arrangements*”.

[185] The Court respectfully disagrees with the Monitor’s proposition that the amendments made by Justice Castonguay to the Critical Suppliers’ “*existing contractual arrangements*” in paragraphs 27 to 33⁴⁷ of the Initial Order purported to replace or

⁴⁴ Pre-filing orders as well as Post-filing orders without distinction.

⁴⁵ As evidenced by the initial Cash Flow Projections and the Second Cash Flow Projections.

⁴⁶ And of the Monitor who did not notice anything wrong with this compensation process for more than four weeks after the Initial Order.

⁴⁷ [27] **ORDERS** that each that each Critical Supplier shall be permitted to continue to retain as a holdback reserve, all of the amounts which it is currently retaining as such.

[28] **ORDERS** and **DECLARES** that each Critical Supplier shall be entitled to hold-back, in addition to the applicable payment processing service fees and costs, an amount equal to twelve percent (12%) of the face value of every credit card sale to be made by the Debtor and processed by such Critical Supplier after the date of this Order.

[29] **ORDERS** and **DECLARES** that the Debtor and each Critical Supplier (or any financial advisor retained by such Critical Supplier) shall establish each Critical Supplier’s actual or potential exposure in connection with any and all unfulfilled orders and cancelled pre-filing orders or sales as of the date of this

substitute the alleged right of Paysafe to operate compensation under such circumstances.

[186] The Court is rather of the opinion that these amendments made by Justice Castonguay following his declaration that Paysafe, among others, would “*continue to supply the Debtor with [...] the services on terms and conditions that are consistent with existing contractual arrangements*” were in addition to those existing terms and conditions. Nothing evidences that they were meant to reduce in any manner whatsoever the existing contractual arrangements.

[187] Under such particular circumstances, when the continued support of a supplier is deemed critical in the view of the Court who is called upon to exercise its powers under the provisions of the CCAA, to the extent that the judge feels that the same terms and conditions binding the two parties should continue to prevail after the Initial Order, any restrictions, limitations, amendments or modifications having the effect of reducing those existing terms and conditions must be specified clearly so that the critical supplier knows exactly and unequivocally under what terms and conditions it must continue to supply services the debtor company.

[188] Consequently, if a Critical Supplier is ordered to continue to offer services or sell goods to the debtor company, such a supplier must know beforehand exactly what are the applicable terms and conditions to its continued support and if reference is made to existing terms and conditions of their contractual arrangements, any restriction, limitation, reduction or modification to those existing terms and conditions whereby the supplier would end up with less contractual rights, must be specified clearly in the Initial Order.

[189] This is definitely not the case in the present instance.

Order (the “**Pre-Filing Exposure**”), which in the case of Paysafe, is estimated by the Debtor at the date hereof to be \$4,043,000.

[30] **ORDERS** and **DECLARES** that, twice weekly following the issuance of this Order and subject to further order of this Court, the Debtor and each Critical Supplier (or any financial advisor retained by such Critical Supplier) shall establish each Critical Supplier's actual or potential exposure in connection with any and all unfulfilled orders and cancelled pre-filing orders or sales as at that date (the “**Current Exposure**”).

[31] **ORDERS** that in the two weeks following the issuance of this Order an amount equal to any positive difference between i) the Current Exposure and ii) the Pre-Filing Exposure shall be immediately held back by the Critical Supplier on future sales.

[32] **ORDERS** that as of the third week following the issuance of this Order, an amount equal to any positive difference between i) the Current Exposure and ii) 97% of the Pre-Filing Exposure (which in the case of Paysafe is estimated by the Debtor to be \$3,967,000 as at the date of this Order) shall be immediately held back by the Critical Supplier on future sales.

[33] **ORDERS** and **DECLARES** that the Debtor shall provide reasonable access to its books, records and premises to Paysafe's representatives and consultants during regular business hours in order to assess Paysafe's Current Exposure.

[190] Therefore, the Court concludes that with respect to the refunds stemming from voluntary cancellations and subsequent refunds made by BTR to its customers, Paysafe acted not only in full compliance with the terms and conditions of its “*existing contractual arrangements*”, but as well in compliance of the Initial Order. Consequently, after the Initial Order, Paysafe could legitimately continue to debit from the BTR Paysafe Account the proceeds of any such refunds granted by the Company, regardless of the date at which the customers who were refunded by the Company placed their orders.

[191] Moreover, as the current arrangements with the Payment Processors that existed before the Initial Order remained in full force and effect, it was obvious that with a significant greater level of cancellations, the Company would receive less net funds from the Payment Processors for its Post-filing sales, thus reducing its capacity to buy more stock to fulfil the open orders.

[192] Wasn't that a highly foreseeable situation that should have be addressed by the Company with its Interim Lender instead of having the Payment Processors assume, unexpectedly four weeks after the fact, the financial consequences of the Company's business decisions to refund so many customers?

[193] By the Initial Order, the Payment Processors were obligated to remain at the service of the Company. Their contractual obligations required that they process credit card transactions on behalf of and for the benefit of their client BTR, but not to suddenly and unexpectedly become unsecured lenders for almost \$2 million. It was never contemplated that they would assume involuntarily, in whole or in part, the role of an Interim Lender without any form of security.

[194] The Payment Processors were never involved in the decision made to refund those numerous customers. They simply continued to offer to the Company their payment processing services as they were ordered to do so by the Initial Order.

[195] Suddenly, after 4 to 5 weeks of operations, when more than \$1.9 million of orders have already been voluntarily cancelled and refunded by BTR in connection with Pre-filing orders and absorbed as usual with debits made to the BTR Paysafe Account, the Interim Lender sees in this normal situation a “material change” and no longer wants to extend its financial support upon the same terms and conditions that were nevertheless agreeable previously under the same circumstances.

[196] In fact, accepting the proposition of the Monitor's lawyer tantamount to saying that the Initial Order authorized the Company to cancel unilaterally more than \$6 million in open Pre-filing orders and “force” the Payment Processors, not only to process these refunds on its behalf as part of their continued payment processing services as Critical Suppliers, but to assume as well the entire cost of these voluntary refunds in the absence of available Pre-filing funds.

[197] Not a single Payment Processor in its right mind would have accepted such a preposterous proposal, had it been submitted to them in the course of their pre-Initial Order negotiations.

[198] As late as on April 25th and again on April 27th, 2016, the Monitor affirmed upon presenting the First and the Second Cash Flow Projections that with the additional \$2 million injection from the Interim Lender, the Company believed that it could maintain its ongoing operations for the following 8 to 9-week period despite the pressure on its cash flow stemming from the cancellations continuing to be offset by the Payment Processors. [Emphasis added]

[199] Referring to Appendix B of his Second Report (**A-3**), the Monitor's representative Gingues stated, with respect to the Second Cash Flow Projections (**A-3**), that "*ça passe*" with the \$2 million additional injection from the Interim Lender while maintaining the *status quo* with respect to the Payment Processors. This arrangement would enable the Company to continue its operations as a going concern with a view of submitting to its creditors a Plan of Arrangement before June 15th, 2016 and complete the proposed transaction with Optifer.

[200] Gingues still understood at the time that the proposed purchaser would continue to honour the Pre-filing and the Post-filing orders.

[201] Suddenly, after 4 to 5 weeks of operations and voluntary refunds, the legal argument of the "Unauthorized Compensation" is raised for the first time on Friday April 22nd, 2016 by the Interim Lender.

[202] After 4 to 5 weeks of operations and with the continued support of the Payment Processors, they are suddenly and unexpectedly "converted" from Critical Suppliers, credit card payment processors to "unsecured involuntary lenders" for almost \$2 million, a "loss" that they should now absorb in lieu of the Company. Needless to say that such a turn of event would undoubtedly benefit the Interim Lender and its affiliate Optifer who proposes to acquire BTR's business and assets.

[203] Needless to say also that the fundamental obligation to act in good faith applies to all concerned, including the Company and the Interim Lender.⁴⁸

[204] The Court has already decided that pursuant to the Initial Order, the Payment Processors were authorized to continue supplying their payment processing services to BTR upon the same terms and conditions enhanced with the provisions of paragraphs 27 to 33.

[205] However, setting aside for a moment the terms and conditions of the Initial Order regarding the Critical Suppliers, the Court is also of the view that Paysafe was

⁴⁸ Article 1375 of the Civil Code of Quebec: "The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished."

nevertheless allowed to act as it did regarding its processing of the voluntary refunds of the Pre-filing orders made by BTR, even in the context of the CCAA.

[206] The Court does not believe that those voluntary refunds granted by the Company and executed via Paysafe constituted “Unauthorized Compensation” under our insolvency laws once these funds were debited from the BTR Paysafe Account by Paysafe in the normal course of their contractual relationship.

[207] Here is why.

[208] Under the present circumstances, the debits made to BTR Paysafe Account after the Initial Order for the Pre-filing orders’ refunds granted voluntarily by the Company constitute, in the opinion of the Court, Post-filing claims resulting from Post-filing services rendered in compliance with the Initial Order.

[209] The nature of the debt voluntarily refunded by the Company or its date of creation had no bearing on the contractual obligations of the service provider, who simply acted as an intermediary between the Company and its customers who received the refunds.

[210] With respect to Paysafe, the Company’s voluntary decision to refund a Pre-filing order does convert the refund processing service itself into a Pre-filing transaction binding Paysafe vis-à-vis BTR who is suddenly transformed into an unsecured creditor with a Pre-filing provable claim.

[211] There is no doubt that the *modus operandi* adopted and implemented on a daily basis by the Payment Processors and the Company has been in place and adhere to since 2009 insofar as Paysafe is concerned.

[212] The Court views as Post-filing services the services rendered by Paysafe, who executed, as per the terms of its contractual arrangements with BTR, the latter’s instructions to refund the account of credit card holders. This Post-filing service once executed enabled the service provider to debit from its client account the necessary funds to cover the refund in question. Again, from Paysafe’s standpoint, the nature of the debt paid by BTR and its date of creation are totally foreign to the Post-filing services that the Payment Processors rendered. Again, they simply acted as an intermediary between the Company and its customers, as usual. [Emphasis added]

[213] In other words, the refunds credited into the credit cardholders’ accounts with the assistance of Paysafe nevertheless remain payments made by the Company (and not by Paysafe) to its own customers, thus extinguishing BTR’s liability towards them stemming from their purchase orders.

[214] There was nothing that prevented Paysafe from treating differently the refunds relating to Pre-filing orders by debiting the BTR Paysafe Account with the amounts that were credited back to the Company’s customers.

[215] The Monitor (with the subsequent support of the Company) sees in that situation an unlawful attempt by Paysafe to offset or compensate a Pre-filing claim with Post-filing moneys generated with Post-filing funds owned or due to BTR. Under such circumstances, the Monitor argues that once the customer's credit card account has been refunded by Paysafe, the aforementioned "Pre-filing claim" becomes a provable claim of Paysafe as it is directly linked to a Pre-filing order. Under the rules of compensation applicable in insolvency matters, a creditor having a provable claim (having arisen prior to the filing under the CCAA) cannot operate compensation of that provable claim with a post-filing claim.

[216] Section 21 of the CCAA, deals with the notion of set-off as follows:

"21. [Law of set-off or compensation to apply] The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be."

[217] It is true that the rules of compensation apply even in a context of insolvency.

[218] In that regard, the Court agrees with the analysis made by Madam Justice Marie-Anne Paquette *in the Matter of Métaux Kitco inc.*⁴⁹ regarding compensation in the context of insolvency proceedings under Quebec Law:

« [74] Tel qu'expliqué ci-après, pour opérer compensation dans le cadre d'une restructuration ou d'une faillite au Québec, le tribunal doit être satisfait que les conditions générales du droit civil québécois en matière de compensation sont respectées. Ainsi, les dettes en cause doivent être réciproques, certaines, liquides, exigibles et connexes.

[75] Il est également nécessaire que les deux parties soient devenues mutuellement débitrices et créancière avant la date de la faillite ou la date d'institution des procédures en vertu LACC, selon la plus ancienne de ces deux dates.

6.2.1 Les conditions qui découlent des règles générales du droit civil québécois

[76] L'article 21 LACC incorpore le mécanisme de la compensation en matière d'insolvabilité sans le définir. Les règles applicables au mécanisme de la compensation, dans un contexte d'insolvabilité, sont donc établies à la lumière du texte de la loi pertinente, et à la lumière du droit supplétif provincial. Au Québec, le droit civil québécois, et non la *Common law*, agit comme droit supplétif en matière de faillite et d'insolvabilité. Cela exclut entre autres l'application du concept d'*equitable set-off*, propre à ce dernier régime et étrangère au droit civil québécois.

⁴⁹ 2016 QCCS 444.

[77] En droit civil québécois, les règles de la compensation sont énoncées à l'article 1673 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu'elle s'opère entre des dettes (1) réciproques, (2) liquides, (3) certaines et (4) exigibles.

<p>1673. La compensation s'opère de plein droit dès que <u>coexistent des dettes</u> qui sont l'une et l'autre <u>certaines, liquides et exigibles</u> et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.</p> <p>Une partie <u>peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.</u></p> <p>[Soulignements du Tribunal]</p>	<p>1673. Compensation is effected by operation of law upon the <u>coexistence of debts that are certain, liquid and exigible</u> and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.</p> <p>A party <u>may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.</u></p> <p>[Emphasis added]</p>
---	--

[78] L'article 1681 du *Code civil du Québec* ajoute que si des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, la compensation ne peut avoir pour effet de leur retirer ces droits :

<p>1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.</p>	<p>1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.</p>
---	--

[79] Revenons sur chacune des conditions mentionnées précédemment.

[80] La notion de réciprocité exige une coexistence de dettes « en sens inverse » ou de « dettes croisées ». Les deux créances doivent donc avoir pour titulaires les mêmes personnes prises dans les mêmes qualités.

[81] La liquidité d'une créance se rapporte à son montant. Une dette non chiffrée n'est pas liquide.

[82] La certitude d'une créance concerne sa validité juridique. Une dette contestée quant à sa validité n'est pas certaine.

[83] Une créance est exigible si elle est susceptible d'exécution forcée. Une obligation assortie d'un terme ou d'une condition n'est pas exigible tant que ce terme ou cette condition ne sont pas atteints.

[84] Par ailleurs, la compensation peut s'opérer suivant divers mécanismes. Elle peut s'opérer de plein droit (compensation légale) ou dans le cadre d'un

jugement qui statue sur le différend entre les parties quant au respect des conditions de la compensation (compensation judiciaire).

[85] La compensation légale s'opère de plein droit lorsque les deux dettes remplissent les quatre conditions mentionnées précédemment.

[86] La compensation judiciaire s'opère lorsque le tribunal tranche un différend entre les parties sur cette question et conclut que les conditions mentionnées précédemment sont remplies.

[87] Une exigence s'ajoute cependant pour opérer compensation judiciaire. En effet, le tribunal doit être convaincu qu'en plus d'être (1) réciproques, (2) liquides, (3) certaines et (4) exigibles, les dettes sont (5) connexes.

[88] La notion de connexité est souvent discutée en lien avec l'article 172 C.p.c., qui exige la connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle. Les réflexions développées dans ce contexte peuvent être utilisées aux fins d'apprécier la connexité entre deux dettes aux fins de compensation.

[89] Cette jurisprudence nous enseigne que la connexité correspond à une « affinité directe », à un « rapport intime », à une « liaison étroite », fait appel à un « rapport de dépendance ou des similitudes » entre des éléments. La possibilité de faire l'objet d'une preuve commune et le risque de jugements contradictoires si les différentes dettes ou affaires sont traitées isolément constituent de forts indices de connexité.

[90] En *Common law*, la notion d'*equitable set-off* requiert également que les deux dettes en cause soient connexes. »

[Emphasis added, references omitted]

[219] Under Quebec Law, to be able to operate legal compensation, it requires two debts that must be certain, liquid and exigible. Each creditor must be the debtor of the other one.

[220] In the present instance, each time that Paysafe makes a refund to a customer of the Company at the latter's instructions as per their contractual arrangements, the Payment Processor has a claim against the Company for the amount of the refund that it paid on its behalf. This claim of Paysafe is a debt of the Company that is certain, liquid and exigible.

[221] The funds held by Paysafe in BTR Paysafe Account are equally a debt of Paysafe to BTR. The amount to the credit in the said account is due to the Company and constitutes a debt of Paysafe that is equally certain, liquid and exigible when there are sufficient funds in the account.

[222] In the absence of the present insolvency situation, the legal compensation could be operated freely as it has been done between the parties since 2009.

[223] The Initial Order has changed somewhat the situation when it comes to Pre-filing liabilities that are provable claims against the Company and Post-filing accrued claims that cannot be used to offset a Pre-filing provable claim.

[224] However, the insolvency proceedings did not prevent the Company and its Post-filing suppliers from operating compensation between Post-filing accrued claims linked to the Post-filing orders' sale proceeds and Post-filing liabilities resulting from Post-filing services rendered to the Company.

[225] That is precisely why the Company, the Monitor and even the Interim Lender are not objecting to the Post-filing compensation being operated by the Payment Processors with the refunds of Post-filing orders.

[226] The present compensation issue stems from the fact that although the services requested by the Company that Paysafe refunds on its behalf certain customers were requested and rendered after the Initial Order, such Post-filing services cannot be legally paid for by the Company or compensated with its Post-filing accrued assets. Consequently, even though the services were rendered after the Initial Order, the debt due by BTR to Paysafe regarding such Post-filing services would have been created on the date of the initial purchase order and as such, is not susceptible of being compensated with the Post-filing funds in the BTR Paysafe Account.

[227] The Court understands from the representations made by the Monitor's lawyer that, at all relevant times, Paysafe had an eventual provable claim in excess of \$4 million as at March 24th, 2016, the date of the Initial Order. This is explained by the fact that if the Company had filed for bankruptcy on that date and had failed to fulfill all of its open Pre-filing orders purchased with credit cards payments processed by Paysafe, the latter would have been "exposed" to have such an eventual unsecured provable claim in BTR's bankruptcy. Such an eventual provable claim, even if it is presently totally unquantified, would nevertheless constitute a provable claim of Paysafe in a bankruptcy or under a Plan of Arrangement under the CCAA.

[228] Based on the foregoing concept, any refund executed by Paysafe of a Pre-filing order should be treated as a portion of Paysafe's eventual provable claim according to the Monitor, and such an eventual provable claim being obviously a Pre-filing provable claim, could not have been legally compensated by Paysafe with the Post-filing funds in BTR Paysafe Account.

[229] Therefore, from the Monitor's standpoint, all refunds made by BTR to its customers in connection with Pre-filing orders must be considered as somewhat linked to the Pre-filing orders placed by those customers who received the refunds in question.

[230] In other words, it sounds as if by paying the refunds in question, the Company “saved” Paysafe from the trouble of having to deal with chargebacks had it filed for bankruptcy without fulfilling these orders.

[231] The Monitor feels that since Paysafe would have ultimately been liable to refund those same customers had the Company failed to fulfil its contractual obligations and deliver to them the purchased goods and had it also failed to refund the purchase price for lack of available funds, once those refunds were effected by Paysafe regardless that they were done voluntarily by BTR, such refunds should be automatically treated as unsecured provable claims of Paysafe that could not be compensated with corresponding debits from the BTR Paysafe Account.

[232] The Court therefore understands that the eventual liability of the Payment Processors must somehow be linked to the potential chargebacks that could be initiated by BTR’s customers.

[233] It is true that in the case of chargebacks, Paysafe would become a creditor of BTR with an unsecured provable claim for as much. Given that Paysafe would ultimately have to bear the costs of the chargebacks as BTR would not have the funds to pay the same, it would only be logical that the refunds made by the Company, even on a voluntary basis, should trigger the same type of obligations for Paysafe towards BTR.

[234] Otherwise, Paysafe would, to all intents and purposes, unduly benefit from this decision of the Company to voluntary refund its customers by avoiding the chargebacks. That would be unfair and unjust for the Company!!!

[235] This reasoning may explain the new attitude of the Interim Lender to demand that the Company unilaterally cancels the Pre-filing open orders and let the Payment Processors deal with the chargebacks...

[236] Again with all due respect, the Court does not share this somewhat imaginative view.

[237] In fact, the Monitor’s position suggests that by some fiction of the law, when Paysafe executed its contractual obligations towards the Company and complied after the Initial Order with its instructions to refund on its behalf the customers’ credit cards with the amount of their Pre-filing purchases, the refunds would have suddenly and instantly created an provable claim of Paysafe against BTR for each of those refunds. Consequently, those provable claims could only be compensated via the proposed \$310,000 basket proposal.

[238] On March 24th, 2016, had the Company filed for bankruptcy instead, it would have been the thousands of customers with unfulfilled open orders that would have definitely have had unsecured provable claims against BTR, not Paysafe. That is why

that before Justice Castonguay the Company could not state that Paysafe was a creditor with a provable claim.

[239] Upon their credit card account being credited in full by the Company with an amount equal to the purchase price that it received initially, the latter's obligations towards that customer became extinguished. These obligations did not pass on somehow to Paysafe by some fiction of the law.

[240] At all relevant time, Paysafe may have had a potential exposure should the Company cease its operations and fail to fulfill the open orders and refund its customers, but the Court does not see it as the evidence of an eventual provable claim that came into play with each voluntary refund granted by the Company, to the extent proposed by the Monitor's lawyer.

[241] In the present context, a potential exposure does not tantamount automatically to an eventual or an existing provable claim as such.

[242] A chargeback depends upon the consumer triggering the process with its own credit card issuer. There is no evidence or guarantee that upon the bankruptcy of the Company, all of the customers with the Pre-filing orders would initiate this process without exception.

[243] Based on the evidence, other than fees agreed upon contractually between Paysafe and the Company and chargebacks, the Court has not been presented with any other facts that would support the argument that upon executing the Company's instructions to refund certain Pre-filing orders' customers, Paysafe was suddenly transformed into an unsecured creditor of BTR for the same amount of the refund.

[244] The Court finds that under the present scenario, the Company voluntarily chose to cancel Pre-filing open orders by crediting the customers' credit card accounts with an amount equal to the prices paid at the time of their purchases. In so doing, the Company sought the assistance of Paysafe, as a payment service provider, to execute and process its refund instructions.

[245] As far as the Court is concerned, upon the customers' credit card accounts being credited with the amounts of their refunds, it constituted a payment from BTR that extinguished its obligations toward those customers. As an intermediary acting on behalf of the Company, Paysafe was never subrogated in the provable claims of those customers as again, those payments were made by the Company, thus extinguishing those debts.

[246] It is somewhat similar to the situation that would have prevailed had the Company chosen to refund a customer with a cheque drawn on its bank instead of a credit card credit through the services offered by Paysafe.

[247] The Court does not believe that the Monitor would have successfully argued that the bank, having honoured the Company's cheque covering a Pre-filing debt, could not have used the funds in the Company's bank account as they were Post-filing accrued assets.

[248] In so doing, Paysafe has always acted as an intermediary, a payment processing service provider; nothing more.

[249] In closing on that subject, the Court can only see a potential exposure for Paysafe in this matter via the chargebacks that could possibly be applied against any of the purchase transactions processed by Paysafe for the benefit of the Company.

[250] A major distinction needs to be made here.

[251] There is a difference between a voluntary refund initiated by the Company and a chargeback that is initiated by credit card issuers at the request of their client, a cardholder who is also a consumer ("**Chargeback**" or "**Chargebacks**").

[252] The *Consumer Protection Act*⁵⁰ deals with Chargebacks in the context of consumers' transactions made via the Internet. Such transactions are called "*Distance contracts*" and these legal provisions apply to the commercial transactions conducted in the Province of Quebec by the Company with Quebec consumers.

[253] The relevant provisions of the *Consumer Protection Act* are the following:

"54.1. A distance contract is a contract entered into without the merchant and the consumer being in one another's presence and preceded by an offer by the merchant to enter into such a contract.

A merchant is deemed to have made an offer to enter into a distance contract if the merchant's proposal comprises all the essential elements of the intended contract, regardless of whether there is an indication of the merchant's willingness to be bound in the event the proposal is accepted and even if there is an indication to the contrary.

54.2. A distance contract is deemed to be entered into at the address of the consumer.

54.3. No hant who makes an offer to enter into or enters into a distance contract may collect or offer to collect a partial or full payment from the consumer before performing the merchant's principal obligation, unless the consumer may request a chargeback of the payment under this Act or a regulation.

54.4. Before a distance contract is entered into, the merchant must disclose the following information to the consumer:

⁵⁰ CQLR c. P-40.1.

- (a) the merchant's name and any other name under which the merchant carries on business;
- (b) the merchant's address;
- (c) the merchant's telephone number and, if available, the merchant's fax number and technological address;
- (d) a detailed description of goods or services that are to be the object of the contract, including characteristics and technical specifications;
- (e) an itemized list of the prices of the goods or services that are to be the object of the contract, including associated costs charged to the consumer and any additional charges payable under an Act;
- (f) a description of any possible additional charges payable to a third party, such as customs duties and brokerage fees, whose amounts cannot reasonably be determined;
- (g) the total amount to be paid by the consumer under the contract and, if applicable, the amount of instalments, the rate applicable to the use of an incidental good or service and the terms of payment;
- (h) the currency in which amounts owing under the contract are payable if not Canadian dollars;
- (i) the date on which, or the time within which, the merchant's principal obligation must be performed;
- (j) if applicable, the mode of delivery, the name of the carrier and the place of delivery;
- (k) the applicable cancellation, rescission, return, exchange and refund conditions, if any; and
- (l) any other applicable restrictions or conditions.

The merchant must present the information prominently and in a comprehensible manner and bring it expressly to the consumer's attention; in the case of a written offer, the merchant must present the information in a manner that ensures that the consumer is able to easily retain it and print it.

54.5. Before a distance contract is entered into, the merchant must provide the consumer with an express opportunity to accept or decline the proposal and to correct any errors.

54.6. A distance contract must be evidenced in writing and indicate:

- (a) the consumer's name and address;

(b) the date the contract is entered into; and

(c) the information described in section 54.4, as disclosed before the contract was entered into.

54.7. The merchant must send a copy of the contract to the consumer within 15 days after the contract is entered into, in a manner that ensures that the consumer may easily retain it and print it.

54.8. The consumer may cancel the contract within seven days after receiving a copy if

(a) the merchant did not disclose to the consumer the information described in section 54.4 before the contract was entered into, or did not disclose it in accordance with that section;

(b) the merchant did not provide the consumer with an express opportunity, before the contract was entered into, to accept or decline the proposal or to correct any errors;

(c) the contract does not meet the requirements of section 54.6; or

(d) the merchant did not send a copy of the contract in a manner that ensures that the consumer may easily retain it and print it.

However, the cancellation period begins as of the merchant's performance of the principal obligation if the consumer, at that time, observes that the merchant has not disclosed all the information described in section 54.4.

If the merchant does not send a copy of the contract to the consumer within the time provided for in section 54.7, the consumer has 30 days, as of the date the contract is entered into, in which to cancel the contract.

54.9. In addition to the cases provided for in section 54.8, a distance contract may be cancelled by the consumer at any time before performance of the merchant's principal obligation if

(a) the merchant's principal obligation is not performed within 30 days after the date specified in the contract or the later date agreed on in writing by the consumer and the merchant, or within 30 days after the contract is entered into in the case of a contract that does not specify a date or time limit for the merchant's principal obligation to be performed; or

(b) the contract is for transportation, lodging or restaurant services, or for tickets to an event, and the merchant does not provide the consumer, by the date specified in the contract or the later date agreed on in writing by the consumer and the merchant, with documents enabling the consumer to receive the services or attend the event.

54.10. The merchant's principal obligation is presumed to have been performed if the merchant attempted to perform it on the date specified in the contract, on a later date agreed on in writing by the consumer and the merchant, or on the date specified in a notice sent to the consumer within a reasonable time, but was prevented from doing so by the actions or negligence of the consumer.

54.11. The consumer's right to cancel the contract is exercised by sending a notice to that effect to the merchant.

54.12. The contract is cancelled by operation of law as of the sending of the cancellation notice.

The cancellation of the contract entails the cancellation of any accessory contract and of any warranty or security given to guarantee the amount payable under the contract.

A contract of credit entered into between the consumer and another merchant under or in relation to a distance contract forms a whole with that contract and, as such, is also cancelled by operation of law if it results from an offer, representation or other action by the merchant who is party to the distance contract.

54.13. Within 15 days following the cancellation of the contract, the merchant must refund all sums paid by the consumer under the contract and any accessory contract, including sums paid to a third person.

Within 15 days following the cancellation of the contract or following delivery if it postdates cancellation, the consumer must restore the goods that were the object of the contract to the merchant in the same state in which they were received.

The merchant shall assume the reasonable costs of restitution.

54.14. If the merchant defaults on the obligation to make a refund under section 54.13 and **the consumer has paid by credit card, the consumer may, within 60 days following the default, request the card issuer to chargeback all amounts paid under the contract** and any accessory contract, and to cancel all charges made to the consumer's account in relation to those contracts.

54.15. **A chargeback request** must be in writing and contain the following information:

- (a) the credit cardholder's name;
- (b) the credit card number and expiry date;
- (c) the merchant's name;
- (d) the date the contract was entered into;

- (e) the amount charged to the credit card account and the sums to be refunded by the merchant;
- (f) a description of the goods or services that are the object of the contract and for which chargeback is requested;
- (g) the reason for cancelling the contract; and
- (h) the date of cancellation and the means used to send the cancellation notice.

54.16. **A credit card issuer that receives a chargeback request** must

- (a) acknowledge receipt within 30 days;
- (b) **make the chargeback and cancel all credit card charges in connection with the distance contract and any accessory contract within 90 days or two complete periods, as defined in section 67, following receipt of the request, whichever comes first.**

[Emphasis added]

[254] Although the Court realizes that the Company does not limit its operations to the Province of Quebec, no evidence was adduced with respect to the rules of compensation applicable to the other jurisdictions where the Company conducts online commercial transactions with consumers outside Quebec. For the purposes hereof, the Court shall therefore take for granted that the applicable rules outside of this Province are the same.

[255] Based on the foregoing, the Court retains that the Chargeback process essentially belongs to the consumer who is the only one that can initiate it under the *Consumer Protection Act*, provided that the consumer meets the applicable prerequisites.

[256] Therefore, unless a Chargeback has been validly initiated by a credit card issuer at the request of the cardholder, a consumer, Paysafe has no reason and no right to debit the BTR Paysafe Account for any open order that has not yet been fulfilled by the Company. In other words, Paysafe has no claim against the Company until it is called upon via a credit card issuer to process a Chargeback against BTR's account.

[257] Based on the contract produced (**A-7**), Paysafe is contractually entitled to debit the "Merchant" (the Company) for the amount of a Chargeback as defined in the said contract (**A-7**, Article 3.04).

[258] In the Court's opinion, processing Chargebacks triggered by credit cards issuers at the request of consumers creates a different legal environment with respect to Paysafe who under such circumstances will have a contractual claim against BTR if the latter does not refund the amount of the Chargebacks.

[259] As there is no evidence that any of the amounts presently claimed by the Company and the Monitor from Paysafe, are actually Chargebacks requested by consumers who placed Pre-filing orders with BTR, there is no need to address this particular subject further.

[260] As previously mentioned, there is a fundamental difference between a voluntary refund made by the Company to a credit cardholder and a Chargeback initiated by the said cardholder.

[261] There is no direct exposure, potential or otherwise, for the Payment Processors under the first scenario unless they execute the instructions of the Company without making sure that the necessary funds are available to cover the requested refunds.

[262] In the case of refunds made voluntarily by the Company to its customers, the Payment Processors who processed those refunds in the performance of their contractual obligations towards the Company do not incur, as a result thereof, any financial liabilities, unless they make a mistake of course or that they agreed in so doing to extend a form of credit to BTR, which is definitely not the case here.

[263] The second scenario relating to Chargebacks offers a certain exposure to the Payment Processors. However, the Court is not faced with such a situation in the case at hand.

[264] In summary, the lawyers for Paysafe were absolutely right to characterize each refund processed via Paysafe as a voluntary refund made by the Company, following a voluntary decision made by the latter, regardless of the applicable rules of compensation under the CCAA and regardless of the Pre-filing or the Post-filing status of those cancelled orders. Those decisions were made with one objective in mind, maintaining the Company as a going concern by preserving its client base and keeping the latter satisfied despite the turbulence of the last months.

[265] This being said, the decision made by BTR to refund voluntarily a Pre-filing order's customer does not automatically mean that, insofar as Paysafe is concerned, the two transactions initiated, on the one hand by a consumer who purchased a product and, on the other hand, by BTR who chose to respond favourably that a cancellation request made by the same customer, constitutes a single transaction retroacting to the date of the original purchase.

[266] The decision made by BTR to accept a cancellation request from one of its customers and grant a refund was a business decision that in no way was binding on Paysafe and that converted the latter into a creditor of the Company with a corresponding unsecured provable claim.

[267] In the execution of the payment processing services that it agreed to continue to extend to the Company, Paysafe was certainly in a position to validly debit from the BTR Paysafe Account the amount of the voluntary refunds made at the specific request

of the Company and therefore to compensate these amounts with funds in the said BTR Paysafe Account.

[268] This compensation practice is valid, legal and does not contravene to the terms and conditions of the Initial Order.

[269] As far as the Court is concerned, between Paysafe and the Company, the latter's instructions to proceed to a refund a credit card account of a Pre-filing customer and the subsequent debit made by Paysafe from BTR Paysafe Account constituted two Post-filing transactions susceptible of compensation.

[270] Once BTR decided to voluntarily accept a customer's request for the cancellation of his or her Pre-filing open order and agreed to refund such an order with its Post-filing funds, it could hardly turn around and oppose, after the fact, its "Unauthorized Compensation" argument to Paysafe who simply followed the Company's instructions to refund the customer's credit car account. Clearly, by giving such instructions to Paysafe after the Initial Order, it implied necessarily that Paysafe was to execute these instructions and proceed to the refund by using BTR's funds that were in the BTR Paysafe Account.

[271] Again, the foregoing scenario is totally different from the one whereby BTR, being in default to deliver the purchased products and in default as well to refund the purchase price to a consumer who has requested the same, was faced with a Chargeback initiated by the credit card issuer at the request of the same consumer and processed through Paysafe who has a contractual right to claim the said Chargeback from the Company.

[272] In conclusion, the Amended application for directions pertaining to the unauthorized compensation of cancelled Pre-filing orders by Paysafe is denied as being totally ill-founded in fact and in law.

[273] Therefore, Paysafe does not have to refund to the Company any of the amounts presently claimed in connection with the alleged "Unauthorized Compensation" and can continue to act as it has always done since the Initial Order with respect to any voluntary refunds made by the Company with a corresponding credit to consumers' credit card accounts provided that BTR has sufficient funds available to cover in full any such refunds.

- Ruling on the Motion to extend the Stay Period and on the Claims and Vesting Order Application

[274] The Court must now deal with the remaining the Motion to extend the Stay of Proceedings and the Claims and Vesting Order Application seeking with the followings conclusions:

a) an order establishing a process for the treatment of claims against the Company and setting out the procedure for the calling and holding of a meeting of creditors to consider, and if deemed acceptable, approve the CCAA Plan (the "C&M Procedure Order");

b) an approval and vesting order in connection with the sale of all or substantially all of the assets of the Company to Optifer or one of its affiliates (the "Approval and Vesting Order"), the whole upon the terms and conditions set forth in the APA⁵¹ (as defined hereinafter); and

c) an order approving an increase of the existing DIP Facility (as defined in the Initial Order) from \$1,150,000 to \$3,150,000 in order to provide the Company with sufficient liquidity while the Company completes the various steps leading to the above mentioned restructuring transactions (the "DIP Increase Order").

[275] Before addressing the Motion to extend the Stay of Proceedings, the Court shall discuss the Second Motion.

[276] With all due respect, now that the Court has reached a decision with respect to the Third Motion concerning the alleged "Unauthorized Compensation", it can only realize that this particular judgment will have a direct impact on the other two Motions.

[277] Clearly, the Court's ruling on the alleged "Unauthorized Compensation" does not alleviate in any manner the concerns of the Interim Lender, who on the last day of the hearing, insisted that the Payment Processors refund the \$1,944,243 before it would agree to inject further funds into the Company. Given the decision on that issue, the refund by the Payment Processors will not happen.

[278] In light of the foregoing and given the fact that:

- The various financial documents submitted by the Monitor in support of the two remaining Motions no longer reflect and do not address the present situation;
- The terms and conditions with respect of the Interim Financing have changed significantly and the position and the future involvement of the Interim Lender is presently unknown; and
- The position of the proposed purchaser, Optifer, in light of the latest developments, is unknown;

the Court is not in a position to grant, at this time and under the present circumstances, the Claims and Vesting Order Application as submitted.

⁵¹ The Asset Purchase Agreement for the sale of BTR's assets to Optifer.

[279] This Application is therefore denied as submitted.

[280] With respect to the Motion to extend the Stay Period, the Court will not grant the same for the period requested, namely until June 15th, 2016 for the following reasons.

[281] The events and surprises that have unfolded since April 22nd, 2016 and in particular during the three-day hearing have been a cause for great concern to the Court.

[282] As previously indicated, in the context of the Motion to extend in particular, it is of the utmost importance that the Company, being already under the protection of the CCAA, satisfies the Court, *inter alia*, that it has acted, and is acting, in good faith and with due diligence⁵².

[283] The approach of the Company with respect to the issue of the “Unauthorized Compensation” that was only raised for the first time some 4 to 5 weeks after the Initial Order and, suddenly exposed to an ill-founded claim of \$1,944.243, the Payment Processors who had been declared Critical Suppliers at the specific request of BTR, does not depict the conduct of a debtor acting in good faith and with due diligence.

[284] The imbroglio stemming from Farrant’s testimony regarding the sudden disclosure of unilaterally cancellations with store credits being granted instead of full refunds is not reassuring either, in the eyes of the Court.

[285] The Court is also concerned that, at the very least, the Interim Lender gives all the indications that it is “*running the show*” instead of the Company. Moreover, its various change of heart concerning its prerequisites to increase its financial support to the Company raise serious questions in the mind of the Court as to its good faith in this matter.

[286] For more than four weeks, the Court has been represented, with the support of the Monitor, that albeit somewhat difficult, the Company was able to continue its operations as a going-concern with the initial injection of \$1,150,000 and that it was able to do so until June 15th, 2016 with the injection of an additional \$2 million by the Interim Lender who had agreed to do so, the whole while maintaining the *status quo* with respect to the Payment Processors with respect to the treatment of the multiple refunds granted voluntarily by the Company. At all relevant times, the Court was represented that during this restructuring period, the Company was continuing to fulfill Pre-filing and Post-filing orders indiscriminately, subject however to the availability of the goods to ship.

[287] On Friday April 22nd, 2016, under its sudden discovery of an alleged “material change” justifying its decision to withhold its additional funding of \$2 million much needed by the Company, the Interim Lender triggered a massive disruption of the *status*

⁵² Section 11.02 (3)(b) of the CCAA.

quo with respect to the treatment of the various voluntary refunds processed by the Payment Processors at the request of the Company.

[288] The evidence leads the Court to conclude that the Third Motion seeking the immediate cessation of the so-called “Unauthorized Compensation” and ultimately force the refund of \$1,944,243 by the Payment Processors was in all likelihood prompted, if not guided, by the Interim Lender.

[289] Finally, dissatisfied, in all appearances, with Paysafe’s contestation of the Third Motion, the Interim Lender announced to the Court on April 28th, 2016, the last day of the hearing, that it would no longer extend the agreed upon additional \$2 million unless not only the Payment Processors refund \$1,944,243 to the Company but as well that BTR should now cease immediately to fulfill any Pre-filing open orders and unilaterally cancel the same forthwith.

[290] This is definitively not an environment where the good faith prevails as it should normally in restructuring procedures.

[291] Presently, the Stay Period ends today as per the Court’s order rendered on April 28th, last.

[292] Given the present circumstances and in particular, the short delay during which the parties can react and/or follow-up on the present judgment, the Court shall extend the Stay of Proceedings of the Initial Order, on an exceptional basis, until Friday May 13th, 2016.

[293] The Court trusts that should another Motion to extend the Stay of Proceedings be presented by the Company, that the latter will be guided by the spirit and the provisions of Section 11.02 of the CCAA and that financial information and documentation that will be submitted to the Court’s appreciation shall be complete and reliable.

FOR THOSE REASONS, THE COURT:

[294] **DISMISSES** the Amended application for directions pertaining to the unauthorized compensation of cancelled pre-filing orders by the Mis-en-cause credit cards settling institutions, **with costs** against the Petitioner, 7098961 Canada Inc. (formerly known as Beyond the Rack Enterprises Inc.) in favour of Paysafe Merchant Services Inc. and Paysafe Merchant Services Corp.;

[295] **DISMISSES** the Application for the issuance of (I) a claims and meeting procedure order (II) an order approving an asset purchase agreement and (III) an order approving an increase of the DIP Facility, **without costs**;

[296] **GRANTS** in part the Motion for the issuance of an order extending the stay of proceedings, **without costs**;

[297] **EXTENDS** the Stay Period as defined in the Initial Order of March 24th, 2016 as well as all the terms and conditions of the said Initial Order to **May 13th, 2016**;

[298] **ORDERS** that Appendix C, Appendix D and Appendix E to the First Report of the Monitor dated April 19th, 2016 and Appendix A and Appendix B to the Second Report of the Monitor dated April 22nd, 2016 together with Exhibits A-1, A-2, A-3, A-4, A-5 and A-6 be kept confidential and under seal with the Court until, as the case may be, further order of this Court or written agreement from the Debtor and the Monitor and **DECLARES** that all creditors of the Debtor shall be entitled to obtain disclosure of the said Appendices and Exhibits upon written request and provided they have signed a confidentiality agreement in standard form, provided that this requirement shall not apply to secured creditors;

[299] For greater certainty, **DECLARES** that pursuant to the terms and conditions of the Initial Order dated March 24th, 2016, and without modifying, amending, limiting or restricting in any manner whatsoever the terms and conditions of the said Initial Order which shall remain in full force and effect during the above mentioned Stay Period, the Critical Suppliers namely, Paysafe Merchant Services Inc., Paysafe Merchant Services Corp., PayPal CA Limited, PayPal, Inc., Amex Bank of Canada and American Express Travel Related Service Company, Inc., are **ALLOWED** and **AUTHORIZED** to continue effecting compensation between any claim that they may have against 7098961 Canada Inc. (formerly known as Beyond the Rack Enterprises Inc.) (the "**Company**") relating to cancelled credit card sales made by the Company before the date of the Initial Order, and any claims accrued to the Company after the Initial Order, including remittances to the Company of credit card payments relating to credit card sales made by the Company after the date of the Initial Order, the whole until further order of this Court;

[300] **ORDERS** the provisional execution of this Order, notwithstanding any appeal and without the necessity of furnishing any security.

MICHEL A. PINSONNAULT, J.S.C.

M^{re} Guy Martel

M^{re} Nathalie Nouvet

Stikeman Elliott

Attorneys for Petitioner, 7098961 Canada Inc. (formerly known as Beyond the Rack Enterprises Inc.) for *Application for the issuance of (i) claims and meeting procedure order (ii) order approving an asset purchase agreement and (iii) order approving an increase of the Dip facility and Motion for the issuance of an order extending the stay of proceedings*

M^{tre} Kenneth Adessky
Attorney for Applicant, 7098961 Canada Inc. (formerly known as Beyond the Rack Enterprises Inc.) for *Amended Application for directions pertaining to the unauthorized compensation of cancelled pre-filing orders by the mis-en-cause Credit Cards settling institutions*

M^{tre} Alain Tardif
McCarthy Tétrault
Attorneys for the Monitor/Applicant, Richter Advisory Group inc.

M^{tre} Ari Y. Sorek
M^{tre} Roger Simard
Dentons Canada
Attorneys for the mis en cause, Paysafe Merchant Services Inc. and Paysafe Merchant Services Corp.

M^{tre} Alexander Bayus
Gowlings WLG
Attorneys for the mis en cause, PayPal Ca Limited and PayPal, Inc.

M^{tre} Laurent Debrun
Kaufman Laramée
Attorneys for DIP Lender, 9523669 Canada Inc.

M^{tre} Louis Dumont
Dentons Canada
Attorneys for AMEX Bank of Canada and American Express Travel Related Service Company, Inc.

Dates of hearing: April 25, 27 and 28, 2016

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *North American Tungsten Corporation Ltd.*
(*Re*),
2015 BCSC 1382

Date: 20150730
Docket: S154746
Registry: Vancouver

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended**

And

**In the Matter of the *Canada Business Corporations Act*,
R.S.C. 1985, c. C-44, as amended**

And

In the Matter of North American Tungsten Corporation Ltd.

Petitioner

Before: The Honourable Mr. Justice Butler

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Petitioner:	John R. Sandrelli Jordan D. Schultz
Counsel for the Monitor, Alvarex & Marsal Canada Inc.:	Kibben M. Jackson Vicki L. Tickle
Counsel for Callidus Capital Corporation:	William E.J. Skelly
Counsel for Government of Northwest Territories:	H. Lance Williams
Counsel for Wolfram Bergbau and Hütten AG:	Angela L. Crimeni David Brown
Counsel for Global Tungsten and Powders Corp.:	Kieran E. Siddall Scott Boucher
Place and Date of Hearing:	Vancouver, B.C. July 27 and 30, 2015
Place and Date of Judgment:	Vancouver, B.C. July 30, 2015

[1] **THE COURT:** I am ruling on the applications I have heard on July 27 and today. As always, if anyone should order the transcript, I reserve the right to amend it. In this case, I also reserve the right to add to it as, unfortunately, I have not been able to include all of the information and case references that have been advanced in argument.

[2] There are two competing applications before me dealing with a claimed right of set-off in favour of Global Tungsten and Powders Corp. (“GTP”). The applications are brought in the context of the orders I have made in this proceeding under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, dealing with the company, North American Tungsten Corporation (“NATC”). In particular, the applications concern the terms contained in the amended and restated initial order.

[3] The relevant facts are well-known to the parties, but I will summarize them briefly. NATC produces tungsten from its Cantung Mine and sells the product to two purchasers, one of which is GTP. Pursuant to a supply agreement, NATC annually supplies a specified quantity of tungsten concentrate to GTP. At the same time the parties entered into the supply agreement, they entered into a loan agreement. The indebtedness under the loan agreement is secured by a security agreement on all property connected with the Mactung Mine. As of filing, the indebtedness under the loan agreement was well in excess of \$4 million. It is approximately \$4.4 million.

[4] Since the filing, NATC has continued to supply GTP with tungsten pursuant to the supply agreement. The payment terms require payment within 30 days. For a period after filing, GTP continued to make payments when due. On July 22, it gave notice to NATC that it would set off amounts owing under the loan agreement against payments due as a result of post-filing deliveries of tungsten. NATC then brought this application for a declaration that GTP was in breach of the stay provisions of the amended initial order, and for an order that GTP pay amounts due. It also sought an injunction to permanently restrain GTP from exercising rights of set-off.

[5] GTP opposes that application and brought an application in response seeking a declaration that it does have a valid right of set-off with respect to amounts it owes NATC under the supply agreement against amounts owed by NATC to GTP under the loan agreement.

[6] On July 27, 2015, I heard part of the application by telephone. I made an order declaring that GTP was in breach of the stay provisions of the amended initial order and required it to pay for tungsten delivered to it after June 9, 2015. I found that GTP was not in contempt of the amended original order as asserted by NATC, and I indicated that I would hear more fulsome argument on both applications today. I have done that, and have also considered the application brought by GTP today asking that I reconsider the order of July 27, 2015.

Ruling

[7] GTP has delivered a detailed written argument today, and I will follow the issues raised in that argument as it provides a convenient way to consider the issues that are before the Court.

Issue 1: Is there a debt due and owing by NATC to GTP?

[8] NATC contends that there is nothing due and owing under the loan agreement because, at the time of filing, it was up to date on its payments and so GTP has nothing to set off against. That submission ignores the fact that NATC is in default under the loan agreement.

[9] Section 2.2(c) of the loan agreement provides that the entire unpaid amount of the loan, together with interest and costs, shall be repayable forthwith upon the occurrence of an event of default. An event of default under the loan agreement includes a default in payment when due of any amount owing under the agreement. NATC failed to pay the June 30, 2015 loan payment. As a result it is in default.

Issue 2: In any event, is it immaterial that the debt has not yet fallen due for payment?

[10] I also agree with the submissions of GTP on this issue. Even if it could be said that the time for payment of the NATC debt had not arrived, that would not defeat GTP's right of set-off.

[11] As noted in Palmer, *The Law of Set-off in Canada*, (Aurora, Ontario, Canada Law Book Inc., 1993) p. 34, a debt, for the purpose of set-off, "is a sum of money which is certainly, and at all events, payable without regard to the fact whether it be payable now or at a future time." The monies owing by NATC under the loan agreement are "certainly, and at all events", payable to GTP.

Issue 3: Is legal set-off available for pre-filing and post-filing obligations?

[12] GTP relies on the provisions of s. 21 of the CCAA and on the decision in *Air Canada (Re)*, [2003] O.J. No. 6058 (S.C.J.).

[13] Section 21 reads as follows:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[14] The circumstances in *Air Canada* were different from those before this Court. The issue raised was whether the second sentence in a term in the initial order should be struck out. The term in that order read as follows:

THIS COURT ORDERS that persons may exercise only such rights of set off as are permitted under Section 18.1 of the CCAA as of the date of this order. For greater certainty, no person may set off any obligations of an Applicant to such person which arose prior to such date.

[15] Air Canada took the position that there is no right to a legal set-off as between pre-filing and post-filing obligations, and that the term of the order should not be varied. Farley J. disagreed and struck the second sentence from the term of the order. Academics have accepted that the ruling stands for the proposition that

mutuality is not severed by the granting of an initial order on a CCAA proceeding, such that set-off is available between pre-filing and post-filing obligations.

[16] For example, in his article “Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons” in *the Annual Review of Insolvency Law* (Toronto: Carswell, 2006), Robert Thornton summarized the decision as follows at page 14:

... Farley, J. held that there was no loss of mutuality upon the commencement of a CCAA proceeding. Accordingly, legal set-off is available both in respect of debts existing as of the date of an initial order, and in respect of debts that arose after the date of the initial order.

[17] NATC says that *Air Canada* is wrongly decided and points to decisions dealing with proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. There is some merit to the policy arguments that are advanced by NATC. It says that it would make sense, from a policy perspective, to arrive at such a conclusion because: a stay of proceedings assists in preserving the status quo as of the filing date; after a filing, a company ceases to act solely in its own corporate interests and begins to operate under the mandatory scrutiny of a monitor; and, the debtor’s objective ceases to be focused solely on maximizing profits.

[18] While I find there are some merits to the policy arguments, in order to arrive at the decision sought by NATC, I would have to find that *Air Canada* was wrongly decided. I am simply not prepared to do so on the basis of the material and the argument before me.

[19] In addition, given the decision I have arrived at with regard to the grant of a temporal stay, I need not wrestle with this issue, as my conclusion does not rest on this finding.

Issue 4: Does the Court have jurisdiction to stay set-off rights once those have been determined?

[20] I am using that terminology for the issue because that is how it is phrased by Mr. Siddall in his submissions today. GTP gives three reasons for its position that the Court does not have the right to stay set-off rights. It says, first of all, that the

case law does not support or anticipate such a stay once the creditor's set-off rights have been determined; secondly, it says that a temporal stay in the case at bar would effectively extinguish GTP's set-off rights under s. 21 causing significant prejudice to GTP; and, third, that the scope of the Court's discretion under the CCAA does not extend to extinguishing rights which have been specifically conferred by that statute.

[21] Starting with the first of these submissions, NATC relies on *Air Canada* and on *Tucker v. Aero Inventory (UK) Limited*, 2009 CanLII 63138 (Ont. S.C.), for the argument that the court does have the power to grant a temporal stay of set-off rights. GTP says both are distinguishable. It notes that *Air Canada* was by consent and in *Tucker* and in *Air Canada*, the stay was only being put in place until a determination of the set-off rights.

[22] Here GTP says it is asking the Court to determine its set-off rights today such that any extension of the stay cannot be granted beyond an order determining that right. GTP says this would be contrary to s. 21.

[23] I disagree. This is a very narrow reading of *Tucker* and *Air Canada*. This argument places far too much emphasis on the term "determination". In fact, those cases refer to "determination and enforcement" of set-off rights.

[24] For example, at para. 25 of *Air Canada*, Farley J. said:

With respect to the question of what I have described as a temporal stay, there does not appear to be any opposition by the Moving Creditors to the proposition that whatever their rights of set-off in substance are determined to be, that such determination and enforcement of such determined rights should await until a convenient time when AC has stabilized (or I suppose, alternatively cratered). It would seem to me that the likely time for this would be in conjunction with the formation of a reorganization plan of arrangement and compromise.

[25] It is significant that the reference in *Air Canada* was to determination and enforcement so that set-off rights would be considered when the company has stabilized or cratered. In other words, it is the enforcement that is key, not determination, and that should await the outcome of the restructuring process. In

other words, a temporal stay of rights can be granted to further the purpose of the initial order and the purposes of the *Act*. Such a stay can apply to enforcement of set-off rights even where it is acknowledged those rights exist.

[26] I turn to GTP's argument that it would suffer significant prejudice. It says it will suffer prejudice because a temporal stay in this case would effectively extinguish its set-off rights. In other words, it may never be able to set off its debts for new tungsten purchases against NATC's pre-filing debt to GTP.

[27] In my view, that is an illusory prejudice. GTP's position post-filing has not been prejudiced in any way. It is able to purchase tungsten for which it must pay the going rate. Its financial situation, by having to pay for purchases, is exactly what it would be if it had to go to another source for tungsten. In other words, if NATC had ceased production, rather than the initial order being made, GTP's situation would be no different than it is under the temporal stay. This is not a prejudice which, in my view, has any significance.

[28] GTP also argues that I cannot grant a temporal stay now that the set-off claims have been determined in the sense that I have concluded that mutuality is not affected by the initial order. I see no reason in principle on a reading of s. 21 of the *Act* as to why there cannot be such a stay. All creditors' claims are stayed, subject to the exceptions set out in s. 11.02. Section 21, as I read it, does not exempt set-off claims from stays, determined or not. It merely confirms the rights of set-off. Exempting set-off claims would not accord with the policy of the *Act*. Sections 11 and 11.02 of the *Act* give the Court a very broad discretion which must be exercised in furtherance of CCAA purposes. Quite simply, it would be illogical if the Court had the discretion to broadly stay claims and proceedings and make relevant ancillary orders necessary to further the purpose of the *Act* and the purpose of the initial order, but could not do so with regard to set-off claims.

[29] Of course, the application here is made in the context of the amended initial order. That order must be considered in relation to all of the facts and circumstances. I ruled, on July 27, 2015, that the purported set-off was in breach of

that order. As I indicated, the terms of para. 16 of the amended initial order are broad enough to include a stay of the remedy of set-off.

[30] GTP relies in part on para. 10(d) of the amended initial order and that reads as follows:

9. Except as specifically permitted herein the petitioner is directed until further Order of this Court

(d) to not grant credit except in the ordinary course of the Business only to its customers for goods and services actually supplied to those customers, provided such customers agree that there is no right of set-off in respect of amounts owing for such goods and services against any debt owing by the Petitioner to such customers as of the Order Date.

[31] I do not read that term as supportive of GTP's position. NATC could not grant credit to GTP without its agreement. GTP says that it was up to NATC to either come to it and get agreement or go to the court and get agreement, but I take a different view. Given the stay provision of para. 16 of the initial order, the remedy of set-off was stayed. If there was any ambiguity in light of the provisions of para. 10(d), there was an obligation on the part of GTP to get the approval or consent of the petitioner and the monitor to apply the set-off or, alternatively, to come to court. Of course, this is precisely what para. 16 of the initial order requires GTP to do.

[32] Finally, I have concluded that I will exercise my discretion to continue the stay with respect to the set-off claims. I am doing so because:

1. In order to preserve the status quo to effect a restructuring, a stay of the set-off is, and was, absolutely essential.
2. The amended initial order and the extension order were based on a detailed program. I need not highlight all of the aspects of it, but these included a reduction in the underground mining, cost cutting, disposal of equipment, and an orderly closure and maintenance of the Cantung Mine, all of which was predicated on cash flow. The cash flow was

based on the continuation of the two supply agreements. Obviously, that would be thrown into disarray if the stay was not continued.

3. GTP had notice of all steps which had been taken along the way and was indeed actively consulted. It never raised any issue about set-off for 45 days following the initial order. Indeed, its only position was that assets should be put up for sale. It said nothing about exercising its right of set-off with respect to pre-filing debt.
4. Great prejudice to the other stakeholders would flow if GTP was now permitted to exercise its set-off. The status quo would be significantly altered and the restructuring would effectively be at an end. I accept that Callidus would very likely not extend any further credit at this point.

[33] When I consider all of those factors, as well as my view that there is no prejudice to GTP, it is appropriate to continue the temporal stay of GTP's set-off rights for so long as the stay granted by the amended initial order continues, which is to October 31, 2015.

[34] That is the conclusion of my ruling.

[35] Is there any clarification needed?

[36] MR. SCHULTZ: A few points, My Lord. First off, in the petitioner's notice of application we had sought special costs against GTP given the conduct that gave rise to these applications and we continue to seek that. I do not have much to add to the submissions of Mr. Sandrelli in terms of GTP's conduct and the background, but I would remind the court that we are seeking that.

[37] THE COURT: I do not need to hear from you on that, Mr. Siddall. In my view, GTP has raised significant legal arguments. While I have not accepted them, the actions of GTP are not such as to attract special costs.

[38] MR. SCHULTZ: Thank you, My Lord.

[39] MR. SKELLY: Just before we move off of that, if Your Lordship is not prepared to order special costs, are you prepared to order costs to the parties who had to appear?

[40] THE COURT: Yes, I am prepared to order costs. And I so order.

[41] MR. SIDDALL: Sorry, we're going a little bit quickly, My Lord. I just wanted to slow down a bit. I was not given an opportunity to make submissions on costs. I am not going to add a lot to what you have ruled, but I would seek that you limit it to the costs as between NATC and GTP where the issues raised [indiscernible] stay or not, the other parties in the courtroom who said little, and although obviously I am not criticizing them for attending, but again, the notice of application, it raised issues between NATC and GTP, so I ask Your Lordship to limit your cost order to the costs of NATC.

[42] THE COURT: It will not be so limited. The issue raised was a significant issue that affected other parties, and I certainly do not fault them for attending and making submissions, however brief.

[DISCUSSION]

[43] MR. SIDDALL: The terms of the order that my friend and I will obviously work on -- do I have it that you are prepared to declare that we have set-off rights -- that GTP has set-off rights? So one of the orders will be that we have set-off rights and then the next order will be that those rights are still stayed.

[44] THE COURT: Those rights are stayed.

[45] THE COURT: I will make the order that the signatures of the parties, other than GTP and NATC who are in attendance, are dispensed with.

"Butler J."

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *North American Tungsten Corporation Ltd.*
v. Global Tungsten and Powders Corp.,
2015 BCCA 390

Date: 20150812

Docket: CA42990; CA42991

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended**

And

**In the Matter of the *Canada Business Corporations Act*,
R.S.C. 1985, c. C-44, as amended**

And

In the Matter of North American Tungsten Corporation Ltd.

Between:

North American Tungsten Corporation Ltd.

Respondent
(Petitioner)

And

Global Tungsten and Powders Corp.

Appellant

And

**Alvarez & Marsal Canada Inc., Callidus Capital Corporation, Wolfram Bergbau
und Hütten AG, and Government of the Northwest Territories**

Respondents

Before: The Honourable Mr. Justice Savage
(In Chambers)

On appeal from: an order of the Supreme Court of British Columbia dated July 30, 2015
(*North American Tungsten Corporation Ltd. (Re)*, 2015 BCSC 1382,
Vancouver Registry No. S154746)

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Appellant:	K.E. Siddal and S. Boucher
Counsel for the Respondent, North American Tungsten Corporation Ltd.	J.R. Sandrelli and J. Schultz
Counsel for the Respondent, Alvarez & Marsal Canada Inc.	K. Jackson
Counsel for the Respondent, Callidus Capital Corporation	W.E.J. Skelly
Counsel for the Respondent, Wolfram Bergbau und Hütten	D. Brown and A.L. Crimeni
Counsel for the Respondent, Government of the Northwest Territories	M. Buttery
Place and Date of Hearing:	Vancouver, British Columbia August 12, 2015
Place and Date of Judgment:	Vancouver, British Columbia August 12, 2015

Summary:

The applicant creditor sought leave to appeal two orders of the CCAA judge which stayed the applicant exercising rights of set-off against payment for tungsten deliveries. The applicant argued that s. 21 of the Companies' Creditor Arrangement Act gave it a right of set-off which survived the CCAA orders as the court lacked jurisdiction to stay the rights provided in s. 21. Held: Leave refused. Considering all the factors governing leave, including the weakness of the grounds of appeal and the fact that granting leave would interfere with the ongoing CCAA proceeding, this is not one of the rare circumstances where it is in the interests of justice to grant leave to appeal the order of the CCAA judge.

I. Introduction

[1] **SAVAGE J.A.:** These are applications by Global Tungsten and Powders Corp. (GTP) (1) for leave to appeal two orders of Mr. Justice Butler in the British Columbia Supreme Court dated July 27 and July 30, 2015 (the "Stay Orders"), the net effect of which orders is to stay GTP's set-off rights against the debtor North American Tungsten Corporation Ltd. ("NATC") until at least October 15, 2015, and (2) to grant a stay of execution of the Stay Orders until the hearing of the appeal.

[2] Underlying the proposed appeal are insolvency and restructuring proceedings commenced June 9, 2015 pursuant to the *Companies' Creditor Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ("CCAA"). On July 9, 2015, the learned CCAA judge made an order amending and restating the initial order (the "ARIO") pursuant to which the debtor corporation NATC was authorized to enter into a forbearance agreement (the "Forbearance Agreement") with its senior primary creditor Callidus Capital Corporation ("Callidus"), to borrow funds on an interim financing facility. Callidus was granted a priority charge to secure repayment of the interim financing facility.

[3] The Stay Orders, as the CCAA judge described, "...preserve the status quo to effect a restructuring". The proposed appeal concerns the ability of the British Columbia Supreme Court to stay rights of set-off. GTP also seeks a stay of the orders pending hearing of the appeal. The respondents NATC and Callidus oppose these applications.

[4] The Forbearance Agreement includes terms that the forbearance period would end on the occurrence of various events, including NATC failing to comply with certain cash flow requirements. Following the end of the forbearance period, Callidus is entitled to enforce its security, including appointing a receiver or assigning NATC into bankruptcy.

[5] NATC sells tungsten concentrate to GTP. At the same time that GTP started purchasing tungsten from NATC it entered into a loan agreement whereby NATC would borrow monies from GTP. As of the date of NATC's CCAA filing, it owed GTP approximately \$4.4 million.

[6] On July 22, 2015, GTP gave notice (the "Set-Off Notice") that it was entitled to a set-off against NATC's debt. The Set-Off Notice advised that GTP would retain approximately US\$1.2 million from funds owing to NATC based on invoices due July 22, 23, and August 7, 14, and 16, 2015. The Set-Off Notice was the first that NATC or Callidus learned that GTP would not pay NATC debts as they came due.

[7] In response to these events NATC and GTP applied for various orders. The CCAA judge made the following orders:

1. By refusing to pay its post-filing obligations to NATC, GTP was in violation of the ARIO;
2. GTP shall make immediate payment of all invoices issued in respect of shipments made by NATC;
3. GTP has a valid right of legal set-off; and
4. GTP is stayed from exercising its rights of set-off during the Stay Period as defined in the ARIO.

II. Matters in Issue

[8] The points in issue are (1) should GTP be granted leave to appeal the Stay Orders below?, and (2) should GTP be granted a stay of execution of the orders below?

III. Test on Leave

[9] The test for whether leave to appeal should be granted focuses primarily on the following considerations:

1. Whether the appeal is prima facie meritorious or whether it is frivolous;
2. Whether the point on appeal is of significance to the practice;
3. Whether the point raised is of significance to the parties;
4. Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action:

Edgewater Casino Inc. (Re), 2009 BCCA 40 at para. 17;

5. An overriding consideration is whether it is in the interests of justice to grant leave:

Wallman v. Gill, 2013 BCCA 110 at para 12;

6. The discretion to grant leave to appeal in CCAA cases is to be exercised sparingly: *Edgewater*, at paras. 13, 18;
7. The CCAA judge is seized of the proceedings below and is well-positioned to balance the interests of the competing stakeholders, and, accordingly, the decision below is entitled to deference.

New Skeena Forest Products Inc., Re, 2005 BCCA 192 at para. 20.

IV. Discussion and Analysis

[10] I turn now to consider the merits of the proposed appeal. GTP argues the threshold is low and all that is required is that the points raised are “not frivolous”. In support of this permissive standard, GTP cites two cases (*Soprema Inc. v. Wolrige Mahon LLP*, 2014 BCCA 366 and *Windshield Doctor Canada Ltd. v. Glass Masters Ltd.*, 2005 BCCA 220), neither of which concern an appeal from an order under the CCAA. While GTP is correct that the threshold is generally low on applications for leave to appeal, the merits requirement is applied strictly on applications made under the CCAA, as appears from the following passages in *Edgewater Casino*:

[16] ... The requirement for leave to appeal from an order made in CCAA proceedings is found in the CCAA itself (section 13), as opposed to the provincial or territorial statutes governing the appellate courts in Canada. This suggests that Parliament recognized that appeals as of right from orders made in CCAA proceedings could have an adverse effect on the efforts of debtor companies to reorganize their financial affairs pursuant to the Act and that appeals in CCAA proceedings should be limited: see *Re Algoma Steel Inc.* (2001), 147 O.A.C. 291, 25 C.B.R. (4th) 194 at para. 8.

[17] ... However, it does not follow from the fact that the statute itself is the source of the requirement for leave that the test or standard applicable to applications for leave to appeal orders made in CCAA proceedings is different from the test or standard for other leave applications. It is my view that the same test applicable to all other leave applications should be utilized when considering an application for leave to appeal from a CCAA order. In British Columbia, the test involves a consideration of the following factors:

- (a) whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (b) whether the point raised is of significance to the action itself;
- (c) whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (d) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

The authority most frequently cited in British Columbia in this regard is *Power Consolidated (China) Pulp Inc. v. British Columbia Resources Investment Corp.* (1988), 19 C.P.C. (3d) 396 (B.C.C.A. Chambers).

[18] ... a consideration of the third and fourth of the above factors will result in leave to appeal from typical CCAA orders being given sparingly.

[19] The third of the above factors involves a consideration of the merits of the appeal. In non-CCAA proceedings, a justice will be reluctant to grant leave where the order constitutes an exercise of discretion by the judge because the grounds for interfering with an exercise of discretion are limited: see *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog*, [1998] B.C.J. No. 2298 (C.A. Chambers). Most orders made in CCAA proceedings are discretionary in nature, and the normal reluctance to grant leave to appeal is heightened for two reasons alluded to in the comments of Macfarlane J.A.

[20] First, one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavouring to balance the various interests. Secondly, CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances. These considerations are reflected in the comment made by Madam Justice Newbury in *New Skeena Forest Products* that “[a]ppellate courts also accord a high degree of deference to decisions made by Chambers judges in CCAA matters and will

not exercise their own discretion in place of that already exercised by the court below” (para. 20).

[21] The fourth of the above factors relates to the detrimental effect of an appeal on the underlying action. In most non-CCAA cases, the events giving rise to the underlying action have already occurred, and a consideration of this factor involves the prejudice to one of the parties if the trial is adjourned or if the action cannot otherwise move forward pending the determination of the appeal. CCAA proceedings are entirely different because events are unfolding as the proceeding moves forward and the situation is constantly changing – some refer to CCAA proceedings as “real-time” litigation.

[22] The fundamental purpose of CCAA proceedings is to enable a qualifying company in financial difficulty to attempt to reorganize its affairs by proposing a plan of arrangement to its creditors. The delay caused by an appeal may jeopardize these efforts. The delay may also have the effect of upsetting the balance between competing stakeholders that the supervisory judge has endeavoured to achieve.

[11] With respect to the first consideration, the matters in the proposed appeal in my opinion fall to be decided based on the proper interpretation of s. 21 of the CCAA. It reads:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[12] The section by its terms makes provision that the law of set-off or compensation applies to claims made against a debtor company, and actions instituted by a debtor company. This applies in the same manner and to the same extent as if the debtor company were a plaintiff or defendant. By its terms it makes no mention of the powers or jurisdiction of the court in CCAA proceedings. Clearly by its express terms s. 21 does not limit a judge’s discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings.

[13] I do not see that s.21 by necessary implication limits a judge’s discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings. Section 21 does not say anything about a judge’s discretion to stay the exercise of rights. Section 21 is contained in Part III of the CCAA, a part dealing with claims that can be dealt with in CCAA proceedings.

[14] By contrast, s. 11 of the CCAA provides a very broad grant of jurisdiction to the courts:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

[15] A broad reading of the discretionary power conferred by s. 11 of the CCAA was endorsed by the Supreme Court of Canada in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60:

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the CCAA. Thus, in s. 11 of the CCAA as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence.

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the ARIO, but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Re Quintette Coal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-14, 2 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay.

[17] GTP argues that its interpretation is correct as Parliament must have intended to effect something by the enactment of s. 21 (formerly s. 18.1). However, given the very broad interpretation given to s.11, were Parliament intending to specifically limit the right to stay a set-off, it would have done so explicitly, as it did with restrictions contained elsewhere in the CCAA.

[18] I do not understand any of the parties to say that this issue is not of significance to the practice. Any interpretation issue, however weak, of the statutory provisions governing CCAA proceedings would be of significance to the practice. Of course, it is of significance to the parties here because if leave is granted and a stay ordered, the CCAA proceeding will likely fail. It would also have the consequential effect of vaulting the priority of GTP's debts ahead of the general security of Callidus.

[19] However, NATC and Callidus make the point, which is well-taken, that the significance of the matter to the proceeding should not be a paramount consideration in this case as the issue is largely driven by GTP's conduct. Had GTP raised its claim of set-off at the outset, it would have had nothing to set off against. NATC would not have shipped any product to GTP in the face of that claim, as GTP would not pay for it. By leaving the issue to this late stage, GTP built up its post-filing debt, at the expense of the other stakeholders, against the NATC pre-filing debt.

[20] I agree with NATC, Callidus and the monitor that the GTP funds are critical to NATC's ability to continue operations and meet its obligations. The likely result of an order granting leave to appeal and a stay is that NATC will cease operations and fall into bankruptcy. The fundamental purpose of the underlying proceeding is to enable NATC to reorganize and restructure its affairs to allow it to continue operations pending sale. A shut-down and liquidation would terminate the CCAA proceedings. The reorganization and restructuring would be at an end.

[21] Where granting leave would be fatal to the company's ability to restructure and would necessitate a shut-down of operations, leave has been denied: see *Canada v. Temple City Housing Inc.*, 2008 ABCA 1 at para. 15. As noted by the Court in *Edgewater Casino*, these events are unfolding in real time. In my view, a consideration of the objects of the CCAA demonstrates that the position advanced by GTP must fail.

[22] By not raising set-off until a post-filing debt had accrued and a plan was in place, GTP is attempting to do precisely what the CCAA is designed to prevent. As

Farley J. describes in *Lehndorff General Partner Ltd. (Re)* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 at 31 (Ont. Ct. J.):

... the intention of the CCAA is to prevent any manoeuvres for positioning among the creditors during the period required to develop a plan and obtain approval of creditors. Such manoeuvres could give an aggressive creditor an advantage to the prejudice of others who are less aggressive and would undermine the company's financial position making it even less likely that the plan will succeed.

[23] In making the orders that he did, the CCAA judge had ample information regarding the NATC pre-filing debt, the GTP post-filing debt, NATC's cash flow issues, the potential impact of GTP's set-off on NATC and its stakeholders, and the post filing conduct of GTP which led NATC and other stakeholders to rely upon the expectation that GTP would make timely payment. This court should not substitute its own discretion for that of the judge below absent a wrongful exercise of that discretion. I see none.

[24] GTP argues, however, that if the application for leave to appeal is severed from the application to order a stay of proceedings, there is no reason why leave should not be granted as there would then be no prejudice to the CCAA proceeding. It says that Callidus has continued to advance monies and there are funds remaining in Callidus' interim loan facility. The funds recently advanced by Callidus, however, were used solely for administrative costs, which rank ahead of the security provided by the Forbearance Agreement.

[25] Clearly Callidus will need to continue extending credit if NATC is to continue operating. If NATC continues to sell tungsten to GTP, there is still a lag between when NATC ships the tungsten and GTP makes payment. Upon an adverse Court decision, GTP could immediately set off its debt against amounts owing. It would therefore disproportionately benefit GTP while others forbear from exercising their rights. The possibility of this occurring also explains NATC's position that it will stop selling to GTP if leave to appeal is granted.

[26] As I have said above, leave to appeal orders made under the CCAA is to be granted sparingly, at least where the court would interfere with an ongoing

restructuring. As Chamberland J.A. explained in *Newfoundland and Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2010 QCCA 965:

[25] There is no appeal as of right from decisions made under the CCAA; leave to appeal is a condition precedent to an appeal being allowed to proceed (s. 13 CCAA).

[26] This requirement stems from a clear intention of Parliament to restrict appeal rights having regard to the nature and object of CCAA proceedings; an appeal court should be cautious about intervening in the CCAA process. This is not to say that leave will never be granted but it should be so only "sparingly" (*In Re Pacific National Lease Holding Corp.* (1992), 15 C.B.R. (3d) 265, at 272 (B.C.C.A.)).

[27] Similarly in *Quinsam Coal Corp. Re*, 2000 BCCA 386, Newbury J.A. wrote:

[11] ... a higher threshold generally needs to be met before appellate leave should be given to justify the delay and other effects on the proposed arrangements that would result from the commencement of an appeal. As Mr. Millar argued, the CCAA process is dynamic and unique, and this Court should be reluctant to skew the balance of interests that the Chambers judge has fashioned in order to forward the objectives of the Act.

[28] Considering all of these factors, including the weakness of the grounds of appeal and the fact that granting leave would interfere with the ongoing CCAA proceeding, I cannot find that that this is one of the rare circumstances where it is in the interests of justice to grant leave to appeal an order of a CCAA judge. The application for leave to appeal is denied.

V. Orders

[29] As I have determined that it is not in the interests of justice to grant leave to appeal, it necessarily follows that the application for a stay is also denied.

(submissions re. costs)

[30] **SAVAGE J.A.:** Costs follow the event.

"The Honourable Mr. Justice Savage"

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *North American Tungsten Corporation v.
Global Tungsten and Powders Corp.*,
2015 BCCA 426

Date: 20150930

Docket: CA42990 and CA42991

Between:

North American Tungsten Corporation Ltd.

Respondent
(Petitioner)

And

Global Tungsten and Powders Corp.

Appellant

And

**Alvarez & Marsal Canada Inc., Callidus Capital Corporation,
Wolfram Bergbau und Hütten AG, and
Government of the Northwest Territories**

Respondent

Before: The Honourable Madam Justice Neilson
The Honourable Mr. Justice Groberman
The Honourable Madam Justice Fenlon

Application to vary: An order of the Court of Appeal for British Columbia, dated August 12, 2015 (*North American Tungsten Corporation Ltd. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, Docket nos. CA42990 and CA42991)

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Appellant:

R.D.W. Dalziel
K.E. Siddall

Counsel for North American Tungsten:

J.R. Sandrelli
J.D. Schultz

Counsel for Alvarez & Marsal Canada Inc.:

V.L. Tickle

Counsel for Callidus Capital Corporation:

W.E.J. Skelly

Counsel for Wolfram Bergbau und Hütten:

A.L. Crimeni

Counsel for the Northwest Territories:

M. Buttery

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
September 23, 2015

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
September 30, 2015

Summary:

The Supreme Court judge administering CCAA proceedings granted an order staying the applicant's right to set off amounts owing to it against debts for current deliveries of product by the company under CCAA protection. The applicant applied for leave to appeal, contending that s. 21 of the CCAA prohibits a court from staying a right to set-off. The chambers judge denied leave, and the applicant applied to have the order reviewed. Held: Application refused. The chambers judge erred in suggesting that higher standards are to be applied to leave applications in CCAA matters than in other proceedings. The remainder of the judge's analysis, however, did not exhibit any error. The proposed appeal is not meritorious, and the interests of justice militate against granting leave. Applying the correct standard for granting leave to the judge's analysis of the issues, the denial of leave should stand.

[1] **GROBERMAN J.A.:** This is an application to vary an order of a judge in chambers denying leave to appeal in *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), R.S.C. 1985, c. C-36, proceedings. The issue that the appellant proposes to argue on appeal is whether a judge acting under the CCAA has jurisdiction to stay rights of set-off for a specified period of time.

Background to the Proposed Appeal

[2] The essential factual background is straightforward. Global Tungsten & Powders Corp. ("GTP") has a contract with North American Tungsten Corporation Ltd. ("NATC") under which NATC supplies tungsten to it on an ongoing basis.

[3] In addition to the tungsten supply contract, GTP and NATC entered into a loan agreement whereby GTP lent money to NATC. Approximately \$4.4 million is owing on the loan. The Supreme Court Chambers judge found that, as a result of a past default, the entirety of the loan debt is now due to GTP.

[4] On June 9, 2015, CCAA proceedings were commenced in respect of NATC. On July 9, 2015 an Amended and Restated Initial Order (commonly referred to as an "ARIO") was made in the CCAA proceedings.

[5] Up until July 22, 2015, GTP paid NATC for tungsten concentrate deliveries in the ordinary manner. On July 22, however, GTP gave NATC notice that it would be setting off NATC's loan debt against the amounts owing for tungsten concentrate.

[6] On July 27, 2015, the parties appeared before the judge administering the CCAA restructuring. He made a declaration that GTP was not entitled, under the provisions of the ARIO, to rely on a setoff to refuse to make payment for the tungsten concentrate deliveries.

[7] On July 30, 2015, after hearing more complete argument, the judge declared that GTP has a valid right of setoff, but stayed the exercise of that right.

[8] By mid-August, 2015, the amount of the setoff was in excess of US\$1.2 million.

[9] The legal issue that GTP wishes to argue on appeal concerns the jurisdiction of a judge to stay rights of setoff. The relevant legislative provisions are ss. 11 and 21 of the CCAA:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances. [Emphasis added.]

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[10] GTP wishes to argue that s. 21 is a “restriction set out in” the CCAA, and that a judge does not have discretion, under s. 11, to affect rights of setoff.

The Judgment Denying Leave to Appeal

[11] The chambers judge began his analysis by setting out a framework determining whether to grant leave:

[9] The test for whether leave to appeal should be granted focuses primarily on the following considerations:

1. Whether the appeal is prima facie meritorious or whether it is frivolous;
2. Whether the point on appeal is of significance to the practice;
3. Whether the point raised is of significance to the parties;

4. Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action: *Edgewater Casino Inc. (Re)*, 2009 BCCA 40 at para. 17;
5. An overriding consideration is whether [it] is in the interests of justice to grant leave: *Wallman v. Gill*, 2013 BCCA 110 at para. 12;
6. The discretion to grant leave to appeal in CCAA cases is to be exercised sparingly: *Edgewater*, at paras. 13, 18;
7. The CCAA judge is seized of proceedings below and is well-positioned to balance the interests of the competing stakeholders, and, accordingly, the decision below is entitled to deference. *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192 at para. 20.

[12] With respect to the merits of the case, the judge analysed ss. 11 and 21 of the CCAA. He observed that s. 21 does not explicitly refer to stays, nor does it identify itself as a restriction on the ambit of s. 11. He also considered the context of s. 21, noting that it is contained in a part of the statute dealing with claims, and not in a part dealing with jurisdiction.

[13] The judge then contrasted s. 21 with other provisions of the CCAA:

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the ARIO, but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Quintette Coal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-14, 2 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success, there must be a means of holding creditors at bay.

[14] He concluded that s. 21 did not represent a restriction on the discretionary powers granted by s. 11 of the CCAA:

[17] ... [G]iven the very broad interpretation given to s. 11, were Parliament intending to specifically limit the right to stay a set-off, it would have done so explicitly, as it did with restrictions contained elsewhere in the CCAA.

[15] Turning to other considerations on a leave application, the judge acknowledged that the issue that the appellant seeks to raise on appeal is of significance both to the practice and to the parties:

[18] ... Any interpretation issue, however weak, of the statutory provisions governing CCAA proceedings would be of significance to the practice. Of course, it is of significance to the parties here because if leave is granted and

a stay ordered, the CCAA proceeding will likely fail. It would also have the consequential effect of vaulting the priority of GTP's debts ahead of the general security of Callidus.

[16] In this comment, the judge refers to the possibility of the CCAA proceedings failing if leave was granted and a stay ordered. Later, he addresses concerns, that, even without a stay, the granting of leave might scuttle attempts at reorganization under the CCAA:

[25] Clearly Callidus will need to continue extending credit if NATC is to continue operating. ... Upon an adverse Court decision, GTP could immediately set off its debt against amounts owing. It would therefore disproportionately benefit GTP while others forbear from exercising their rights. The possibility of this occurring also explains NATC's position that it will stop selling to GTP if leave to appeal is granted.

[17] While the appellant reads this paragraph as suggesting that the chambers judge was reluctant to grant leave because he considered success on the appeal for the appellant would be undesirable, I do not read it in that way. Rather, it seems to me that the chambers judge is simply underlining the point that the uncertainty generated by an appeal might destabilize the situation in a way that could threaten the restructuring – a conclusion supported by the evidence that was before him.

[18] The judge also addressed the overriding issue of the interests of justice. In that regard, he expressed concern that GTP's conduct, particularly in the timing of its claim to setoff, was unfair to the other participants in the CCAA proceedings:

[19] ... Had GTP raised its claim of set-off at the outset, it would have had nothing to set off against. NATC would not have shipped any product to GTP in the face of that claim, as GTP would not pay for it. By leaving the issue to this late stage, GTP built up its post-filing debt, at the expense of the other stakeholders, against the NATC pre-filing debt.

[20] ... [T]he GTP funds are critical to NATC's ability to continue operations and meet its obligations. The likely result of an order granting leave to appeal and a stay is that NATC will cease operations and fall into bankruptcy. The fundamental purpose of the underlying proceeding is to enable NATC to reorganize and restructure its affairs to allow it to continue operations pending sale. A shut-down and liquidation would terminate the CCAA proceedings. The reorganization and restructuring would be at an end.

[21] Where granting leave would be fatal to the company's ability to restructure and would necessitate a shut-down of operations, leave has been denied: see *Canada v. Temple City Housing Inc.*, 2008 ABCA 1 at para. 15.

As noted by the Court in *Edgewater Casino*, these events are unfolding in real time. In my view, a consideration of the objects of the CCAA demonstrates that the position advanced by GTP must fail.

[22] By not raising set-off until a post-filing debt had accrued and a plan was in place, GTP is attempting to do precisely what the CCAA is designed to prevent. As Farley J. describes in *Lehndorff General Partner Ltd. (Re)* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 at 31 (Ont. Ct. J.):

... the intention of the CCAA is to prevent any manoeuvres for positioning among the creditors during the period required to develop a plan and obtain approval of creditors. Such manoeuvres could give an aggressive creditor an advantage to the prejudice of others who are less aggressive and would undermine the company's financial position making it even less likely that the plan will succeed.

Issues on the Review Application

[19] It is well established that a review application is not a re-argument or re-assessment of the issues decided by the chambers judge. Rather, the issues on a review application are whether the chambers judge was wrong in law or principle, or misconceived the facts: *Halderson v. Coquitlam (City)*, 2000 BCCA 672. Only if the court identifies such errors can it proceed to consider whether a variation of the order is appropriate.

[20] The appellant has argued that the chambers judge erred in law in several respects. I do not intend to review all of the appellant's contentions. In my view, the arguments that need to be addressed in these reasons can be distilled into four issues:

1. Did the chambers judge apply too stringent a test for leave to appeal?
2. Did the chambers judge err in finding the appellant's interpretation of ss. 11 and 21 of the CCAA is not meritorious?
3. Did the chambers judge err in considering the probable failure of the CCAA restructuring as a factor militating against the granting of leave?
4. Did the chambers judge err in considering the appellant's conduct as a factor in denying leave?

The Test for Leave to Appeal in a CCAA Matter

[21] In the course of his reasons for judgment, the chambers judge made certain comments that the appellant says show that he considered that a more stringent test

applies to leave applications under the CCAA than to other applications for leave to appeal. In particular, the appellant points to the following statements of the trial judge:

[10] I turn now to consider the merits of the proposed appeal. GTP argues the threshold is low and all that is required is that the points raised are “not frivolous”. ... While GTP is correct that the threshold is generally low on applications for leave to appeal, the merits requirement is applied strictly on applications made under the CCAA....

...

[26] ... [L]eave to appeal orders made under the CCAA is to be granted sparingly, at least where the court would interfere with an ongoing restructuring. ...

...

[28] ... I cannot find that that this is one of the rare circumstances where it is in the interests of justice to grant leave to appeal an order of a CCAA judge.

[22] The factors that this court generally applies on applications for leave to appeal were succinctly set out by McLachlin J.A. (as she then was) in *Power Consolidated (China) Pulp Inc. v. B.C. Resources Investment Corp.* (1988), 19 C.P.C. (3d) 396 (B.C.C.A. in Chambers):

- a) whether the point on appeal is of significance to the parties;
- b) whether the point raised is of significance to the action itself;
- c) whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- d) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

[23] These considerations have been repeated in dozens of decisions of this Court. In addition to these four considerations, the court must take into account, as an overriding factor, the interests of justice.

[24] The issue of whether different criteria apply, and the issue whether the criteria are applied differently, in CCAA cases was thoroughly canvassed by a division of this Court in *Edgewater Casino Inc. (Re)*. Tysoe J.A., speaking for the Court, said:

[16] The requirement for leave to appeal from an order made in CCAA proceedings is found in the CCAA itself (section 13), as opposed to the provincial or territorial statutes governing the appellate courts in Canada. This

suggests that Parliament recognized that appeals as of right from orders made in CCAA proceedings could have an adverse effect on the efforts of debtor companies to reorganize their financial affairs pursuant to the Act and that appeals in CCAA proceedings should be limited: see *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 147 O.A.C. 291, 25 C.B.R. (4th) 194 (Ont. C.A.) at para. 8.

[17] However, it does not follow from the fact that the statute itself is the source of the requirement for leave that the test or standard applicable to applications for leave to appeal orders made in CCAA proceedings is different from the test or standard for other leave applications. It is my view that the same test applicable to all other leave applications should be utilized when considering an application for leave to appeal from a CCAA order.

[25] Tysoe J.A. noted that leave is granted sparingly in CCAA cases, but emphasized that this is due to the nature of CCAA proceedings, and not due to the application of different standards to those cases. In particular, he said that the highly discretionary nature of CCAA orders will typically limit the availability of meritorious appeals, and that the time-sensitive nature of CCAA restructuring can make delay of proceedings a particularly important consideration on a leave application.

[26] Counsel for the respondents cite passages from *Doman Industries Ltd., Re*, 2004 BCCA 253 (Chambers) and *Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386 (Chambers) (the latter of which was also cited by the chambers judge) to suggest that the standards applied to a leave application in a CCAA matter are higher than the standards applied in other types of cases. *Doman* and *Quinsam* were chambers decisions. The precedential value of a chambers decision of this court is very limited. Further, the passages cited have been overtaken by the judgment of the Court in *Edgewater*, which does have precedential effect. To the extent that *Doman* and *Quinsam* suggest different standards for the granting of leave in CCAA proceedings, they are no longer good law.

[27] Some of the language used by the chambers judge in the case before us indicates that he was of the view that a particularly stringent standard applies to leave applications in CCAA matters. The law does not support such a view. I agree with the appellant that, to the extent that the judge's adoption of an incorrect standard affected his decision, the order that he made is the product of an error in

principle. I will return to the question of whether the standard he selected affected the result after considering the other issues raised on this review application.

The Merits of the Appeal

[28] The judge's main reason for denying leave was that he found that the appeal was not meritorious. After analyzing ss. 11 and 21 of the CCAA, the judge concluded that s. 21 was not a restriction on the trial court's discretionary powers in s. 11 of the *Act*.

[29] The issue, at the leave stage, is, of course, not whether the appellant's interpretation of the statute is the correct one, but rather whether it is sufficiently cogent to found a meritorious (or "arguable") case. I am not persuaded that the chambers judge made any error in finding that the appeal lacks merit.

[30] As the judge noted, s. 11 of the CCAA is in Part II of the statute, which deals with the jurisdiction of the court. It has consistently been interpreted as giving the court extremely broad discretion (see, for example, the comments of the Supreme Court of Canada at para. 68 of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60).

[31] Section 21, by contrast, is in Part III of the statute, under the heading "claims", which is comprised of ss. 19 to 21. Those provisions set out the types of claims that can be dealt with by compromise or agreement, and the quantification of those claims. In that statutory context, there is nothing to suggest that s. 21 is intended to preclude the staying of rights of setoff.

[32] Mr. Dalziel points out that, when it was originally enacted, the predecessor to s. 21 (s. 18.1, enacted by S.C. 1997, c. 12, s. 125) was placed in Part II of the statute, under the heading "Jurisdiction". The organization of the *Act* at that time, however, was much different than the organization that exists today. All of the sections dealing with the quantification of claims were also contained in that part of the statute. It is difficult to draw any inferences from the provision's original place in the statute.

[33] Moreover, in 2005, the original provision was replaced by the current provision with the enactment of S.C. 2005, c. 47, s. 131. The various sections dealing with quantification of claims were moved from the “Jurisdiction” section of the statute into the “General” section, and grouped together under the heading “Claims”, where they continue to be. Given the legislative history, I am of the view that the chambers judge’s analysis of the statutory context is irrefutable.

[34] As the judge also recognized, where other provisions of the statute are intended to restrict the powers under ss. 11 and 11.02 of the statute, they do so in unequivocal terms.

[35] Reading s. 21 in context, it is clear that the section does not preclude the making of an order such as the one made by the Supreme Court judge in this case.

[36] The appellant has not cited any cases that would suggest a contrary interpretation of the legislation. *Quintette Coal*, cited by the chambers judge, supports the idea that claims of setoff may be stayed in CCAA proceedings, though it is important to recognize that the case, decided in 1990, predates the enactment of s. 21 of the *Act* and its predecessors.

[37] The appellant suggests that *Cam-net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751 supports its view that setoff cannot be stayed under the statute. It does not appear to me that the case goes nearly that far. Rather, the case emphasizes that stays should not be granted where they unfairly prejudice a creditor. I note, in particular, the following paragraphs of the judgment:

[21] In *Lindsay v. Transtec Canada Ltd.* (1994), 28 C.B.R. (3d) 110 (B.C.S.C.), Huddart J. (as she then was) explained the importance to the continuing vitality of the CCAA regime of ensuring that creditors not be permitted to avoid the CCAA compromise in an effort to realize the full value of their claim. She emphasized, at pp. 127 and 129, the particular need to ensure that those who purchase companies emerging from reorganization can do so with the confidence that all claims have been compromised:

[M]odern CCAA re-organization plans contemplate the acquisition by third parties of the re-organized debtor company, frequently to the benefit of general creditors, employees, and the general community. I accept that courts should recognize this development. Tax losses are

purchased. Liabilities are assumed. There is a need for certainty that all claims have been compromised.

This is an important factor in this case because it is absolutely clear that no general creditor would have received anything on a bankruptcy or liquidation by a receiver. 8808's offer, founded on the proposition that all creditors were included in the Plan, came just in time to avert such a result. An extension of the stay of proceedings had been granted only to protect those claiming in tort. All parties were aware that another extension of the stay was unlikely. In a sense 8808's offer gave value to Mr. Lindsay's contingent claim it would not otherwise have had, even as it gave value to the claims of other unsecured creditors.

...

Those who participate in CCAA proceedings must be assured that there are not others waiting outside them for a mistake to be made of which they can take advantage. Those who purchase the reorganized companies must be assured of whatever certainty a court can ensure in its supervision of these voluntary proceedings.

[Emphasis added.]

[22] Using, or rather misusing, the law of set-off is one example of how persons with a claim against the company in reorganization might attempt to escape the CCAA compromise. A party claiming set-off, as *Cam-Net* notes in its factum, realizes its claim on a dollar-for-dollar basis while other creditors, who participated in the CCAA proceedings, have their claims reduced substantially. For this reason, the legislative intent animating the CCAA reorganization regime requires that courts remain vigilant to claims of set-off in the reorganization context. In that regard, see *Re/Max Metro-City Realty Ltd. v. Baker (Trustee of)* (1993), 16 C.B.R. (3d) 308 (Ont. Bkcty.) at 313, where set-off was refused when allowing equitable set-off would have the effect of defeating the intention of the bankruptcy legislation and, in particular, giving the claimant a preference over other creditors.

[38] In *Cam-net*, this Court found that Vancouver Telephone Company Limited had a legitimate claim of set-off, and that it would have been unfairly prejudicial to it to stay its claim. The set-off in that case was intimately connected to the debt, and there was no suggestion of manipulation by Vancouver Telephone Company with a view to “avoid the CCAA compromise in an effort to realize the full value”. The case, in my view, stands for two propositions of law. First, a set-off, to be considered in CCAA proceedings, must meet the common law requirements of a true set-off. Second, where such a set-off exists, and the circumstances show that there has been no attempt to circumvent the CCAA compromise, it would be unfair for the courts to penalize the affected creditor by staying the set-off. I do not read *Cam-net*

as suggesting that s. 11 of the CCAA does not extend to the staying of rights of set-off.

[39] I note that, in the case before us, in contrast to *Cam-net*, there is no suggestion that the stay of the set-off constitutes an improper exercise of discretion on the basis that it unfairly penalizes the creditor. Rather, GTP's argument amounts to an assertion that it is, in law, entitled to a set-off, even if the set-off is an attempt to avoid the CCAA compromise, and the court has no power to stay the exercise of the set-off.

[40] As I have indicated, there does not appear to be any arguable basis for that proposition, either in the language of the statute, or the jurisprudence.

Interference with the CCAA proceeding

[41] I agree with the position of the appellant that it will not normally be acceptable for a chambers judge to consider the consequences of a successful appeal as a reason for denying leave. If the law mandates a particular result in an appeal, this court cannot circumvent the result on the basis of a vague notion of unfairness.

[42] On the other hand, a judge is entitled to consider whether allowing an appeal to proceed will, itself, have adverse consequences for the administration of justice. Here, the judge assessed the situation, and came to the conclusion that the existence of an appeal would probably undermine restructuring efforts, and effectively scuttle the CCAA proceedings. There was a basis for the judge's assessment, and he was entitled to consider it as one factor in deciding the leave application.

[43] The appellant argues that the only type of interference with the proceedings in the trial court that may legitimately be considered is delay. In support of that proposition, he notes the emphasis in *Edgewater Casino* on delay.

[44] I note, however, that in *Consolidated (China) Pulp* and in virtually all of the subsequent cases that set out the considerations on a leave application, the fourth

consideration is described as “undue hindrance of the progress of the action” rather than as “delay”. I would be reluctant to accept that the consideration should be narrowed. In *Great Basin Gold Ltd. (Re)* (October 3, 2012), C.A. Docket no. CA40276, Tysoe J.A. said:

[15] In CCAA proceedings, the fourth factor [*i.e.* whether the appeal will unduly hinder the progress of the action] involves a consideration of whether the granting of leave to appeal will adversely affect the ability of the debtor company to reorganize its financial affairs.

[45] I agree with that proposition, and would endorse the chambers judge’s consideration of that factor in the case before us.

The Conduct of GTP as a Factor in the Leave Application

[46] The final factor that I wish to address was the judge’s reference to the timing of GTP’s assertion of a setoff, and his apparent taking into account of the conduct of GTP in denying leave. In my view, these issues were legitimate considerations for the chambers judge. The possibility that GTP, through its conduct, was manipulating the CCAA proceedings to its benefit was a legitimate consideration.

[47] As *Cam-net* recognized, the scheme of the CCAA would be subverted if creditors were able to take actions to remove themselves from the compromise. If the timing of a claim to set-off and the bringing of an appeal appear to have been calculated to subvert the reorganization of the debtor company, that is a factor to be considered by the court. The court must be vigilant to ensure that its own processes are not used in that way.

Conclusion

[48] The judge erred in principle in his statement of the standards for granting leave to appeal in a CCAA matter. His analysis, however, was otherwise sound, and applying the correct standards to his analysis leads to the conclusion that leave ought to be denied.

[49] Accordingly, I would refuse the application to vary the order of the chambers judge.

[50] **NEILSON J.A.:** I agree.

[51] **FENLON J.A.:** I agree.

[52] **NEILSON J.A.:** The application to vary the order of the chambers is accordingly dismissed.

“The Honourable Mr. Justice Groberman”

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

B E T W E E N:)
)
JAMES ROBERT TUCKER, RICHARD) Orestes Pasparakis and Virginie Gauthier,
HEIS, AND ALLAN WATSON GRAHAM) for the Applicants
OF KPMG LLP AS JOINT)
ADMINISTRATORS)
)
)
Applicants)
)
)
- and -)
)
)
AERO INVENTORY (UK) LIMITED and)
AERO INVENTORY PLC)
)
)
Respondents)
)
) **HEARD:** November 11, 2009

Newbould J.

[1] This application was made on November 11, 2009 under s. 47(1)¹ of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA") for an order recognizing the administration proceedings (the "foreign proceedings") commenced in respect of each of Aero Inventory (UK) Limited and Aero Inventory plc (the "foreign debtors") in the High Court of

¹ This section and the other sections dealing with cross-border insolvencies in part IV of the CCAA came into effect on September 18, 2009

Justice of England and Wales as a "foreign main proceeding" for the purposes of section 47 of the CCAA, and for other consequential relief. At the conclusion of the hearing I made the order sought for reasons to follow. These are my reasons.

Factual background

[2] On November 11, 2009, the applicants were appointed by the High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division, Companies Court) as administrators (the "Administrators") over Aero Inventory (UK) Limited ("Aero Inventory (UK)") and Aero Inventory plc ("Aero plc").

[3] Aero Inventory (UK) provides procurement and inventory management services in the aerospace industry. These services are provided with regard to consumable and expendable parts required for aerospace maintenance and related activities, such as nuts, bolts and gaskets. Aero plc is the corporate parent of Aero Inventory (UK) and has been listed on the Alternative Investment Market (AIM) of the London Stock Exchange since 2000.

[4] The foreign debtors are both located in New Barnet, Hertfordshire, United Kingdom. Their business operations are managed and administered in the United Kingdom. Aero Inventory (UK) has customers and/or supplies products from the following countries and regions: England, The Republic of Ireland, Australia, Bahrain, El Salvador, Canada, China, Hong Kong, Indonesia, Japan, Switzerland and the United States.

[5] Aero Inventory (UK) has conducted business in Canada since 2007. It provides inventory and procurement services to two Canadian customers, Air Canada and Aveos Fleet Performance Inc. ("Aveos").

[6] While it has a registered address in Quebec, Aero Inventory (UK) has no physical presence in Canada. The property at this address is in fact leased by the foreign debtors' Canadian affiliate, Aero Inventory (Canada) Inc. ("Aero (Canada)"). The foreign debtors have no premises and no employees in Canada. The inventory of Aero Inventory (UK) is physically located at the premises of its customer.

[7] Aero (Canada) provides services in Canada to the foreign debtors pursuant to a management arrangement. Aero (Canada) has employees but no customers or inventory and no source of revenues other than through its management arrangement.

[8] In November 2007, Aero Inventory (UK) signed a 10-year sole supplier agreement for consumable aircraft parts with ACTS Technical Support & Services Inc., which was later renamed Aveos. This agreement covers the procurement and management of all parts required by Aveos for its operations in Canada and, through its subsidiary Aeroman, in El Salvador.

[9] The entire inventory owned by the foreign debtors in Canada, whether bound for Air Canada or for Aveos, is located at various warehouses across Canada operated by Aveos. These warehouses are located in Ontario, Quebec, Manitoba and British Columbia. This inventory is not physically segregated from inventory owned by Aveos and is not within the foreign debtors' control. Further, inventory bound for Air Canada is not segregated from inventory bound for Aveos.

[10] According to the Aveos accounting systems, approximately Cdn. \$130 million in inventory owned by the foreign debtors is currently held at Aveos sites across Canada. This represents a supply of over nine months worth of inventory based upon traditional turnover rates.

[11] As stated, on November 11, 2009, James Robert Tucker, Richard Heis and Allan Watson Graham of KPMG LLP were appointed Administrators of the foreign debtors by orders of the High Court of England and Wales. These orders were made pursuant to the *Insolvency Act 1986*. Pursuant to these orders, the Administrators are responsible for managing the affairs, business and property of the foreign debtors. They are required to perform their functions with the objective of: (a) rescuing the foreign debtors as a going concern or in the alternative, winding up or realizing upon the property of the foreign debtors in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors.

Recognition of the UK Proceeding

(a) Jurisdiction

[12] Pursuant to section 9(1) of the CCAA, where a company does not have a place of business in Canada it may file an application in any province in which it has assets. Neither of the foreign debtors appears to have a place of business in Canada. Given that the foreign debtors have assets located within Ontario, this Court has jurisdiction to deal with this application.

(b) Recognition

[13] Under s. 47 of the CCAA, a court shall make an order recognizing a foreign proceeding if it is satisfied that the application for such recognition "relates to a foreign proceeding and that the applicant is a foreign representative in respect of that foreign proceeding." Section 47(1) states:

If the court is satisfied that the application for the recognition of a foreign proceeding relates to a foreign proceeding and that the applicant is a foreign representative in respect of that foreign proceeding, the court shall make an order recognizing the foreign proceeding. (Underlining added)

[14] Section 45(1) of the CCAA defines "foreign proceeding" as:

a judicial or an administrative proceeding, including an interim proceeding, in a jurisdiction outside Canada dealing with creditors' collective interests generally under any law relating to bankruptcy or insolvency in which a debtor company's business and financial affairs are subject to control or supervision by a foreign court for the purpose of reorganization.

[15] As the Administrators were appointed by the English High Court pursuant to the *Insolvency Act 1986*, there can be no doubt that the foreign proceeding is a "foreign proceeding" within the meaning of s. 45(1) of the CCAA.

[16] It is to be noted that under s. 47(1), the order sought is mandatory if the conditions in that section are met. This is in keeping with the purpose of the new cross-border provisions of the CCAA as set out in s. 44 to promote cooperation with foreign jurisdictions in cases of cross-border insolvencies. This statutory recognition of comity follows the principles of international

comity in insolvency situations recognized in such cases as *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.*(1993), 20 C.B.R. (3d) 165, *Re United Air Lines Inc.* (2003), 43 CBR (4th) 284 and *Re Lear Canada* (2009), 55 C.B.R. (5th) 57.

[17] In this case as the conditions of s. 47(1) have been met, an order recognizing the foreign proceedings shall go. It is to be noted that Lloyds TSB Commercial Finance Limited, which holds a debenture and is owed approximately \$500 million, supports the appointment of the Administrators and this application in Canada. The only other party with a registered security interest in Canada is Air Canada, but nothing is owed by the foreign debtors to it. Rather, there is a receivable of approximately \$9.6 million owed by Air Canada to Aero Inventory UK.

[18] Under s. 47(2) of the CCAA, a court making an order recognizing a foreign proceeding must specify whether such proceeding is the "foreign main proceeding" or the "foreign non-main proceeding". Under s. 45(1), a "foreign main proceeding" is a "foreign proceeding in a jurisdiction where the debtor company has the centre of its main interests." Section 45(2) provides that in the absence of proof to the contrary, a debtor company's registered office is deemed to be the centre of its main interests.

[19] Aero Inventory UK has a registered office in Quebec. Thus by virtue of section 45(2), in the absence of proof to the contrary, Quebec is deemed to be the centre of its main interest. However, the foreign debtors have business interests globally and their head office is in the United Kingdom from where they are managed and administered. Aero plc is publicly listed on the AIM of the London Stock Exchange. I am satisfied that this evidence is sufficient to conclude that the main interests of the foreign debtors are centred in the United Kingdom and thus the foreign proceeding should be specified as the "foreign main proceeding".

Other relief sought

(a) Appointment of an Information Officer

[20] The applicants have requested an order appointing KPMG Inc. as an information officer in respect of these proceedings. While the CCAA does not expressly provide for the appointment

of an information officer, such an officer is sometimes appointed under the Court's general powers to make appropriate orders in the circumstances. In the case of an application such as this in connection with a cross-border insolvency, the Court is expressly given the power to make such order as it considers appropriate in section 49(1), so long as the order is consistent with any other order that may be made under the Act, and in section 50 which provides:

50. An order under this Part may be made on any terms and conditions that the court considers appropriate in the circumstances.

[21] The order sought would authorize, but not require, the information officer to provide such assistance to the Foreign Representative as might be required, and authorize the information officer to respond to reasonable requests for information from stakeholders. The information officer would be required to report to the Court at least once every three months regarding the proceedings and other information the information officer believes material.

[22] In the circumstances of this case, in which the foreign debtors have no place of business or employees in Canada, it is particularly appropriate to have an information officer appointed who can deal with matters as they arise in Canada and who can also provide information and advice to the Foreign Representative as needed. The order sought shall go.

(b) Stay of Set-Off Rights

[23] In this case, because of the fact that the foreign debtors do not have physical control of their inventory in Canada as the inventory is in warehouses operated by Aveos, a concern has been raised that set-off could adversely impact the foreign proceeding and impact the recoveries available to creditors. Although Aveos is a purchaser from Aero Inventory (UK), it apparently is owed approximately \$1 million and its contract with Aero Inventory (UK) contains a liquidated damage clause.

[24] As stated, a court on an application under the CCAA in cross-border insolvencies has the power under sections 49(1) and 50 to make an order considered appropriate in the circumstances.

[25] The provisions regarding set-off in section 21 must, however, be considered in the request for relief regarding a stay of set-off. Section 21 provides:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[26] The applicants submit that while the provisions of section 21 of the CCAA may prevent a court from permanently barring all claims of set-off, it does not prevent a court from making an order in appropriate circumstances temporarily staying the determination and enforcement of a person's rights of set-off pending leave of the court. They rely on *Re Air Canada* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13. In that case, Farley J. reviewed in some detail the law of set-off and struck from the Initial Order a provision that no person could set off any obligations of Air Canada to such person which arose prior to the Initial Order. Farley J. held that while the Initial Order should recognize the rights of set-off permitted under section 18.1 of the CCAA (now section 21), such rights could be temporarily stayed pending further order of the Court. In that case there was no opposition to such a temporal stay. He stated:

With respect to the question of what I have described as a temporal stay, there does not appear to be any opposition by the Moving Creditors to the proposition that whatever their rights of set-off in substance are determined to be, that such determination and enforcement of such determined rights should await until a convenient time when AC has stabilized (or I suppose, alternatively cratered). It would seem to me that the likely time for this would be in conjunction with the formation of a reorganization plan of arrangement and compromise. However I leave that question open pending future submissions and further order of the court emanating as a result thereof.

[27] I accept that a court may temporarily stay the right of set-off protected in section 21 of the CCAA. How temporary that stay should be will obviously depend on the circumstances existing at the relevant time.

[28] In his witness statement provided to the High Court in England, Mr. Trupp, a director of the foreign debtors, discussed concerns relating to the fact that the inventory is out of their control. He stated:

19. The Companies are, in their current financial position, extremely distressed with the threat of creditor enforcement action in key countries.

and

29. This matter is now urgent and there are a number of reasons for this urgency, including:

(a) the supply of airline, parts is time critical and must continue uninterrupted;

(c) there is a risk that if the stock is not secured quickly it will disappear or become very difficult to access, particularly as it is not in the physical control of the Companies. There is therefore a risk of significant loss to the secured creditors and creditors generally if there is any delay in getting the administration orders made. Customers have direct control of the stock and could seize it if concerned about the solvency of the Companies;

[29] The applicants submit that no party is unreasonably prejudiced by the proposed set-off relief which is intended to operate only to prevent fresh inventory of the foreign debtors from being appropriated by third parties without an ensuing payment. The proposed relief does not affect the position of the parties on the date of the recognition order but ensures that no further prejudice is caused to the foreign debtors' estate. If the foreign debtors' inventory were in their possession rather than in the possession of third parties, they could control and minimize such potential prejudice by obtaining assurances of payment ahead of providing new supplies.

[30] The applicants are concerned that as Aveos has physical control of the foreign debtors' inventory, any refusal to supply their inventory without assurances of payment might lead to the grounding of several airplanes, thereby causing prejudice to the foreign debtors' customers. They submit that in the circumstances, the better option to ensure continued supply to customers and payment for fresh inventory is by the granting of a temporal stay of any right of set-off

[31] It seems to me that at this stage the relief sought should be granted. The amount of inventory in Canada, \$130 million, is substantial. The consolidated interim financial statements of the foreign debtors as at December 30, 2008 indicate that there are total inventories of U.S. \$751 million, although Mr. Trupp believes these are inaccurate and may be overstated. It is apparent that the Canadian inventory comprises a substantial portion of the total inventory. That

inventory should be properly protected to enable the foreign debtors to attempt to continue as a going concern.

[32] Taking into account the purposes of part IV of the CCAA relating to cross-border insolvencies, as set out in section 44, including co-operation between the courts of the jurisdictions involved and the maximization of the value of the debtor company's property, it is appropriate in these circumstances of this case to stay set-off rights pending further order of this Court. How long that stay should be is a matter of conjecture at this stage. The proceedings have just commenced and what the outcome will be is not possible to know. Thus the length of any stay of set-off rights is unknown.

[33] The order contains a 4 days notice come-back clause and any person concerned with the order thus has the ability to make application to vary or rescind the order. .

[34] The application is granted in accordance with these reasons.

Newbould J.

Released: November 12, 2009

COURT FILE NO.: 09-CL-8456-00CL
DATE: 20091112

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

**JAMES ROBERT TUCKER, RICHARD HEIS,
AND ALLAN WATSON GRAHAM OF KPMG
LLP AS JOINT ADMINISTRATORS**

Applicants

- and -

**AERO INVENTORY (UK) LIMITED and
AERO INVENTORY PLC**

Respondents

Released: November 12, 2009

CITATION: Re Just Energy Corp., 2021 ONSC 1793
COURT FILE NO.: CV-21-00658423-00CL
DATE: 20210309

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

COMMERCIAL LIST

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS
ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF JUST ENERGY GROUP INC., JUST
ENERGY CORP., ONTARIO ENERGY COMMODITIES
INC., UNIVERSAL ENERGY CORPORATION, JUST
ENERGY FINANCE CANADA ULC, HUDSON ENERGY
CANADA CORP., JUST MANAGEMENT CORP., JUST
ENERGY FINANCE HOLDING INC., 11929747 CANADA
INC., 12175592 CANADA INC., JE SERVICES HOLDCO I
INC., JE SERVICES HOLDCO II INC., 8704104 CANADA
INC., JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS CORP.,
JUST ENERGY (U.S.) CORP., JUST ENERGY ILLINOIS
CORP., JUST ENERGY INDIANA CORP., JUST ENERGY
MASSACHUSETTS CORP., JUST ENERGY NEW YORK
CORP., JUST ENERGY TEXAS I CORP., JUST ENERGY,
LLC, JUST ENERGY PENNSYLVANIA CORP., JUST
ENERGY MICHIGAN CORP., JUST ENERGY SOLUTIONS
INC., HUDSON ENERGY SERVICES LLC, HUDSON
ENERGY CORP., INTERACTIVE ENERGY GROUP LLC,
HUDSON PARENT HOLDINGS LLC, DRAG MARKETING
LLC, JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS LLC,
FULCRUM RETAIL ENERGY LLC, FULCRUM RETAIL
HOLDINGS LLC, TARA ENERGY, LLC, JUST ENERGY
MARKETING CORP., JUST ENERGY CONNECTICUT
CORP., JUST ENERGY LIMITED, JUST SOLAR HOLDINGS
CORP. AND JUST ENERGY (FINANCE) HUNGARY ZRT.

Applicants

BEFORE: Koehnen J.

COUNSEL:

Marc Wasserman, Michael De Lellis, Jeremy Dacks, Shawn Irving, Waleed Malik, David Rosenblatt and Justine Erickson, for the Applicants

Robert Thornton, Rebecca Kennedy and Rachel Bengino, Puya Fesharaki, for the Proposed Monitor

Scott Bomhof, for the Term Loan Lenders

Heather Meredith and James D. Gage, for the Credit Facility Lenders

Ryan Jacobs, Jane Dietrich and Michael Wunder, for the DIP Lender

Howard Gorman, for Shell

Robert Kennedy and Kenneth Kraft, for BP

Paul Bishop and Jim Robinson, Proposed Monitor

Brian Schartz, and Mary Kogut Brawley, US counsel for the Applicants

Chad Nichols and David Botter, U.S. Counsel to DIP Lender

Kelli Norfleet, U.S. Counsel to BP

Doug McIntosh, Advisor to the Credit Facility Lenders

John Higgins

HEARD: March 9, 2021

ENDORSEMENT**Overview**

- [1] The applicant, Just Energy Group Inc. (“Just Energy”) seeks protection under *the Companies’ Creditors Arrangement Act*, (the “CCAA”)¹ by way of an initial order. Just Energy is the ultimate parent of the Just Energy group of companies and limited partnerships.
- [2] Just Energy buys electricity and natural gas from power generators and re-sells it to consumer and commercial customers, usually under long term, fixed price contracts.

¹ R.C.C. 1985, c. c-36, as amended

- [3] Unusually intense winter storms in Texas led to a breakdown of equipment used to generate and transmit electricity. This led Texas regulators to impose radical and immediate price increases for the power Just Energy buys. The amounts the regulator imposes must be paid within 2 days, failing which Just Energy could lose its licence and have its customers distributed among other distributors.
- [4] Those price increases have imposed a serious, temporary liquidity crisis upon Just Energy and others in its position. That liquidity crisis prompts the *CCAA* application. It appears that the price increases may have been imposed by a computer program that misunderstood the data it received as indicating a shortage of power that could be corrected by price increases. Price increase could not lead to more power being generated because the energy shortage was caused by the freezing and consequent breakdown of generating and transmission equipment. Price increases could not remedy that.
- [5] Just Energy is appealing the price increases and is seeking rebates from the Texas regulator. That process has not been completed.
- [6] The issue before me today is whether to grant *CCAA* protection for an initial period of 10 days. It is complicated by the fact that Just Energy also seeks a stay of regulatory action in Canada and the United States and seeks what at first blush, is an unusually large amount of debtor in possession financing (the “DIP”) of \$125 million for the initial 10 day period.
- [7] For the reasons set out below, I grant the stay and the DIP. It strikes me that the circumstances facing Just Energy are precisely the sort for which the *CCAA* is appropriate: a sudden, unexpected liquidity crisis, brought on by the action of others, which actions may still be rescinded. Without a stay, Just Energy faces almost certain bankruptcy with a loss of approximately 1,000 jobs and the possibility that a good part of the debt it owes will not be repaid. Those catastrophic consequences may be avoidable if Just Energy succeeds in its appeals of the Texas price increases and if all players are given adequate time to find solutions in a more orderly fashion than the weather crisis allowed them to.
- [8] A number of critical parties were given notice of today’s hearing. Just Energy had consulted widely with them before the hearing. These parties included secured creditors, banks, unsecured term lenders and essential suppliers. Some, including banks and some of the term lenders wish to “reserve their rights” to the comeback hearing. The DIP lender, and two important suppliers (Shell and BP) expressed concern about the reservation of rights. While those who are “reserving their rights” are of course free to do so, as a practical matter, they will be hard-pressed to undo rights that I am affording today in the initial order when the recipients of those rights will be relying on them to their detriment over the next 10 days and when the parties “reserving their rights” have not opposed the relief I am granting.

I Background to the Liquidity Crisis

- [9] Just Energy Group Inc. (“Just Energy”) is incorporated under the *Canada Business Corporations Act*. Its shares are publicly traded on the Toronto Stock Exchange and the New York Stock Exchange. Its registered office is in Toronto, Ontario. Just Energy is primarily a holding company that directly or indirectly owns the other companies in the Just Energy Group, including operating subsidiaries.
- [10] At the risk of oversimplifying, it sells energy to customers under long-term fixed-price contracts and then purchases energy in the market to fulfil those contracts. It has over 950,000 customers, for the most part in Canada and the United States, approximately 979 full-time employees and debts estimated at \$1.25 billion.
- [11] In recent years Just Energy has suffered challenges that it has sought to remedy by way of a recapitalization through a plan of arrangement under section 192 of the *CBCA* which was approved by this court on September 2, 2020.
- [12] Just Energy’s largest market in the United States is in the state of Texas.
- [13] Just Energy faces a sudden and unexpected liquidity crisis as a result of an extreme winter storm that hit Texas on February 12, 2021. The storm caused a surge in demand for electrical power. In response, natural gas prices jumped from US \$3.00 to over US \$150/mmBTU on February 12.
- [14] The demand for power was exacerbated by the fact that much of the Texas electrical grid began to shut down because it was not equipped to deal with cold weather. As a result, critical components necessary for the generation and transmission of electricity froze thereby increasing demand even further on the limited resources that remained available. By the early morning hours of February 15, 2021, the stress on the electrical grid was so great that it came within minutes of a catastrophic failure.
- [15] In response, the Electric Reliability Council of Texas (“ERCOT”) which is responsible for managing the Texas electrical grid ordered transmission operators to implement deep cuts in the form of rotating outages to avoid a complete collapse of the grid.
- [16] In an apparent effort to stimulate more power production, ERCOT’s regulator, the Texas Public Utility Commission (“PUCT”) increased the real-time settlement price of power from approximately US \$1,200 per megawatt hour to US \$9,000 per megawatt hour. It appears that this price was set by a computer program that was supposed to adjust prices to help match supply and demand. The increase in price to \$9,000 per megawatt hour did not, however, increase supply because supply was blocked by frozen equipment. The price remained at \$9,000 MWh for four days. The real time settlement price did not reach \$9,000 even for a single 15 minute interval in all of 2020.
- [17] In addition, Just Energy pays ERCOT a fee referred to as the Reliability Deployment Ancillary Service Imbalance Revenue Neutrality. It ranges between U.S. \$0 to U.S.

\$23,500 per day. Between June 2015 and February 16, 2021, Just Energy paid approximately \$504,000 in respect of this charge. For February 17, 18 and 19, 2021, the aggregate charge was over U.S. \$53 million.

- [18] ERCOT and PUCT have issued additional invoices of US \$55 billion to wholesale energy purchasers as a result of the storm. Just Energy's share of that is approximately \$250 million.
- [19] These additional fees pose a severe liquidity challenge for Just Energy because it is required to pay them within two days of being imposed. Although Just Energy has a means to dispute ERCOT's invoices, it must pay them before it can initiate the dispute resolution process. ERCOT has already barred two electricity sellers from the Texas power market for failing to make timely payments arising out of the storm.
- [20] There is considerable controversy surrounding these fees. PUCT and ERCOT have been subject to severe criticism for their actions. The chair of PUCT and several of ERCOT's board members have resigned. The board of ERCOT terminated the employment of its CEO.
- [21] Others in the Texas electrical market have also suffered. The largest power generation and transmission cooperative in Texas, Brazos Electric Power Cooperative, filed for Chapter 11 bankruptcy protection on March 1, 2021.
- [22] Although Just Energy hedges for weather risks, its hedging and pricing models did not, however, take into account the extraordinary power demands caused by the storm and the unprecedented fees that ERCOT and PUCT imposed during and after the storm. By way of example, Just Energy's weather hedges contemplate a 50% increase in power usage above average consumption for the month of February. During the storm, usage was 200% above the previous week.
- [23] As a result of the additional payments it has had to make to date because of the storm, Just Energy's liquidity facilities are down to approximately \$2.9 million. By the end of day on March 9, 2021 it will have to pay ERCOT an additional US \$96.24 million.
- [24] On March 22, 2021 Just Energy expects to have to pay \$250,000,000 to counterparties for purchases at inflated prices during the storm and its aftermath. Sudden and unexpected obligations of that magnitude have a cascading effect on Just Energy's financial stability.
- [25] In response to the dramatically increased charges by ERCOT, companies that have issued surety bonds in Just Energy's favour have demanded \$30 million in additional collateral of which \$10 million remains outstanding. Just Energy was obligated to provide additional collateral because the bonding companies had threatened to cancel their surety bonds if Just Energy did not do so. The cancellation of the bonds may have resulted in the revocation of licenses necessary for the Just Energy group to carry on business in certain jurisdictions.
- [26] On March 8, 2021, the Just Energy group received another invoice from ERCOT for US \$30.92 million, of which U.S. \$23.89 million will be due by March 10, 2021.

- [27] While Just Energy had sufficient liquidity to pay the obligations that it expected, it does not have enough liquidity to pay the additional fees charged by ERCOT, PUCT and creditors who have demanded more stringent terms in response to the ERCOT and PUCT fees. If Just Energy does not pay the fees to ERCOT, the latter can simply transfer all of the Just Energy Group's customers in Texas to another service provider. That would be devastating to Just Energy's business.
- [28] In addition to the foregoing financial stresses, at least three provincial regulators have expressed concern about Just Energy's viability. Two regulators made inquiries as a result of media reports arising from Just Energy's disclosure about its storm related financial challenges. The third inquiry was prompted by a formal petition by another market participant who seeks to prevent the Just Energy operating entity in Manitoba from selling to new customers.

II. General Principles

- [29] At a high level, this is precisely the sort of situation that the *CCAA* is designed for.
- [30] The policy underlying the *CCAA* is that the best commercial outcomes are achieved when stays of proceedings provide debtors with breathing space during which solvency is restored or a reorganization of liabilities is explored. The *CCAA* offers a flexible mechanism to make it more responsive to the commercial needs of complex reorganizations. The overriding object is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating the business.²
- [31] This will be a complex restructuring. It involves balancing the interests of various types of debt including secured debt, unsecured term loans, working capital provided by service providers, trade debt to commodities providers, ongoing obligations to customers, just shy of 1000 employees all overlaid with varying regulatory requirements of several different Canadian provinces and American states.
- [32] Today's application invites me to make a number of rulings on a variety of discretionary issues. The Supreme Court of Canada provided guidance about whether and how to exercise that discretionary authority in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*.³ It described the guiding principles as follows:

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind

² *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 at paras. 14-15.

³ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 (CanLII), [2010] 3 SCR 379

when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

- [33] Three principles emerge from this passage: good faith, diligence and appropriateness. There is no suggestion that Just Energy is not proceeding in good faith or with diligence. I will return to the issue of appropriateness in my review of the individual forms of relief.
- [34] Today I am being asked for a 10 day stay of proceedings, including a stay of proceedings by regulatory authorities. Such relief is appropriate in the circumstances of this case.
- [35] To have Just Energy fail would cause severe hardship to 979 employees and their families and cause losses of up to \$1.25 billion for creditors all because
- (i) Just Energy is being forced to pay unprecedented fees that ERCOT and PUCT imposed,
 - (ii) which fees Just Energy is challenging,
 - (iii) which fees are highly controversial,
 - (iv) and which fees were imposed in circumstances where ERCOT's and PUCT's overall management of the crisis has led to the departure of their CEOs and the resignation of several of their board members.
- [36] In granting the relief I ask myself, as the Supreme Court of Canada did in *Century Services* whether granting a stay will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA*. If I apply that principle to the circumstances before me today, the question becomes whether a 10 day stay will avoid the social and economic losses resulting from the liquidation of Just Energy and give participants a chance to achieve common ground while treating all stakeholders as advantageously and fairly as the circumstances permit.
- [37] I am satisfied that it does. This is precisely the sort of situation that demands breathing space for all actors involved, including regulators, to begin to sort things out in a calmer, more rational, orderly fashion than has been possible to date.

[38] I underscore that in making these comments I am not intending to criticize the Texas regulators. Whether there is anything to be criticized in their conduct or whether their imposition of dramatically higher fees is appropriate will be for another day and another forum. I frame the issue in this way only to demonstrate that there is a genuine issue about the circumstances giving rise to Just Energy's liquidity crisis and a genuine issue about how best to sort out that crisis. Working out those issues in a manner that is as advantageous and fair to all stakeholders as the circumstances permit requires the calm deliberation and reflection that a *CCAA* stay will afford.

III. Specific Issues

[39] This application requires me to address the following specific issues:

- A. Is Ontario the Centre of Main Interest?
- B. Does Just Energy meet the insolvency requirements of the *CCAA*?
- C. Should the DIP be approved?
- D. Should the regulatory actions be stayed?
- E. Should suppliers' charges and pre-filing payments be authorized?
- F. Should set off rights be stayed?
- G. Should administrative and directors and officers charges be granted?
- H. Should noncorporate entities be captured by the stay?
- I. Should third-quarter bonuses be paid?
- J. Should a sealing order be granted?

A. Is Ontario the Centre of Main Interest?

[40] Just Energy has operations primarily in Canada and the United States. It has advised that it intends to commence a recognition proceeding under chapter 15 of the *US Bankruptcy Code* in Texas. This will ensure that actions taken in relation to US entities and US property or by US regulators are overseen by the US courts.

[41] The presence of significant business activities in the United States and the intention to commence a chapter 15 proceeding, engages the principle of the Centre of Main Interest or COMI.

- [42] Section 45 (2) of the *CCAA* provides that, in the absence of proof to the contrary, a debtor company's registered office is deemed to be its centre of main interest.
- [43] The registered office of Just Energy is located in Toronto.
- [44] Other evidentiary factors can displace the presumption of the registered office being the COMI. These include the location of the debtor's headquarters or head office functions, location of the debtor's management and the location that significant creditors recognize as being the centre of the company's operations.⁴
- [45] Here, the parent company, Just Energy Group Inc. is a CBCA corporation. Although it has offices in Mississauga and Houston, its registered office is in Toronto. Its common shares are listed on the Toronto Stock Exchange and the New York Stock Exchange. Just Energy is primarily a holding company although it is also the primary debtor or guarantor on substantially all of the obligations of its subsidiaries, including licenses granted by regulators to members of the Just Energy group. Just Energy has a number of subsidiaries throughout Canada, the United States and India. It has 333 Employees in Canada, 381 in the United States and 265 in India.
- [46] The following additional factors point to Canada as the COMI:
- a. During the recent *CCAA* plan of arrangement which was recognized under Chapter 15 of the US Bankruptcy Code, Canada was recognized as the COMI for the Just Energy group.
 - b. The operations of the Just Energy group are directed in part from its head office in Toronto. In particular, decisions relating to the Just Energy's primary business (buying, selling and hedging energy) are primarily made in Canada.
 - c. All other members of the Just Energy group report to Just Energy.
 - d. Just Energy Corp. (a Canadian subsidiary) acts as a centralized entity providing operational and administrative functions for the Just Energy group as a whole. These functions are performed by Canadian Just Energy employees and include, among other things:
 - i. most enterprise-wide IT services;
 - ii. enterprise-wide support for finance functions, including working capital management, credit management (including credit checks for customers), payment processing, financial reconciliations, managing business expenses, insurance, and taxation;

⁴ *Re Massachusetts Elephant & Castle Group* 2011 ONSC 4201

- iii. oversight for the legal, regulatory, and compliance functions across the entire Just Energy Group;
- iv. certain enterprise-wide HR functions, such as designing in-house learning and development programs;
- v. financial planning and analysis services, including customer enrollment, billing, customer service, and load forecasting;
- vi. supply planning services, including creating demand models which predict the amount of energy that each entity needs to purchase from suppliers and determining the proper distributor and pipeline necessary to get the gas to the end-consumer; and
- vii. internal audit services.

[47] In the foregoing circumstances I am satisfied Canada is the appropriate COMI.

B. Does Just Energy Meet the Insolvency Requirements?

[48] There is no doubt that Just Energy meets the threshold required by s. 3(1) of the *CCAA* that it be a company with liabilities in excess of \$5,000,000.

[49] A company must be “insolvent” to obtain protection under the *CCAA*.⁵ Although the *CCAA* does not define “insolvent,” the definition of insolvent under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“*BIA*”)⁶ is usually referred to meet this criteria.⁷ Section 2 of the *BIA* defines “insolvent person” as meaning (i) one who is unable to meet his obligations as they generally become due, (ii) who has ceased paying current obligations in the ordinary course or

- (iii) the aggregate of whose property is not, at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.

⁵ *CCAA* s. 2(1)(a) definition of a debtor company.

⁶ R. S. C. 1985, c. B-3

⁷ *Laurentian University of Sudbury* 2021 ONSC 659

- [50] In addition, Ontario courts have also held that a financially troubled Corporation that is “reasonably expected to run out of liquidity within a reasonable proximity of time as compared with the time reasonably required to implement a restructuring” should also be considered to be insolvent for purposes of seeking *CCAA* protection.⁸
- [51] I am satisfied from the affidavit of Michael Carter sworn March 9, 2021 that the liabilities of Just Energy exceed the value of its assets, that it will imminently cease to be able to meet its obligations as they become due, and will run out of liquidity in very short order.

C. Should a Priming DIP be Approved?

- [52] Section 11.2(1) of the *CCAA* authorizes the court to approve debtor-in-possession financing (the “DIP”) that primes existing debt.
- [53] However, section 11.2 (5) provides that, on an initial application:
- (5) no order shall be made under subsection (1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period.
- [54] In other words, I have no jurisdiction to authorize a priming DIP except for that amount of debt and on those terms as are required to see the debtor through the next 10 days.
- [55] The object is to put those measures in place that are necessary to avoid an immediate liquidation and thereby improve the ability of all players to participate in a more orderly resolution of the company’s affairs.⁹ The objective is to preserve the status quo the company for those 10 days but to go no further.¹⁰
- [56] As Morawetz J. (as he then was) pointed out in para. 27 of *Lydian International Limited*,¹¹ a 10 day stay allows a number of other steps to occur including notification of parties who could not be consulted before the initial application as well as further consultations with key stakeholders.
- [57] This is a material limitation on the court’s jurisdiction on an initial application. It is a recent amendment introduced by Parliament which restricts the powers the court had previously. Before the amendment, initial applications were granted for a period of 30

⁸ *Laurentian University* 2021 ONSC 659 at para. 32; *Stelco Inc., Re*, 2004 CanLII 24933 at para. 26.

⁹ *Re Lydian International Limited*, 2019 ONSC 7473 at para. 25.

¹⁰ *Lydian* at para. 26

¹¹ 2019 ONSC 7473.

days. That length of time often required more substantial DIPS which had the potential to prejudice other creditors without giving those creditors a meaningful opportunity to make submissions to the court. The 10 day rule is designed to correct that issue. I take that as a direct message from Parliament that is meant to be enforced seriously.

- [58] Even before the amendment limiting initial orders to 10 days, the policy of courts was to limit DIP financing in initial orders to what was required to meet the company’s “urgent needs over the sorting out period.”¹² As Farley J. Noted in *Re Royal Oak Mines Inc.*

... the object should be to “keep the lights [of the company] on” and enable it to keep up with appropriate preventative maintenance measures, but the Initial Order itself should approach that objective in a judicious and cautious matter.¹³

- [59] Several *CCAA* courts have approved interim financing as part of the initial order since the 10 day rule came into effect.¹⁴

- [60] The distinguishing factor in this case is that even the 10 day DIP that Just Energy requests is large. It seeks a DIP of \$125,000,000 almost all of which will be drawn in the initial 10 day period. Interest accrues at 13% annually. There is a 1% commitment fee and 1% origination fee.

- [61] Section 11.2(4) of the *CCAA* lists some of the factors the Court should consider when deciding whether to approve DIP financing. These include:

- (a) The period during which the Applicants are expected to be subject to the *CCAA* proceeding;
- (b) How the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) Whether the company’s management has the confidence of its major creditors;
- (d) Whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement;

¹² *Re Royal Oak Mines Inc.* (1999), 1999 CanLII 14840 (ON SC), 6 C.B.R. (4th) 314 ((Ct. J. (Gen. Div.)) at para 24.

¹³ *Re Royal Oak Mines Inc.* (1999), 1999 CanLII 14840 (ON SC), 6 C.B.R. (4th) 314 ((Ct. J. (Gen. Div.)) at para 24.

¹⁴ *Re Clover Leaf Holdings Company*, 2019 ONSC 6966 at para. 21; *Miniso International Hong Kong Limited v. Migu Investments Inc.*, 2019 BCSC 1234, at para. 90; *Re Mountain Equipment Co-Operative*, 2020 BCSC 1586, at para. 2.

- (e) The nature and value of the company's property;
- (f) Whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the DIP charge; and
- (g) The Monitor's pre-filing report (if any).

- [62] In *Re AbitibiBowater Inc.*,¹⁵ Gascon J.S.C., as he then was, described the analysis as having the court satisfy itself that the benefits of DIP financing to all creditors, shareholders and employees outweigh the potential prejudice to some creditors.
- [63] Although the amount of the DIP for the initial 10 day stay is high, it is nevertheless necessary to "keep the lights on." Just Energy is required to pay ERCOT US \$96.24 million by the end of today (March 9, 2021) or risk losing its licences. It will have to pay a further \$54 million by March 14, 2021. Texas represents approximately 47% of Just Energy's margin. Without its Texas licenses, Just Energy would likely collapse.
- [64] Just Energy's secured creditors do not oppose the DIP. Although they wish to "reserve their rights" on the comeback hearing, I take that to mean that they may wish to make arguments about the existence or the terms of the DIP from the comeback hearing onward. As noted earlier, they would be hard-pressed to challenge any priority given to the DIP for advances during the 10 day period the absence of any opposition today.
- [65] The DIP lender is a consortium of Just Energy's largest unsecured lenders. For unsecured lenders to offer a DIP of that size to cover a 10 day stay suggests that they believe their prospects for recovery on their unsecured loan are better with a significant 10 day DIP than without.
- [66] The loan clearly enhances the prospects of a viable compromise or arrangement. Without the loan, Just Energy cannot continue. Regulators will quickly take steps to suspended licenses. Even with the stay of regulatory proceedings, it would be difficult to allow Just Energy to continue to operate if it has no working capital and no means of purchasing power to sell to customers.
- [67] Just Energy's business is capital-intensive. It requires the expenditure of large amounts of money to buy power and the subsequent receipt of large amounts from the sale of power. That requires substantial liquidity.
- [68] In addition, the regulated nature of Just Energy's business can lead to unforeseen liquidity demands that may need to be satisfied to ensure the Applicants' ability to operate as a going concern. The added charges by PUCT and ERCOT are prime examples of that. Those charges must be paid within as short a period as 2 business days. While those charges may

¹⁵ *Re AbitibiBowater Inc.*, 2009 QCCS 6453 at para 16.

ultimately be reversed through the dispute resolution process and while additional collateral that has been required may ultimately be released, those steps will take time to work out. Even if the charges are not reversed, it may well be possible to absorb those price shocks if given the time. Financing Just Energy at least through an interim period allows for greater insight into those possibilities.

- [69] I am also mindful of the need to keep essential suppliers and regulators comfortable. Even though I am staying provincial regulatory proceedings, I do that knowing that I am treading on public policy territory that Parliament and provincial legislatures have chosen to ascribe to specialized bodies with specialized knowledge. A larger 10 day DIP decreases the risk that I am harming the public policy objectives they have been mandated to pursue than would a smaller DIP.
- [70] The Monitor points out that, after netting out cash receipts and expenditures, approximately \$33,000,000 of the DIP will remain at the end of day 10. One could see that as grounds to pare back the DIP by an equivalent amount I do not think it would be appropriate to do. As noted, the Just Energy business is unpredictable. It requires large amount of liquidity and liquidity buffers to take into account unexpected charges from regulators. The regulators who impose those charges do so to protect other interests. As a result, they cannot simply be dismissed. It strikes me that providing a business of this sort with a buffer is appropriate. The Monitor recommends allowing the buffer to continue. None of the other stakeholders object.
- [71] In the foregoing circumstances, I am satisfied that the DIP should be approved as requested.

D. Should Regulatory Actions be Stayed?

- [72] Just Energy is subject to a wide variety of provincial and state regulators in Canada and the United States. By way of example, in Canada five different provincial regulators have issued licenses to 16 different Just Energy entities allowing them to sell gas and electricity. Power cannot be sold to new customers or delivered to existing customers without these licenses.
- [73] Concerns about a licensee's solvency can lead provincial regulators to suspend or cancel licenses or impose more onerous terms on license holders. Such steps can include prohibitions on sales to new customers, termination of the ability to sell to existing customers and the forced transfer of customers to other suppliers. This would cause a licensee to instantly lose revenue streams and threaten their long-term viability. Regulators have the power to impose such terms in extremely short order.
- [74] The filing of this *CCAA* application could lead to such adverse steps by regulators.

- [75] As part of the proposed Initial Order, the Applicants seek to stay provincial and foreign regulators from, among other things, terminating the licenses granted to any Just Energy entity.
- [76] With the benefit of the DIP Facility, the Applicants intend to continue paying amounts owing to their contractual counterparties (primarily utilities) in the ordinary course. Just Energy is concerned that even if it continues making such payments, regulators may still try to terminate its licenses or impose other conditions.
- [77] In my view it is appropriate to stay the conduct of provincial regulators in Canada.
- [78] Section 11.1 of the *CCAA* provides:

11.1 (1) In this section, regulatory body means a person or body that has powers, duties or functions relating to the enforcement or administration of an Act of Parliament or of the legislature of a province and includes a person or body that is prescribed to be a regulatory body for the purpose of this Act.

(2) Subject to subsection (3), no order made under section 11.02 affects a regulatory body's investigation in respect of the debtor company or an action, suit or proceeding that is taken in respect of the company by or before the regulatory body, other than the enforcement of a payment ordered by the regulatory body or the court.

(3) On application by the company and on notice to the regulatory body and to the persons who are likely to be affected by the order, the court may order that subsection (2) not apply in respect of one or more of the actions, suits or proceedings taken by or before the regulatory body if in the court's opinion

(a) a viable compromise or arrangement could not be made in respect of the company if that subsection were to apply; and

(b) it is not contrary to the public interest that the regulatory body be affected by the order made under section 11.02.

- [79] More plainly put, the *CCAA* automatically stays enforcement of any payments of money ordered by the regulator. It does not, however, automatically stay other steps that a regulator may take against a regulated entity. The court may nevertheless stay such other steps if it is of the view that the failure to stay those other steps means that a viable compromise or arrangement could not be made, provided that the additional stay is not contrary to the public interest.
- [80] In the circumstances of this case, it is, in my view, appropriate to stay the exercise of other regulatory powers against Just Energy at least for the interim 10 day period.
- [81] As noted earlier, Just Energy's liquidity crisis arises because of controversial steps taken by PUCT and ERCOT which steps Just Energy is in the process of challenging.
- [82] It would appear to me to be unjust to take regulatory steps that might shut down entire business when the financial concerns that prompt those steps may turn out to be unjustified if PUCT and ERCOT adjust some or all of the price increases they imposed during the storm. Even if PUCT and ERCOT are unable or unwilling to adjust their price increases, it may be appropriate for regulators to consider whether Just Energy should be shut down because of a temporary liquidity crisis and whether Just Energy should be given a window of opportunity to work out its liquidity crunch. That will obviously need to be measured against the objectives the regulator was created to further. It strikes me, however, that the circumstances of this case warrant at least a 10 day period to allow all parties to assess the issue with the benefit of more reflection than the instant application of a regulatory policy may afford.
- [83] One of the primary goals of regulators is to ensure that providers of electrical power are paid and that customers receive electrical power on competitive business terms. A stay does not offend these policy objectives. The goal of the stay and the financing associated with it is to be able to continue to pay providers of power to Just Energy and to continue to service Just Energy customers according to their existing contracts. The DIP financing and the charge in favour of essential suppliers will ensure that this remains the case.
- [84] Section 11.1 (3) of the *CCAA* allows the court to stay action by regulators on notice to the regulator. Regulators have not been given notice of today's hearing. I am nevertheless inclined to grant the relief sought.
- [85] Providing notice would have potentially allowed regulators to cancel or suspend Just Energy's licenses before the hearing occurred. If such suspensions or cancellations were ultimately set aside, they would still have caused substantial disruption to the marketplace as a whole and to Just Energy in particular. Just one of the many regulators to whom Just Energy is subject could cause material disruption.
- [86] Cancellation or suspension of licenses would, for example, mean that upstream suppliers of gas and electricity to Just Energy would have their contracts terminated. Any new power supplier to whom Just Energy's customers would be transferred would have their own source of power supply. That would create more market disruption than would a stay.

- [87] In this light, the granting a 10 day stay against regulatory conduct is consistent with the remedial purpose of the *CCAA* which is to avoid social and economic losses resulting from the liquidation of an insolvent company. To permit the immediate termination of Just Energy’s licenses would not avoid social and economic losses but amplify them by extending them beyond Just Energy to its upstream suppliers.
- [88] I am also mindful of the admonition of the Supreme Court of Canada in *Century Services* to the effect that general language in the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. Although the *CCAA* contains specific provisions relating to regulatory stays which require notice to the regulator, the general power to make such orders as are appropriate should not, in my view, be restricted by the notice requirement when the relief sought relates only to a 10 day temporary stay, when providing notice could undermine the entire scheme of the *CCAA* and when there are adequate financing mechanisms in place to ensure that the regulators’ policy objectives are not undermined during the 10 day period.
- [89] A foreign regulator is not a “regulatory body” within the plain meaning of section 11.1(1) of the *CCAA*. As such, foreign regulators do not benefit from the same exemption from the stay as a Canadian regulator. A foreign regulator is therefore presumptively subject to the Stay, with respect to matters that fall within the jurisdiction of the Canadian *CCAA* Court. Canadian courts have held that a foreign regulator is precluded by the stay from taking steps in Canada in relation to matters that are within the *CCAA* court’s jurisdiction.¹⁶
- [90] This result is consistent with the language of the model *CCAA* order which stays, among other things, all rights and remedies of any “governmental body or agency”
- [91] Whether and to what extent the stay should apply to American regulators will be for an American court to determine. To give effect to that stay in the United States, Just Energy intends to commence chapter 15 proceedings immediately for such a determination.

E. Should Supplier Charges and Prefiling Payments be Authorized?

- [92] Just Energy seeks a charge in favour of what it has referred to as commodity suppliers and ISO Service Providers. Commodity suppliers are those who provide gas and electricity to Just Energy. ISO Service Providers are often commodity suppliers as well but also provide additional services to Just Energy such as working capital and credit support. By way of example, as noted earlier, ERCOT sends invoices to service providers like Just Energy. Those invoices must be paid within two days. In certain cases, Just Energy uses an ISO Service Provider to act as the front facing entity to the regulator. In those cases, ERCOT sends its invoice to the ISO Service Provider who is obliged to pay within two days. The ISO Service Provider then looks to Just Energy for payment but gives Just Energy extended

¹⁶ *Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 1304 at para. 41 and 42.

time to pay, say for example 30 days. In effect, the ISO Service Provider is providing Just Energy with working capital and liquidity.

- [93] Just Energy has received advice to the effect that these arrangements amount to Eligible Financial Contracts under the *CCAA*. This poses a challenge because Eligible Financial Contracts are not subject to the prohibition on the exercise of termination rights under the *CCAA*.¹⁷ Since the parties to Eligible Financial Contracts cannot be prevented from terminating, Just Energy is of the view that counterparties to those contracts must be given incentives to continue to provide power supply and financial services. The proposed incentive takes the form of a charge in favour of those counterparties that continue to provide commodities or services to Just Energy.
- [94] Shell and BP, the two largest commodity and ISO Service Providers, have already entered into such arrangements. The proposed order would allow any other commodity provider or ISO Service Provider to enter into a similar arrangement with Just Energy and benefit from a similar charge.
- [95] No one has challenged that analysis for today's purposes and no one opposes the proposed charges. Given the possibility of mischief in the absence of such charges and given that the relief today is sought for only 10 days, in my view it would be preferable to offer the protection of the charges as requested.
- [96] I note that in certain circumstances, the court can compel commodity and service providers to continue supplying a *CCAA* debtor. I am, however, somewhat reluctant to use those provisions given that the suppliers and service providers in question are part of a highly regulated, interwoven industry. Compelling a supplier in such an industry to continue to provide supply or services may well infringe on the regulators' objective of maintaining a financially sound electrical market. Given the urgency with which the application arose, it is preferable to provide financial incentives to such parties and not risk imperiling the financial stability of other regulated actors by forcing them to supply.
- [97] This court has already observed in the past that the availability of critical supplier provisions under the *CCAA* does not oust the court's jurisdiction under section 11 to make any other order it considers appropriate.¹⁸
- [98] The proposed charges would rank either *pari passu* with the DIP or immediately below it, depending on the nature of the transaction. Although Just Energy's secured creditors were present at today's hearing, they did not object to the proposed charges.
- [99] Certain pre-filing obligations such as tax arrears could result in directors of Just Energy being held personally liable. The company seeks authorization to make pre-filing payments

¹⁷ *CCAA* s. 34 (1), (7), (8) and (9).

¹⁸ *Re CanWest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222 at para. 50.

with that sort of critical character that are integral to its ability to operate. In the absence of any objection, that relief is granted.

F. Should Set off Rights to Be Stayed?

- [100] As part of the stay, Just Energy seeks an order precluding financial institutions from exercising any “sweep” remedies under their arrangements with Just Energy.
- [101] The concern is that the financial institutions would empty Just Energy’s accounts by reason of a claim to a right of set off. Exercise of such rights would effectively undermine any reorganization by depriving Just Energy of working capital and thereby impairing its business.
- [102] Although s. 21 of the *CCAA* preserves rights of set-off, the Court may defer the exercise of those rights. Section 21 does not exempt set-off rights from the stay. This differs from other provisions of the *CCAA*, which provide that certain rights are immune from the stay.¹⁹ As *Savage J.A.* of the British Columbia Court of Appeal observed, the broad discretion accorded to the *CCAA* Court to make orders in furtherance of the objectives of the statute must, as a matter of logic, extend to set-off.²⁰
- [103] Allowing banks to exercise a self-help remedy of sweeping the accounts by claiming set-off would in effect give them a preferred position over other creditors and deprive Just Energy of working capital. That would be contrary to the remedial purpose of the *CCAA* because it would ultimately shut down Just Energy and allow the banks to advantage themselves to the detriment of others in the process.
- [104] Just Energy had consulted widely with various stakeholder groups had before today’s hearing. Those included the banks with sweep rights, at least some of whom were represented at today’s hearing and did not object.
- [105] In the foregoing circumstances it is appropriate to at least temporarily stay the exercise of any rights of set-off by the banks.

G. Should Administrative and D & O Charges be Granted?

- [106] The Applicants propose that an Administration Charge for the first ten days be set at \$2.2 million.

¹⁹ *North American Tungsten Corp. (Re)*, 2015 BCSC 1382 at para. 28; leave to appeal to BCCA refused, 2015 BCCA 390 [*Tungsten (Leave)*], leave to appeal decision affirmed by Review Panel of the BCCA.

²⁰ *Tungsten (Leave)*, above at para. 12-16; see also *Air Canada (Re)*, 2003 CarswellOnt 4016 at para. 25.

- [107] The largest expenditures in the administration charge involve the retainer of counsel in Canada and the United States for Just Energy and the retainer of the Monitor and its counsel.
- [108] In addition, the company seeks a financial advisor charge of \$1.8 million to retain BMO Nesbitt Burns as a financial advisor to assist in exploring potential alternative transactions.
- [109] The directors and officers charge sought is in the amount of \$30 million.
- [110] The Monitor estimates that director liabilities in the United States for sales taxes, wages, source deductions and accrued vacation come to approximately \$13.1 million. Director and officer exposure in Canada may be as high as \$5.8 million.
- [111] While insurance with an aggregate limit of \$38.5 million is in place, the complexity of the overall enterprise creates the risk that it might not provide sufficient coverage against the potential liability that the directors and officers could incur in relation to this *CCAA* proceeding.
- [112] In determining whether to approve administration charges, the Court will consider: (a) the size and complexity of the businesses under *CCAA* protection; (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge; (c) whether there is an unwarranted duplication of roles; (d) whether the quantum of the proposed charge is fair and reasonable; (e) the position of secured creditors likely to be affected by the charge; and (f) the position of the Monitor.²¹
- [113] The Just Energy business is large and complex. The proposed beneficiaries are essential to the success of the *CCAA*. No *CCAA* proceeding can advance without a Monitor or counsel. The addition of a financial advisor would appear to be a prudent step given the complexity of the business. Monetizing or restructuring all or portions of the Just Energy business is substantially more complicated than a sale of hard assets. It would appear to make good sense to have a financial advisor involved. The Monitor agrees to the appointment of a financial advisor. I infer from the Monitor's agreement that Nesbitt Burns will bring to the table a skill set or attributes that the Monitor either does not have or cannot exercise given its role as Monitor.

H. Should Noncorporate Entities Be Captured by The Stay?

- [114] Many of the gas and electricity licences pursuant to which the Just Energy group conducts business in Canada are granted to limited partnerships.

²¹ *Canwest* 2010, , at para 54. *Target*, , at paras 74 and 75; *Lydian*, , paras 43 to 54; *Laurentian*, at paras. 48 to 59.

- [115] On its face, the *CCAA* applies to corporations, not partnerships.²²
- [116] Where, however, the operations of partnerships are integral and closely related to the operations of the *CCAA* debtor, it is well-established that the Court has jurisdiction to extend the protection of the stay to partnerships in order to ensure that the purposes of the *CCAA* can be achieved. Relief of that sort has been granted on several occasions.²³
- [117] Here, it would be illusory to grant a stay in favour of the Just Energy corporate entities but not extend its benefit to the partnership entities. That would defeat the entire purpose of the exercise. As a result, it is appropriate to extend *CCAA* protection to the Just Energy partnership entities.

I. Should Third Quarter Bonuses be Paid?

- [118] The applicant seeks approval from the initial order for payment of third Quarter bonuses for fiscal 2021 on April 2, 2021. The bonuses were approved by the Compensation Committee on February 9, 2021 after it was reported that the third quarter base EBITDA result was \$55.785 million compared to a target of \$42 million.
- [119] The Compensation Committee approved and asked the Board to approve a third-quarter bonus pool in the amount of \$3.23 million. The Board approved the bonus on February 10, 2021.
- [120] I am disinclined to approve the bonus payment on an initial order. The relief on the initial order is limited to the amount to keep the company afloat for 10 days. The bonus does not fit into that category. Even on the applicant's view of events, the bonuses are not payable until April 2, 2021. That is well after the comeback date.
- [121] In addition, the Monitor has not yet had an opportunity to review and comment on the employee bonus and intends to do so in a further report to the court.
- [122] Whether bonuses should or should not be paid will depend on a variety of factors that are not in the evidence before me. By way of example, I would want a better understanding of whether the beneficiaries of the bonuses are also intended beneficiaries of the key employee retention plan that Just Energy will be asking for on the comeback date. In addition, I will want a better sense of who the recipients of the bonuses are. If they are relatively modest income earners for whom the bonus is a key source of income, such as, for example, retail sales people, I would probably be inclined to pay the bonuses without question. If, however, they are high income earners, the intended beneficiaries of the

²² *CCAA*, s. 2, definition of "Debtor company."

²³ See, for example, *Re Lehndorff General Partner Ltd.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]), at para. 21; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303 at paras 42 and 43; *4519922 Canada Inc., Re*, 2015 ONSC 124 at para. 37.

KERP, or if they are executives who make decisions about risk allocation, what Just Energy should insure against, to what extent it should hedge against weather risks and so on, I would want a more granular understanding about why the bonuses should be paid.

J. Should a Sealing order be Granted?

- [123] Just Energy requests a sealing order in relation to the BMO Engagement Letter and the summary of the KERP, both of which are attached as confidential exhibits to the affidavit of Michael Carter sworn March 9, 2021.
- [124] I am satisfied that the applicants have met the test established by the Supreme Court of Canada in *Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)*.²⁴ The materials contain commercially sensitive information and/or personal information (in the case of the KERP). The order is necessary to prevent a serious risk to an important personal or commercial interest and the benefits of a sealing order outweigh the rights of others to a fair determination of the issues. No one advanced any need to see the information that is proposed to be sealed nor can I see any need for anyone to access such information in order to assert their rights fully within this proceeding.

Disposition

- [125] In view of the foregoing, I granted an initial order in the form requested with the exception of authorization for bonus payments which will be addressed at the comeback hearing.
- [126] The order will in effect provide that:
- (a) Ontario is the Centre of Main Interest for the *CCAA* proceeding.
 - (b) Just Energy meets the insolvency requirements of the *CCAA*.
 - (c) The proposed DIP financing is approved.
 - (d) Any regulatory actions should be stayed.
 - (e) Commodity suppliers and ISO Service Providers who sign qualified service agreements will benefit from a charge.
 - (f) Set off rights of banks which may allow them to sweep accounts will be stayed.

²⁴ *Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41 at para 53; see also *Target* above at paras 28-30; *Laurentian University*, above at paras. 60 to 64.

- (g) The administrative, financial advisor and directors and officers charges are granted.
- (h) Noncorporate entities will be captured by the stay.
- (i) A sealing order will be granted.

[127] The comeback date for the continuation of any CCAA relief is set for 10 AM on Friday, March 19, 2021.

Koehnen J.

Date: March 9, 2021

Workers' Compensation Board *Appellant*
(*Respondent*)

v.

Husky Oil Operations Ltd. *Respondent*
(*Applicant*)

and

Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue, Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance, Bank of Montreal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. and Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General for Saskatchewan *Respondent (Intervener in the Court of Appeal)*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Workers' Compensation Board of Ontario,

Workers' Compensation Board *Appelante*
(*Intimée*)

c.

Husky Oil Operations Ltd. *Intimée*
(*Requérante*)

et

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances, Banque de Montréal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. et Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd. *Intimés*

et

Le procureur général de la Saskatchewan *Intimé (Intervenant en Cour d'appel)*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta,

**the Workers' Compensation Board of
British Columbia,
the Workers' Compensation Board of
Alberta and
the Yukon Workers' Compensation Health
and Safety Board** *Interveniers*

INDEXED AS: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER
OF NATIONAL REVENUE

File No.: 23936.

1995: January 25; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Bankruptcy — Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) owed Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), a firm which, after being formally notified of its arrears to the Workers' Compensation Board (the Board) and after making a general assignment of its book debts to the Bank of Montreal, made an assignment in bankruptcy and ceased operations. The Board, when it learned that Metal Fab had ceased operations, looked to Husky for payment under s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*. Section 133(1) of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*, permitted the Board to obtain amounts owing its Injury Fund from a principal of a

**la Commission des accidents du travail de
l'Ontario,
la Workers' Compensation Board de la
Colombie-Britannique,
la Workers' Compensation Board de
l'Alberta et
la Commission de la santé et de la sécurité
au travail du Yukon** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. c. MINISTRE
DU REVENU NATIONAL

N° du greffe: 23936.

1995: 25 janvier; 1995: 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Faillite — Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) était propriétaire de Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), une firme qui, après avoir été dûment avisée des arriérés qu'elle devait à la Workers' Compensation Board (la Commission) et après avoir fait une cession générale de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal, a fait cession de ses biens et cessé ses opérations. Lorsqu'elle a appris la cessation des opérations de Metal Fab, la Commission s'est adressée à Husky pour obtenir paiement en vertu du par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan permettait

defaulting contractor. Husky in turn would be able to recover the amount paid on the Metal Fab's behalf by setting off that amount, pursuant to s. 133(3), from the amount it would otherwise pay Metal Fab. Husky and Metal Fab's creditors maintained that the operation of s. 133 conflicted with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy, in that the Board was able to obtain full payment to the detriment of the creditors who had a higher priority under the *Bankruptcy Act*. On a non-suit application made by Husky, *The Workers' Compensation Act, 1979*, was found to be inapplicable in a bankruptcy scenario and the Court of Appeal upheld this finding. The constitutional questions queried whether, in situations where the contractor is bankrupt, these provisions are constitutionally non-operational because of conflict with the *Bankruptcy Act* and whether they applied in the circumstances of this case.

Held (Sopinka, Cory, Jacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The gravamen of this appeal was the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which set the priorities for recovery. The question, however, was not whether the provisions in s. 133 were independently valid, but rather, whether when combined they had the effect of reordering priorities in bankruptcy. The combined effect of the statutory deemed debt and the right to set off against property of the bankrupt, when s. 133(1) is read with s. 133(3), is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136 of the *Bankruptcy Act*.

The first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. The quartet (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers'*

à la Commission d'obtenir du commettant d'un entrepreneur fautif les montants dus à sa caisse des accidents. Husky pourrait ensuite recouvrer le montant versé pour le compte de Metal Fab en opérant compensation, conformément au par. 133(3), entre ce montant et tout montant qu'elle paierait par ailleurs à Metal Fab. Les créanciers de Husky et de Metal Fab ont soutenu que l'application de l'art. 133 était incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite, du fait que la Commission pouvait se faire payer intégralement au détriment des créanciers qui occupaient un rang supérieur en vertu de la *Loi sur la faillite*. À la suite d'une demande de non-lieu présentée par Husky, il a été conclu que *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite, et la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Les questions constitutionnelles consistaient à se demander si, dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, ces dispositions sont inopérantes du point de vue constitutionnel pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, et si elles s'appliquaient dans les circonstances de la présente affaire.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory, Jacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'essence du présent pourvoi est le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, qui établit l'ordre de priorité de recouvrement. Cependant, il s'agissait de déterminer non pas si ces dispositions étaient valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles avaient pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Le quatuor d'arrêts (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte*

Compensation Board, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24 does not stand for the sole proposition that the provinces cannot "jump the queue" but rather embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. The following propositions can be distilled from the quartet:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the *Bankruptcy Act* this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation;
- (4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the *Bankruptcy Act*, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for the purposes of the *Bankruptcy Act*;
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

The fifth and sixth propositions bear a close resemblance to the doctrine of colourability, but with two fun-

Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) ne signifie pas uniquement qu'il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces, mais il s'en dégage plutôt une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Les propositions suivantes se dégagent du quatuor:

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la *Loi sur la faillite*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *Loi sur la faillite*;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Les cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir,

damental differences. First, the doctrine of colourability is a concept which only applies in assessing the pith and substance of the impugned legislation whereas propositions 5 and 6 continue to apply after the validity of the impugned provincial law has been determined. None of the quartet cases was concerned with colourable provincial legislation. Second, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. The intrusion, and not the intention to intrude, is determinative for division of powers purposes.

When ss. 133(1) and (3) operate in tandem, the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal. This is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset and since the Board does not have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments. This provision, rather, is more accurately characterized as creating a form of involuntary, statutory suretyship.

While the contractor is potentially liable for two debts (the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment) in a formal way, these in reality are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor.

When s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutorily deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

Parliament has recognized that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt" (s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*). In the bankruptcy

mais à deux différences fondamentales près. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant le caractère véritable de la loi attaquée, alors que les cinquième et sixième propositions continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée. Aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Deuxièmement, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

Si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ et que la Commission n'est pas libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse. En réalité, il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire.

Même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes (celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question), il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur.

L'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission de la Saskatchewan contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

Le législateur fédéral a reconnu que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli» (par. 97(3) de la *Loi sur la*

context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate.

The operation of s. 133 has the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate. Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has expressly indicated in s. 136(1)(h) that "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" is to rank eighth in the list of preferred claims and is to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*, is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict.

Section 133(4), which states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board", also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

faillite). Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien qu'on permette que la compensation autorise la partie qui l'invoque à être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite.

L'application de l'art. 133 a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif. Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur fédéral a expressément indiqué, à l'al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l'actif du failli qu'elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit.

Le paragraphe 133(4), qui prévoit que «[l]a commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant», a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Section 133 is inapplicable, rather than inoperable, in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere because bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. As bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

Where federal and provincial legislation potentially conflict, it must be first determined whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, and if so, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy. A clear operational conflict existed here in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entailed a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion

L'article 133 est inapplicable, plutôt qu'inopérant, en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive et du fait que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

En cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, auquel cas la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite. Il existe, en l'espèce, une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite fédérale*, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue

into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect.

Since as outlined s. 133 has no application in the event of bankruptcy, a number of threshold factual questions need not be addressed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): Sections 133(1) and (3) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, are severable and should be considered separately. Both are valid even where the contractor is or becomes bankrupt.

The doctrine of paramountcy, which arises where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, requires that the provincial legislation be declared inoperative to the extent of the conflict. Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other. Courts in applying the paramountcy doctrine should be restrained and look for co-existence rather than conflict.

A review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes did not give any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy.

The quartet of cases dealing with the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the Act (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) should be given a narrow interpretation. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. The broader approach, which would find a province to be improperly attempting to alter the priorities of distribution any time provincial law affected the final result of a bankruptcy, would produce unacceptable results because it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*.

nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire.

Puisque, tel qu'exposé, l'art. 133 ne s'applique pas en matière de faillite, il n'est pas nécessaire de répondre à un certain nombre de questions de fait préliminaires.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (dissentants): Les paragraphes 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, sont dissociables et devraient être examinés séparément. Les deux sont valides même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli.

La règle de la prépondérance, qui s'applique lorsqu'il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement. En appliquant la règle de la prépondérance, les tribunaux devraient faire preuve de retenue et chercher la coexistence plutôt que des conflits.

Un examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail n'a donné aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite.

Le quatuor d'arrêts portant sur la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la Loi (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) devrait recevoir une interprétation restrictive. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. L'interprétation large, selon laquelle une province se trouverait à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A bankruptcy priority is a category and its precise content can and does vary to some extent from one province to the next. Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. They must demonstrate that s. 133 actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt by directly creating interests in that property.

Section 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the board. Section 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. No direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally exists between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. Nothing in the *Bankruptcy Act* precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy. Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. Section 136 encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive and complementary, not mutually exclusive.

Section 133(3) engages a more direct interference with the bankruptcy scheme than subs. (1) because, since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal, it constitutes the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor.

Section 133(3) is merely declaratory of two different remedies existing at equity, set-off and indemnification. Set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. A claim for indemnification would have only

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie et son contenu précis peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. Ils doivent démontrer que l'art. 133 modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli, en créant directement des droits sur ces biens.

Le paragraphe 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission. Le paragraphe 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois. Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'article 136 vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïncident et se complètent, et ne s'excluent pas mutuellement.

Le paragraphe 133(3) enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite que le par. (1) du fait que, puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant, il constitue le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli.

Le paragraphe 133(3) ne fait que déclarer deux réparations différentes qui existent en *equity*: la compensation et l'indemnisation. La compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent

an ancillary effect on the bankrupt's estate since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. Neither remedy is invalid as s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reconciles the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and implicitly, of indemnification), and the claims embodied in s. 133(3) are merely reflective of those common law causes of action. Absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by that person under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another.

Set-off, independent of s. 133(3), also arises from the contractual relationship. The contracts oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance or non-performance of the contract" by the contractors.

The fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, does not militate against a finding that the law of set-off applies. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment. The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events.

Although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor, the primary liability lies with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness.

Section 133(1) is still fully applicable in cases where there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Subsection (1) is

partie de son actif. Une demande d'indemnisation n'aurait qu'une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Ni l'une ni l'autre de ces réparations n'est invalide étant donné que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui prévoit que les règles de la compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, concilie l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. En l'absence du par. 133(3), une telle réclamation existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de décharger une autre personne de toute responsabilité.

La compensation, indépendamment du par. 133(3), découle aussi du lien contractuel. Les contrats obligent l'entrepreneur à «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs.

Le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, ne justifie pas de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession. La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée.

Bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, en ce qui les concerne, c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale.

Le paragraphe 133(1) est pleinement applicable dans le cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard and s. 133(1) accordingly was not intended to operate solely in conjunction with s. 133(3). While s. 133(3) and the equitable rights it codifies might not be able to operate independently from s. 133(1), s. 133(1) can operate independently from s. 133(3).

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; **disapproved:** *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

By Iacobucci J. (dissenting)

Deputy Minister of Revenue v. Rainville, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)*

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe (1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard, et le par. 133(1) n'était donc pas destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien qu'il se puisse que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne soient pas applicables indépendamment du par. 133(1), le par. 133(1) peut, quant à lui, s'appliquer indépendamment du par. 133(3).

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; **arrêt critiqué:** *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Citée par le juge Iacobucci (dissent)

Sous-ministre du Revenu c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100

(1993), 100 D.L.R. (4th) 742, rev'g *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, aff'd [1989] 1 S.C.R. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, aff'd [1979] A.C. 757; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, c. 63, s. 40.

D.L.R. (4th) 742, inf. *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal v. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, conf. par [1989] 1 R.C.S. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Holt v. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, conf. par [1979] A.C. 757; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. v. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Vickery v. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Commission des relations de travail v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, ch. 63, art. 40.

Authors Cited

- Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91.
- Lacy, Philip T. "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, dismissing an appeal from a judgment of Wedge J. (1992), 104 Sask. R.

Doctrine citée

- Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91.
- Lacy, Philip T. «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Wedge (1992), 104

225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Appeal dismissed, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Robert G. Richards and Evan L. Bennett, for the appellant.

James S. Ehmann and Paul J. Harasen, for the respondent Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Gordon Berscheid*, for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada.

Thomson Irvine, for the respondent the Attorney General for Saskatchewan.

Brian J. Scherman, for the respondent Bank of Montreal.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Cedric L. Haines, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Nolan D. Steed* for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submission only by *Elizabeth Kosmidis* for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario.

Written submission only by *Gerald W. Massing* for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

Written submission only by *Douglas R. Mah* for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Robert G. Richards et Evan L. Bennett, pour l'appelante.

James S. Ehmann et Paul J. Harasen, pour l'intimée Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Gordon Berscheid*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

Brian J. Scherman, pour l'intimée la Banque de Montréal.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cedric L. Haines, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elizabeth Kosmidis*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gerald W. Massing*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Douglas R. Mah*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Written submission only by *Bruce L. Willis, Q.C.*, for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin J.J. was delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Iacobucci. I respectfully disagree with his conclusion that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1*, is applicable in bankruptcy, and that provincial legislation can, through the operation of set-off in this manner, effectively reorder the priorities otherwise provided in the *Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3*.

In my opinion, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off against property of the bankrupt in s. 133(3) is to secure the Workers' Compensation Board's (the Board) claim against the estate of the bankrupt. When ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by the Legislature, the effect is that the Board's claim is satisfied with property of the bankrupt in the form of the monies withheld by the principal. The principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which form property of the bankrupt's estate. The end result is that the bankrupt's estate is diminished to the extent of the contractor's liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount, thereby recovering its claim in full. On the other hand, the principal's estate or patrimony remains entirely unaffected. The Board's claim is thus secured against the bankrupt's estate, mediated through the legally compelled agency of the principal. In this way, the Board recovers against the estate ahead of the priority mandated by Parliament in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, creating an operational conflict.

Recourse to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which incorporates by reference the provincial law of set-off, does not provide much assistance to the Board in this case. It is true that set-off itself may

Argumentation écrite seulement par *Bruce L. Willis, c.r.*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1*, est applicable en matière de faillite, et que la loi provinciale peut, par une telle application de la compensation, effectivement modifier l'ordre de priorité par ailleurs prévu dans la *Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3*.

À mon avis, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation sur les biens du failli, prévue au par. 133(3), ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Workers' Compensation Board (la Commission) contre l'actif du failli. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble comme l'a voulu le législateur, la réclamation de la Commission est alors réglée sur les biens du failli, grâce aux sommes retenues par le commettant. Ce dernier ne devient rien de plus qu'un intermédiaire qui transfère à la Commission des sommes qui font partie des biens de l'actif du failli. L'actif du failli se trouve alors diminué de la somme que l'entrepreneur doit à la Commission, et la Commission se trouve enrichie d'un montant identique et recouvre ainsi en totalité le montant qu'elle réclame. Par contre, l'actif ou le patrimoine du commettant demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Cette réclamation se trouve donc colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité prescrit par le législateur à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, d'où une incompatibilité d'application.

Un recours au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui incorpore par renvoi les règles provinciales de la compensation, n'est pas vraiment utile à la Commission en l'espèce. Il est vrai que la compen-

give rise to a reordering of priorities in bankruptcy in the limited sense that the party claiming set-off will secure his or her claim against the estate rather than recover under the priority otherwise provided by the *Bankruptcy Act*. This much is acknowledged by Parliament in enacting s. 97(3). However, the real question is the extent to which Parliament has deferred to the relevant provincial law. Here, Parliament has deferred to the extent of allowing the party claiming set-off to recover exceptionally ahead of his priority. But Parliament has not deferred to the extent of allowing third parties the same benefit as a result of the operation of provincial legislation. Set-off, in other words, is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate ahead of the priority stipulated by Parliament. The question is thus not whether the province has created a proprietary interest, but rather, it is whether that interest can have the effect of defeating the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Here, s. 133 not only gives a priority to the principal claiming set-off, which is permissible under s. 97(3), it also has the effect of securing the Board's claim against the estate, which most assuredly is impermissible. As a result, if s. 133 were applicable in bankruptcy, it would enter into conflict with the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Consistent with the presumption of constitutionality, it is my opinion that s. 133 should be read down to the extent of the conflict; that is, s. 133 is inapplicable in bankruptcy. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

I. Background Facts, Relevant Legislation and the Courts Below

4 Since my colleague Iacobucci J. has helpfully summarized the relevant factual and legislative

sation peut donner lieu à un changement d'ordre de priorité en matière de faillite, en ce sens restreint que la partie qui invoque la compensation garantit sa réclamation contre l'actif au lieu de la recouvrer suivant l'ordre de priorité par ailleurs prévu par la *Loi sur la faillite*. C'est précisément ce qu'a reconnu le législateur fédéral lorsqu'il a adopté le par. 97(3). Cependant, la véritable question est de savoir jusqu'à quel point le législateur fédéral s'en est remis à la loi provinciale pertinente. En l'espèce, il est allé jusqu'à permettre à la partie qui invoque la compensation d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait normalement. Cependant, le législateur fédéral n'a pas voulu aller jusqu'à accorder à une tierce partie le même avantage par application d'une loi provinciale. En d'autres termes, la compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui font en sorte que les réclamations ainsi garanties de tierces parties contre l'actif se trouvent alors colloquées plus favorablement qu'elles ne le seraient suivant l'ordre de priorité établi par le législateur fédéral. C'est pourquoi il s'agit de savoir non pas si la province a créé un droit de propriété, mais plutôt si ce droit peut avoir pour effet de contrecarrer le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, non seulement l'art. 133 accorde-t-il la priorité au commettant qui invoque la compensation, ce que permet le par. 97(3), mais encore il a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif, ce qui est très certainement inacceptable. En conséquence, si l'art. 133 était applicable en matière de faillite, il entrerait en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite*. Conformément à la présomption de constitutionnalité, je suis d'avis que l'art. 133 devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit, c'est-à-dire que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

I. Les faits, les textes législatifs pertinents et les juridictions inférieures

Puisque mon collègue le juge Iacobucci a résumé utilement les contextes factuels et législa-

background together with the judgments of the courts below, I need not repeat that discussion. However, for reasons that will become apparent, it is important to reproduce the impugned provision, s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, in its entirety:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(2) The board shall have the same powers and be entitled to the same remedies for enforcing payment under subsection (1) that it possesses in respect of an assessment under this Act.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

(4) All questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board.

II. Issues on Appeal

The constitutional questions raised by this appeal were stated by the Chief Justice on September 14, 1994 as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

tifs pertinents ainsi que les jugements des tribunaux d'instance inférieure, je n'ai pas à les reprendre. Cependant, pour des motifs que l'on comprendra, il est important de reproduire intégralement la disposition contestée, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(2) La commission possède les mêmes pouvoirs et a droit aux mêmes recours pour l'exécution du paiement visé au paragraphe (1) que ceux dont elle dispose relativement à une cotisation en vertu de la Loi.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

(4) La commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant.

II. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

III. Analysis

A. The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

III. Analyse

A. Les objets de la loi fédérale sur la faillite

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery)

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)h de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)h de la *Loi sur la faillite*.

III. Analysis

A. The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

III. Analyse

A. Les objets de la loi fédérale sur la faillite

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery)

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer

Dominion Parliament to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency enables that Parliament to determine by legislation the relative priorities of creditors under a bankruptcy or an authorized assignment. [Emphasis added.]

sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée. [Je souligne.]

9 The power to determine the priorities of distribution of the bankrupt's assets thus confirmed, Parliament has created an equitable distribution wherein the general rule is that creditors are to rank equally, with claims provable in bankruptcy being paid rateably (*Bankruptcy Act*, s. 141). The rule of creditor equality is subject to 10 classes of debt which are accorded priority in a stated order, the so-called list of "preferred" creditors (s. 136). Included in these classes of exceptions is "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" in s. 136(1)(h), ranked eighth in the list. Lastly, the entire scheme of distribution is "[s]ubject to the rights of secured creditors" (s. 136) which, as Professor Hogg has noted, "enables secured creditors to realize their security as if there were no bankruptcy" (Hogg, *supra*, at p. 25-9).

Après avoir ainsi reçu confirmation de son pouvoir d'établir l'ordre de priorité applicable au partage de l'actif du failli, le législateur fédéral a créé un plan de répartition équitable qui, en règle générale, veut que les créanciers soient sur un pied d'égalité et qu'il y ait paiement au prorata des réclamations pouvant être établies dans la faillite (*Loi sur la faillite*, art. 141). La règle de l'égalité des créanciers est assujettie à 10 catégories de créances classées selon un ordre de priorité, soit la liste dite des créanciers «privilégiés» (art. 136). L'une de ces catégories d'exceptions, «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail», prévue à l'al. 136(1)(h), est au huitième rang de la liste. Enfin, l'ensemble du plan de répartition est appliqué «[s]ous réserve des droits des créanciers garantis» (art. 136), ce qui, comme l'a fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] «permet aux créanciers garantis de réaliser leur garantie comme s'il n'y avait pas de faillite» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 25-9).

B. The "Quartet" of Supreme Court Bankruptcy Decisions

B. Le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême en matière de faillite

10 In recent years, the constitutional relationship between the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* and various branches of provincial law governing property has received heightened scrutiny in the so-called "quartet" of decisions of this Court. Since my interpretation of the quartet differs from Iacobucci J.'s, I hope that I will be forgiven for re-canvassing that familiar terrain in order to explain the basis of my position.

Au cours des dernières années, dans quatre arrêts qualifiés de «quatuor», notre Cour a fait une étude particulière des rapports qui, du point de vue constitutionnel, existent entre le plan de répartition fondé sur la *Loi sur la faillite* et les divers aspects du droit provincial régissant la propriété. Puisque mon interprétation du quatuor d'arrêts diffère de celle du juge Iacobucci, j'espère que l'on me pardonnera de revenir en terrain battu pour expliquer le fondement de ma position.

(i) Overview of the Quartet

(i) Aperçu du quatuor d'arrêts

11 First, in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*), the trustee in bankruptcy sought to cancel a privilege registered by the Quebec Deputy Minister of Revenue on the bankrupt's immovable

Dans le premier arrêt, *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*), le syndic de faillite cherchait à faire annuler un privilège enregistré par le sous-ministre du Revenu du Québec sur l'immeuble du failli en

property under the provincial *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71. The Quebec Deputy Minister of Revenue argued that the province was a "secured creditor" under s. 2 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, since the Quebec *Retail Sales Tax Act* provided that sums due to the Crown under the Act were "a privileged debt ranking immediately after law costs".

Writing for the majority, Pigeon J. rejected the priority claimed by the province. In so doing, he offered the following remarks on the interpretation of s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* (now s. 136(1)(j)) (at p. 44):

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) . . . It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words, "notwithstanding any statutory preference to the contrary". The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a "secured creditor" and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Pigeon J. later concluded at p. 46:

If the contention of the Deputy Minister of Revenue in the case at bar was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the scheme of distribution established by the *Bankruptcy Act*. In my opinion, such result would be contrary to the intent of Parliament and no imperfection in drafting could justify it.

vertu de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, ch. 71, de la province. Le sous-ministre du Revenu du Québec soutenait que la province était un «créancier garanti» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, puisque la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec prévoyait que les sommes dues à Sa Majesté en vertu de la Loi étaient «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice».

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pigeon a rejeté la priorité réclamée par la province. Ce faisant, il a fait les commentaires suivants relativement à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* (maintenant l'al. 136(1)(j)) (à la p. 44):

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) qu'il faut s'arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

Le juge Pigeon conclut, à la p. 46:

Si l'on admettait dans la présente cause la prétention du sous-ministre du Revenu, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d'une préférence particulière sur le produit de la vente de l'immeuble visé, au lieu de n'avoir droit qu'à la priorité *pari passu* prévue au plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. C'est un résultat qui me paraît contraire à l'intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction.

13

This Court confirmed and extended this approach to the relationship between the *Bankruptcy Act* and provincial law in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785. Section 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, provided that the provincial Workers' Compensation Board retained a "charge upon the property or proceeds of property of the employer" for unpaid assessments under the Act. The question before the Court was whether this provision rendered the Board a secured creditor of the bankrupt employer for the purposes of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* which subjected the list of preferred claims "to the rights of secured creditors", or whether the Board's claim was postponed to s. 107(1)(h) which expressly addressed "all indebtedness of the bankrupt under any Workers' Compensation Act".

14

A majority of the Court ruled that the Board was not a secured creditor and could only recover under s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Speaking for the majority on this point, Wilson J. cited approvingly (at pp. 804-5) the following remarks of Jones J.A. in *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (N.S.C.A.), at p. 260, on the ratio of the *Re Bourgault* decision:

Mr. Justice Pigeon made it abundantly clear that priorities of provincial claims must be determined in accordance with s. 107(1) of the Bankruptcy Act notwithstanding any statutory preference to the contrary. Debts under the Workers' Compensation Act fall under s. 107(1)(h) of the Act. Claims for wages are governed by s. 107(1)(d). With deference, it is not open to the province to provide any higher or more extensive priority for wages in view of the express provisions contained in that clause. It is clear from [Re Bourgault] that the provincial Crown cannot claim as a secured creditor under the Bankruptcy Act, notwithstanding the form of the

Notre Cour a confirmé et élargi cette analyse du lien entre la *Loi sur la faillite* et le droit provincial dans l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785. L'alinéa 78(4)a de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, prévoyait que la Worker's Compensation Board (la Commission) détenait une charge [TRADUCTION] «[grevant] les biens ou le produit des biens de l'employeur» relativement aux cotisations impayées au sens de la Loi. La question soulevée devant notre Cour était de savoir si cette disposition faisait de la Commission un créancier garanti de l'employeur failli, aux fins de l'application des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, qui assujettissaient la liste des réclamations privilégiées aux «droits des créanciers garantis», ou si la réclamation de la Commission relevait de l'al. 107(1)(h) qui visait explicitement «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail».

Notre Cour à la majorité a statué que la Commission n'était pas un créancier garanti et qu'elle ne pouvait recouvrer qu'en vertu de l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité sur ce point, le juge Wilson cite en les approuvant (aux pp. 804 et 805) les remarques suivantes que le juge Jones a formulées dans l'arrêt *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (C.A.N.-É.), à la p. 260, quant au raisonnement de l'arrêt *Re Bourgault*:

[TRADUCTION] Monsieur le juge Pigeon a dit très clairement que les priorités des réclamations fondées sur la loi provinciale se déterminent selon le par. 107(1) de la Loi sur la faillite nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire. Les dettes contractées en vertu de la Workers' Compensation Act tombent sous le coup de l'al. 107(1)(h) de la Loi. Les réclamations pour salaires sont régies par l'al. 107(1)(d). Avec égards, il n'est pas loisible à la province d'accorder une priorité plus grande ou plus étendue pour les salaires vu les dispositions expresses de cet alinéa. Il ressort clairement de l'arrêt [Re Bourgault] que Sa Majesté du chef de la province ne peut faire valoir de réclamation à titre de créancière garantie en vertu de la Loi sur la faillite, en dépit de la formulation de la loi provinciale, si la réclamation est

provincial legislation, where the claim is governed by s. 107(1) of the Bankruptcy Act. [Emphasis added.]

In the same vein, Wilson J. later added the following important comments at p. 806:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) [now s. 136(1)] of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me . . . [This position] cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

Having concluded that the case was governed by *Re Bourgault*, the majority of the Court considered the question of the appropriate response to the constitutional question: Was the provincial legislation inapplicable or inoperative? Wilson J. (McIntyre J. and Lamer J. (as he then was) concurring) noted that by virtue of the presumption of constitutionality, a province should be presumed to be legislating within its competence rather than outside it. As a result, she concluded that there was no conflict between s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* since the former should be construed or read down as simply having no application in the event of bankruptcy (p. 808). By contrast, Chouinard J. (Dickson J. (as he then was) and Beetz J. concurring) agreed with the body of Wilson J.'s reasons but ruled that s. 78(4) was inoperative in the event of

régie par le par. 107(1) de la Loi sur la faillite. [Je souligne.]

Dans la même veine, le juge Wilson ajoute ensuite les importants commentaires suivants, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) [maintenant le par. 136(1)] de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. [. . .] Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Après avoir conclu que l'arrêt *Re Bourgault* était applicable, notre Cour à la majorité a examiné la façon dont il convenait de répondre à la question constitutionnelle: la loi provinciale était-elle inapplicable ou inopérante? Le juge Wilson (avec l'appui des juges McIntyre et Lamer (maintenant Juge en chef)) a souligné qu'il y avait lieu de tenir pour acquis, en vertu de la présomption de constitutionnalité, qu'une province légifère dans le cadre de sa compétence. C'est pourquoi elle a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, et l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* puisque la disposition provinciale devait être considérée comme étant tout simplement inapplicable en cas de faillite (p. 808). Par contre, le juge Chouinard (avec l'appui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) et du juge Beetz) s'est dit d'accord avec l'ensemble des motifs du

bankruptcy since it conflicted with s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* (pp. 788-89).

juge Wilson, mais a conclu que le par. 78(4) était inopérant en cas de faillite puisqu'il entraînait en conflit avec l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* (pp. 788 et 789).

17 This Court's decision in *Deloitte Haskins* is thus "significant because it confirms that any statutory lien conferred by a province on creditors listed in [s. 136] will nonetheless be inoperative [or inapplicable] in bankruptcy proceedings" (Dadson, *supra*, at p. 758).

L'arrêt *Deloitte Haskins* de notre Cour est donc [TRADUCTION] «important parce qu'il confirme que tout privilège d'origine législative accordé par une province à des créanciers figurant sur la liste énumérée à [l'art. 136] sera néanmoins inopérant [ou inapplicable] dans des procédures de faillite» (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 758).

18 The third decision in the bankruptcy quartet is *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*). Subject to certain restrictions, s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (now s. 69(2)), entitled a secured creditor to "realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed". The question before the Court was whether federal or provincial law determined the order of priorities of distribution when a secured creditor availed himself of s. 49(2) to liquidate his security outside of the bankruptcy proceedings. Interestingly, the provincial security interest was a privilege registered on the debtor's immovable property by the Commission de la santé et de la sécurité du travail under s. 110(1) of the *Quebec Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3, which ranked its privilege as a claim "ranking immediately after law costs without registration".

Le troisième arrêt du quatuor en matière de faillite est *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*). Sous réserve de certaines restrictions, le par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (maintenant le par. 69(2)), permettait à un créancier garanti de «réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer si le présent article n'eût pas été adopté». Notre Cour devait déterminer laquelle de la loi fédérale ou de la loi provinciale déterminait l'ordre de priorité en matière de partage lorsqu'un créancier garanti se prévalait du par. 49(2) pour liquider sa garantie en dehors des procédures de faillite. Fait intéressant, la garantie de la province était un privilège enregistré sur le bien immobilier de la débitrice par la Commission de la santé et de la sécurité du travail, en vertu du par. 110(1) de la *Loi sur les accidents du travail* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. A-3, qui classait son privilège comme une réclamation «prenant rang immédiatement après les frais de justice sans enregistrement».

19 Speaking for the Court, Lamer J. noted at p. 1066 that this provincial legislation was in direct conflict with the *Bankruptcy Act*:

S'exprimant au nom de notre Cour, le juge Lamer fait remarquer, à la p. 1066, que la loi provinciale est directement en conflit avec la *Loi sur la faillite*:

If the provincial law rules prevail, respondent is a secured creditor and its debt ranks before that of the trustee. If on the other hand the *Bankruptcy Act* has priority, the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act determines the priority ranking. According to the decision of this Court in *Deloitte, supra*, respondent would then lose the benefit of its privilege and become

Si les règles du droit québécois doivent prévaloir, l'intimée est un créancier garanti et sa créance est colloquée avant celle du fiduciaire. Par ailleurs, si la *Loi sur la faillite* a préséance, le plan de répartition prévu à l'art. 107 de cette loi détermine l'ordre de collocation. Selon la décision rendue par cette Cour dans *Deloitte*, précité, l'intimée perd alors l'avantage de son privilège et

merely a preferred creditor, since its claim is dealt with by s. 107(1)(h)

After concluding that the immovable property remained "property of the bankrupt" within the meaning of s. 47 (now s. 67) of the *Bankruptcy Act* notwithstanding its seizure by the bankrupt's trustee and mandatary (p. 1068), Lamer J. stated at p. 1069:

The issue then is to determine what legislation, provincial or federal, applies here. A problem of the same type came before this Court in *Re Bourgault* and *Deloitte*, *supra*. In *Re Bourgault*, this Court held that in a bankruptcy matter s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* determines the priority of any claim covered by that provision. A provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. To borrow the words of Pigeon J. (at p. 44), "Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority". Similarly, the majority of the Court in *Deloitte* held that a creditor who holds a privilege under a provincial statute cannot claim the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act* so as to avoid the order of distribution of s. 107 of the Act. In the event of bankruptcy, priorities are exclusively a matter for federal jurisdiction. [Emphasis added.]

It is important to stress that the respondent in *FBDB* sought to distinguish the Court's earlier decisions of *Re Bourgault* and *Deloitte Haskins*. Lamer J. stated the respondent's argument thus (at p. 1070):

. . . respondent is arguing that, as the hypothecated property was liquidated outside the bankruptcy proceeding, without involvement by the trustee in bankruptcy, the solution must be sought not in federal but in Quebec law. Respondent added that, as the trustee chose to realize his security himself outside the bankruptcy, he must bear the consequences of that choice and accept the order of collocation determined by provincial statutes.

But the Court rejected this attempt to circumvent the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Lamer J. ruled at p. 1071:

devient un simple créancier privilégié, puisque sa réclamation est prévue à l'al. 107(1)(h)

Après avoir conclu que le bien immobilier demeurerait «un bien du failli» au sens de l'art. 47 (maintenant l'art. 67) de la *Loi sur la faillite*, même s'il avait été saisi par le fiduciaire et mandataire du failli (p. 1068), le juge Lamer affirme, à la p. 1069:

Il convient donc de déterminer quelle législation — provinciale ou fédérale — s'applique en l'occurrence. Un problème de même nature s'était soulevé devant nous dans les affaires *Re Bourgault* et *Deloitte*, précitées. Dans *Re Bourgault*, cette Cour a statué qu'en cas de faillite, l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* détermine la priorité de toute réclamation prévue à cette disposition. La loi provinciale ne peut aller à l'encontre du plan de répartition établi à l'art. 107 de la Loi. Pour reprendre les paroles du juge Pigeon, à la p. 44, «[l]e législateur fédéral a entendu mettre sur [un] pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité.» Continuant dans la même voie, la majorité de la Cour, dans l'affaire *Deloitte*, a conclu qu'un créancier qui détient un privilège en vertu d'une loi provinciale ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* pour éviter de se soustraire à l'ordre de distribution de l'art. 107 de la Loi. En cas de faillite, les priorités relèvent exclusivement de la compétence fédérale. [Je souligne.]

Il importe de souligner que l'intimée, dans l'arrêt *BFD*, cherchait à établir une distinction d'avec les arrêts *Re Bourgault* et *Deloitte Haskins* rendus antérieurement par notre Cour. Voici comment le juge Lamer formule l'argument de l'intimée (à la p. 1070):

Elle prétend [. . .] que, la liquidation du bien hypothéqué s'étant déroulée en dehors de la procédure de faillite, sans intervention du syndic, la solution au litige doit être recherchée, non pas dans la loi fédérale, mais dans le droit québécois. L'intimée ajoute que, le fiduciaire ayant choisi de réaliser lui-même sa garantie en marge de la faillite, il doit accepter les conséquences qui découlent de ce choix et, partant, se soumettre à l'ordre de collocation établi par les lois provinciales.

Cependant, notre Cour a rejeté cette tentative de contourner l'ordre de priorité prescrit par la *Loi sur la faillite*. Le juge Lamer décide ceci, à la p. 1071:

... I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. [Emphasis added.]

22

As a result, Lamer J. classified the respondent as a preferred creditor in s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. He accepted, at p. 1072, that this result might encourage secured creditors "to bring about the bankruptcy of their debtor in order to improve their title". Nevertheless, he was mindful that "this solution has obvious advantages". As he explained at p. 1072:

As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied; the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision. As provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another. [Emphasis added.]

23

Finally, in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at issue was whether the deemed statutory trust created by s. 18 of the *British Columbia Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, in favour of the province for provincial sales tax collected was a valid trust within the meaning of s. 47(a) (now s. 67(a)) of the *Bankruptcy Act*. Section 47(a) exempted "property held by the bankrupt in trust for any other person" from "[t]he property of a bankrupt divisible among his creditors". A majority of the Court ruled that this deemed statutory trust was not a valid trust. Instead, the province's claim for the monies collected under the purported trust was really a Crown preferred claim under s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, which covered "claims of the Crown... in right of Canada or of any province".

... j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit. [Je souligne.]

Le juge Lamer a donc qualifié l'intimée de créancière privilégiée visée par l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Il a reconnu, à la p. 1072, que cela pourrait inciter des créanciers garantis «à provoquer la faillite de leur débiteur en vue de bonifier leur titre». Il était néanmoins conscient que «cette solution présente des avantages évidents». Comme il l'explique, à la p. 1072:

Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre. [Je souligne.]

Enfin, dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, il s'agissait de déterminer si la fiducie réputée créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, en faveur de la province relativement à la taxe de vente provinciale perçue constituait une fiducie valide au sens de l'al. 47(a) (maintenant l'al. 67(a)) de la *Loi sur la faillite*. Cet alinéa prévoyait que «[l]es biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» ne comprenaient pas «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne». Notre Cour à la majorité a statué que la fiducie légale réputée ne constituait pas une fiducie valide. En fait, la réclamation de la province visant les sommes perçues en vertu de la prétendue fiducie constituait plutôt une réclamation privilégiée de la Couronne, au sens de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, qui visait les «réclamations [...] de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada».

Speaking for the majority, McLachlin J. noted at p. 30 that the impugned deemed statutory trust lacked the essential attributes of a trust under general principles of trust law, namely the possibility of being identified and traced. She stated at p. 33:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

Significantly, McLachlin J. also stated, at pp. 33-34, the Court's preference for an interpretation of s. 47(a) consistent with "the clear intention of Parliament, in enacting the *Bankruptcy Act*, of setting up a clear and orderly scheme for the distribution of the bankrupt's assets".

Moving to the nature of the legal interests created by s. 18 of the *Social Service Tax Act*, McLachlin J. noted at p. 34 that at the moment of collection the "trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law". However, she was cautious to note that the trust monies are soon mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property, and as a result they could not be traced. She observed at p. 34:

... as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt. [Emphasis added.]

McLachlin J. was thus at pains to stress that the reality of the property interest created by the

Le juge McLachlin a fait remarquer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 30, que la fiducie légale réputée qui était contestée ne possédait pas les attributs essentiels d'une fiducie selon les principes généraux du droit des fiducies, soit la possibilité d'identifier ou de retracer les biens. Elle affirme, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Fait révélateur, le juge McLachlin a aussi dit, à la p. 34, que notre Cour préférerait une interprétation de l'al. 47a) qui soit compatible avec «l'intention clairement exprimée par le législateur, en adoptant la *Loi sur la faillite*, d'établir un régime clair et ordonné de répartition de l'actif d'un failli».

Passant à l'examen de la nature des droits créés par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, le juge McLachlin a souligné, à la p. 34, qu'au moment de la perception «le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit». Cependant, elle a pris soin de préciser que les sommes en fiducie sont bientôt confondues avec d'autres sommes que détient le marchand et affectées à l'acquisition d'autres biens, de sorte qu'il est impossible de les retracer. Elle fait observer, à la p. 34:

... comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a donc pris soin de préciser que la substance du droit de propriété créé par la

province ought to govern over the form, and as a result the province's claim necessarily failed.

27 McLachlin J. also addressed the province's contention that it remained sovereign over the definition of what constitutes a trust. She made the following important observations at p. 35:

The province . . . argues that it is open to it to define "trust" however it pleases, property and civil rights being matters within provincial competence. The short answer to this submission is that the definition of "trust" which is operative for purposes of exemption under the *Bankruptcy Act* must be that of the federal Parliament, not the provincial legislatures. The provinces may define "trust" as they choose for matters within their own legislative competence, but they cannot dictate to Parliament how it should be defined for purposes of the *Bankruptcy Act*: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*. [Emphasis added.]

28 As a result, McLachlin J. ruled that the provincial legislation was inapplicable in bankruptcy and that the province's claim was governed by s. 107(1)(f) of the *Bankruptcy Act*.

(ii) The Principles and Philosophy Embodied in the Quartet

29 What principles should be distilled from the quartet? The intervenor Attorney General for Saskatchewan suggested that there are two possible interpretations of these decisions: what it called a broader "bottom line" approach which posits that "any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution"; and a narrower "jump the queue" approach to the effect that "the province cannot attempt to alter the position of a person within the scheme of distribution created by Parliament, vis à vis the other creditors who are claiming from the bankrupt's estate".

30 My colleague Iacobucci J. properly rejects the broader "bottom line" approach since, as he indi-

province devait l'emporter sur la forme, et que, par conséquent, la réclamation de la province devait nécessairement échouer.

Le juge McLachlin a aussi examiné l'argument de la province selon lequel il lui était entièrement loisible de définir ce qui constitue une fiducie. Elle fait les observations importantes suivantes, à la p. 35:

La province soutient [. . .] qu'il lui est loisible de définir le mot «fiducie» comme elle l'entend puisque la propriété et les droits civils relèvent de sa compétence. À cette affirmation, il suffit de répondre que la définition applicable du mot «fiducie» pour les fins des exceptions prévues à la *Loi sur la faillite* est celle du législateur fédéral et non celle des législateurs provinciaux. Les provinces peuvent définir à leur gré le mot «fiducie» pour les matières relevant de leur compétence, mais elles ne peuvent imposer au Parlement la définition que la fiducie doit recevoir pour les fins de la *Loi sur la faillite*: voir l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*. [Je souligne.]

En conséquence, le juge McLachlin a statué que la loi provinciale était inapplicable en matière de faillite et que la réclamation de la province était régie par l'al. 107(1)f) de la *Loi sur la faillite*.

(ii) Les principes et la philosophie qui se dégagent du quatuor d'arrêts

Quels principes devrait-on dégager du quatuor d'arrêts? L'intervenant le procureur général de la Saskatchewan affirme que ces arrêts peuvent s'interpréter de deux manières: ce qu'il appelle la méthode plus générale du «résultat final», qui part du principe voulant que [TRADUCTION] «chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage»; et la méthode plus restrictive de l'«anticipation de rang», selon laquelle [TRADUCTION] «la province ne peut tenter de modifier le rang d'une personne au sein du plan de répartition établi par le législateur fédéral, par rapport aux autres créanciers qui produisent une réclamation contre l'actif du failli».

Mon collègue le juge Iacobucci rejette à bon droit la méthode plus générale du «résultat final»

1995 CanLII 69 (SCC)

cates, such an approach “risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*” (para. 142). It is trite to observe that the *Bankruptcy Act* is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the *Bankruptcy Act* itself. Indeed, it is no exaggeration to say that there is no “bottom line” without provincial law. The “bottom line” approach is therefore not the appropriate characterization of the quartet.

However, even rejecting the simplistic “bottom line” approach, I do not agree that the quartet stands for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue”. In my opinion, the quartet embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. That philosophy cannot be captured in the pithy but limited proposition that the provinces cannot “jump the queue”.

The quartet is better stated, in my view, as standing for a number of related propositions which are themselves part of a consistent philosophy. In their lucid and thorough study of the quartet, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79, Andrew J. Roman and M. Jasmine Sweatman state that the quartet stands for the following four propositions:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once

car, comme il l’indique, une telle méthode «risque d’annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l’application de la *Loi sur la faillite*» (par. 142). C’est un truisme de dire que la *Loi sur la faillite* dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu’un débiteur déclare faillite. C’est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le «résultat final», mais cela est prévu par la *Loi sur la faillite* elle-même. En fait, il n’est pas exagéré de dire qu’il n’y a pas de «résultat final» en l’absence du droit provincial. La méthode du «résultat final» ne reflète donc pas correctement la pensée du quatuor d’arrêts.

Pendant, même si je rejette la méthode simpliste du «résultat final», je n’accepte pas que le quatuor d’arrêts signifie uniquement qu’il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces. À mon avis, il se dégage du quatuor une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu’il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Cette philosophie ne saurait s’exprimer par la proposition concise, mais restreinte, selon laquelle il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces.

À mon avis, il est préférable d’affirmer que le quatuor d’arrêts étaye un certain nombre de propositions connexes qui s’inscrivent elles-mêmes dans le cadre d’une philosophie cohérente. Dans leur étude lucide et approfondie du quatuor d’arrêts, intitulée «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77, aux pp. 78 et 79, Andrew J. Roman et M. Jasmine Sweatman affirment que le quatuor d’arrêts permet de formuler les quatre propositions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu’une loi provinciale puisse valablement modifier l’ordre de priorité dans un contexte

bankruptcy has occurred section 136(1) of the Bankruptcy Act determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;

- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the Bankruptcy Act this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; and
- (4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act.

autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la Loi sur la faillite qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;

- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la Loi sur la faillite, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite.

33 See also for concurrence with Roman and Sweatman's general conclusions drawn from the quartet, Jacob S. Ziegel, "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, at p. 45.

Voir aussi, à l'appui des conclusions générales que Roman et Sweatman tirent du quatuor d'arrêts, l'article de Jacob S. Ziegel, «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44, à la p. 45.

34 My colleague Iacobucci J. states at para. 141 that the quartet "stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative" (emphasis added). This statement falls within Roman and Sweatman's proposition 1. However, as my summary of those cases has hopefully indicated, the quartet is clearly not limited to provincial "laws which directly improve the priority of a claim". To quote Roman and Sweatman, *supra*, at p. 78:

Mon collègue le juge Iacobucci affirme, au par. 141, que le quatuor d'arrêts «étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*» (je souligne). Cela correspond à la première proposition de Roman et Sweatman. Cependant, comme mon résumé du quatuor l'a indiqué, je l'espère, le quatuor d'arrêts n'est clairement pas limité aux cas où des «lois provinciales [...] améliorent directement le rang d'une réclamation». Pour reprendre les propos de Roman et Sweatman, *loc. cit.*, à la p. 78:

... the reasoning in [the quartet] is not limited to trusts, nor to situations of colourable legislation attempting to give an artificial preference to government. Rather, these rulings are broad enough to encompass any potential area of conflict between provincial power to legislate in the area of property and civil rights, and exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency.

[TRADUCTION] ... le raisonnement [du quatuor d'arrêts] n'est aucunement limité aux fiducies ou aux cas de législation déguisée qui tente d'accorder une préférence artificielle au gouvernement. Ces arrêts ont plutôt une portée suffisamment large pour englober toute possibilité de conflit entre le pouvoir d'une province de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils d'une part, et la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, d'autre part.

1995 CanLII 09 (SCC)

In a similar vein these authors add at p. 81:

The Supreme Court of Canada's quartet of decisions, although dealing with provincial statutory trusts which affected priorities in bankruptcy, has progressively and finally provided a definite ruling on the relationship between priorities under the Bankruptcy Act and any other provincial statute which directly or indirectly affects priorities. [Emphasis in original.]

Importantly, they conclude at p. 105:

The law, in our opinion, is settled by these four judgments of the Supreme Court of Canada. In all four cases the issues were not whether the provinces could directly and blatantly attempt to alter the scheme of interests of secured and other creditors under what is now section 136(1) of the Bankruptcy Act. Rather, the issue was whether a province could indirectly influence priorities under the Bankruptcy Act. Even in this weaker version of influence, the Supreme Court of Canada has held that the provinces could not.

And in so concluding, they are also quick to caution at p. 106:

It is also incorrect to state that in all four cases the provinces attempted to redistribute or change priorities by explicitly elevating one of the lower ranked claims to a higher rank. As seen from an examination of the dissenting judgments in *Deloitte Haskins and Henfrey*, the provinces were not attempting specifically to target the bankruptcy situation but, rather, to create a general priority.

As a result, the "jump the queue" or "directly improve bankruptcy priorities" approach captures only part of the reasoning of the quartet. As Roman and Sweatman noted, in the *Deloitte Haskins and Henfrey Samson* cases, for example, the provinces were not directly or intentionally attempting to influence bankruptcy priorities. Rather, the provinces enacted laws of general application which sought to create a general priority not necessarily targeted to bankruptcy, but which had the effect of altering bankruptcy priorities. This Court nevertheless ruled that such pro-

Les auteurs ajoutent, dans la même veine, à la p. 81:

[TRADUCTION] Le quatuor d'arrêts de la Cour suprême du Canada, même s'il portait sur des fiducies établies par des lois provinciales qui modifiaient l'ordre de priorité en matière de faillite, a progressivement et finalement constitué une décision définitive sur le lien entre l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite et toute autre loi provinciale qui modifie directement ou indirectement cet ordre. [En italique dans l'original.]

Leur conclusion est à souligner, à la p. 105:

[TRADUCTION] À notre avis, ces quatre arrêts de la Cour suprême du Canada établissent les règles de droit applicables. Dans ces arrêts, la question en litige n'était pas de savoir si les provinces pouvaient directement et ouvertement tenter de modifier le régime des droits des créanciers garantis et autres en vertu de ce qui est maintenant le paragraphe 136(1) de la Loi sur la faillite. Il s'agissait plutôt de savoir si une province pouvait influencer indirectement l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite. Même en ce qui concerne cette forme plus faible d'influence, la Cour suprême du Canada a statué que les provinces ne pouvaient le faire.

Et, en tirant cette conclusion, ils s'empressent de faire la mise en garde suivante, à la p. 106:

[TRADUCTION] Il est également incorrect de dire que les provinces avaient, dans les quatre cas, tenté de modifier l'ordre de priorité en colloquant explicitement à un meilleur rang une réclamation de rang inférieur. Comme le révèle l'examen des motifs de dissidence rédigés dans les arrêts *Deloitte Haskins et Henfrey*, les provinces ne tentaient pas expressément de viser la situation de faillite, mais plutôt de créer un ordre général de priorité.

En conséquence, la méthode de l'«anticipation de rang» ou de l'«amélioration directe de l'ordre de priorité en matière de faillite» ne reflète qu'une partie du raisonnement du quatuor d'arrêts. Comme Roman et Sweatman l'ont fait remarquer, dans les arrêts *Deloitte Haskins et Henfrey Samson*, par exemple, les provinces ne tentaient ni directement ni intentionnellement d'influer sur l'ordre de priorité en matière de faillite. Les provinces avaient plutôt adopté des lois d'application générale qui cherchaient à créer un ordre général de priorité ne visant pas nécessairement les situa-

vincial laws were inapplicable in the event of bankruptcy.

36

I underline that the “effect” which Roman and Sweatman speak of is the effect on bankruptcy priorities (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 81-105). Consequently, clear conflict, that is an inconsistent or mutually exclusive result, which in this case entails a reordering of federal priorities, is necessary in order to declare a provincial law to be inapplicable in bankruptcy.

37

I also think it is important to emphasize the importance of Roman and Sweatman’s proposition 3. While I agree with my colleague Iacobucci J. that complete standardization of the distribution of property in bankruptcies is not possible across Canada having regard to the diversity of provincial laws relating to property and civil rights, yet the value of a national bankruptcy system is confirmed by the placing of bankruptcy under exclusive federal jurisdiction. As Professor Hogg has explained (*supra*, at pp. 25-1 and 25-2):

... debtors may move from one province to another, and may have property and creditors in more than one province. A national body of law is required to ensure that all of a debtor’s property is available to satisfy his debts, that all creditors are fairly treated, and that all are bound by any arrangements for the settlement of the debtor’s debts. Indeed, without these assurances, lenders would be reluctant to extend credit to persons who could evade their obligations simply by removing themselves or their assets across a provincial boundary.

Furthermore, as my overview of the quartet hopefully indicated, the goal of maintaining a nationally homogeneous system of bankruptcy priorities has properly been a constant concern of this Court. Were the situation otherwise, “Canada [would] have a balkanized bankruptcy regime which [would] diminish the significance of the exclusivity of federal jurisdiction over bankruptcy

tions de faillite, mais qui avaient pour effet de modifier l’ordre de priorité en matière de faillite. Notre Cour a néanmoins statué que ces lois provinciales n’étaient pas applicables en cas de faillite.

Je tiens à souligner que l’«effet» dont Roman et Sweatman parlent est l’effet sur l’ordre de priorité en matière de faillite (Roman and Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 81 à 105). En conséquence, pour qu’une loi provinciale soit déclarée inapplicable en matière de faillite, il doit exister un conflit évident, c’est-à-dire des exigences incompatibles ou qui s’excluent mutuellement, ce qui en l’espèce entraîne une modification de l’ordre de priorité fédéral.

J’estime aussi qu’il est important de souligner l’importance de la troisième proposition de Roman et Sweatman. Bien que je convienne avec mon collègue le juge Iacobucci qu’une normalisation complète du partage des biens en matière de faillite n’est pas possible au Canada, en raison de la diversité des lois provinciales sur la propriété et les droits civils, il reste que l’attribution au Parlement fédéral de la compétence exclusive en matière de faillite confirme l’importance d’un régime national en la matière. Comme l’explique le professeur Hogg (*op. cit.*, aux pp. 25-1 et 25-2):

[TRADUCTION] ... un débiteur peut déménager d’une province à l’autre et peut avoir des biens et des créanciers dans plus d’une province. Il faut un ensemble national de règles de droit pour garantir que tous les biens d’un débiteur puissent servir au règlement de ses dettes, que tous les créanciers soient traités équitablement et que tous soient liés par toute entente relative au règlement des dettes du débiteur. En fait, sans ces garanties, un prêteur hésiterait à faire crédit à une personne susceptible de se soustraire à ses obligations simplement en déménageant dans une autre province ou en y transférant ses biens.

De plus, comme mon aperçu du quatuor d’arrêts l’indique, je l’espère, notre Cour s’est, avec raison, constamment intéressée à l’objectif du maintien d’un ordre de priorité homogène à l’échelle nationale en matière de faillite. Si ce n’était pas le cas, [TRADUCTION] «Je Canada [aurait] un régime de faillite balkanisé qui diminue[rait] l’importance de la compétence fédérale exclusive en matière de

and insolvency Otherwise there could be a different scheme in every jurisdiction; ten different bankruptcy regimes would make ordinary commercial affairs extremely complex, unwieldy and costly, not only for Canadians but also for our international trading partners” (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 80 and 104). This is a prospect which this Court has been acutely mindful of in the past, and its vigilance has ensured the continuing vitality of our nation’s bankruptcy legislation. In my view, its past vigilance commends itself to the present and, barring an amendment to s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, also to the future.

In this regard, I agree with Iacobucci J., at para. 147, that a bankruptcy priority is a category, and also that provincial law may result in the content of such categories being different from province to province. However, provincial law does not and cannot define the content of bankruptcy priorities or categories without limitation. Indeed, crucial limitation is imposed by the order of priorities in the *Bankruptcy Act* itself. Thus, while individual provinces can define and rank categories such as “secured creditor” and “trust” as they each have their own purposes, those provincial laws which enter into conflict with the provisions of the *Bankruptcy Act* are simply without application in bankruptcy. Such, indeed, was this Court’s unequivocal holding in *Re Bourgault, Deloitte Haskins*, and *FBDB* with respect to “secured creditors” and in *Henfrey Samson* with respect to “trusts”.

Finally, I would observe that while in agreement with the above four propositions as embodying the reasoning of the quartet, in my view the list would be more complete with the addition of a fifth and sixth, as follows:

(5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance.

faillite et d’insolvabilité [. . .] Il pourrait exister un régime différent dans chaque province; l’existence de dix régimes différents en matière de faillite rendrait les activités commerciales courantes extrêmement complexes, lourdes et coûteuses, non seulement pour les Canadiens mais aussi pour nos partenaires commerciaux internationaux» (Roman et Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 80 et 104). C’est une possibilité dont notre Cour a été fort consciente dans le passé, et c’est grâce à sa vigilance que la législation canadienne en matière de faillite conserve toute sa vitalité. À mon avis, sa vigilance passée est encore de mise aujourd’hui et le sera dans l’avenir, à moins d’une modification du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À cet égard, je suis d’accord avec le juge Iacobucci pour dire qu’une priorité en matière de faillite est une catégorie, et que le droit provincial peut faire en sorte que le contenu de ces catégories varie d’une province à l’autre (par. 147). Cependant, le droit provincial ne définit pas ni ne peut définir sans restriction le contenu des priorités ou des catégories en matière de faillite. En fait, l’ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* elle-même constitue une restriction cruciale. Ainsi, bien que chaque province puisse définir et colloquer à ses propres fins des catégories comme celles des «créanciers garantis» et des «fiducies», les lois provinciales qui entrent en conflit avec les dispositions de la *Loi sur la faillite* sont tout simplement inapplicables en matière de faillite. En fait, c’est la conclusion à laquelle notre Cour est clairement arrivée quant aux «créanciers garantis» dans les arrêts *Re Bourgault, Deloitte Haskins* et *BFD*, et quant aux «fiducies» dans l’arrêt *Henfrey Samson*.

Enfin, bien que je reconnaisse que les quatre propositions susmentionnées résument le raisonnement adopté dans le quatuor d’arrêts, je suis d’avis que cette liste serait plus complète si on ajoutait les cinquième et sixième propositions suivantes:

(5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l’emporte sur le fond. Les provinces n’ont pas

The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;

- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;

- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

40

I would hope that these propositions need little if any explanation or defence. They are clearly important principles at work in McLachlin J.'s reasons for the majority of the Court in *Henfrey Samson* in concluding that while the province was clearly entitled to define "trust" as it chose for the purposes of provincial law, the substance of the interest created was what was really relevant for the purpose of applying the *Bankruptcy Act*. Furthermore, there was no suggestion in that case that the province intended to subvert the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*. Instead, it had simply enacted a valid law of general application pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights in the province, and was attempting to give itself a general priority with respect to collected but unpaid sales tax revenues. The Court ruled that the legislation was only inapplicable upon the occurrence of bankruptcy, because it was then that, if it had been applicable, it would have had the effect of conflicting with the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*.

J'espère que ces propositions n'ont pas vraiment besoin d'être expliquées ou défendues. Ce sont, de toute évidence, d'importants principes qui se dégagent des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Henfrey Samson*, où elle a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que même si la province était clairement habilitée à définir à sa guise le terme «fiducie» pour les fins du droit provincial, le fond du droit créé était ce qui était réellement pertinent pour les fins de l'application de la *Loi sur la faillite*. De plus, rien n'indiquait dans cet arrêt que la province avait l'intention de modifier le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Elle avait plutôt simplement adopté une loi valide d'application générale conformément à sa compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils, et elle tentait de s'attribuer une priorité générale relativement aux revenus perçus mais non remis au titre de la taxe de vente. Notre Cour a statué que la loi en cause n'était inapplicable qu'en cas de faillite parce que c'est dans ce cas que son application entraînerait un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*.

1995 CanLII 69 (SCC)

41

What is more, these fifth and sixth propositions bear a close family resemblance to the doctrine of colourability. In describing the colourability doctrine, Professor Hogg has observed (*supra*, at p. 15-17):

The courts are, of course, concerned with the substance of the legislation to be characterized and not merely its form. The "colourability" doctrine is invoked when a statute bears the formal trappings of a matter within jurisdiction, but in reality is addressed to a matter outside jurisdiction.

Qui plus est, ces cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir. En décrivant cette théorie, le professeur Hogg fait remarquer (*op. cit.*, à la p. 15-17):

[TRADUCTION] Les tribunaux s'intéressent, bien entendu, au fond de la loi à qualifier et non simplement à sa forme. On invoque la théorie du «détournement de pouvoir» lorsqu'une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence.

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 496-97, *per* Sopinka J. for the Court. The con-

Voir aussi l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 496 et 497, le juge Sopinka, au

cern raised by colourable legislation has also been phrased thus: "it is a very familiar principle that you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly" (*Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (P.C.), at pp. 627-28; see also *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 310).

There are, however, two fundamental differences between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6. First, the doctrine of colourability is a concept which is only applicable in assessing the threshold question of the validity of the impugned legislation, which is to say, its pith and substance. The above propositions, by contrast, continue to apply after having determined the validity of the impugned provincial law when assessing its applicability in the exclusive federal sphere of bankruptcy (see Hogg, *supra*, at p. 15-25). In the case at bar, it has been accepted that the provincial law is valid within its sphere; the question is as to its applicability outside its sphere, when it intrudes into the exclusive federal sphere of bankruptcy and conflicts with federal bankruptcy legislation.

In light of this distinction, it will be evident that none of the quartet cases were concerned with colourable provincial legislation. There was no question as to the validity of the impugned legislation in any of the quartet. Those cases are devoid of any suggestion that the impugned laws were anything other than provincial laws of general application, and thus validly enacted laws under the provinces' exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights. Instead, those cases were only concerned with the applicability of provincial laws in bankruptcy, not their validity.

This last observation is also an important additional reason why I respectfully believe that it is inaccurate to interpret the quartet as only prohibiting legislation which "directly improves the priority of a claim". Such a characterization suggests

nom de la Cour. Voici comment on a aussi formulé la préoccupation soulevée par la législation déguisée: [TRADUCTION] «il est un principe très connu selon lequel on ne peut faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement» (*Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (C.P.), aux pp. 627 et 628; voir aussi *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 310).

Cependant, il existe deux différences fondamentales entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions susmentionnées. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant la question préliminaire de la validité de la loi attaquée, c.-à-d. son caractère véritable. Par contre, les propositions susmentionnées continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée, au moment d'en déterminer l'applicabilité au domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite (voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-25). En l'espèce, on a reconnu que la province avait adopté une loi valide à l'intérieur de son champ de compétence; la question est alors de savoir si elle est applicable en dehors de ce champ, lorsqu'elle empiète sur le domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite, et entre en conflit avec la loi fédérale sur la faillite.

Compte tenu de cette distinction, on se rendra compte qu'aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Il n'était pas question de la validité des lois qui y étaient attaquées. On n'y laisse aucunement entendre que les lois attaquées étaient autre chose que des lois provinciales d'application générale, qui avaient donc été valablement adoptées en vertu de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils. Ces arrêts ne portaient plutôt que sur l'applicabilité des lois provinciales en matière de faillite, et non sur leur validité.

Cette dernière observation est aussi une raison importante pour laquelle j'estime, en toute déférence, qu'il est inexact de considérer que le quatuor d'arrêts n'interdit que les lois qui «améliorent directement le rang d'une réclamation». Une telle

that the quartet was concerned with the validity of the impugned laws. However, if the provinces had been attempting to improve the priority of their claims in bankruptcy directly, presumably this Court would simply have declared their laws to be *ultra vires* and invalid for being in relation to an exclusive federal matter, and no question of applicability or operability would ever have arisen.

caractérisation porte à croire que les arrêts du quatuor portaient sur la validité des lois attaquées. Cependant, si les provinces avaient tenté d'améliorer directement le rang de leurs réclamations en matière de faillite, notre Cour aurait vraisemblablement déclaré leurs lois inconstitutionnelles et non valides pour le motif qu'elles portaient sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et la question de leur applicabilité ne se serait jamais posée.

45

The second crucial distinction between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6 is that the doctrine of colourability often connotes a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere (see Elizabeth Edinger, "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203, at pp. 206-11, and Albert S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494). But even without such an intention, provincial legislation can quite evidently have the effect of trespassing onto an exclusive federal domain, and would thus be equally subject to an examination as to its applicability in the federal sphere. Were the situation otherwise, our constitutional law would countenance the absurd situation that valid provincial legislation of general application which entered into clear conflict with a valid federal law promulgated in an exclusive federal sphere would be exempt from constitutional challenge. In short, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. It is the fact of intrusion, and not the intention to intrude, which is determinative for division of powers purposes.

La deuxième distinction cruciale qui existe entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions réside dans le fait que la théorie du détournement de pouvoir laisse souvent entendre qu'il existe une intention du législateur d'empiéter sur un chef de compétence fédérale exclusive (voir Elizabeth Edinger, «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203, aux pp. 206 à 211, et Albert S. Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, à la p. 494). Cependant, même en l'absence de cette intention, une loi provinciale peut de toute évidence avoir pour effet d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et donner ainsi lieu à un examen de son applicabilité dans le domaine de compétence fédérale. S'il en était autrement, notre droit constitutionnel se trouverait à admettre la situation absurde dans laquelle une loi provinciale valide d'application générale, qui entre nettement en conflit avec une loi fédérale valide adoptée dans un domaine de compétence fédérale exclusive, échapperait à toute contestation de nature constitutionnelle. Bref, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement en soi, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

46

As a result, the inquiry in the case at bar must be limited to assessing whether, if applied in bankruptcy, the effect of s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, would be to conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. It is this question which I now address.

En conséquence, l'examen en l'espèce ne doit viser qu'à déterminer si l'application en matière de faillite de l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan aurait pour effet d'engendrer un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

1995 CanLII 69 (SCC)

C. *Application of the Quartet to Section 133 of the Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*

(i) The Nature of the Legal Interest Created by Section 133

As I indicated earlier, it is important to examine the operation of s. 133 as a whole in order to address the issue raised in this appeal. This provision creates a curious scheme of liability. Section 133(1) imposes a duty on a principal to ensure that its contractor pays into the Workers' Compensation fund, and declares the principal absolutely liable for those payments in the event of the contractor's default. Using the language of the Civil Law, one might say that the principal (or owner) is under an obligation of diligence or means to ensure that the contractor makes its payments, and in the event of the contractor's default the principal is under an obligation of guarantee to the Board for those payments (see Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 8-14). Section 133(3) then entitles the principal to withhold and indemnify itself from any funds owing to the contractor if the principal is deemed liable for the contractor's debt to the Board. In other words, it entitles a principal to set off against monies owing to the contractor the principal's claim for having paid the contractor's assessments. Finally, s. 133(4) empowers the Board to determine all questions as to the right and amount of the principal's indemnity for discharging the contractor's obligation.

In essence, under this scheme the principal is the surety or guarantor of the contractor's obligation, with the right and extent of the principal's indemnification from the withheld funds being determined by the provincial Workers' Compensation Board. It is abundantly clear that it is the contractor's obligation which is primarily in issue, since s. 133(3) entitles the principal to be indemnified "by

C. *Application du quatuor d'arrêts à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan*

(i) La nature du droit créé par l'art. 133

Comme je l'ai déjà indiqué, il importe d'examiner globalement l'application de l'art. 133 pour trancher la question soulevée en l'espèce. Cette disposition crée un étrange régime de responsabilité. En vertu du par. 133(1), le commettant a l'obligation de veiller à ce que l'entrepreneur effectue ses paiements à la caisse des accidents de travail, et il est entièrement responsable de ces paiements si l'entrepreneur néglige de les faire. Pour reprendre les termes du droit civil, le commettant (ou propriétaire) est tenu, en vertu d'une obligation de diligence ou de moyens, de s'assurer que l'entrepreneur effectue ses paiements, et il a, en cas de défaut de ce dernier, une obligation de garantie envers la Commission relativement à ces paiements (voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), aux pp. 8 à 14). Le paragraphe 133(3) habilite ensuite le commettant à faire des retenues et à s'indemniser sur toute somme due à l'entrepreneur dans la mesure où il est considéré comme responsable de la dette de l'entrepreneur envers la Commission. En d'autres termes, cette disposition habilite un commettant à opérer compensation entre les sommes dues à l'entrepreneur et sa réclamation, du fait qu'il a payé les cotisations de l'entrepreneur. Enfin, le par. 133(4) habilite la Commission à trancher toutes les questions relatives au droit du commettant d'être indemnisé et au montant de cette indemnité, du fait qu'il a satisfait à l'obligation de l'entrepreneur.

Sous ce régime, le commettant est essentiellement la personne qui se porte caution ou le répondant de l'obligation de l'entrepreneur, et c'est la commission des accidents du travail de la province qui détermine le droit du commettant d'être indemnisé sur les fonds retenus, ainsi que le montant de cette indemnité. Il est très clair que c'est l'obligation de l'entrepreneur qui est principale-

any person who should have made the payment” (emphasis added).

Furthermore, when ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by this legislation, the principal's right to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor in the event that the principal is deemed responsible for the contractor's liability means that the principal will ultimately not be responsible for that liability. Instead, the debt to the Board is effectively discharged with property of the contractor when the principal exercises its right of set-off. Differently put, when ss. 133(1) and (3) operate together, the principal is no worse off after having acted as the contractor's surety. The principal's estate or, to use Civil Law terminology, its patrimony remains entirely unaffected even after discharging its "personal" liability to the Board. As a result of the principal's right of set-off against monies owing to the contractor, it is the contractor's estate or patrimony which is diminished to the extent of the assessments owing to the Board. The reality of this scheme, then, is that the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal.

I would add that this is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset. Nor does the Board have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments, as it would if the principal and contractor were jointly and severally liable for the assessments. (See, for the accepted definitions of joint and several liability: Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 350-51; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 49-50; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 899 (per Dickson J. as he then was).) Instead, upon default a personal liability of the principal is created for the amount owed by the contractor. As a result, the principal is compelled

ment en cause puisque le par. 133(3) donne au commettant le droit d'être indemnisé «par toute personne qui aurait dû faire ce paiement» (je souligne).

De plus, si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble comme le prévoit la loi, le droit du commettant, lorsqu'il est considéré comme responsable de l'obligation de l'entrepreneur, de faire des retenues et d'être indemnisé sur les sommes dues à cet entrepreneur, signifie que le commettant ne sera pas en dernière analyse responsable de cette obligation. La dette envers la Commission est plutôt réglée sur les biens de l'entrepreneur lorsque le commettant exerce son droit de compensation. En d'autres termes, lorsque les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, le commettant n'est pas dans une situation pire après avoir agi à titre de caution de l'entrepreneur. L'actif du commettant ou son patrimoine, pour employer la terminologie du droit civil, ne change pas même après qu'il se soit acquitté de son obligation «personnelle» envers la Commission. Vu que le commettant possède un droit d'opérer compensation sur les sommes dues à l'entrepreneur, c'est l'actif ou le patrimoine de ce dernier qui se trouve diminué dans la mesure des cotisations dues à la Commission. Ce régime prévoit en fait que l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

J'ajouterais qu'il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ. La Commission n'est pas non plus libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse, comme ce serait le cas si le commettant et l'entrepreneur étaient solidairement responsables des cotisations. (Pour les définitions reconnues de la responsabilité solidaire, voir Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 350 et 351; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 49 et 50; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, à la p. 899 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef).) En cas de défaut, naît une obligation personnelle du commettant pour la somme due

by statute to act as the surety for the contractor's obligation to the Board. I therefore believe that it is more accurate to characterize this provision as creating a form of involuntary, statutory suretyship. It is of course arguable that when the Board deems the principal liable for the contractor's default, they are jointly and severally liable for the assessment, even though the provision does not so specify expressly. But even this would only be an incident of the statutory suretyship in s. 133.

It is also clear that while formally the contractor is potentially liable for two debts, namely the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment, the reality is that these are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor. This point was well stated by Swinfen Eady L.J. in discussing the nature of suretyship in *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, at pp. 47-48, followed in *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, at p. 300 (Man. C.A.):

It may well be that technically there are two claims against the debtor in respect of the transaction and two separate liabilities of the debtor arising out of the transaction. One of these is the debtor's liability to the bank for the money that he owed. The other, which is a separate liability arising out of the contract of guarantee, is the debtor's liability to indemnify the sureties in respect of their liability to the principal creditor. Technically, they are two separate liabilities, but in substance they are the same; and in respect of that liability there could not be a double proof against the estate. [Emphasis added.]

As a result, in light of the wording of s. 133 creating a form of involuntary suretyship, I would respectfully qualify Iacobucci J.'s characterization of this provision as imposing joint and several lia-

par l'entrepreneur. En conséquence, le commettant est tenu, en vertu de la Loi, d'agir à titre de caution relativement à l'obligation de l'entrepreneur envers la Commission. J'estime donc qu'il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire. On peut certes soutenir que, lorsque la Commission juge le commettant responsable de la cotisation en cas de défaut de l'entrepreneur, ceux-ci sont solidairement responsables de cette cotisation, même si la disposition ne le prévoit pas expressément. Cependant, même cela ne serait qu'un accessoire du cautionnement légal prévu à l'art. 133.

Il est également clair que, même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes, à savoir celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question, il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur. Ce point a été bien exposé par le lord juge Swinfen Eady lorsqu'il a examiné la nature du cautionnement dans *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, aux pp. 47 et 48, suivi dans *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, à la p. 300 (C.A. Man.):

[TRADUCTION] En principe, il se peut qu'il y ait deux réclamations contre le débiteur à l'égard de l'opération et que cette dernière ait donné naissance à deux obligations distinctes du débiteur. L'une de ces obligations est celle que le débiteur a envers la banque relativement à l'argent qu'il lui doit. L'autre, qui constitue une obligation distincte découlant du contrat de garantie, est l'obligation du débiteur d'indemniser les cautions relativement à l'obligation qu'elles ont envers le créancier commettant. Il s'agit en principe de deux obligations distinctes, mais au fond c'est la même; il n'était pas possible, relativement à cette obligation, de réclamer deux fois contre la faillite. [Je souligne.]

En définitive, compte tenu du libellé de l'art. 133 qui crée une forme de cautionnement involontaire, j'apporterais en toute déférence une réserve à la qualification de solidaire que le juge Iacobucci

bility on the principal and the contractor for the unpaid assessments (see paras. 129, 183, 184).

attribue à la responsabilité imposée par cette disposition au commettant et à l'entrepreneur relativement aux cotisations impayées (voir les par. 129, 183 et 184).

53 With these preliminary remarks on the structure of the scheme of liability in s. 133 in mind, it is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

En gardant à l'esprit ces remarques préliminaires sur l'économie du régime de responsabilité établi à l'art. 133, il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

54 Read in this way, s. 133 creates a straightforward security device. This device secures the claim of the Board. When s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), the principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which are otherwise owed to the contractor. In other words, the principal essentially transfers an asset of the contractor (i.e., monies owing from the principal to the contractor) to the Board. This is because it is the contractor's liability for unpaid assessments which is imposed on the principal, and the contractor's monies which are withheld as security in order to be paid to the Board for the contractor's default. While s. 133(1) speaks of the principal's personal liability in the event of the contractor's default, the reality of the matter is that it is the contractor who is still liable, since as a result of s. 133(3) monies owing to the contractor are used to satisfy the debt owing to the Board. The contractor's patrimony is diminished to the extent of the liability to the Board for the unpaid assessment, whereas the size of the principal's patrimony remains unaffected. The net effect is thus that the contractor's liability is discharged out of its own property, and not from any property of the principal. The exercise of set-off, triggered by the

Suivant cette interprétation, l'art. 133 crée un simple instrument de garantie. Cet instrument garantit la réclamation de la Commission. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, le commettant ne devient rien d'autre qu'un intermédiaire dont le rôle est de transférer à la Commission des sommes par ailleurs dues à l'entrepreneur. En d'autres termes, le commettant se trouve essentiellement à transférer à la Commission un élément d'actif de l'entrepreneur (c.-à-d., les sommes qu'il doit à l'entrepreneur). Il en est ainsi parce que c'est l'obligation de l'entrepreneur au titre des cotisations impayées qui est imposée au commettant, et parce que ce sont les sommes de l'entrepreneur qui sont retenues à titre de garantie pour être versées à la Commission en cas de défaut de la part de l'entrepreneur. Bien que le par. 133(1) précise que le commettant est personnellement responsable en cas de défaut de la part de l'entrepreneur, il reste que c'est l'entrepreneur qui l'est toujours puisque, par application du par. 133(3), les sommes qui lui sont dues servent à régler la dette envers la Commission. Le patrimoine de l'entrepreneur se trouve diminué proportionnellement à la dette envers la Commission au titre des cotisations impayées, alors que celui du commettant demeure intact. En

deemed debt, thus has the effect of securing the Board's claim against the contractor's assets.

(ii) Does Section 133 Apply in Bankruptcy?

It is apparent that it is the set-off component of this device, s. 133(3), which effects a security interest in property of the contractor. But the right to set-off is triggered — and thus the security interest created — by the Board when it decides to create a deemed debt and impose liability on the principal for the contractor's liability. This right is, of course, perfectly valid outside of bankruptcy. The question is whether it continues to apply or operate in bankruptcy. In order to answer this question, a few words about the operation of set-off in bankruptcy are in order.

(a) *The Operation of Set-Off in Bankruptcy*

In *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), Fletcher Moulton L.J. stated what has become one of the most accepted rationales for allowing set-off in bankruptcy (at p. 178):

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &, have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

(See also *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (N.B.K.B.), at pp. 157-58; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Con-*

fin de compte, ce sont les biens mêmes de l'entrepreneur qui servent à acquitter sa dette et non ceux du commettant. L'exercice de compensation, auquel donne lieu la dette réputée, a donc pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

(ii) L'article 133 s'applique-t-il en matière de faillite?

Il est évident que c'est l'élément «compensation» de cet instrument, au par. 133(3), qui crée une garantie sur les biens de l'entrepreneur. Cependant, c'est la Commission qui déclenche l'application du droit à la compensation — et qui crée ainsi la garantie — lorsqu'elle décide d'établir une dette réputée et d'imposer au commettant une obligation relativement à la dette de l'entrepreneur. Ce droit est bien entendu parfaitement valide en dehors du contexte de la faillite. La question est de savoir s'il continue de s'appliquer en matière de faillite. Pour répondre à cette question, il convient de dire quelques mots au sujet de l'application de la compensation en matière de faillite.

a) *L'application de la compensation en matière de faillite*

Dans l'arrêt *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), le lord juge Fletcher Moulton a formulé ce qui est devenu l'une des justifications les plus acceptées de la compensation en matière de faillite (à la p. 178):

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc., n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

(Voir aussi *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (B.R.N.-B.), aux pp. 157 et 158; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton*

struction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (Alta. C.A.), at p. 184; and, for a particularly thorough and helpful discussion of the issues relating to set-off in bankruptcy and insolvency, see Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 157-223.)

Construction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (C.A. Alb.), à la p. 184; et pour un examen particulièrement approfondi et utile des questions de compensation dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité, voir Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), aux pp. 157 à 223.)

57 In the bankruptcy context, a right to set-off necessarily has the effect of securing the claim of the party claiming set-off against assets of the bankrupt's estate. This was recently recognized in unambiguous terms by Lord Hoffman in his speech for the unanimous House of Lords in *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. His Lordship stated at p. 964:

Bankruptcy set-off . . . affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use his indebtedness to the bankrupt as a form of security. Instead of having to prove with other creditors for the whole of his debt in the bankruptcy, he can set off pound for pound what he owes the bankrupt and prove for or pay only the balance.

58 The security character of set-off is also borne out in several academic authorities. John A. M. Judge and Margaret E. Grotenthaler note in their article "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91, in discussing equitable set-off, which alone operates in the context of an assignment (at p. 92):

The application of equitable set-off answers, in whole or in part, the plaintiff's claim. In this sense it has a self-help remedial aspect. Because equitable set-off applies as against an assignee, a security interest is effectively created in favour of the defendant which takes priority over the claim of the assignee. [Emphasis added.]

They later add (at p. 117):

If successful on his equitable set-off, the defendant's claim will be paid in full, or at least to the extent of the plaintiff's claim. Therefore, equitable set-off in effect

Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. Cela a récemment été clairement reconnu par lord Hoffman dans les propos qu'il a tenus au nom de la Chambre des lords à l'unanimité, dans l'arrêt *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. Sa Seigneurie dit à la p. 964:

[TRADUCTION] La compensation en matière de faillite [. . .] touche les droits substantiels des parties en permettant au créancier du failli de se servir de sa dette envers le failli comme une forme de garantie. Au lieu d'avoir à faire une preuve avec les autres créanciers relativement à l'ensemble de sa créance dans la faillite, il peut opérer compensation pour une somme égale à sa dette envers le failli et faire seulement une preuve relative au solde ou payer ce solde.

Plusieurs auteurs reconnaissent également que la compensation tient d'une garantie. John A. M. Judge et Margaret E. Grotenthaler précisent dans leur article intitulé «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91, relativement à l'examen de la compensation en *equity* qui est la seule à s'appliquer dans le contexte d'une cession (à la p. 92):

[TRADUCTION] L'application de la compensation en *equity* satisfait, en totalité ou en partie à la réclamation de la partie demanderesse. En ce sens, elle comporte un aspect d'autoredressement. Du fait que la compensation en *equity* s'applique contre un cessionnaire, il y a en réalité création d'une garantie en faveur de la partie défenderesse, qui a priorité sur la réclamation du cessionnaire. [Je souligne.]

Ils affirment plus loin (à la p. 117):

[TRADUCTION] Si la partie défenderesse réussit à faire appliquer la compensation en *equity*, sa réclamation sera réglée en totalité, ou tout au moins jusqu'à concurrence de la réclamation de la partie demanderesse. En conséquence, la compensation en *equity* donne en fait à un

gives an unsecured defendant priority over all secured and unsecured creditors.

Similarly, Palmer notes (*supra*, at p. 204):

... by allowing set-off to operate in a bankruptcy, an otherwise unsecured creditor can obtain a secured status and so can be paid the full value of the debt owed by the bankrupt before the general distribution of the estate to unsecured creditors.

Palmer also observes that the operation of set-off has been described as creating a "quasi-lien" against the cross-demand of the estate (Palmer, *supra*, at p. 206). The operation of set-off in bankruptcy can therefore be said to confer on the party claiming set-off a security interest or "quasi-lien" against assets of the bankrupt's estate.

Indeed, as a result of creating a type of security interest in the estate, the operation of set-off in bankruptcy has been the subject of academic criticism: see Palmer, *supra*, at pp. 204-7; Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117; John C. McCoid, "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, and for counterpoint, Philip T. Lacy, "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. The central criticism has been that while outside of bankruptcy set-off strikes a fair balance between two parties with mutual obligations, in bankruptcy the material inquiry should be the rights of the estate's creditors *inter se*. An inquiry which considers the rights of creditors *inter se* must necessarily consider a broader range of interests than an inquiry limited to ensuring fairness between only two parties (McCoid, *supra*, at p. 43). Thus, allowing set-off in bankruptcy has been considered as unfairly limiting the class of relevant interests. The concern has also been voiced that allowing set-off in bankruptcy (Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117):

... is disruptive of a complex and sophisticated system developed for establishing priorities amongst creditors

créancier chirographaire défendeur priorité sur l'ensemble des créanciers garantis ou non.

De même, Palmer souligne (*op. cit.*, à la p. 204):

[TRADUCTION] ... en permettant l'application de la compensation dans un contexte de faillite, un créancier par ailleurs chirographaire peut obtenir un statut de créancier garanti et se faire payer en totalité le montant dû par le failli, et ce, avant le partage général de l'actif entre les créanciers chirographaires.

Palmer fait aussi remarquer que l'application de la compensation a été décrite comme créant un «quasi-privège» relativement à la demande reconventionnelle de la faillite (Palmer, *op. cit.*, à la p. 206). On peut donc affirmer que l'application de la compensation en matière de faillite confère à la partie qui la demande une garantie ou un «quasi-privège» sur les biens de la faillite.

Du fait qu'elle crée une sorte de garantie sur l'actif de la faillite, l'application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: voir Palmer, *op. cit.*, aux pp. 204 à 207, Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117, John C. McCoid, «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, et en contrepoint, Philip T. Lacy, «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. La principale critique est la suivante: alors qu'en dehors du contexte de la faillite, la compensation permet d'établir un juste équilibre entre deux parties ayant des obligations mutuelles, l'examen, en matière de faillite, devrait porter essentiellement sur les droits des créanciers de la faillite entre eux. Un examen qui tient compte des droits des créanciers entre eux doit nécessairement tenir compte d'un plus vaste éventail de droits qu'un examen qui ne vise qu'à garantir l'équité entre deux parties seulement (McCoid, *loc. cit.*, à la p. 43). On a considéré que permettre la compensation en matière de faillite restreint de façon inéquitable la catégorie d'intérêts pertinents. On s'est également préoccupé du fait que permettre la compensation en matière de faillite (Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117):

[TRADUCTION] ... perturbe un régime complexe conçu pour établir un ordre de priorité entre les créanciers de

of various types, particularly where registration of a secured interest is required.

This second concern is thus to the effect that allowing set-off gives a claimant the benefit of a security interest without imposing the important concomitant obligation of registering that interest.

60

While this academic debate is undoubtedly interesting, the fact remains that our Parliament has recognized in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt". As a result, in the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Consequently, in this limited sense the party claiming set-off has Parliament's blessing for the "reordering" of his priority in bankruptcy by virtue of the operation of the law of set-off.

61

But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate — and by "third parties" I do of course mean the priority of any person other than the person who claims set-off against the estate. If provincial legislation were to have this effect, on the consistent authority of the quartet it must be declared inapplicable in bankruptcy.

62

Indeed, the existence of such an intrinsic constitutional limit to the application of provincial law in relation to property and civil rights has also been found in the context of defining secured creditors. The *Bankruptcy Act* defines "secured creditor" in s. 2, but defers to provincial law for the purpose of creating secured claims. The quartet of cases in

divers types, notamment dans le cas où l'enregistrement d'un droit garanti est requis.

Dans ce cas, on s'inquiète du fait que permettre la compensation confère à un demandeur l'avantage d'une garantie sans qu'il n'ait à s'acquitter de l'obligation concomitante d'enregistrer ce droit.

Bien que ce débat théorique soit certainement intéressant, il reste que le législateur fédéral a reconnu, au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli». Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à «modifier» l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

Pendant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien que la compensation puisse permettre à la partie qui l'invoque d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite — et par «tierces parties», j'entends bien sûr la priorité de rang de toute personne autre que celle qui invoque la compensation sur l'actif de la faillite. Si la loi provinciale devait avoir cet effet, il faudrait, toujours en vertu du quatuor d'arrêts, la déclarer inapplicable en cas de faillite.

De fait, on a aussi conclu qu'il existait, dans le contexte de la définition des créanciers garantis, une telle restriction constitutionnelle intrinsèque à l'application du droit provincial relatif à la propriété et aux droits civils. La *Loi sur la faillite* définit l'expression «créancier garanti» à l'art. 2, mais s'en remet au droit provincial pour ce qui est

this Court decided that the provinces are entitled to define secured creditors as they wish for their own purposes, but in bankruptcy those definitions which have the effect of reordering the priorities in the *Bankruptcy Act* are simply without application. In the same vein, the law of set-off is permitted to operate, but only to the extent that provincial legislation purporting to create a set-off does not have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of third parties against the estate. Federal deference to provincial law is thus necessarily limited by the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, to paraphrase Wilson J. in *Deloitte Haskins, supra*, at p. 806 (who in turn was discussing the ratio of this Court's decision in *Re Bourgault, supra*), the question in the case at bar is not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation by combining the instruments of deemed debt and set-off. It is whether the provincial legislation, even if it has created a proprietary interest, can defeat the scheme of distribution under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. In the case at bar, it will defeat that scheme if it secures against the estate the claims of third parties whom Parliament has given a lower priority under s. 136.

The question in this appeal thus reduces to the following: does the operation of s. 133 have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate?

(b) *Does Section 133 Affect Bankruptcy Priorities?*

Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is, of course, perfectly within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has

de créer des réclamations garanties. Dans le quatuor d'arrêts, notre Cour a décidé que les provinces ont le droit de définir à leurs propres fins, comme elles l'entendent, l'expression «créanciers garantis»; cependant, dans un contexte de faillite, les définitions qui ont pour effet de modifier l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* ne s'appliquent tout simplement pas. De la même façon, on admet que les règles de la compensation s'appliquent, mais seulement dans la mesure où les lois provinciales censées créer un droit de compensation n'ont pas pour effet de modifier l'ordre de priorité fédéral relativement aux réclamations de tierces parties contre l'actif. Le respect dont le fédéral doit faire preuve envers les lois provinciales est nécessairement limité par l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

En d'autres termes, pour paraphraser le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, à la p. 806 (qui y analysait le raisonnement de notre Cour dans *Re Bourgault*, précité), la question en l'espèce n'est pas de savoir si la loi provinciale pertinente a créé un droit de propriété en conjuguant les instruments de la dette réputée et de la compensation. Il s'agit plutôt de savoir si, même si elle a créé un droit de propriété, la loi provinciale peut contrecarrer le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, elle contrecarrera ce régime si elle confère une garantie sur l'actif aux réclamations de tierces parties, auxquelles le législateur fédéral a accordé un rang inférieur dans l'ordre de priorité établi à l'art. 136.

La question en litige se ramène donc à la suivante: l'application de l'art. 133 a-t-elle pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif?

(b) *L'article 133 modifie-t-il l'ordre de priorité en matière de faillite?*

Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève parfaitement de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur

expressly indicated in s. 136(1)(h) that “all indebtedness of the bankrupt under any Workmen’s Compensation Act” is to rank eighth in the list of preferred claims, to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers’ Compensation Act, 1979*, is to secure the Board’s claim against the bankrupt’s estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict. They operate as contrary directives as to the way assets on bankruptcy are to be distributed.

fédéral a expressément indiqué, à l’al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l’autorité d’une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers’ Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l’actif du failli qu’elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit. Elles donnent des directives contradictoires quant à la façon de partager les biens du failli.

1995 CanLII 69 (SCC)

66

To explain how this result is effected, it is first important to remember that monies owing to the contractor but withheld by the principal are debts due to the bankrupt. They are thus unquestionably “property of the bankrupt” under the *Bankruptcy Act*, since s. 2 of the Act defines “property” to include “obligations”. The monies held back are simply accounts receivable of the bankrupt (see, for example, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, at p. 58 (Que. S.C.); L. W. Houlden and C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at F§45; Lewis Duncan and John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3rd ed. 1961), at pp. 307-8).

Pour expliquer ce résultat, il est tout d’abord important de se rappeler que les sommes dues à l’entrepreneur mais retenues par le commettant sont des dettes envers le failli. Ce sont indéniablement des «biens d’un failli» au sens de la *Loi sur la faillite*, puisque le terme «biens» défini à l’art. 2 de la Loi inclut les «obligations». Les sommes retenues sont simplement des comptes débiteurs du failli (voir, par exemple, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, à la p. 58 (C.S. Qué.); L. W. Houlden et C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, à F§45; Lewis Duncan et John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3^e éd. 1961), aux pp. 307 et 308).

67

Next, it is accepted that where the principal retains monies owing to the contractor, the Board’s decision to deem the principal liable for the contractor’s assessment has the effect of allowing the principal a right of set-off against the bankrupt estate. This right of set-off allows the principal to realize on a security interest or “quasi-lien” against the estate. However, this process of realization has the effect of securing the Board’s claim against the estate. The estate is diminished to the extent of the contractor’s liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount. The principal’s estate or patrimony remains unaffected. The Board’s claim

Ensuite, il est reconnu que, dans le cas où le commettant retient des sommes dues à l’entrepreneur, la décision de la Commission de considérer que le commettant est responsable de la cotisation de l’entrepreneur a pour effet d’accorder à ce commettant un droit de compensation sur l’actif du failli. Ce droit de compensation permet au commettant de réaliser une garantie ou un «quasi-privilège» sur l’actif. Cependant, cette réalisation a pour effet de garantir la réclamation de la Commission sur l’actif du failli. L’actif se trouve alors diminué de la somme que l’entrepreneur doit à la Commission, et la Commission, quant à elle, se trouve enrichie d’un montant identique. L’actif du

has thus been secured against the bankrupt estate, mediated through the legally compelled agency of the principal.

Nor, incidentally, can this process be justified by reference to the law of set-off. While the law of set-off incorporated by reference in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* would permit the principal to secure its own claim against the estate, it does not permit the province to enact legislation which confers the same benefit on a third party, in this case the Board, since such legislation would have the effect of reordering priorities with respect to an entire class of preferred claims. We have consistently held that the deference to provincial law in the *Bankruptcy Act* does not extend to the reordering of claims against the estate. At that point, provincial law simply ceases to apply for intruding into an exclusive federal sphere. Such, then, must also be the fate of the impugned legislation in this appeal.

I therefore respectfully disagree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in holding that ss. 9(3) and (4) of the *Ontario Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539 (equivalent to Saskatchewan's ss. 133(1), (3) and (4)), are applicable in bankruptcy. The court reasoned (at pp. 748-49):

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee. The board is not required to make a claim under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. The money comes to it under s. 9 of the *Workers' Compensation Act*. It is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off . . .

commettant ou son patrimoine demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

Incidentement, on ne peut non plus justifier ce processus en invoquant les règles de la compensation. Même si ces règles, incorporées par renvoi au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, permettraient au commettant de garantir sa propre réclamation contre l'actif, elles ne permettent pas à la province d'adopter des lois qui confèrent le même avantage à une tierce partie, en l'occurrence la Commission, étant donné qu'une telle loi aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité relativement à toute une catégorie de réclamations privilégiées. Notre Cour a toujours statué que le respect envers le droit provincial, que l'on trouve dans la *Loi sur la faillite*, ne s'étend pas à la modification de l'ordre de priorité des réclamations produites contre l'actif. Dans un tel cas, le droit provincial cesse tout simplement de s'appliquer parce qu'il empiète sur un domaine de compétence fédérale exclusive. Alors, tel doit être également le sort de la loi attaquée en l'espèce.

En toute déférence, je ne souscris donc pas à la conclusion que la Cour d'appel de l'Ontario tire dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, lorsqu'elle statue que les par. 9(3) et (4) de la *Workers' Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 539 (équivalant aux par. 133(1), (3) et (4) de la loi de la Saskatchewan), sont applicables en matière de faillite. La Cour d'appel fait le raisonnement suivant (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic. La commission n'est pas tenue de faire une réclamation en vertu de l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Elle reçoit l'argent en vertu de l'art. 9 de la *Workers' Compensation Act*. C'est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît les droits de compensation . . .

A valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy but that is what the *Bankruptcy Act* itself contemplates . . .

The money in the case at bar has never (or should never have) come into the hands of the trustee. It is money that has been (and should remain) in the hands of the principals to compensate them for money that they are (or will be) bound to pay to the board.

70 The court thus concluded, first, that the principal paid the Board out of its own funds and not from property of the bankrupt. But this is only true in a trivial sense. When the set-off is effected, the estate is diminished to the extent of the indemnity and the principal's patrimony is entirely unaffected. The principal's "personal" liability is thus converted by set-off to a mere bookkeeping entry, and the debt satisfied by the estate. As a result, with respect, here the Ontario Court of Appeal has chosen form over substance.

71 Second, the court appeared to attach considerable importance to the fact that the monies owing should never have come into the "hands of the trustee". But with respect, the relevant question was simply whether these monies were property of the bankrupt, and not whether they were or should have been in the hands of the trustee. And since such monies are unquestionably property of the bankrupt, the Board has in effect secured its claim against the estate.

72 Third, and perhaps most importantly, the Ontario Court of Appeal concluded that the *Bankruptcy Act* itself recognizes set-off, and this will inevitably alter priorities in bankruptcy. With respect, the Court of Appeal's statement is overly broad. As already indicated, it is true that s. 97(3) allows the principal to secure his claim against the estate, whatever his priority under s. 136. In this limited sense, a "valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy". Here, however, the effect is much broader, and entails securing by legislation the claim of a third party against the estate, thereby circum-

Une compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite, mais c'est précisément ce qu'envisage la *Loi sur la faillite* . . .

En l'espèce, l'argent ne s'est jamais retrouvé (ou n'aurait jamais dû se retrouver) entre les mains du syndic. C'est de l'argent qui était (et devrait demeurer) entre les mains des commettants pour les indemniser des sommes qu'ils sont (ou seront) tenus de verser à la commission.

La Cour d'appel a conclu, premièrement, que le commettant s'était servi de ses propres fonds et non des biens du failli pour payer la Commission. Cependant, cela n'est vrai qu'en apparence. Lorsque la compensation est opérée, l'actif se trouve diminué proportionnellement à l'indemnité et le patrimoine du commettant demeure intact. La compensation transforme donc la responsabilité «personnelle» du commettant en une simple écriture comptable, et l'actif sert à payer la dette. En toute déférence, il s'ensuit ici que la Cour d'appel a préféré la forme au fond.

Deuxièmement, la cour a paru accorder une importance considérable au fait que les sommes dues n'auraient jamais dû se retrouver entre [TRADUCTION] «les mains du syndic». Cependant, je tiens à préciser, en toute déférence, que la question pertinente était tout simplement de savoir si ces sommes étaient un bien du failli, et non si elles étaient ou auraient dû être entre les mains du syndic. Puisque ces sommes constituent indubitablement un bien du failli, la Commission a en fait garanti sa réclamation sur l'actif de la faillite.

Troisièmement, et c'est peut-être le point le plus important, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la *Loi sur la faillite* elle-même reconnaît l'application des règles de la compensation, et que cela modifiera inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite. En toute déférence, l'énoncé de la Cour d'appel est trop général. Comme je l'ai déjà indiqué, il est exact que le par. 97(3) permet au commettant de garantir sa réclamation sur l'actif, quel que soit son rang en vertu de l'art. 136. Dans ce sens restreint, une [TRADUCTION] «compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en

venting the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate. Indeed, the defensive character of set-off is reflected in the wording of s. 97(3) which stipulates that set-off applies to "all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt".

As a result, with the greatest respect, the reasoning of the Ontario Court of Appeal is flawed for applying provincial legislation which has the effect of securing against the estate an entire class of claims specifically given a lower priority by the *Bankruptcy Act*.

What is more, if the Ontario Court of Appeal's interpretation of s. 97(3) were correct, the consequences would be far-reaching. The provinces would, in effect, be entitled to create property interests which have the effect of subverting the federal scheme of distribution by purporting to validate them as set-offs. Nor is there any reason in principle why the provinces would be limited to rearranging federal priorities with respect to unpaid workers' compensation assessments. Each and every province would be licensed to create similar security devices to secure claims of their choosing, and thereby subvert entirely Parliament's chosen scheme of distribution. This prospect was repudiated by this Court in each of the cases in the bankruptcy quartet. The concerns voiced in those cases apply with equal force to this

matière de faillite». Ici, cependant, l'effet est beaucoup plus général, en ce que la loi se trouve à garantir la réclamation d'une tierce partie contre l'actif et à contourner ainsi l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de tierces parties sur l'actif de la faillite. D'ailleurs, le libellé du par. 97(3) reflète l'aspect «moyen de défense» de la compensation, en précisant que les règles de la compensation s'appliquent à «toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli».

En toute déférence, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario est erroné du fait qu'il rend applicable une loi provinciale qui a pour effet de garantir sur l'actif toute une catégorie de réclamations auxquelles la *Loi sur la faillite* attribue expressément une priorité de rang inférieure.

De plus, si l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 97(3) était correcte, elle aurait des conséquences fort importantes. Les provinces seraient alors habilitées à créer des droits de propriété ayant pour effet de déjouer le plan fédéral de répartition, en prétendant les valider par le mécanisme de la compensation. Par ailleurs, il n'existe en principe aucun motif de limiter aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail la modification de l'ordre de priorité fédéral par les provinces. Chaque province serait autorisée à créer des instruments similaires pour garantir les réclamations de son choix, et à déjouer ainsi complètement le plan de répartition choisi par le législateur fédéral. Notre Cour a rejeté cette possibilité dans chacun des arrêts du quatuor sur la faillite. Les préoccupations exprimées dans ces arrêts s'ap-

73

1995 CanLII 69 (SCC)

74

75

appeal. To rule otherwise would be to invite a balkanization of the scheme of bankruptcy priorities across the country and to tolerate the evisceration of Parliament's exclusive jurisdiction over bankruptcy conferred by our Constitution. The provinces are not entitled to so proceed, and thereby do indirectly what they are prohibited from doing directly. Our courts must therefore be vigilant to scrutinize the substance of the interests created and not rest content with merely examining their form.

76

I would add that apart from the security device created by the combined effect of ss. 133(1) and (3), s. 133(4) also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. It will be recalled that s. 133(4) states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board". If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

77

At this point, I should perhaps stress that nothing I have said detracts from a province's authority to impose liability on a third party for a bankrupt's debt. What a province cannot do, however, is create a statutory security device which has the effect of reordering the priorities of distribution of the assets in the bankrupt's estate. In such a case, what is otherwise valid provincial legislation is simply without application upon the occurrence of bankruptcy. To repeat, it is the combined effect of the statutory deemed debt and the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining

pliquent avec autant de vigueur en l'espèce. Décider le contraire inciterait à balkaniser l'ordre de priorité en matière de faillite à travers le pays et à tolérer l'éviscération de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, conférée par notre Constitution. Les provinces n'ont pas le droit de procéder de la sorte et de faire ainsi indirectement ce qu'il leur est interdit de faire directement. Nos tribunaux doivent donc veiller à examiner de près la substance des droits créés et ne pas se contenter d'en examiner simplement la forme.

J'ajouterais qu'outre l'instrument de garantie créé par l'effet conjugué des par. 133(1) et (3), le par. 133(4) a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. On se rappellera que le par. 133(4) prévoit que [TRADUCTION] «[l]a Commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant». Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Ici, je devrais peut-être souligner que les propos que j'ai tenus ne diminuent en rien le pouvoir d'une province d'imposer à une tierce partie la responsabilité de la dette d'un failli. Cependant, il est interdit à une province de créer un instrument légal de garantie qui a pour effet de modifier l'ordre de priorité applicable au partage des biens de l'actif du failli. Dans un tel cas, un texte législatif provincial par ailleurs valide n'est tout simplement pas applicable en situation de faillite. Je le répète, c'est l'effet conjugué de la dette réputée créée par la loi et du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du

the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straightforward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device.

It is therefore my conclusion that s. 133 is inapplicable in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere.

In the foregoing, I have proceeded on the basis that s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), that is, that the principal has monies owing to the contractor which it can use as a basis for set-off when the Board deems it liable for the contractor's assessment. Where a principal has such monies owing, it was clearly the Legislature's intention that such a right to set-off be exercised in order that the contractor ultimately be responsible for its own assessment. In this sense, where both ss. 133(1) and (3) potentially apply on the facts of a given case, it was clearly the Legislature's intention that the right to set-off be exercised. As a result, in such a case s. 133 is inapplicable *in toto* against the bankruptcy.

However, there may be instances where the principal does not hold or retain any monies owing to the contractor. While the Court did not have the benefit of extensive submissions on this point, I believe it is quite plausible to conclude that the principal can then claim from the estate as a preferred creditor under s. 136(1)(h), since its claim is comprehended within "indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act". This would appear to be permissible because on its plain wording s. 136(1)(h) specifies only the nature of the claim and not the identity of the claimant. As a result, if only s. 133(1) applies, the Board has not secured its claim against the estate but recovers only from the principal. The scheme

failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects «dette» et «dépôt» du contrat.

Je conclus donc que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive.

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai tenu pour acquis que les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, c'est-à-dire que le commettant doit à l'entrepreneur de l'argent dont il peut se servir pour opérer compensation lorsque la Commission le tient responsable de la cotisation de l'entrepreneur. Il est clair que le législateur a voulu que, lorsqu'un commettant doit une telle somme, ce droit de compensation soit exercé de façon à ce que l'entrepreneur soit en fin de compte responsable du paiement de ses propres cotisations. En ce sens, il est clair que le législateur a voulu que le droit de compensation soit exercé lorsque les par. 133(1) et (3) peuvent s'appliquer dans une affaire donnée. En conséquence, dans un tel cas, l'art. 133 est entièrement inapplicable à la faillite.

Cependant, il peut y avoir des cas où le commettant ne détient pas ou ne retient pas des sommes dues à l'entrepreneur. Bien que notre Cour n'ait pas eu l'avantage d'entendre des arguments détaillés sur ce point, j'estime fort raisonnable de conclure que le commettant peut alors produire une réclamation dans la faillite en tant que créancier privilégié en vertu de l'al. 136(1)(h) puisque sa réclamation fait partie des «dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail». Cela semblerait permis puisque, selon son libellé, l'al. 136(1)(h) vise la nature de la réclamation et non l'identité de l'auteur de la réclamation. En conséquence, là où seul le par. 133(1) s'applique, la Commission n'a pas garanti sa récla-

1995 CanLII 69 (SCC) 79

of distribution of assets in the estate is thereby unaffected. In such a case, there is no constitutional reason why full effect should not be given to provincial law within its legitimate sphere of operation. I would therefore only read down s. 133 to the extent that in application it enters into conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. Where s. 133(1) alone is engaged in a given case, the Board's claim against the principal continues to be fully applicable.

(c) *The Appropriate Remedy: Is Section 133 Inapplicable or Inoperative?*

I have already concluded that the impugned legislation must be declared inapplicable rather than inoperable in bankruptcy. I should perhaps explain that this is preferable for the simple reason that bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. However, as bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504 (P.C.)) and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be read down to the extent of the conflict. In other words, it should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

mation sur l'actif de la faillite, et elle ne recouvre qu'auprès du commettant. Le plan de répartition des biens de l'actif demeure ainsi intact. Dans un tel cas, il n'y a, du point de vue constitutionnel, aucun motif de ne pas donner plein effet à la loi provinciale à l'intérieur de son champ légitime d'application. Je ne donnerais donc une interprétation atténuée à l'art. 133 que dans la mesure où son application entre en conflit avec le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Là où seul le par. 133(1) trouve application, la réclamation de la Commission contre le commettant continue d'être pleinement exécutoire.

c) *Le redressement approprié: l'article 133 est-il inapplicable ou inopérant?*

J'ai déjà conclu que la loi attaquée doit être déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite. Je devrais peut-être expliquer que cela est préférable pour le simple motif que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Cependant, puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.)) et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit. En d'autres termes, elle doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

This, I believe, has been the trend of this Court's approach to matters of applicability and operability. For example, in refusing to apply the paramountcy doctrine in *Deloitte Haskins, Wilson J.* explained (at p. 807):

I think rather that the applicable principle is the one stated by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at p. 1065, to the effect that "if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises", i.e., those within federal competence.

She concluded at p. 808:

I believe that the trend of the more recent authorities favours a restrictive approach to the concept of "conflict" and a construction of impugned provincial legislation, where this is possible, so as to avoid operational conflict with valid federal legislation. Where this is done both provisions can stand and have their own legitimate spheres of operation. In this sense I find no conflict between s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*. I would accordingly answer the question as framed by stating that s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* applies to determine priorities on a bankruptcy and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* has no application in such a situation.

Another way of explaining this approach is simply to say, with Lamer J. in *FBDB*, that "in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied" (at p. 1071).

This was also the Court's approach in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. The case concerned the relationship between *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, security interests and the provincial procedural requirements for seizure under the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16. Speaking for the Court, La Forest J. found the federal and provincial legislation to conflict in operation. However, he added at p. 155:

C'est là, à mon avis, la façon dont notre Cour a eu tendance à aborder les questions d'applicabilité et de caractère opérant. Par exemple, lorsqu'elle a refusé d'appliquer la règle de la prépondérance dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, le juge Wilson explique, à la p. 807:

Je crois plutôt que le principe applicable est celui qu'a formulé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1065, selon lequel «si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises», c.-à-d. celles qui relèvent de la compétence fédérale.

Elle conclut, à la p. 808:

Je crois que le courant doctrinal et jurisprudentiel le plus récent favorise une conception restrictive de la notion de «conflict» et, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi provinciale contestée qui évite un conflit d'application avec la loi fédérale valide. Dans un tel cas, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application. En ce sens, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. L'alinéa 107(1)h de la *Loi sur la faillite* ne rend pas ce paragraphe inopérant; ce dernier ne s'applique tout bonnement pas en cas de faillite, quand on l'interprète correctement. Par conséquent, la question formulée par le Juge en chef doit recevoir une réponse négative.

Une autre façon d'expliquer ce point de vue est de dire tout simplement qu'«en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application», pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *BFD* (à la p. 1071).

C'est également le point de vue que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Cet arrêt portait sur le rapport entre les sûretés établies par la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et les conditions procédurales de saisie posées par la province de la Saskatchewan en vertu de sa *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16. Le juge La Forest a conclu, au nom de notre Cour, qu'il existait une incompatibilité d'application entre la loi fédérale et la loi provinciale. Il ajoute cependant, à la p. 155:

I have dealt with this case on the basis of paramountcy to meet the arguments put forward by counsel. But the issue can, I think, be answered more directly. At the end of the day, I agree with counsel for the Attorney General of Canada that this is simply a case where Parliament, under its power to regulate banking, has enacted a complete code that at once defines and provides for the realization of a security interest. There is no room left for the operation of the provincial legislation and that legislation should, accordingly, be construed as inapplicable to the extent that it trenches on valid federal banking legislation.

In response to the third question, then, I would hold that ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, if interpreted to include a s. 178 security, conflict with ss. 178 and 179 of the *Bank Act* so as to render ss. 19 to 36 inoperative in respect of the security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. To put it another way, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*. [Emphasis added.]

85 I fully endorse this approach, and am of the opinion that my colleague La Forest J.'s remarks apply *mutatis mutandis* to the present appeal. Parliament has enacted a complete code in the *Bankruptcy Act*, one which necessarily calls upon provincial law for its operation. But Parliament's invitation stipulates an important limitation at the threshold of its domain, namely, that provincial law simply cannot apply when to do so would entail subverting the federal order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

86 I therefore agree with the submissions of the Attorney General of Canada and find that s. 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates together with s. 133(3) as it trenches on valid federal bankruptcy legislation.

87 In view of Iacobucci J.'s statement at para. 162 that provincial "[l]egislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere", I think it appropriate in concluding to summarize my view as to the proper constitutional analysis where federal and provin-

J'ai tranché cette affaire en fonction de la prépondérance pour répondre aux arguments présentés par les avocats. Mais je crois qu'on peut répondre plus directement à la question. En définitive, je partage l'avis de l'avocat du procureur général du Canada qu'il s'agit simplement d'un cas où le Parlement, en vertu de son pouvoir de réglementer les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

Donc, en réponse à la troisième question, je suis d'avis de conclure que les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, interprétés de manière à inclure une sûreté visée par l'art. 178, entrent en conflit avec les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. En d'autres termes, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* sont inapplicables à la garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d'accord avec ce point de vue et j'estime que les remarques de mon collègue le juge La Forest s'appliquent *mutatis mutandis* au présent pourvoi. Le législateur fédéral a, dans la *Loi sur la faillite*, adopté un code complet qui fait nécessairement appel à la loi provinciale pour son application. Cependant, l'invitation du législateur fédéral comporte une importante restriction préliminaire: la loi provinciale ne peut tout simplement pas s'appliquer dans les cas où cela aurait pour effet de contrevenir à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* fédérale.

Je suis donc d'accord avec les arguments du procureur général du Canada et je conclus que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, du fait qu'il empiète alors sur une loi fédérale valide en matière de faillite.

Quant à l'affirmation du juge Iacobucci, au par. 162, qu'«[u]ne loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale», je crois qu'il y a lieu pour moi de conclure par un résumé de mon opinion sur l'analyse constitutionnelle qu'il con-

cial legislation potentially conflict. One must first determine whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, that is, inconsistent or incapable of being fully complied with in a given situation. If they are in operational conflict, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy, as I have indeed acknowledged in observing that there is no bankruptcy "bottom line" without provincial law (at para. 30). In the present case, I have found clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect. I believe this proposition runs through my reasons.

D. Residual Issues

Finally, as my colleague Iacobucci J. notes, before this Court the Bank of Montreal raised factual and legal issues which had not been raised in the courts below. Specifically, the Bank argued that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments since the Board was

vient de faire en cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, c'est-à-dire déterminer si les lois en cause sont incompatibles ou non susceptibles d'être respectées intégralement dans une situation donnée. En cas d'incompatibilité d'application, la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite, comme je l'ai effectivement reconnu en soulignant qu'en l'absence de droit provincial il n'existe pas de «résultat final» en matière de faillite (par. 30). En l'espèce, j'ai conclu qu'il existe une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire. À mon avis, cette affirmation se dégage de l'ensemble de mes motifs.

D. Les questions qui restent à résoudre

Enfin, comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, la Banque de Montréal a soulevé devant nous des questions de fait et de droit qui n'avaient pas été soulevées devant les tribunaux d'instance inférieure. Plus particulièrement, la Banque a soutenu que Husky n'était pas, en vertu

obliged to issue a demand against Metal Fab before issuing one against Husky. Similarly, the Board and the Bank argued that Husky cannot indemnify itself out of funds owing to Metal Fab since Husky received the demand from the Board after Metal Fab had given notice of assignment of its book debts to the Bank of Montreal. Since, as outlined, it is my opinion that s. 133 simply has no application in the event of bankruptcy, these threshold factual questions need not be addressed.

89 With respect to Husky's further argument that it was not in breach of its statutory duty under s. 133 to ensure payment by Metal Fab, again this question need not be addressed since s. 133 has no application upon the occurrence of bankruptcy.

90 The Bank also argued that s. 133 should be interpreted to limit Husky's liability to unpaid workers' compensation assessments with respect to the specific work performed for Husky by Metal Fab, and not for all Metal Fab's outstanding unpaid assessments which includes work for other principals. While it is not necessary to answer this question given my disposition of this appeal, I agree with Iacobucci J. that the liability under s. 133 is limited to unpaid assessments in respect of work performed for Husky. This less Draconian interpretation is confirmed by the recent clarifying amendment to s. 133 which inserted the words "pursuant to this Act with respect to that work" after "contribute to the fund" (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, c. 63, s. 40).

IV. Disposition

91 For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab puisque la Commission était tenue de présenter une demande de paiement à Metal Fab avant de s'adresser à Husky. De même, la Commission et la Banque ont fait valoir que Husky ne peut se servir des fonds dus à Metal Fab pour s'indemniser elle-même puisqu'elle a reçu la demande de paiement de la Commission après que Metal Fab eut donné avis de la cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Puisque, tel que je l'ai exposé, j'estime que l'art. 133 ne s'applique tout simplement pas en matière de faillite, je n'ai pas à répondre à ces questions de fait préliminaires.

Quant à l'autre argument de Husky voulant qu'elle n'ait pas manqué à l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 133, de s'assurer que Metal Fab effectue son paiement, il n'est pas nécessaire non plus de trancher cette question puisque l'art. 133 ne s'applique pas en cas de faillite.

La Banque a aussi soutenu que l'art. 133 devrait être interprété de façon à limiter la responsabilité de Husky aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail, relativement au travail que Metal Fab a exécuté précisément pour elle, et non de façon à ce qu'elle englobe toutes les cotisations impayées de Metal Fab, ce qui inclurait le travail effectué pour d'autres commettants. Bien que je n'aie pas à répondre à cette question compte tenu de mes motifs de décision, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que la responsabilité en vertu de l'art. 133 se limite aux cotisations impayées relativement au travail accompli pour Husky. Cette interprétation moins draconienne est confirmée par la modification apportée récemment, pour plus de clarté, à l'art. 133, soit l'ajout des mots [TRADUCTION] «conformément à la présente loi relativement à ce travail» après «verser à la caisse» (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, ch. 63, art. 40).

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer:

Question: 1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

Answer: Yes. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3).

Question: 2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

Answer: Yes. Section 133 was inapplicable when Metal Fab entered bankruptcy.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — The broad issue in this appeal is the extent to which a provincial statutory instrument can constitutionally assert itself in the bankruptcy context without entering into operational conflict with the federal *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. The specific question at issue relates to the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1. These provisions permit the Workers' Compensation Board (the Board), in a situation where a contractor has failed to pay its Injury Fund contributions, to obtain these amounts from a principal of the contractor (subs. (1)). Subsection (3) permits the principal to indemnify itself from the delinquent contractor. It is argued in this case that ss. 133(1) and (3) are constitutionally non-operational in a situation where the contractor is bankrupt, especially when that bankrupt has assigned its estate to a secured creditor.

Question: 1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)h, 148, 158a) et 198a) de cette loi?

Réponse: Oui. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble.

Question: 2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Réponse: Oui. L'article 133 était inapplicable lorsque Metal Fab a fait faillite.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — La question générale qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle un texte réglementaire provincial peut constitutionnellement s'appliquer dans le contexte d'une faillite sans donner lieu à une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite fédérale*, L.R.C. (1985), ch. B-3. La question particulière dont nous sommes saisis porte sur la constitutionnalité des par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan, S.S. 1979, ch. W-17.1. Ces dispositions permettent à la Workers' Compensation Board (la Commission), dans le cas où un entrepreneur a omis de payer ses cotisations à la caisse des accidents, d'obtenir ces montants d'un commettant de l'entrepreneur (par. (1)). Le paragraphe (3) permet au commettant d'être indemnisé par l'entrepreneur fautif. En l'espèce, on soutient que les par. 133(1) et (3) sont inopérants du point de vue constitutionnel dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, notamment lorsque ce failli a cédé ses biens à un créancier garanti.

I. Background

94 Husky Oil Operations Ltd. (the principal, hereinafter "Husky") is an owner of a Bi-Provincial Heavy Oil Upgrader at Lloydminster, Saskatchewan. Husky entered into six contracts with Metal Fabricating & Construction Ltd. (the contractor, subsequently the bankrupt, hereinafter "Metal Fab") respecting the construction of the upgrader. Metal Fab made an assignment in bankruptcy before completing five of those contracts. At the time, Husky owed approximately \$800,000 to Metal Fab in the form of hold-backs and contractual debt. These sums were paid into court upon the commencement of the instant legal proceedings.

95 Metal Fab had not paid its required Workers' Compensation Fund contribution for the employees on its payroll. It was alerted to this effect by the Workers' Compensation Board on March 2, 1992 by a Notice of Assessment showing that \$208,850.50 was due and payable to the Board. Soon thereafter, the Bank of Montreal (the assignee) acquired a general assignment of book debts from Metal Fab for loans advanced to it. On March 12, 1992, Husky was notified of the Bank's security interest and told that it must pay to the Bank any amounts payable to Metal Fab. The Board was apprised of the ceasing of operations of Metal Fab on March 16, 1992. The Board then looked to Husky since s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, made Husky personally liable in respect of the amounts that Metal Fab had not paid to the Board, but, pursuant to the terms of subs. (3), Husky could recover those sums from Metal Fab. Metal Fab made an assignment in bankruptcy on March 19, 1992. The co-respondent, Deloitte & Touche Inc., was appointed trustee in bankruptcy. Subsequent audits conducted by the Board revealed the amount owing by Metal Fab to the Injury Fund to be \$246,745.26. Husky was advised of this increased amount by a letter, dated July 6, 1992. Under the assignment in bankruptcy, Metal Fab assigned a secured debt to the Bank of Montreal in the amount of \$1,745,837.

I. Contexte

Husky Oil Operations Ltd. (le commettant, ci-après «Husky») est propriétaire d'une usine biprovinciale de valorisation du pétrole lourd, à Lloydminster, en Saskatchewan. Husky a conclu six contrats avec Metal Fabricating & Construction Ltd. (l'entrepreneur, subséquemment failli, ci-après «Metal Fab») relativement à la construction de l'usine de valorisation. Metal Fab a fait cession de ses biens avant d'avoir achevé cinq de ces contrats. À l'époque, Husky devait approximativement 800 000 \$ à Metal Fab sous forme de retenues de garantie et de créance contractuelle. Ces sommes ont été consignées en cour au début des présentes poursuites.

Metal Fab n'avait pas versé au fonds d'indemnisation des accidents du travail la cotisation qu'elle était tenue de verser pour les employés inscrits sur sa liste de paye. C'est dans un avis de cotisation envoyé par la Commission, le 2 mars 1992, que Metal Fab a été informée qu'elle lui devait la somme de 208 850,50 \$. Peu après, la Banque de Montréal (le cessionnaire) a obtenu une cession générale des comptes débiteurs de Metal Fab pour les prêts qu'elle lui avait consentis. Le 12 mars 1992, Husky a été avisée de la garantie de la Banque et informée qu'elle devait lui verser tout montant payable à Metal Fab. La Commission a appris la cessation des opérations de Metal Fab le 16 mars 1992. Elle s'est alors adressée à Husky vu que le par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, rendait Husky personnellement responsable des montants que Metal Fab n'avaient pas payés à la Commission; cependant, conformément au par. (3), Husky pourrait recouvrer ces sommes auprès de Metal Fab. Cette dernière a fait cession de ses biens le 19 mars 1992. La cointimée, Deloitte & Touche Inc., a été nommée syndic de la faillite. Des vérifications ultérieures effectuées par la Commission ont révélé que Metal Fab devait à la caisse des accidents la somme de 246 745,26 \$. Husky a été informée de ce montant accru par lettre en date du 6 juillet 1992. Aux termes de la cession de ses biens, Metal Fab a cédé à la Banque de Montréal une créance garantie de 1 745 837 \$.

Husky and Metal Fab's creditors submit that the operation of s. 133 conflicts with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy. Normally in bankruptcy the amount owed by Husky to Metal Fab would be used to satisfy lienholders and the secured creditor Bank of Montreal according to the priorities established in the *Bankruptcy Act*. In the appeal at bar, the Board, given its lower priority, would effectively recover none of the money owed to it by Metal Fab. However, s. 133 of the *Workers' Compensation Act* permits the Board to recover its debt directly from Husky and allows Husky, in turn, to set this off from the amount owed to the bankrupt, thereby effectively reducing the amount of money available to the secured creditor and, it is submitted, improperly affecting the priority scheme established by the *Bankruptcy Act*.

The aims of the litigants can be summarized as follows:

- (1) Husky wants to avoid the operation of s. 133(1) but, if this provision is found to be valid, argues that s. 133(3) is also operative and, thus, Husky can set off the monies paid to the Board from the monies it owes the bankrupt.
- (2) The Bank's position is influenced by the fact that, since it is the principal secured creditor, any funds set off to Husky are wholly funds that, in the absence of the intervention of the Board, would accrue to the Bank. Consequently, the Bank is principally preoccupied with affirming the non-operability of s. 133(3), realizing, however, that were Husky not to have any liability to the Board then there would be no set-off issue in the first place.
- (3) The Board seeks the sums that the bankrupt should have paid to it all along. It relies on s. 133(1) of the provincial legislation and its creation of joint and several liability

Les créanciers de Husky et de Metal Fab soutiennent que l'application de l'art. 133 est incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite fédérale*, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite. Normalement, dans une faillite, le montant dû par Husky à Metal Fab serait utilisé pour payer les titulaires d'un privilège et le créancier garanti, la Banque de Montréal, conformément à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, la Commission, en raison de son rang inférieur, ne recouvrerait, en fait, aucun des montants que lui doit Metal Fab. Cependant, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act* permet à la Commission de s'adresser directement à Husky pour obtenir le paiement de sa créance, et à Husky d'opérer compensation entre ce paiement et tout montant dû au failli, ce qui a pour effet de réduire la somme que peut toucher le créancier garanti, et, soutient-on, de modifier irrégulièrement l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Les buts visés par les parties au litige peuvent se résumer ainsi:

- (1) Husky veut éviter l'application du par. 133(1), mais elle soutient que, si cette disposition est jugée valide, le par. 133(3) s'applique également, et qu'elle peut donc opérer compensation entre les sommes payées à la Commission et celles qu'elle doit au failli.
- (2) La position de la Banque est influencée par le fait que, puisqu'elle est le principal créancier garanti, les fonds qui font l'objet d'une compensation par Husky sont tous des fonds qui lui reviendraient en l'absence de l'intervention de la Commission. En conséquence, la Banque tient surtout à affirmer que le par. 133(3) n'est pas applicable, tout en se rendant compte qu'il n'existerait, au départ, aucune question de compensation si Husky n'avait aucune responsabilité envers la Commission.
- (3) La Commission cherche à obtenir les sommes que le failli aurait dû lui verser en premier lieu. Elle se fonde sur le par. 133(1) de la loi provinciale et le fait que cette dis-

between the principal and contractor to this effect.

position établit, en ce sens, une responsabilité solidaire entre le commettant et l'entrepreneur.

98

By a fiat, dated September 9, 1992, Wedge J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was constitutionally inoperative because it altered the scheme of distribution specified in the *Bankruptcy Act*, the ordering of this scheme falling entirely within the legislative competence of Parliament. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the Appellant Board's appeal from that decision. On April 28, 1994, leave to appeal was granted to this Court, [1994] 1 S.C.R. xii.

Le juge Wedge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a, par voie d'autorisation en date du 9 septembre 1992, statué que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, était inopérant du point de vue constitutionnel parce qu'il modifiait le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, qui relevait entièrement de la compétence législative fédérale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission appelante contre cette décision. Le 28 avril 1994, une autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour, [1994] 1 R.C.S. xii.

1995 CanLII 69 (SCC)

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Constitution Act, 1867

Loi constitutionnelle de 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

(21) Bankruptcy and Insolvency.

(21) la faillite et l'insolvabilité;

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

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

(13) Property and Civil Rights in the Province . . .

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

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3

97....

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

136. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, rateably; ...

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3

97....

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, au prorata; ...

III. Judgments Below

Court of Queen's Bench of Saskatchewan, per Wedge J. (1992), 104 Sask. R. 225

99 This decision consisted of a fiat on a non-suit application by Husky that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was inapplicable to it.

100 Wedge J. first reviewed the facts and found that s. 133(1) made Husky personally liable for the payments to the Board yet authorized it to recover these payments from Metal Fab, the contractor. The trial judge then went on to note that the questions at hand were: (1) whether, in a bankruptcy situation, s. 133 encroached upon the exclusive federal jurisdiction over bankruptcy; and (2) whether, if it did not, Husky was entitled to set off the amount it must pay to the Board against the monies held in court.

101 Wedge J. answered the first question in the affirmative. She found assistance, in reaching her conclusion, in the decisions of this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*) (later referred to by Wakeling J.A. as *Bourgault v. Quebec Deputy Minister of Revenue*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*), and *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, colloquially referred to as the "quartet". While acknowledging at p. 228 that "... these decisions are not directly on point where, as here, the claim by the provincial body, is against a third party — not the bankrupt", Wedge J. still felt they offered some guidance. In fact, the quartet, combined with some academic authority, lead her to conclude that provincial legislative initiatives are invalid simply when they affect the bankruptcy scheme.

III. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, le juge Wedge (1992), 104 Sask. R. 225

Cette décision consistait à autoriser une demande de non-lieu présentée par Husky, selon laquelle l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, ne lui était pas applicable.

Le juge Wedge a d'abord examiné les faits et statué que le par. 133(1) rendait Husky personnellement responsable du montant dû à la Commission, tout en l'autorisant à se faire rembourser ces paiements par l'entrepreneur Metal Fab. Le juge de première instance a ensuite fait remarquer qu'il s'agissait de déterminer (1) si dans une situation de faillite, l'art. 133 empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, et (2) dans la négative, si Husky avait le droit d'opérer compensation entre le montant qu'elle devait payer à la Commission et les sommes consignées en cour.

Le juge Wedge a répondu par l'affirmative à la première question. Ce faisant, elle s'est appuyée sur ce qu'on appelle communément le «quatuor» d'arrêts de notre Cour *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*) (plus tard cité par le juge Wakeling de la Cour d'appel, sous le nom de *Bourgault c. Sous-ministre du Revenu du Québec*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*), et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Tout en reconnaissant à la p. 228 que [TRADUCTION] «... ces arrêts ne sont pas tout à fait pertinents dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme provincial produit une réclamation contre une tierce partie — et non contre le failli», le juge Wedge a estimé qu'ils donnaient certaines indications. En fait, le quatuor d'arrêts, conjugué à certains articles de doctrine, l'a amenée à conclure que les mesures législatives provinciales ne sont invalides que lorsqu'elles touchent le régime de faillite.

Reference was also made to the Ontario case of *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (S.C.), where, according to Wedge J. at p. 228, McKeown J. "...relied upon the judgment of Madam Justice Wilson in *Deloitte Haskins* for the principle that provincial legislation cannot disturb the priority scheme in s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*." It was noted that McKeown J.'s reasoning in *Evelyn Stevens* was adopted by Lawton J. in *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991), a case which also involved a claim under s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. In *Serdula*, Lawton J. acknowledged that the *Evelyn Stevens* case was being appealed, but considered that McKeown J. had been correct. Wedge J. found the facts of the case at bar to be indistinguishable from those in *Serdula*. Ultimately, Wedge J. held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, has no application in a bankruptcy scenario.

Wedge J. then turned to the second issue and questioned whether the set-off issue could be separated from the s. 133(1) issue. She concluded at p. 229:

If Husky does not have to pay the Board out of the monies in court, the amount available to the Trustee is not diminished, the priority scheme in the *Bankruptcy Act* is not altered and there is no conflict between the provincial and federal legislation. It is only subs. (3) of s. 133, taken together with subs. (1) which would have the effect of disturbing the priority scheme. Thus the whole of s. 133 is under attack in the constitutional issue.

Wedge J. went on to reject the argument that the set-off provision in s. 133(3) is not in conflict with the *Bankruptcy Act* because, in s. 97(3), the Act itself recognizes rights of set-off. She reasoned at pp. 229-30:

To interpret the general right of set-off in s. 97(3) as overriding the specific reference to Workers' Compensation payments in the order of priorities would, in my

Le juge Wedge a également mentionné la décision ontarienne *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (C.S.), dans laquelle, selon elle, le juge McKeown [TRADUCTION] «s'est fondé sur les motifs du juge Wilson, dans *Deloitte Haskins*, pour appliquer le principe voulant qu'une loi provinciale ne puisse modifier l'ordre de priorité établi au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*» (p. 228). Elle a fait remarquer que le raisonnement du juge McKeown, dans *Evelyn Stevens*, a été adopté par le juge Lawton dans *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991), une affaire qui concernait aussi une réclamation fondée sur l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Dans l'affaire *Serdula*, le juge Lawton a reconnu qu'un appel avait été interjeté dans l'affaire *Evelyn Stevens*, mais il a considéré que le juge McKeown avait raison. De l'avis du juge Wedge, les faits en l'espèce ne pouvaient être distingués de ceux de l'affaire *Serdula*. Le juge Wedge a finalement conclu que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite.

Le juge Wedge a ensuite examiné la deuxième question et s'est demandée si la question de la compensation pouvait être dissociée de celle du par. 133(1). Voici sa conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Si Husky n'a pas à payer la Commission sur les sommes consignées en cour, le montant dont dispose le syndic ne se trouve pas diminué, l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* n'est pas modifié et il n'y a pas d'incompatibilité entre la loi fédérale et la loi provinciale. Ce n'est que lorsqu'il est conjugué au par. (1) que le par. (3) aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité. Par conséquent, c'est l'ensemble de l'art. 133 qui est attaqué dans la question constitutionnelle.

Le juge Wedge a ensuite rejeté l'argument selon lequel la compensation visée au par. 133(3) n'est pas incompatible avec la *Loi sur la faillite*, étant donné que le par. 97(3) de cette loi reconnaît des droits de compensation. Voici son raisonnement, aux pp. 229 et 230:

[TRADUCTION] À mon avis, considérer que le droit de compensation général, visé au par. 97(3), l'emporte sur la mention spécifique des paiements au titre des acci-

view, ignore the intention of the federal legislation, i.e. the standardization of bankruptcy priorities across Canada.

dents du travail dans l'ordre de priorité ne tiendrait pas compte de l'intention de la loi fédérale, soit la normalisation de l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada.

105 In the end, Wedge J. agreed with Lawton J. in *Serdula*. In the circumstances, she also found it unnecessary to decide the second issue given the interconnection between ss. 133(1) and (3), such that the invalidity of the former necessarily triggered the inoperation of the latter.

Le juge Wedge a, en fin de compte, souscrit à l'opinion du juge Lawton dans *Serdula*. Elle a également jugé inutile, dans les circonstances, de trancher la deuxième question compte tenu de la corrélation entre les par. 133(1) et (3), l'invalidité du premier entraînant nécessairement l'inapplication du second.

Saskatchewan Court of Appeal, per Wakeling J.A. (1993), 116 Sask. R. 46

Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Wakeling (1993), 116 Sask. R. 46

106 The Court of Appeal for Saskatchewan dismissed the appeal by the Workers' Compensation Board.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission.

107 Wakeling J.A. commenced his analysis by noting, at p. 47, that "[t]his appeal probes the extent to which provincial legislation may affect federal legislation relating to bankruptcy." It was noted that were s. 133 not to exist, the claim of the Board would rank eighth in priority and in many cases would go unpaid; if s. 133 is valid, the claim of the Board would be paid by the owner who would then have a claim against the bankrupt estate. According to Wakeling J.A. at p. 48; "[t]he net result is a clear advantage to the W.C.B. as it has managed to assure payment of its claim and leave it to the owner to struggle for repayment under the *Act* either claiming right of set-off or ranking at the bottom of the list of priorities as an unsecured creditor."

Le juge Wakeling a commencé son analyse en soulignant, à la p. 47, que [TRADUCTION] «[I]e présent appel porte sur la mesure dans laquelle une loi provinciale peut avoir une incidence sur la loi fédérale en matière de faillite.» Il a fait remarquer que, sans l'art. 133, la réclamation de la Commission serait colloquée au huitième rang et qu'elle demeurerait impayée dans bien des cas; si l'art. 133 est valide, la réclamation de la Commission serait réglée par le propriétaire qui aurait alors un recours contre l'actif du failli. Selon le juge Wakeling, [TRADUCTION] «[i]l en résulte un avantage clair pour la Commission puisqu'elle a réussi à obtenir le paiement de sa réclamation et à laisser au propriétaire le soin de se battre pour obtenir un remboursement en vertu de la *Loi*, que ce soit en invoquant un droit de compensation ou en occupant le dernier rang dans l'ordre de priorité, en tant que créancier non garanti» (p. 48).

108 The observation was then made that the provinces are dissatisfied with the degree of priority s. 136 of the *Bankruptcy Act* provides them. Wakeling J.A., at p. 48, characterized this appeal as but one more attempt by a province "to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim."

Le juge a ensuite fait remarquer que les provinces ne sont pas satisfaites du rang que leur attribue l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Le juge Wakeling a affirmé, à la p. 48, que l'appel ne constituait rien de plus qu'une autre tentative par une province [TRADUCTION] «de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.»

1995 CanLII 69 (2 CC)

Wakeling J.A. referred to the “quartet” decisions discussed by Wedge J. and held, at p. 50, that “[i]t is apparent from these cases that the Supreme Court has determined that where the federal powers over bankruptcy have been exercised in the [Bankruptcy] Act, it is not possible for provincial legislation to change the scheme of distribution which the Act has established.” Wakeling J.A. rejected the argument according to which s. 133 does not threaten the bankruptcy scheme since it merely permits a right of recovery against a third party surety, not the estate of the bankrupt. He noted that any third party caught by the Board order will want to seek repayment and will use the set-off and indemnification provisions to this effect, thereby interfering with the distribution of the bankrupt’s estate. He disagreed with the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers’ Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in which it was decided that similar legislation which had been contained in the Ontario *Workers’ Compensation Board Act*, R.S.O. 1980, c. 539, for many years was not in conflict with the federal bankruptcy scheme. As Wakeling J.A. elaborated, at p. 51:

It [the Ontario Court of Appeal] concluded that the provincial legislation worked to require the principal to make payment to the Board so that the Board having received payment had no claim under the Act against the bankrupt so it did not need to rely on s. 136. The principal then had a right to set off what it had paid the W.C.B. against what it would otherwise pay the trustee in bankruptcy but that the right of set-off did not constitute a conflict with the Act as it was specifically provided for under [s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*].

In Wakeling J.A.’s view, s. 97(3) was intended only to acknowledge and accept the application of the common law right of set-off as it has been developed over the years. To read more than a common law right of set-off into s. 97(3) would conflict with the *Henfrey Samson* decision. Furthermore, he observed that the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens* referred to only three members of the “quartet”, failing to make refer-

Le juge Wakeling a mentionné le «quatuor» d’arrêts examinés par le juge Wedge et a conclu, à la p. 50, qu’[TRADUCTION] «[i]l ressort de ces arrêts que la Cour suprême a décidé qu’une loi provinciale ne peut modifier le plan légal de répartition, dans le cas où les pouvoirs fédéraux en matière de faillite ont été exercés dans la *Loi [sur la faillite]*.» Le juge Wakeling a rejeté l’argument selon lequel l’art. 133 ne constitue pas une menace pour le régime de faillite puisqu’il confère simplement un droit de recouvrement auprès d’un tiers qui sert de caution, et non sur l’actif du failli. Il a précisé que tout tiers visé par l’ordonnance de la Commission voudra obtenir un remboursement et utilisera à cette fin les dispositions en matière de compensation et d’indemnisation, modifiant ainsi le partage de l’actif du failli. Il ne partageait pas le point de vue de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ontario (Workers’ Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, où il a été décidé qu’une disposition similaire figurant, depuis de nombreuses années, dans la *Loi sur les accidents du travail* de l’Ontario, L.R.O. 1980, ch. 539, n’était pas incompatible avec le régime fédéral en matière de faillite. Comme le fait remarquer plus en détail le juge Wakeling, à la p. 51:

[TRADUCTION] Elle [la Cour d’appel de l’Ontario] a conclu que la loi provinciale avait pour effet d’exiger du commettant qu’il paie la Commission de sorte que celle-ci ne possède ensuite, du fait de ce paiement, aucun recours contre le failli en vertu de la *Loi* et qu’elle n’ait pas à invoquer l’art. 136. Le commettant avait alors le droit d’opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu’il paierait par ailleurs au syndic de la faillite; cependant, le droit de compensation n’était pas incompatible avec la *Loi* puisqu’il était explicitement prévu [au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*].

De l’avis du juge Wakeling, le par. 97(3) ne visait qu’à reconnaître et à accepter l’application du droit de compensation, reconnu en common law, tel qu’il avait évolué au fil des ans. Il serait incompatible avec l’arrêt *Henfrey Samson* d’affirmer que le par. 97(3) confère davantage que le droit de compensation reconnu en common law. Par ailleurs, il a fait remarquer que, dans *Evelyn Stevens*, la Cour d’appel de l’Ontario n’a men-

ence to the *FBDB* case which, in his mind, has considerable relevance to this case. Wakeling J.A. added that the *FBDB* judgment applied the *Bourgault, Henfrey Samson* and *Deloitte Haskins* reasoning to parties not directly involved in a bankruptcy.

tionné que trois des arrêts du «quatuor», omettant l'arrêt *BFD* qui, à son avis, était fort pertinent en l'espèce. Le juge Wakeling a ajouté que l'arrêt *BFD* appliquait le raisonnement suivi dans les arrêts *Re Bourgault, Henfrey Samson* et *Deloitte Haskins* à des parties non directement concernées dans une faillite.

111 In the end, Wakeling J.A. concluded, at pp. 52-53, that "[t]here is no way that the bankruptcy pie can be cut as a consequence of this legislation without disturbing the scheme of distribution established under s. 136 of the *Act*." In fact, he held that it could hardly be disputed that without the legislation the distribution would be different.

Le juge Wakeling a finalement conclu, aux pp. 52 et 53, que, [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de cette disposition, il n'existe aucun moyen de partager l'actif de la faillite sans modifier le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi*.» En fait, il a statué que l'on ne pouvait guère contester que le partage serait différent en l'absence de cette disposition.

112 Deeming s. 133(1) to be invalid, Wakeling J.A. basically affirmed the approach taken by Wedge J. regarding the severance of the set-off provision. He found that the provision was to be struck as a whole, given that there is no apparent justification for a conclusion that the legislators would have intended the principal to pay in full whether or not a right of set-off was available.

Tenant le par. 133(1) pour non valide, le juge Wakeling a essentiellement confirmé le point de vue adopté par le juge Wedge relativement à la dissociation de la disposition sur la compensation. Il a décidé que la disposition devait être annulée en totalité, puisqu'il n'est apparemment pas justifié de conclure que le législateur aurait voulu que le commettant paie au complet, peu importe qu'un droit de compensation existe ou non.

IV. Issues on Appeal

IV. Les questions en litige

113 The issues in this appeal are set out in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 14, 1994:

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1*, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3*, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1*, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la *Loi*, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3*, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

In my view, the gist of the appeal comes down to the following questions, as proposed by the appellants:

- (a) Is section 133(1) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (b) Is section 133(3) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (c) If section 133(3) is inoperative, does that render section 133(1) inoperative as well?

V. Analysis

For the reasons that follow, I would allow the appeal. Section 133(1) is valid even in a situation where the contractor is or becomes bankrupt; s. 133(3) is also valid in the bankruptcy context and permits the principal to set off the amount paid to the Board from funds that it owes to the bankrupt or assignee thereof. Although I am aware of the fact that the set-off involves monies constituting the property of the bankrupt and that it potentially interferes with the order of priorities established by s. 136, I find that s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* eliminates any operational conflict between s. 133(3) and the Act since the cause of action contemplated by s. 133(3) is ordinarily available at law and equity. Further, when s. 133(3) is used simply for purposes of indemnification and this is pursued by the principal joining the ranks of the unsecured creditors then I believe any resultant interference with the bankruptcy scheme to be so incidental that it falls outside of the scope of the "clear conflict" required to trigger invalidation through the paramouncy doctrine.

At the outset, I note that the respondent's submissions that s. 133 is in conflict with ss. 17(1), 67, 95, 148, 158(a) and 198(a) of the *Bankruptcy Act* are of little, if any, merit. Nor were they seriously pleaded before us. The crux of this appeal

À mon avis, il s'agit essentiellement en l'espèce de répondre aux questions suivantes, comme le proposent les appelants:

[TRANSLATION]

- a) Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- b) Le paragraphe 133(3) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- c) Si le paragraphe 133(3) est inopérant, le paragraphe 133(1) l'est-il également de ce fait?

V. Analyse

Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Le paragraphe 133(1) est valide même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli; le par. 133(3) est également valide dans le contexte d'une faillite et permet au commettant d'opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu'il doit au failli ou au cessionnaire des biens du failli. Bien que je sois conscient du fait que la compensation vise des sommes constituant les biens du failli et qu'elle risque de modifier l'ordre de priorité établi par l'art. 136, je suis d'avis que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* élimine toute incompatibilité d'application entre le par. 133(3) et la Loi puisque la cause d'action envisagée au par. 133(3) existe habituellement en common law et en equity. De plus, je crois que, dans les cas où le par. 133(3) est utilisé simplement à des fins d'indemnisation, ce qui se produit lorsque le commettant joint les rangs des créanciers non garantis, toute ingérence dans le régime de faillite qui en résulte est tellement accessoire qu'elle se situe hors du cadre du «conflict évident» nécessaire à une déclaration d'invalidité par application de la règle de la prépondérance.

D'emblée, je fais remarquer que les arguments de l'intimée selon lesquels l'art. 133 est incompatible avec le par. 17(1), les art. 67, 95 et 148 et les al. 158a) et 198a) de la *Loi sur la faillite* ne peuvent avoir que peu de valeur. Ils n'ont pas non plus été sérieusement débattus devant nous. C'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui est au cœur

involves s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* and it is on this provision that I shall focus my attention.

A. *Paramountcy Doctrine*

117 Section 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is valid provincial legislation enacted pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Similarly, the *Bankruptcy Act* is *intra vires* the legislative purview of Parliament, specifically s. 91(21) of the Constitution: *Attorney-General of Ontario v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.), at p. 197; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218. To this end, the constitutional issue herein asks whether s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is rendered inoperative by virtue of a conflict with the *Bankruptcy Act*. In a situation where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, the doctrine of paramountcy requires that the provincial legislation be, to the extent of the conflict, declared inoperational. It is upon this doctrine that the respondent relies.

118 I underscore that, in order to be triggered, the doctrine of paramountcy requires very clear conflict. As noted by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"

119 Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other: *McCutcheon, supra*, at p. 191. There must be a situation where one cannot be able to obey the law of one level of government without disobeying the law of the other level of government: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

120 The requirement that clear operational conflict be found effectively narrows the situations in

du présent pourvoi et c'est sur cette disposition que je vais me concentrer.

A. *La règle de la prépondérance*

L'article 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est une disposition législative provinciale valide qui a été adoptée conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, la *Loi sur la faillite* relève de la compétence législative fédérale et, plus particulièrement, du par. 91(21) de la Constitution: *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.), à la p. 197; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218. À cette fin, la question constitutionnelle posée en l'espèce vise à déterminer si l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est rendu inopérant en raison d'un conflit avec la *Loi sur la faillite*. Dans un cas où il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, la règle de la prépondérance exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. C'est cette règle que l'intimée invoque.

Je tiens à souligner que, pour que la règle de la prépondérance s'applique, il doit exister un conflit très évident. Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»

Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement: *McCutcheon*, précité, à la p. 191. Il doit s'agir d'un cas où quelqu'un ne peut se conformer à la loi d'un palier de gouvernement sans désobéir à la loi de l'autre palier de gouvernement: *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Puisqu'il doit clairement exister un conflit d'application, il y aura en fait peu de cas où l'on consi-

which federal legislation will be deemed to be paramount over provincial enactments. The rationale behind this restrictive use of paramountcy is self evident: governmental regulation in Canada operates through a complex web of federal and provincial legislation. The regimes structuring many areas of public policy, such as, bankruptcy, actively involve both levels of government. To this end, barring a situation where obeying the enactment of one level places a citizen in disobedience of the legislation of the other level, an attempt must be made to read overlapping provincial and federal legislation in a complementary manner.

I am buttressed in this approach by the general comments of Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. Although the *GM* case specifically involved validating legislation under the federal trade and commerce power, I find the following passage from Dickson C.J.'s reasons (at pp. 669-70) to be apposite to this appeal:

... it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate

Both provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government's sphere of power.

In the case at bar, the courts below did not demonstrate the appropriate level of judicial restraint in their application of paramountcy doctrine. In my view, courts should carefully look for co-existence, not strive to find conflict.

dérera qu'une loi fédérale a prépondérance sur des lois provinciales. La raison d'être du recours restreint à la prépondérance est évidente en soi: la réglementation gouvernementale au Canada s'inscrit dans le cadre de tout un ensemble complexe de lois fédérales et provinciales. Les deux paliers de gouvernement participent activement à l'établissement des régimes applicables à de nombreux domaines d'intérêt public comme celui de la faillite. À cette fin, sauf dans le cas où l'observance de la loi d'un palier de gouvernement par un citoyen entraîne son inobservance de la loi de l'autre palier de gouvernement, il faut tenter d'interpréter de façon complémentaire les lois fédérales et provinciales qui chevauchent.

Les commentaires généraux du juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, appuient mon point de vue. Bien que cet arrêt ait porté expressément sur la validation d'une loi en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, j'estime que l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson (aux pp. 669 et 670) est pertinent en l'espèce:

... il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives . . .

Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre.

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas fait preuve de la retenue qui s'impose en appliquant la règle de la prépondérance. À mon avis, les tribunaux devraient chercher avec soin la coexistence et non pas s'efforcer de déceler des conflits.

B. *The History and Purpose of Workers' Compensation Legislation in Canada*

123 The disposition of this appeal requires not only a sensitivity to the true nature of the paramountcy doctrine, but also an appreciation of the history and purpose of workers' compensation legislation.

124 Workers' compensation legislation creates a "no fault" system of benefits whereby injured workers are guaranteed compensation in connection with their injuries. As noted by the Workers' Compensation Board of Alberta, the concept of workers' compensation in Canada was introduced in order to elevate Canadian society from an industrial "state of nature".

125 In *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (Ont. H.C.), at pp. 280-81, Montgomery J. described this "state of nature" as follows:

... in the years before there was workers' compensation. Economic necessity compelled people to work long hours, under conditions more hazardous than they would freely choose and without any opportunity to provide for their own personal safety. The physical conditions, equipment and work methods of the day often increased the likelihood of accidents and decreased the likelihood of recovery in tort. As many as half of the work place accidents were found to result from the hazards of the work place, not from anyone's fault. When an employer was at fault, he could erect the common law defences of contributory negligence and voluntary assumption of risk to insulate himself from liability. Both of those defences, though available generally, operated with particular harshness in the work place, because despite the dangers of the work place and the work tasks there were no real alternatives open to the worker. In addition, employers alone could assert the defence of common employment to neutralize claims based on the fault of a worker's fellow employees. All of these defences operated as absolute bars to recovery; all remain part of Ontario law, except where suppressed or modified by statute. Finally, even successful worker-plaintiffs had no assurance of meaningful recovery. Wealthy employers could often exhaust the worker's resources in a series of appeals. Legal fees and other costs reduced the amount realized from any award.

B. *L'historique et l'objet de la législation sur les accidents du travail au Canada*

Pour statuer sur le présent pourvoi, il faut non seulement tenir compte de la nature véritable de la règle de la prépondérance, mais encore de l'historique et de l'objet de la législation sur les accidents du travail.

La législation sur les accidents du travail crée un régime d'indemnités sans égard à la responsabilité, qui garantit aux travailleurs blessés une indemnité pour leurs blessures. Comme l'a fait remarquer la Workers' Compensation Board de l'Alberta, le concept de l'indemnisation des accidents du travail a été établi au Canada pour sortir la société canadienne d'une «période de dénuement» pour les travailleurs.

Dans la décision *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (H.C. Ont.), aux pp. 280 et 281, le juge Montgomery décrit ainsi cette «période de dénuement»:

[TRADUCTION] ... au cours des années antérieures à l'indemnisation des accidents du travail. Les gens devaient par nécessité économique travailler pendant de longues heures, dans des conditions plus dangereuses qu'ils n'auraient librement choisi et sans possibilité de pourvoir à leur propre sécurité personnelle. Les conditions matérielles, l'équipement et les méthodes de travail de l'époque augmentaient souvent le risque d'accidents et diminuaient la possibilité d'un recouvrement fondé sur la responsabilité civile délictuelle. Jusqu'à la moitié des accidents du travail était imputable aux dangers que posait le milieu de travail, et non à la faute de quelqu'un. Lorsqu'un employeur était fautif, il pouvait invoquer la négligence contributive et l'acceptation du risque comme moyens de défense, reconnus en common law, pour échapper à toute responsabilité. Ces deux moyens de défense, même s'ils pouvaient être invoqués de manière générale, étaient appliqués d'une façon particulièrement rigoureuse en milieu de travail, parce que, malgré les dangers du milieu de travail et du travail même, le travailleur n'avait pas de véritables choix à faire. En outre, seul l'employeur pouvait soulever la communauté d'emploi comme moyen de défense pour faire contrepois aux réclamations d'un travailleur fondées sur la faute d'un collègue. Tous ces moyens de défense avaient pour effet d'empêcher de manière absolue tout recouvrement; ils font encore tous partie du

Impecunious employers often could not pay the judgments against them. For slow developing industrial disease claims, workers might find their employers had gone out of business or disappeared.

In effect, the workers' compensation system involves an historic compromise. On the one hand, employees give up their rights of action against employers and other workers in exchange for benefits regardless of fault. On the other hand, employers are relieved of certain liabilities involving their employees but are obliged to fund wholly the burden of compensating injured workers through assessments paid to the Injury Fund. This compromise emanated from the 1913 Meredith Report, which constitutes the conceptual base for all workers' compensation legislation in Canada. In *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, affirmed [1989] 1 S.C.R. 922, the Newfoundland Court of Appeal, at p. 509, summarized the funding scheme proposed by Meredith as follows:

... Meredith recommended that Ontario model its legislation after the German system which emphasized the duty of the state to provide sustenance and support to injured workers through a collective, no-fault, industry-funded insurance scheme by means of a regulated accident fund

The strength of the fund is thus key to the viability of the workers' compensation system. In turn, the financial integrity of the Workers' Compensation program depends on an effective means of ensuring that sufficient monies are paid into the Injury Fund. It is here that s. 133 plays a key role. It, along with other devices such as statutory liens, ensures that the Injury Fund continues to be

droit ontarien, sauf dans la mesure où ils ont été supprimés ou modifiés par la loi. Enfin, même les demandeurs-travailleurs qui avaient gain de cause ne disposaient d'aucune garantie de recouvrement utile. Les employeurs riches pouvaient souvent épuiser les ressources du travailleur au moyen d'une série d'appels. Les frais de justice et autres avaient pour effet de diminuer le montant obtenu. De plus, souvent des employeurs pauvres n'étaient pas en mesure de payer les montants qu'ils avaient été condamnés à verser. Dans le cas de réclamations relatives à des maladies professionnelles à progression lente, le travailleur pouvait découvrir que son employeur n'était plus en affaires ou avait disparu.

En fait, le régime d'indemnisation des accidents du travail comporte un compromis historique. D'une part, l'employé renonce à son droit d'action contre son employeur et d'autres travailleurs en contrepartie d'indemnités sans égard à la responsabilité. D'autre part, l'employeur est relevé de certaines responsabilités relatives à ses employés, mais est tenu d'assumer en totalité la responsabilité de l'indemnisation des travailleurs blessés grâce aux cotisations versées à la caisse des accidents. Ce compromis émane du rapport Meredith de 1913, qui constitue le fondement conceptuel de l'ensemble des lois sur l'indemnisation des accidents du travail au Canada. Dans *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, confirmé par [1989] 1 R.C.S. 922, la Cour d'appel de Terre-Neuve résume, à la p. 509, le régime de financement proposé par Meredith:

[TRADUCTION] . . . Meredith a recommandé que l'Ontario calque sa loi sur le régime allemand qui met l'accent sur l'obligation de l'État de fournir des moyens de subsistance et un soutien aux travailleurs blessés, grâce à un régime d'assurance collectif sans égard à la responsabilité, financé par l'industrie au moyen d'une caisse des accidents réglementée.

La santé de la caisse est donc la clé de la viabilité du régime d'indemnisation des accidents du travail. Par contre, l'équilibre financier du programme d'indemnisation des accidents du travail dépend de l'existence d'un moyen efficace de garantir que des fonds soient versés en quantité suffisante à la caisse des accidents. C'est ici que l'art. 133 joue un rôle clé. Grâce à cette disposition

replenished and remains solvent. This is accomplished by holding principals liable for the unpaid dues of contractors because, from the perspective of the workers, both contractors and principals are "employers". Moreover, from the point of view of rudimentary economic analysis, both gain from the surplus value of the workers' labour. Without the existence of effective methods to finance the Injury Fund, the workers' compensation system is emptied of any content and the "historical compromise" is rendered meaningless. Provisions such as s. 133 further the policy choice to shift losses for unpaid premiums from the Board and workers to principals. Workers' compensation legislation strives to visit the costs of industrial disease, death and injury on the employer community which exposes its workforce to those risks. An attempt is made to spread responsibility for those costs amongst multiple employers engaged in a single project.

et à d'autres instruments comme les privilèges d'origine législative, la caisse des accidents continue d'être réapprovisionnée et solvable. Pour ce faire, les commettants sont tenus responsables des cotisations impayées des entrepreneurs parce que, du point de vue des travailleurs, tant l'entrepreneur que le commettant sont des «employeurs». En outre, du point de vue d'une analyse économique rudimentaire, les deux tirent profit de la valeur excédentaire du labeur des travailleurs. En l'absence de méthodes efficaces de financement de la caisse des accidents, le régime d'indemnisation des accidents du travail devient futile et le «compromis historique» perd tout son sens. Des dispositions comme l'art. 133 appuient le choix de principe de faire assumer par les commettants, plutôt que par la commission et les travailleurs, les pertes au titre des primes impayées. La législation sur l'indemnisation des accidents du travail s'efforce de faire assumer les coûts relatifs aux maladies professionnelles et aux décès et blessures de travailleurs par le milieu des employeurs qui expose sa main-d'œuvre à ces risques. On tente de répartir la responsabilité de ces coûts entre les divers employeurs qui participent à un projet commun.

1995 CanLII 69 (SCC)

128 On a related note, I would, with respect, expressly reject Wakeling J.A.'s characterization at p. 48 of this case as "... one more attempt by a province to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim." To the extent that Wakeling J.A.'s remarks are aimed at criticizing the province for enacting the impugned legislation with that object in mind, I cannot agree. There is no basis in law or history to ascribe such a pejorative intent to s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. I note that the original precursor to s. 133 was enacted in 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, c. 9, s. 9*), well before the introduction of *The Bankruptcy Act* in 1919 (S.C. 1919, c. 36) and of the original version of s. 136(1)(h) which was enacted in 1921 (*The Bankruptcy Act Amendment Act, 1921, S.C. 1921, c. 17, s. 39*).

Dans la même veine, je suis d'avis, en toute déférence, de rejeter expressément l'affirmation du juge Wakeling, à la p. 48, voulant que la présente affaire ne constitue qu'[TRADUCTION] «... une autre tentative par une province de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.» Je ne saurais être d'accord dans la mesure où les remarques du juge Wakeling visent à reprocher à la province d'avoir eu cette intention à l'esprit en adoptant la mesure législative contestée. Il n'y a aucune raison juridique ou historique de prêter une intention aussi péjorative à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Je souligne que le libellé initial de l'art. 133 a été adopté en 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, ch. 9, art. 9*), bien avant l'adoption de la *Loi de faillite* en 1919 (S.C. 1919, ch. 36) et de la première version de l'al. 136(1)h, adoptée en 1921 (*Loi modifiant la Loi de faillite, 1921, S.C. 1921, ch. 17, art. 39*).

From another angle, the present wording of s. 133 is essentially unchanged from the modifications made to s. 9 of the 1910 Act in the 1929 *Workmen's Compensation Act*, S.S. 1928-29, c. 73, s. 11. Now, s. 11 of the 1929 Act was modelled directly on the contemporaneous provisions of the Ontario *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1927, c. 179, s. 10, these being originally enacted in 1915 and 1919: S.O. 1914, c. 25, s. 10, as amended by S.O. 1915, c. 24, s. 5, and S.O. 1919, c. 34, s. 4(2). The creation of joint and several liability as between contractors and principals for the contractor's unpaid compensation debts (as well as the concomitant right to indemnification) thus predates the scheme of priorities established by bankruptcy legislation. Consequently, there could not have been, at the time of enacting workers' compensation legislation, a desire to undermine federal bankruptcy arrangements nor circumvent the priority scheme.

It is helpful to recall that s. 133 is not addressed specifically to situations in which the contractor is bankrupt, although such a situation may occasionally arise on the facts as it does here. Principally, s. 133 is aimed at granting the Board an alternate route to obtain the funds that, but for the delinquency, absconding or unscrupulousness of the contractor, it would ordinarily have received. Clearly, when the contractor and principal have a working relationship, it is easier for the principal to recover the monies from the contractor than it is for the Board since it is the principal who pays the contractor for work completed.

This review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes fails to unearth any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy. See *Evelyn Stevens* (Ont. C.A.), *supra*, at p. 747, for a similar conclusion within the Ontario context.

Vu sous un autre angle, le libellé actuel de l'art. 133 est essentiellement le même depuis les modifications apportées à l'art. 9 de la loi de 1910 dans *The Workmen's Compensation Act* de 1929, S.S. 1928-29, ch. 73, art. 11. L'article 11 de la loi de 1929 a été calqué directement sur les dispositions contemporaines de *The Workmen's Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1927, ch. 179, art. 10, qui avaient été adoptées initialement en 1915 et en 1919: S.O. 1914, ch. 25, art. 10, modifié par S.O. 1915, ch. 24, art. 5, et S.O. 1919, ch. 34, par. 4(2). L'établissement d'une responsabilité solidaire entre entrepreneurs et commettants relativement aux cotisations impayées (et le droit concomitant d'être indemnisé) est donc antérieur à l'ordre de priorité établi par la loi sur la faillite. En conséquence, il ne pouvait exister, au moment de l'adoption de la loi sur l'indemnisation des accidents du travail, une volonté de miner les dispositions fédérales en matière de faillite ou de déjouer l'ordre de priorité.

Il est utile de se rappeler que l'art. 133 ne vise pas spécifiquement les situations où l'entrepreneur est en faillite, quoiqu'une telle situation puisse, à l'occasion, se présenter dans les faits, comme en l'espèce. L'article 133 vise surtout à accorder à la Commission un autre moyen d'obtenir les fonds qu'elle aurait normalement reçus n'eût été le défaut, la fuite ou la malhonnêteté de l'entrepreneur. De toute évidence, lorsque l'entrepreneur et le commettant ont une relation de travail, il est plus facile pour le commettant de recouvrer les sommes auprès de l'entrepreneur que ce ne l'est pour la Commission puisque c'est le commettant qui paie l'entrepreneur pour les travaux achevés.

L'examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail ne donne aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite. Voir la décision *Evelyn Stevens* (C.A. Ont.), précitée, à la p. 747, pour une conclusion similaire dans le contexte ontarien.

C. *Paramountcy in the Context of Bankruptcy: The "Quartet"*

132 On four occasions, this Court has been called upon to affirm the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the federal legislation. As was mentioned above, these four cases are commonly referred to as the "quartet". Although they are not directly on all fours with the appeal at bar (since they do not involve the provincial body claiming against a third-party, only the bankrupt), I agree with Wedge J. that they are of significant interpretive assistance.

133 In *Re Bourgault, supra*, this Court considered s. 30 of the Quebec *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, which provided that "[e]very sum due to the Crown" under that Act constituted "a privileged debt ranking immediately after law costs". The facts of the *Bourgault* case, put briefly, are as follows. Upon the bankruptcy of a debtor, the Deputy Minister of Revenue of Quebec maintained that, by virtue of s. 30 of the *Retail Sales Tax Act*, he was a "secured creditor" within the meaning of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and was therefore entitled to greater priority than normally available for Crown claims under the bankruptcy scheme. This Court rejected the claim on the grounds that s. 107 (now s. 136) of the *Bankruptcy Act* established an elaborate scheme of distribution of a bankrupt's assets, intending to confer a certain priority on Crown claims, and that provincial statutes which attempted to confer a higher priority were inconsistent with the Act. Specifically, Pigeon J., writing for a majority of the Court, stated at p. 44:

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(f) [of the *Bankruptcy Act*] It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax.

C. *La prépondérance dans le contexte d'une faillite: le «quatuor» d'arrêts*

À quatre reprises, on a demandé à notre Cour de confirmer la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la loi fédérale. Comme je l'ai déjà mentionné, ces quatre arrêts sont communément appelés le «quatuor». Bien qu'ils ne soient pas pertinents à tous les points de vue en l'espèce (puisque dans ces arrêts, l'organisme provincial fait une réclamation non pas contre un tiers, mais seulement contre le failli), je conviens avec le juge Wedge qu'ils constituent un important outil d'interprétation.

Dans l'arrêt *Re Bourgault*, précité, notre Cour a examiné l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec, S.R.Q. 1964, ch. 71, qui prévoyait que «[t]oute somme due à la couronne» en vertu de cette loi constituait «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice.» Voici un résumé des faits de l'arrêt *Re Bourgault*. Lors de la faillite d'un débiteur, le sous-ministre du Revenu du Québec a soutenu qu'il était, en vertu de l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, un «créancier garanti» au sens de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et qu'il devait occuper, dans l'ordre de priorité, un meilleur rang que celui qui serait normalement attribué aux réclamations de la Couronne sous le régime de la faillite. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif que l'art. 107 (maintenant l'art. 136) de la *Loi sur la faillite* établissait un plan complexe de partage des biens d'un failli, destiné à conférer une certaine priorité aux réclamations de la Couronne, et que les lois provinciales qui tentaient d'attribuer un meilleur rang dans l'ordre de priorité étaient incompatibles avec la Loi. Voir, plus précisément, ce que le juge Pigeon affirme au nom de la Cour à la majorité, à la p. 44:

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)f) [de la *Loi sur la faillite*] qu'il faut s'arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte

Paragraph (j) ends with the following words, “notwithstanding any statutory preference to the contrary”. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a “secured creditor” and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Similarly, in *Deloitte Haskins, supra*, this Court considered s. 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, which provided that any amount owed to the Workers' Compensation Board by an employer constituted a priority charge on that employer's assets. The Court concluded that this provision did not apply in bankruptcy in that it could not provide the Workers' Compensation Board with a security interest within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, so as to defeat the lower priority accorded to claims by Workers' Compensation Boards by s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Specifically, Wilson J. (on behalf of herself and two other judges, with Chouinard J. and two others concurring separately) relied on *Re Bourgault, supra*, and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (N.S.S.C.), in concluding at p. 806 that:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in that section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*

de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

De même, dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, notre Cour a examiné l'al. 78(4)a de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, qui prévoyait que toute somme due à la Workers' Compensation Board par un employeur constituait une charge prioritaire grevant les biens de cet employeur. Notre Cour a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas en matière de faillite en ce sens qu'elle ne pouvait faire de la Workers' Compensation Board un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, de manière à contrecarrer le rang inférieur accordé aux réclamations des commissions des accidents du travail par l'al. 107(1)h de la *Loi sur la faillite*. Plus précisément, le juge Wilson (s'exprimant en son propre nom et en celui de deux autres juges, avec l'appui séparé du juge Chouinard et deux autres juges) s'est fondée sur les arrêts *Re Bourgault*, précité, et *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (C.S.N.-É.), en concluant, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des

and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. In effect, this is the position adopted by the Court of Appeal and advanced before us by the respondent. It cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

How then should the constitutional question stated by the Chief Justice be answered? Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* conflict with s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* so as to render the latter provision inoperable? I do not believe so. Section 78(4) does not purport to deal with a bankruptcy situation and, by virtue of the presumption of constitutionality, the provincial legislature is presumed to be legislating within its competence rather than outside it. Faced with the choice of construing the provincial legislation in a way which would cause it to invade the federal sphere, thereby attracting the doctrine of paramountcy, or construing it in accordance with the presumption of constitutionality, I prefer the latter course. I believe also that it accords better with the more recent authorities on the scope of the paramountcy doctrine.

135 In *FBDB, supra*, this Court found that, where a secured creditor took advantage of s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and liquidated his security outside the bankruptcy proceedings, the property constituting the security was still property of the bankrupt and the order of payment of creditors from the proceeds of the sale of the security was to be determined by the priorities specified in the *Bankruptcy Act* and not by the provisions of provincial law governing the order of collocation. Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) stated at p. 1071:

In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority.

premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. En réalité, c'est la position adoptée par la Cour d'appel et plaidée devant nous par l'intimée. Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Comment devrait-on alors répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef? L'alinéa 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* de façon à le rendre inopérant? Je ne le crois pas. Le paragraphe 78(4) n'est pas censé viser un cas de faillite et, en vertu de la présomption de constitutionnalité, le législateur provincial est censé légiférer dans le cadre de sa compétence plutôt qu'à l'extérieur de celle-ci. Si j'ai le choix d'interpréter la loi provinciale de manière qu'elle envahisse la sphère de compétence fédérale, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance ou de l'interpréter en conformité avec la présomption de constitutionnalité, je préfère cette dernière interprétation. Je crois en outre qu'elle se conforme mieux à la jurisprudence et à la doctrine récentes relativement à la portée de la doctrine de la prépondérance.

Dans l'arrêt *BFD*, précité, notre Cour a statué que, dans le cas où un créancier garanti s'est prévalu du par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et a liquidé sa garantie en dehors des procédures de faillite, les biens constituant la garantie continuent de faire partie des biens du failli et l'ordre de paiement des créanciers sur le produit de la vente de la garantie est établi selon les priorités prévues dans la *Loi sur la faillite* et non par les dispositions d'une loi provinciale régissant l'ordre de collocation. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme, au nom de notre Cour, à la p. 1071:

De toute manière, j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit.

Lamer J. went on to note that as provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another.

Finally, in *Henfrey Samson*, *supra*, this Court reiterated its position in the three previous cases, holding that a deemed statutory trust created by s. 18(1) of the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, over all amounts collected as taxes under the Act could not give the province priority over other creditors under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. The issue was whether the deemed statutory trust could qualify as a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* so as to exclude the amounts so held from the property of the bankrupt and instead require them to be given entirely to the provincial government. McLachlin J., writing for the majority, held at p. 33 that:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

In *Henfrey Samson*, no common law trust was found since the monies in the impugned trust had been mixed with other monies. Consequently, the s. 47(a) definition of trust was not triggered. However, the important point to be taken from *Henfrey Samson* is that if the province were to have drafted its tax collection legislation in a way that created a valid trust under the terms of the *Bankruptcy Act*, that money would have been excluded from the property of the bankrupt. From another perspective, the province would be able to affect the outcome of the bankruptcy; yet, because it would not have altered the priorities of distribution, the legislation would have survived paramountcy analysis. In *Henfrey Samson*, Cory J. dissented regarding the applicability of the questions of law to the spe-

Le juge Lamer fait ensuite remarquer que, puisque les lois provinciales ne peuvent modifier les priorités établies par la loi fédérale, l'uniformité de l'ordre de priorité en matière de faillite est donc assurée d'une province à l'autre.

Enfin, dans l'arrêt *Henfrey Samson*, précité, notre Cour a réitéré la position qu'elle avait adoptée dans les trois arrêts antérieurs, statuant qu'une fiducie réputée, créée par le par. 18(1) de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, relativement à tous les montants de taxe perçus en vertu de la Loi ne pouvait conférer à la province la priorité sur les autres créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3. Il s'agissait de déterminer si cette fiducie légale réputée pouvait être qualifiée de fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* de façon à exclure les montants ainsi détenus du patrimoine du failli et à exiger qu'ils soient remis entièrement au gouvernement provincial. Le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Dans l'arrêt *Henfrey Samson*, on a conclu à l'inexistence d'une fiducie de *common law* puisque les sommes comprises dans la fiducie attaquée avaient été mélangées à d'autres sommes. En conséquence, la définition de la fiducie, contenue à l'al. 47a), n'était pas applicable. Cependant, le point important qui se dégage de l'arrêt *Henfrey Samson* est le suivant: si la province avait rédigé sa loi sur la perception des taxes de façon à créer une fiducie valide en vertu de la *Loi sur la faillite*, les sommes en cause n'auraient pas fait partie des biens du failli. Vu sous un autre angle, la province pourrait modifier l'issue de la faillite; cependant, la loi aurait résisté à une analyse fondée sur la prépondérance, du fait qu'elle n'aurait pas modifié l'ordre de priorité en matière de partage. Dans l'ar-

cific facts at hand, holding that a valid trust was created and that there was no conflict between the provincial and federal legislation since the *Bankruptcy Act* specifically gave priority to a trust.

138 In my view, the quartet has given rise to two interpretations. One is broad, the other narrow.

139 The respondents in the instant appeal advocate the broad interpretation, according to which any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution. The Attorney General for Saskatchewan refers to this as the "bottom line" approach. Under such an approach, s. 133, since it affects the end result of the bankruptcy process, would be deemed invalid.

140 The appellants, on the other hand, advocate a narrower interpretation: the quartet precludes a province only from altering the position of a creditor vis-à-vis the other creditors claiming from the same estate within the scheme of distribution created by s. 136(1). In other words, the only thing the province cannot do is "jump the queue" set up by Parliament. Consequently, in order to impugn a provincial law affecting the bankruptcy process, there must be an attempt to reallocate the priority scheme by directly creating interests in the property of the bankrupt.

141 In my opinion, the second interpretation is the correct one. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. This accords with the facts of the cases in the quartet. In each case, the provincial governments endeavoured to change the priorities of preferred creditors in s. 136(1) by elevating a lower ranked claim to a higher rank. In *Re Bourgault* and *Henfrey Samson*, the province attempted to "queue jump" claims of the Crown ranked last by s. 136(1)(j) by declaring such debts to be "privi-

rêt *Henfrey Samson*, le juge Cory était dissident relativement à l'applicabilité des questions de droit aux faits en cause; il était d'avis qu'une fiducie valide avait été constituée et qu'il n'existait pas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale puisque la *Loi sur la faillite* accordait expressément la priorité à une fiducie.

À mon avis, le quatuor d'arrêts a donné lieu à deux interprétations: une interprétation large et une interprétation restrictive.

Les intimés en l'espèce préconisent l'interprétation large selon laquelle chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage. Le procureur général de la Saskatchewan dit qu'il s'agit du critère du «résultat final». Selon ce critère, l'art. 133 serait réputé non valide puisqu'il touche l'issue du processus de faillite.

Les appelants, par contre, préconisent une interprétation plus restrictive: le quatuor d'arrêts empêche seulement une province de modifier la position d'un créancier par rapport aux autres qui produisent une réclamation contre le même actif, selon le plan de répartition établi au par. 136(1). En d'autres termes, il est seulement interdit à la province de bénéficier d'une «anticipation de rang» dans l'ordre établi par le législateur fédéral. En conséquence, pour pouvoir être contestée, une loi provinciale modifiant le processus de faillite doit tenter de modifier l'ordre de priorité en créant directement des droits sur les biens du failli.

À mon avis, c'est la seconde interprétation qui est la bonne. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. Cette interprétation est compatible avec les faits dont il était question dans le quatuor d'arrêts. Dans chaque cas, un gouvernement provincial avait tenté de modifier l'ordre de priorité des créanciers privilégiés visés au par. 136(1), en améliorant le rang de la créance dans la collocation. Dans les arrêts *Re Bourgault* et *Henfrey Samson*, la

leges" (*Re Bourgault*) or deeming them to be "trust money" and hence outside the distribution scheme (*Henfrey Samson*). In *Deloitte Haskins*, the province attempted to elevate its claim through a proposed security interest and, finally, in *FBDB*, the province once again endeavoured to use the mechanism of a privilege/lien.

In many ways, the broad approach propounded by the respondents would produce unacceptable results since it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*. I am sensitive to the arguments by the Saskatchewan Attorney General that provincial legislation is deeply involved in determining the priority, registration, and amount of indebtedness in the bankruptcy process. In fact, the proprietary and contractual rights that are regulated by the bankruptcy process are usually created by virtue of provincial law. All of these enactments somehow affect the "bottom line".

For example, provincial personal property security legislation establishes security interests (such as that relied upon by the Bank of Montreal in the instant appeal) that create secured creditors and validate claims against the estate of the bankrupt. Of similar import is builders' and mechanics' lien legislation that has been held to be constitutionally valid in *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; see also *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (Sask. C.A.) and *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487, at p. 494, per Judson J.

Other valid provincial legislation invariably affecting the "bottom line" includes: consumer protection and warranties legislation; land titles statutes; sale of goods laws; and a further array of

province avait tenté de bénéficier d'une «anticipation de rang» par rapport aux réclamations de la Couronne, colloquées au dernier rang en vertu de l'al. 136(1j), en déclarant que ces dettes constituaient des «privileges» (*Re Bourgault*) ou étaient réputées constituer des «fonds en fiducie», et n'étaient donc pas visées par le plan de répartition (*Henfrey Samson*). Dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, la province tentait d'améliorer son rang dans la collocation en faisant valoir l'existence d'une garantie, et enfin, dans l'arrêt *BFD*, la province avait de nouveau tenté de recourir au mécanisme du privilège.

À de nombreux égards, l'approche générale préconisée par les intimés produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*. Je suis conscient des arguments du procureur général de la Saskatchewan, voulant que les lois provinciales jouent un rôle important dans la détermination du rang, des modalités d'enregistrement et du montant des créances dans le processus de faillite. En fait, les droits de propriété et de nature contractuelle qui sont réglementés par le processus de faillite sont habituellement créés en vertu d'une loi provinciale. Tous ces textes législatifs influent d'une certaine façon sur le «résultat final».

Par exemple, les lois provinciales sur les sûretés mobilières établissent des garanties (comme celle qu'invoque la Banque de Montréal en l'espèce) qui créent des créanciers garantis et valident des réclamations contre l'actif du failli. Dans la même veine, mentionnons le texte législatif relatif au privilège du constructeur et du fournisseur de matériaux que notre Cour a jugé constitutionnel dans *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; voir aussi *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (C.A. Sask.), et *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487, à la p. 494, le juge Judson.

Parmi les autres lois provinciales valides qui influent inmanquablement sur le «résultat final», on compte les lois sur la protection du consommateur et les garanties, les lois sur les titres fonciers,

specific statutes such as *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, s. 44 (protecting and exempting farmland and farm equipment from the property of the bankrupt's estate), the *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140, s. 142, and the *Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, c. 10, s. 19.

les lois sur la vente de biens et un éventail de lois spécifiques comme *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 44 (protégeant et soustrayant de l'actif du failli les terres agricoles et l'équipement agricole), la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, art. 142, et l'*Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, ch. 10, art. 19.

145 The fact that federal bankruptcy legislation is often contingent on provincial initiatives in the area of property and civil rights has been noted by Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 25-9):

Le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 25-9) fait remarquer que la loi fédérale en matière de faillite est souvent subordonnée à des mesures provinciales dans le domaine de la propriété et des droits civils:

The term "secured creditor" is defined [in federal bankruptcy legislation] . . . in terms so general that the validity and effect of "a mortgage, pledge, charge, lien or privilege" is left to be determined under the provincial law relating to secured transactions. For example, if a creditor claims to hold a first mortgage on land in Ontario, the trustee in bankruptcy . . . will look to Ontario's law of mortgages to determine whether the creditor is indeed a secured creditor and, if so, the extent to which the creditor can resort to the land in priority to all other creditors. In this way, provincial law has a profound, albeit indirect, effect on the distribution of the bankrupt's assets. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'expression «créancier garanti» est définie [dans la loi fédérale sur la faillite] [. . .] de façon si générale que la validité et l'incidence d'«une hypothèque, [d']un nantissement, [d']une charge, [d']un gage ou [d']un privilège» doivent être déterminées en vertu de la loi provinciale relative aux opérations garanties. Par exemple, si un créancier prétend détenir une première hypothèque sur un bien-fonds en Ontario, le syndic de faillite [. . .] examinera la loi ontarienne sur les hypothèques pour déterminer si le créancier est vraiment un créancier garanti, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ce créancier peut avoir priorité sur tous les autres créanciers pour recourir à ce bien-fonds. La loi provinciale a ainsi une incidence profonde, quoique indirecte, sur le partage des biens du failli. [Je souligne.]

To my mind, there is nothing inherently undesirable about this interplay between federal and provincial statutory initiatives in the regulation of the bankruptcy process.

À mon avis, cette interaction entre les mesures législatives fédérales et provinciales, dans le domaine de la réglementation du processus de faillite, n'a rien d'indésirable en soi.

146 The Alberta Court of Appeal has, for its part, also demonstrated a reluctance to invalidate provincial legislation which simply touches upon bankruptcy proceedings. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, the issue before the court was whether the *Bankruptcy Act* prevented a court-appointed receiver-manager of an insolvent and bankrupt oil company from complying with an order requiring that receiver-manager, in the interests of environmental integrity, carry out proper abandonment procedures on seven suspended oil wells. That work would be done at the expense of the secured creditors' entitlement under

La Cour d'appel de l'Alberta s'est, quant à elle, montrée hésitante à invalider une loi provinciale qui ne fait que toucher les procédures de faillite. Dans l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, la cour devait déterminer si la *Loi sur la faillite* empêchait l'administrateur-séquestre d'une société pétrolière insolvable et en faillite, nommé par le tribunal, de se conformer à une ordonnance lui enjoignant, au nom de l'intégrité environnementale, d'entreprendre des procédures régulières d'abandon de sept puits de pétrole dont l'exploitation avait été interrompue. Cette tâche serait accomplie au détriment du droit des créan-

1995 CanLII 69 (SCC)

the *Bankruptcy Act*. At page 599, Laycraft C.J.A. held for the court:

In my view, there is no . . . direct conflict in this case. The Alberta legislation regulating oil and gas wells in this province is a statute of general application within a valid provincial power. It is general law regulating the operation of oil and gas wells, and safe practices relating to them, for the protection of the public. It is not aimed at subversion of the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* though it may incidentally affect that distribution in some cases. It does so, not by a direct conflict in operation, but because compliance by the receiver with the general law means less money will be available for distribution.

Northern Badger thus echoes the proposition that provincial laws of general application continue to apply in bankruptcy even though they may incidentally alter the amount of proceeds available in the bankrupt's estate for distribution.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A number of this Court's decisions have emphasized the value of standardizing bankruptcy priorities across the country. But it is important to remember that a bankruptcy priority is a category. The precise content of that category can and does vary to some extent from one province to the next. It seems to me that s. 72(1) of the *Bankruptcy Act* is an example of the recognition of provincial diversity. Section 72(1) reads as follows:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

ciers garantis en vertu de la *Loi sur la faillite*. Le juge en chef Laycraft affirme, au nom de la cour, à la p. 599:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'y a pas [. . .] de conflit direct en l'espèce. La loi albertaine régissant les puits de pétrole et de gaz naturel dans la province est une loi d'application générale relevant d'un chef de compétence provinciale valide. C'est une loi générale qui régleme, pour la protection du public, l'exploitation des puits de pétrole et de gaz naturel et les pratiques en matière de sécurité s'y rapportant. Elle ne vise pas à bouleverser le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, bien qu'elle puisse modifier indirectement cette répartition dans certains cas. Cela se produit, non pas en raison d'une incompatibilité directe d'application, mais parce que l'observance de la loi générale par le séquestre signifie qu'il y aura moins d'argent à partager.

L'arrêt *Northern Badger* reprend donc la proposition voulant que les lois provinciales d'application générale continuent de s'appliquer en matière de faillite, même si elles peuvent modifier indirectement les sommes de l'actif du failli qui sont susceptibles d'être partagées.

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Notre Cour a, dans un certain nombre d'arrêts, souligné l'importance de normaliser l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada. Cependant, il importe de se rappeler qu'une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie. Le contenu précis de cette catégorie peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Il me semble que le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite* est un exemple de reconnaissance de la diversité provinciale. En voici le libellé:

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

148

Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. Indeed, in *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753, Beetz J., commenting on the precursor to s. 72(1) (s. 50(6)), wrote (at pp. 808-9):

... I am of the view that s. 50, subs. (6) of the *Bankruptcy Act* [R.S.C. 1970, c. B-3] provides a clear indication that Parliament, far from intending to depart from the rule of operational conflict, did in fact aim at the highest possible degree of legal integration of federal and provincial laws. ... [Emphasis added.]

149

I conclude that within the context of the bankruptcy process judicial authority and common sense militate in favour of a guarded approach to invalidation under the paramountcy doctrine. When this analysis is applied to the case at bar, it obliges the respondents, in order to prevail, to demonstrate that s. 133 of the impugned provincial Act actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt Metal Fab by directly creating interests therein. I now turn to this issue.

D. Application of the Law to Section 133 of The Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979

(i) The Validity of Section 133(1)

150

I reproduce s. 133(1), with its important portion underscored:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board. [Emphasis added.]

Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. En fait, dans l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753, à la p. 809, le juge Beetz affirme ce qui suit au sujet de la disposition qui a précédé le par. 72(1) (le par. 50(6)):

... je suis d'avis que l'art. 50, par. (6) de la *Loi sur la faillite* [S.R.C. 1970, ch. B-3] fournit une indication claire que le Parlement, loin de renoncer à la règle d'incompatibilité d'application, a en fait visé au plus haut niveau possible d'intégration légale des lois fédérales et provinciales. [Je souligne.]

Je conclus que, dans le contexte du processus de faillite, la jurisprudence et le bon sens exigent d'aborder avec prudence l'invalidation en vertu de la règle de la prépondérance. En l'espèce, cette analyse oblige les intimés, s'ils veulent avoir gain de cause, à démontrer que l'art. 133 de la loi provinciale attaquée modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli Metal Fab, en créant directement des droits sur ces biens. Je passe maintenant à l'examen de cette question.

D. Application des règles de droit à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan

(i) La validité du paragraphe 133(1)

Je reproduis le par. 133(1), en en soulignant le passage important:

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission. [Je souligne.]

In my opinion, s. 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved: there is no concern for the specific monies held by Husky for Metal Fab or owing by Husky to Metal Fab. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the Board.

The respondent Husky alleges that, regardless of the fact that s. 133(1) does not involve the property of the bankrupt, it remains in operational conflict with the *Bankruptcy Act* since it may have the effect of allowing the Workers' Compensation Board to recover more money for the Injury Fund than it likely could have done by proving a claim in bankruptcy and relying on s. 136. It is suggested that s. 133 permits the Board to jump from eighth place (under s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*) to first, thereby circumventing the priorities in bankruptcy.

In response, I note that s. 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. There is no direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. There is nothing in the *Bankruptcy Act* which precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy, although double recovery would certainly be frowned upon.

The Attorney General for Saskatchewan takes this analysis one step further by suggesting two commonplace and intuitively reasonable examples of situations in which third-party liability operates in concordance with a bankruptcy: a situation involving a personal guarantee by a third party, and a plaintiff's claim in an action for negligence against two co-defendants. The Attorney General reasons as follows:

À mon avis, le par. 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause: on ne s'intéresse pas aux sommes précises que Husky détient pour Metal Fab ou qu'elle doit à Metal Fab. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission.

Selon l'intimée Husky, même si le par. 133(1) ne touche pas les biens du failli, il continue de présenter une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite* puisqu'il peut avoir pour effet de permettre à la Commission de recouvrer plus de fonds pour la caisse des accidents qu'elle n'aurait pu le faire en faisant la preuve d'une réclamation en matière de faillite et en se fondant sur l'art. 136. On laisse entendre que l'art. 133 permet à la Commission de passer du huitième rang (en vertu de l'al. 136(1)h) de la *Loi sur la faillite* au premier rang, et qu'il déjoue ainsi l'ordre de priorité en matière de faillite.

Pour répondre à cet argument, je souligne que le par. 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois; cependant, un double recouvrement serait certainement désapprouvé.

Le procureur général de la Saskatchewan pousse son analyse un cran plus loin en donnant deux exemples courants et intuitivement raisonnables de cas où les principes de la responsabilité civile sont compatibles avec les procédures de faillite: le cas où un tiers a fourni une garantie personnelle, et celui de la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs. Voici le raisonnement du procureur général:

[TRADUCTION]

- [a] A lender may loan money on the condition of receiving a personal guarantee from a third party. If the borrower goes bankrupt, the lender has every right to pursue the third party under the guarantee, and may recover the full amount owing. The lender then will have "advanced its position rather dramatically", compared to what it could have received through the bankruptcy process. The net result is a "clear advantage" to the lender, who "has managed to assure payment of its claim and leave it to the [third party guarantor] to struggle for repayment under the Act," probably as an unsecured creditor of the bankrupt.
- [b] In] the claim of a plaintiff in an action for negligence against two co-defendants. If the plaintiff's claim succeeds, there is a judgment owing against the two defendants. The two defendants are jointly and severally liable for the judgment. If one defendant goes bankrupt, the plaintiff is fully entitled to proceed against the other defendant for the full amount of the judgment, and ignore the bankruptcy process entirely. Again, the net result is a "clear advantage" to the plaintiff, authorized by provincial statute: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, c. C-71, s. 3(2).
- [a] Un prêteur peut prêter de l'argent à la condition d'obtenir une garantie personnelle d'un tiers. Si l'emprunteur fait faillite, le prêteur a pleinement le droit, en vertu de cette garantie, d'intenter une poursuite contre ce tiers, et il peut recouvrer le plein montant de sa créance. Le prêteur aura «amélioré sa situation de façon plutôt remarquable» par rapport à ce que le processus de faillite lui aurait permis d'obtenir. Il en résulte «un avantage clair» pour le prêteur puisqu'il «est parvenu à assurer le paiement de sa réclamation et à laisser au [tiers caution] le soin de se battre pour se faire rembourser en vertu de la Loi», probablement à titre de créancier non garanti du failli.
- [b] En ce qui concerne la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs, si le demandeur a gain de cause, un jugement est rendu contre les deux défendeurs. Ces défendeurs sont solidairement responsables du montant accordé par le jugement. Si l'un des défendeurs fait faillite, le demandeur a pleinement le droit de se tourner vers l'autre pour obtenir le plein montant du jugement, et de faire totalement abstraction du processus de faillite. De nouveau, il en résulte un «avantage clair» qu'une loi provinciale autorise pour le demandeur: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, ch. C-71, par. 3(2).

1995 CanLII 69 (SCC)

155 In this case, we are not really dealing with the debt of Metal Fab any more. The legislation has validly created two debts that, although interconnected, are independent: the debt from Husky to the Board as surety of the Injury Fund, and then the debt of Metal Fab to Husky for the sums paid by the latter for the delinquency of the former. There is a great difference between altering the priorities under the *Bankruptcy Act* and statutorily empowering the Board to seek relief from more than one creditor.

En l'espèce, nous n'avons pas vraiment à examiner davantage la dette de Metal Fab. La loi crée validement deux dettes qui, quoique connexes, sont indépendantes l'une de l'autre: la dette de Husky envers la Commission en tant que caution à l'égard de la caisse des accidents, et celle de Metal Fab envers Husky au titre des sommes payées par cette dernière pour les montants non payés par Metal Fab. Il existe une différence importante entre modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* et habiliter par voie législative la Commission à demander réparation auprès de plus d'un créancier.

156 I do not accept the respondents' submission, supported by Wakeling J.A. on appeal, that the *FBDB* case extended the "no interference" principle to the relationship between a creditor and a third-party to the bankruptcy. The *FBDB* decision involved a bank seizing the property of Structal Inc. pursuant to a security agreement. Subsequent

Je n'accepte pas l'argument des intimés, retenu par le juge Wakeling de la Cour d'appel, voulant que l'arrêt *BFD* ait étendu l'application du principe de «non-ingérence» à la relation entre un créancier et un tiers à la faillite. Dans l'arrêt *BFD*, une banque avait saisi les biens de Structal Inc. conformément à un contrat de garantie. Ultérieure-

to this seizure, Structal made an assignment in bankruptcy. The Workers' Compensation Board of Quebec then tried to claim a priority interest in the seized property by relying on a provision of the workers' compensation legislation which stipulated that assessments for which the employer Structal was liable amounted to a privileged claim on all the property of the employer. This Court, noting that the property in question was still part of the estate of the bankrupt, deemed the Quebec WCB's order to amount to a reordering of the bankruptcy priorities. On this point, Lamer J., held at pp. 1066-67:

In this Court [the Workers' Compensation Board] argued, *inter alia*, that the order of priority set out in . . . the *Bankruptcy Act* is not applicable, as the immovable in Royal Trust's possession at the time of the bankruptcy was not part of the estate which passed to the trustee in bankruptcy

With respect, I cannot accept this reasoning. The immovable, encumbered to [FBDB] and seized by the trustee, is part of the "property of a bankrupt" mentioned in . . . the *Bankruptcy Act*.

Regarding the proper interpretation of the *FBDB* decision, I agree with the following submissions by the Attorney General of British Columbia and the appellant Board, respectively:

[In *FBDB*] the parties in question were seeking to realize, albeit outside of the bankruptcy proceedings, against property of the bankrupt. But that property was nevertheless subject to the Act and so, therefore, were the creditors who sought to realize against it. Accordingly, the *Federal Business Development Bank* decision does not purport to extend the scheme of priorities of proven claims under the *Bankruptcy Act* to recovery of the underlying indebtedness from a third party.

That [*FBDB*] analysis does not take the trilogy of cases "one step further" and apply [them] to parties or property not involved in bankruptcy. To the contrary, it specifically involves a situation where provincial legislation directly creates an interest in the property of the bankrupt . . . [T]his is very different from the situation involved in this case where Husky's liability under section 133(1) . . . is strictly personal and involves no claim

ment à cette saisie, Structal a fait cession de ses biens. La Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec a ensuite tenté de réclamer un droit de priorité sur les biens saisis en se fondant sur une disposition de la loi sur les accidents du travail qui prévoyait que les cotisations que l'employeur Structal était tenu de verser constituaient une réclamation privilégiée sur tous les biens de l'employeur. Notre Cour, faisant remarquer que les biens en question faisaient toujours partie du patrimoine du failli, a jugé que l'ordre de la CSST du Québec constituait une modification de l'ordre de priorité en matière de faillite. Sur ce point, le juge Lamer affirme, aux pp. 1066 et 1067:

Devant nous, [la Commission de la santé et de la sécurité du travail] soutient notamment que l'ordre de priorité prévu [dans] la *Loi sur la faillite* est inapplicable, car l'immeuble en la possession du fiduciaire lors de la faillite ne fait pas partie du patrimoine dont est saisi le syndic . . .

Avec égards, je ne puis me rallier à ce raisonnement. L'immeuble, grevé en faveur de [la Banque fédérale de développement] et saisi par le fiduciaire, fait partie des «biens du failli» dont parle [. . .] la *Loi sur la faillite*.

En ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *BFD*, je suis d'accord avec les observations suivantes formulées par le procureur général de la Colombie-Britannique et la Commission appelante, respectivement:

[TRADUCTION] [Dans l'arrêt *BFD*] les parties en cause cherchaient à liquider, en dehors des procédures de faillite, des biens du failli. Cependant, ces biens étaient néanmoins visés par la Loi de même que les créanciers qui cherchaient à les liquider. En conséquence, l'arrêt *Banque fédérale de développement* n'est pas censé étendre l'ordre de priorité des réclamations prouvées en vertu de la *Loi sur la faillite*, au recouvrement des dettes sous-jacentes auprès d'un tiers.

L'analyse [dans l'arrêt *BFD*] n'a pas pour effet de pousser ces arrêts «un cran plus loin» et de [les] rendre applicables aux parties ou aux biens non visés par une faillite. Au contraire, cet arrêt porte spécifiquement sur le cas où une loi provinciale crée directement un droit sur les biens du failli . . . [C]e qui est très différent de la situation en l'espèce où la responsabilité de Husky, en vertu du par. 133(1), [. . .] est strictement personnelle et

whatsoever against either Metal Fab or the property of Metal Fab. Accordingly, it is submitted that the reasoning of the Court of Appeal is a significant and unwarranted extension of the principles established by the leading cases.

n'englobe aucune réclamation quelle qu'elle soit contre Metal Fab ou ses biens. On soutient donc que le raisonnement de la Cour d'appel constitue un élargissement important et injustifié des principes établis par les arrêts de principe.

158 Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. I am strengthened in this conclusion by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens*, *supra*, and the case of *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665. In fact, I prefer the *Evelyn Stevens* approach over that of both the Saskatchewan Court of Appeal in its decision in the case at bar and the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *Serdula*, *supra*, per Lawton J.

Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario et la décision *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665, appuient ma conclusion. En fait, je préfère le point de vue adopté dans l'arrêt *Evelyn Stevens* à celui de la Cour d'appel de la Saskatchewan en l'espèce et à celui que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avait adopté dans *Serdula*, précité.

159 In *Evelyn Stevens*, *supra*, at p. 748, Grange J.A. held:

Dans l'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, à la p. 748, le juge Grange conclut:

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) [Ontario equivalent to s. 133(1)] is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee.

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) [disposition ontarienne équivalant au par. 133(1)] ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic.

160 The Bank of Montreal submits that *Evelyn Stevens* can be distinguished on the facts. Its argument revolves around the observation that in *Evelyn Stevens* there was a trustee overseeing a group of unsecured creditors. On the other hand, in the case at bar, there has been an assignment to a secured creditor and the set-off would deplete the funds normally accruing to this secured creditor. I agree that this difference is noteworthy. However, I am not convinced that this difference is sufficient to undermine the persuasive authority of the *Evelyn Stevens* decision. The *Evelyn Stevens* court did not mention that the absence of secured creditors affected in any way its decision to uphold the validity of the impugned provision.

La Banque de Montréal fait valoir que l'arrêt *Evelyn Stevens* peut faire l'objet d'une distinction fondée sur les faits. Elle soutient essentiellement que, dans l'affaire *Evelyn Stevens*, un syndic surveillait un groupe de créanciers non garantis. Par contre, en l'espèce, il y a eu une cession à un créancier garanti et la compensation aurait pour effet de diminuer les fonds revenant normalement à ce créancier garanti. Je reconnais qu'il s'agit d'une différence notable. Cependant, je ne suis pas convaincu que cette différence suffit pour miner la force de persuasion de l'arrêt *Evelyn Stevens*. La cour, dans cet arrêt, n'a pas mentionné que l'absence de créanciers garantis influait d'une façon quelconque sur sa décision de confirmer la validité de la disposition attaquée.

161 In sum, s. 136(1)(h) encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive, not mutually

Somme toute, l'al. 136(1)h) vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïnci-

exclusive. Use of s. 133(1) does not displace s. 136(1)(h); it complements it.

In closing, although I find there to be no conflict between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*, I posit that, even if there were to be some element of conflict, this must be evaluated in light of the fact that the provincial legislation is *intra vires*. Legislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere. I would emphasize again that this Court has traditionally declined to invoke the paramouncy doctrine in the absence of actual operational conflict. I am uncomfortable with the "water-tight" approach to federal bankruptcy legislation propounded by the respondents. To interpret the quartet as requiring the invalidation of provincial laws which have any effect on the bankruptcy process is to undermine the theory of co-operative federalism upon which (particularly post-war) Canada has been built. In *Deloitte Haskins, supra*, at pp. 807-8, Wilson J. recognized it to be appropriate to adopt as narrow a definition of operational conflict as possible in order to allow each level of government as much area of activity as possible within its respective sphere of authority.

On a related note, a rather weak argument has been made to the effect that s. 133(1) is inoperative simply because it increases the total amount of the claims being made by creditors. I would respond that even if this were true on the facts, many pieces of provincial legislation achieve precisely the same goal. In fact, as discussed earlier, most claims against a bankrupt's estate are grounded in provincial legislation; I do not see why *The Workers' Compensation Act, 1979*, should be impugned because it may add a creditor to the list, when nearly all of the other creditors will have been added by virtue of other provincial statutes. Neither increasing the number of claims made nor decreasing the amount of assets in the estate is

dent et ne s'excluent pas mutuellement. Le recours au par. 133(1) ne remplace pas l'al. 136(1)h, il le complète.

Pour terminer, bien que je conclue qu'il n'existe pas de conflit entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*, je pose comme principe que, même s'il existait une certaine mesure d'incompatibilité entre les deux textes, il faut examiner cette question en tenant pour acquis que la loi provinciale est constitutionnelle. Une loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale. Je tiens à souligner, de nouveau, que notre Cour a traditionnellement refusé d'appliquer la règle de la prépondérance en l'absence d'un conflit réel d'application. Je suis mal à l'aise avec la façon «étanche» d'aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent. Interpréter le quatuor d'arrêts comme requérant l'invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d'après-guerre) a été érigé. Comme l'a reconnu le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, aux pp. 807 et 808, il convient de restreindre autant que possible la définition de l'expression «conflit d'application» pour que chaque palier de gouvernement puisse exercer autant d'activités que possible dans sa propre sphère de compétence.

De façon connexe, on a avancé un argument plutôt faible voulant que le par. 133(1) soit inopérant simplement parce qu'il accroît le nombre total de réclamations présentées par des créanciers. Je répondrais à cet argument que, même si cela était vrai d'après les faits, de nombreuses lois provinciales réalisent précisément le même objectif. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, la plupart des réclamations contre l'actif d'un failli se fondent sur une loi provinciale; je ne vois pas pourquoi *The Workers' Compensation Act, 1979*, devrait être contestée parce qu'elle peut ajouter un créancier à la liste lorsque presque tous les autres créanciers y ont été ajoutés en vertu d'autres lois provinciales. Ni l'accroissement du nombre de réclamations ni

activity necessarily commensurate with altering the priorities of distribution among the creditors.

164 To this end, a principal's liability under s. 133(1) is not extinguished by the bankruptcy of the contractor.

(ii) The Validity of Section 133(3)

165 I find s. 133(1) to be constitutionally valid but because I believe (for reasons outlined *infra*) that the components of s. 133 are severable, I must evaluate s. 133(3) separately. As mentioned earlier, this provision engages a more direct interference with the bankruptcy scheme since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal. It constitutes, to my mind, the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor. Section 133(3) reads as follows:

133. — ...

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

166 Before proceeding any further, I believe it necessary to subdivide s. 133(3) into two parts because the provision enshrines two different remedies: that of set-off as well as that of indemnification. Clearly, set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. As to indemnification, any such claim by the principal might have but an ancillary effect on the estate of the bankrupt since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. On this latter point, I note that it has been submitted that s. 136(1)(h) might cover the amount owing to the principal; if so, then the principal would rank well above the unsecured creditors. Although it is not necessary to decide this issue, I shall simply

la diminution des biens dans l'actif ne se comparent nécessairement à la modification de l'ordre de priorité en matière de partage entre les créanciers.

À cette fin, la responsabilité qui incombe au commettant, en vertu du par. 133(1), ne disparaît pas avec la faillite de l'entrepreneur.

(ii) La validité du paragraphe 133(3)

Je conclus que le par. 133(1) est constitutionnel, mais, parce que je suis d'avis (pour les motifs exposés plus loin) que les composantes de l'art. 133 sont dissociables, il me faut évaluer le par. 133(3) séparément. Comme je l'ai déjà mentionné, cette disposition enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant. Elle constitue, selon moi, le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli. Voici le libellé du par. 133(3):

[TRANSDUCTION] 133. — ...

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Avant d'aller plus loin, j'estime nécessaire de subdiviser en deux parties le par. 133(3), du fait qu'il comporte deux réparations différentes: la compensation et l'indemnisation. De toute évidence, la compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent partie de son actif. En ce qui concerne l'indemnisation, toute réclamation du commettant pourrait avoir seulement une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Quant à ce dernier point, je souligne qu'on a prétendu que l'al. 136(1)(h) pourrait viser le montant dû au commettant; dans l'affirmative, le commettant serait alors colloqué bien avant les créan-

assume that s. 136(1)(h) does not have such a wide ambit.

As will soon become evident, this sub-dividing of s. 133(3) is important: given that paramountcy doctrine operates to invalidate only to the extent of the operational conflict, it could be that because of their varying effects, the "set-off" claim could be struck while the indemnification claim remains operational: *Robinson, supra*, at p. 808; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Hogg, supra*, at p. 16-18.

However, at this point in the analysis we come to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*. Neither claim will be invalid if s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* can be interpreted in a way that will reconcile the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and, implicitly, of indemnification) and if the claims embodied in s. 133(3) can be found to be merely reflective of those common law causes of action. Section 97(3), which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reads as follows:

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences. [Emphasis added.]

Section 97(3) thus specifically envisions that there will be cases where money owing to the bankrupt will not enter the bankrupt's estate because it will have been set off against a debt owed by the bankrupt to that individual. As Grange J.A. noted in *Evelyn Stevens* (at p. 748), the money comes to the Board by virtue of the *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539:

ciers non garantis. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, je supposerai simplement que l'al. 136(1)(h) n'a pas une portée aussi large.

Comme on le constatera bientôt, cette subdivision du par. 133(3) est importante: puisque la règle de la prépondérance n'a pour effet d'invalider que dans la mesure de l'incompatibilité d'application, il se pourrait qu'en raison de leurs effets divergents la demande de compensation soit annulée et la demande d'indemnisation demeure applicable: *Robinson*, précité, à la p. 808; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Hogg, op. cit.*, à la p. 16-18.

Toutefois, à cette étape de l'analyse, nous en arrivons au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*. Ni l'une ni l'autre des réclamations ne sera invalide si le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* peut être interprété de façon à concilier l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et si l'on peut conclure que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. Le paragraphe 97(3), qui prévoit que les règles de compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, se lit ainsi:

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses. [Je souligne.]

Le paragraphe 97(3) prévoit donc expressément qu'il y aura des cas où des sommes dues au failli n'entreront pas dans son actif parce qu'il y aura eu compensation avec une créance due par le failli à cette personne. Comme le juge Grange de la Cour d'appel l'a fait remarquer dans l'arrêt *Evelyn Stevens* (à la p. 748), l'argent est versé à la Commission en vertu de la *Loi sur les accidents du tra-*

“[i]t is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off”. I note in passing that the right of set-off in s. 97(3) includes both legal and equitable set-off: Houlden and Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at pp. 4-90 and 4-91. This Court has recognized that legal set-off does not operate within the context of an assignment since that assignment destroys the mutuality of the cross-obligations between the parties: *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193. In the case at bar, Metal Fab assigned its book debts to the Bank, thereby presumptively eliminating the availability of legal set-off. To this end, my focus shall be limited to equitable set-off.

vail, R.S.O. 1980, ch. 539: [TRADUCTION] «[c]’est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît des droits de compensation». Je souligne, en passant, que le droit de compensation visé au par. 97(3) comprend à la fois la compensation en common law et la compensation en *equity*: Houlden et Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 4-90 et 4-91. Notre Cour a reconnu que la compensation en common law ne s’applique pas dans le contexte d’une cession puisque la cession détruit la réciprocité des obligations entre les parties: *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193. En l’espèce, Metal Fab a fait cession de ses comptes débiteurs à la Banque, éliminant ainsi par présomption la possibilité de recourir à la compensation en common law. C’est pourquoi je m’en tiendrai à l’examen de la compensation en *equity*.

1995 CanLII 69 (SCC)

170

The fundamental question at this juncture is whether s. 133(3) is merely declaratory of the rights to set-off and indemnification that existed at equity. If s. 133(3) creates no new rights of set-off and merely confirms the availability of traditional equitable set-off, it is consistent with the *Bankruptcy Act*. In this regard, I rely on the *Henfrey Samson* case. In *Henfrey Samson*, McLachlin J. suggested at (pp. 34-35) that if the statutory device (in that case a trust) shared the characteristics of its common law counterpart, the former would be compatible with the *Bankruptcy Act* even if it affected the distribution scheme. On the other hand, if the statutory device was wider in scope than that available at law or equity, there would be conflict and the device would need to be declared a nullity. In *Henfrey Samson*, the Court found that the statutory trust shared none of the characteristics of a trust established under the general principles of law; accordingly, it was susceptible to invalidation on the ground of interference with the order of priorities. In this regard (and as shall become evident *infra*), *Henfrey Samson* is distinguishable from the case at bar. No “deeming” is necessary to bring Husky within the four corners of the “law of set-off” as that term is used in s. 97(3).

La question fondamentale, à ce stade-ci, est de savoir si le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation et à l’indemnisation qui existaient en *equity*. Si le par. 133(3) ne crée pas de nouveaux droits de compensation et ne fait que confirmer la possibilité de recourir à la compensation traditionnelle en *equity*, il est compatible avec la *Loi sur la faillite*. À cet égard, je me fonde sur l’arrêt *Henfrey Samson*. Dans cet arrêt, le juge McLachlin laisse entendre (aux pp. 34 et 35) que, si le mécanisme créé par la loi (en l’occurrence une fiducie) possédait les mêmes caractéristiques que son équivalent en common law, il serait compatible avec la *Loi sur la faillite* même s’il influait sur le plan de répartition. Par contre, si le mécanisme créé par la loi avait une plus grande portée que celui qui existe en common law ou en *equity*, il y aurait alors conflit et ce mécanisme devrait être déclaré nul. Dans l’arrêt *Henfrey Samson*, notre Cour a conclu que la fiducie créée par la loi ne possédait aucune des caractéristiques d’une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit; en conséquence, elle pouvait être invalidée pour le motif qu’elle portait atteinte à l’ordre de priorité. À cet égard (et comme on le verra plus loin), l’arrêt *Henfrey Samson* peut être distingué de la présente affaire. Aucune présomption n’est nécessaire pour que les «règles de la compensation», au sens du par. 97(3), s’appliquent à Husky.

I note that set-off operated within the bankruptcy context as early as the time of Elizabeth I. The first specific statutory set-off clause was codified in a 1705 statute: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), at p. 282. The rationale behind the use of set-off in the bankruptcy context is aptly summarized by Fletcher Moulton L.J. in *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), at p. 178:

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &c., have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

In my opinion, s. 133(3) is duplicative of the law of equitable set-off as delineated by this Court in *Telford*, *supra*, and confers a right that does not go beyond what would be ordinarily available at law or equity. Moreover, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, a province has the competence to codify legal and equitable rules related to set-off. Ostensibly, the motivation behind the codification of these rules in s. 133(3) is to facilitate recovery by principals, many of whom would be more familiar with the terms of a statute than the intricacies of the common law.

Regarding the declaratory nature of Husky's claim against the now assigned estate of the bankrupt, I note that, absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by him under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another. In other words, A will be allowed to recover from B by

Je fais remarquer que la compensation s'appliquait dans le contexte de la faillite dès l'époque de la reine Élisabeth 1^{re}. La première disposition législative spécifique en matière de compensation a été codifiée dans une loi de 1705: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), à la p. 282. Dans l'affaire *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), à la p. 178, le lord juge Fletcher Moulton résume bien la raison d'être du recours à la compensation en matière de faillite:

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc. [...] n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

À mon avis, le par. 133(3) reprend les règles de la compensation en *equity* que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Telford*, précité, et il confère un droit qui ne va pas au-delà de ce qui pourrait normalement être invoqué en common law ou en *equity*. De plus, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une province a compétence pour codifier les règles de common law et d'*equity* en matière de compensation. De toute évidence, le motif qui sous-tend la codification de ces règles au par. 133(3) est de faciliter le recouvrement par des commettants, dont bon nombre connaîtraient mieux les dispositions d'une loi que les complexités de la common law.

En ce qui concerne le caractère déclaratoire de la réclamation de Husky contre l'actif maintenant cédé du failli, je précise qu'une telle réclamation, en l'absence du par. 133(3), existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de dégager une autre personne de toute responsabi-

way of set-off where A has been required to make a payment to C on B's behalf. I am supported in this conclusion by the following passage cited from *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, at p. 104:

"Where the plaintiff has been compelled by law to pay, or, being compellable by law, has paid money which the defendant was ultimately liable to pay, so that the latter obtains the benefit of the payment by the discharge of his liability; under such circumstances the defendant is held indebted to the plaintiff in the amount."

174 This point was addressed in a more detailed manner in the decision of Lord Wright M.R. in *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), at p. 544:

The essence of the rule is that there is a liability for the same debt resting on the plaintiff and the defendant and the plaintiff has been legally compelled to pay, but the defendant gets the benefit of the payment, because his debt is discharged either entirely or pro tanto, whereas the defendant is primarily liable to pay as between himself and the plaintiff. The case is analogous to that of a payment by a surety which has the effect of discharging the principal's debt and which, therefore, gives a right of indemnity against the principal. [Emphasis added.]

175 In the case at bar (assuming that the order was validly made and limited to the liabilities arising from Metal Fab's work for Husky), Husky is eligible for set-off since Husky's liability to pay arose only as a consequence of Metal Fab's default regarding its requirement to make payments to the Injury Fund. Payment by Husky would have the obvious effect of releasing Metal Fab of its liability to the Board. Thus, in light of the fact that Husky is under a clear legal obligation to make the payments in question, it follows that this is a circumstance where Husky is entitled to seek restitution from Metal Fab. In this connection, the Workers' Compensation Board of British Columbia points out that the B.C. legislation does not include an explicit recognition of set-off, but still the B.C. courts appear to have read it according to the general principles of restitution.

lité. En d'autres termes, A sera autorisé à recouvrer de B par voie de compensation dans le cas où A a dû payer C au nom de B. Le passage suivant cité dans *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, à la p. 104, vient appuyer cette conclusion:

[TRADUCTION] «Si le demandeur a été ou peut être légalement contraint de payer une somme que le défendeur était en fin de compte tenu de payer, de sorte que le défendeur tire profit de ce paiement en se trouvant dégagé de toute responsabilité, le défendeur doit alors ce montant au demandeur.»

Ce point a été examiné de façon plus détaillée dans l'arrêt du maître des rôles lord Wright, *Brook's Wharf and Bull Wharf Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), à la p. 544:

[TRADUCTION] La règle veut essentiellement que le demandeur et le défendeur soient responsables de la même dette et que le demandeur ait été légalement contraint de payer, mais que le défendeur tire profit du paiement parce que sa dette est payée que ce soit entièrement ou en partie, alors que le défendeur est principalement responsable du paiement au demandeur. L'affaire est analogue au paiement effectué par une caution, qui a pour effet d'acquitter la dette du débiteur principal et de conférer, de ce fait, un droit d'être indemnisé par ce dernier. [Je souligne.]

En l'espèce (à supposer que l'ordonnance ait été valablement rendue et restreinte aux responsabilités découlant du travail que Metal Fab a effectué pour Husky), Husky a droit d'opérer compensation puisqu'elle n'était responsable du paiement qu'en raison du défaut de Metal Fab de faire ses paiements à la caisse des accidents. Le paiement effectué par Husky aurait manifestement pour effet d'exonérer Metal Fab de toute responsabilité envers la Commission. Ainsi, compte tenu du fait que Husky est légalement tenue de faire les paiements en question, il s'ensuit qu'il s'agit d'un cas où Husky a le droit de faire une demande de restitution à Metal Fab. À cet égard, la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique fait remarquer que les lois de la Colombie-Britannique ne reconnaissent pas explicitement la compensation, mais que les tribunaux de cette province paraissent les avoir interprétées conformément aux principes généraux de la restitution.

The second ground for set-off independent of s. 133(3) arises from the contractual relationship between Metal Fab and Husky. The contracts binding the parties, in clauses 12.01 and 13.01, oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance or non-performance of the Contract" by the contractors. Given this language, Metal Fab's failure to pay amounts owing to the Board constituted a breach of its contractual obligations to Husky. An indemnification claim rises concomitantly. This claim stands apart from s. 133(3).

It is submitted that the fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, militates against a finding that the law of set-off applies in this case. I disagree. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment, even of book debts: *Telford, supra*, at pp. 206-9, affirming *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (P.C.). The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events. As noted by Wilson J. in *Telford, supra*, at p. 211:

... cases involving [set-off] debts that arise from the same contract or closely inter-related contracts form an exception to the general rule. In these cases a debt arising out of the contract or closely interrelated contracts may be set-off against the assignee even if the debt accrued due after the notice of the assignment.

In *Telford*, the two debts arose out of a land-swap. The Telfords and Canadian Stanley Development Ltd. exchanged lands of equal value, each paying the other a different cash sum and each tak-

Le second motif justifiant la compensation, indépendamment du par. 133(3), découle du lien contractuel entre Metal Fab et Husky. Les clauses 12.01 et 13.01 des contrats qui lient les parties obligent l'entrepreneur à [TRADUCTION] «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant [TRADUCTION] «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs. Selon ces termes, le défaut de Metal Fab de payer à la Commission les sommes qu'elle lui devait constituait une violation de ses obligations contractuelles envers Husky, ce qui donne lieu à une demande concomitante d'indemnisation. La présente réclamation est fondée indépendamment du par. 133(3).

On soutient que le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, justifie de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation en l'espèce. Je ne suis pas de cet avis. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en *common law*) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession, même de comptes débiteurs: *Telford*, précité, aux pp. 206 à 209, confirmant *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (C.P.). La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans l'arrêt *Telford*, précité, à la p. 211:

... les affaires où il s'agit de dettes découlant d'un même contrat ou de contrats étroitement reliés constituent une exception à la règle générale. En effet, une dette de ce genre peut être opposée en compensation au cessionnaire, même si elle devient exigible après l'avis de cession.

Dans l'arrêt *Telford*, les deux créances découlaient d'un échange de biens-fonds. Les Telford et Canadian Stanley Development Ltd. ont échangé des biens-fonds de valeur égale. Chaque partie a

ing back a first mortgage or a second mortgage. The end result of the transaction was that on closing Canadian Stanley would pay the Telfords \$50,000 which the Telfords would use for the purpose of financing the construction of a residence on their new land. Five days prior to the closing of its deal with the Telfords, Canadian Stanley assigned its mortgage to the Holts to secure the balance of the purchase price on a piece of land the Holts had sold to Canadian Stanley, but failed to notify the Telfords about this assignment before the transaction with them was closed. The Telfords later agreed to a postponement of the Canadian Stanley mortgage resulting in the priority of that mortgage moving from second to third place on title. The Telfords only learned about Canadian Stanley's assignment after trying to tender their first payment on the mortgage. They then indicated that a court application for a discharge of the mortgage would be made. Shortly thereafter, the Holts demanded the payment then due (\$50,000 plus interest, for a total of \$50,886.60) and filed a statement of claim against the Telfords for the entire amount owing (this being \$150,000, independent of the amount owing on the mortgage). This claim was based upon a clause in the Telford mortgage which provided that upon default of any payment of the principal the whole amount would become payable. After receiving notice of the Holts' statement of claim, the Telfords paid the \$50,886.60 into court and then counter-claimed for a discharge of the mortgage, alleging that they had the right to set off the debt owed to them by Canadian Stanley against the assignee Holts' claim.

versé à l'autre une somme différente en espèces et elles se sont consenti des hypothèques de premier rang dans un cas et de deuxième rang dans l'autre cas. Une fois l'opération complétée, Canadian Stanley verserait aux Telford la somme de 50 000 \$ que ceux-ci utiliseraient pour financer la construction d'une résidence sur leur nouveau terrain. Cinq jours avant que l'opération avec les Telford soit complétée, Canadian Stanley a cédé son hypothèque aux Holt pour garantir le solde du prix d'achat d'un terrain que les Holt lui avaient vendu; cependant, Canadian Stanley n'a pas avisé les Telford de cette cession avant que l'opération avec eux ne soit complétée. Les Telford ont, par la suite, consenti à ce que l'hypothèque de Canadian Stanley soit modifiée de manière à passer du deuxième au troisième rang sur le titre de propriété. Les Telford n'ont été mis au courant de la cession qu'après avoir essayé de faire le premier paiement au titre de l'hypothèque. Ils ont alors manifesté leur intention de demander à la cour la mainlevée de l'hypothèque. Peu après, les Holt ont exigé que soit effectué le versement dû (50 000 \$ plus les intérêts, soit un total de 50 886,60 \$) et ont produit une déclaration réclamant aux Telford le remboursement intégral de la dette (soit 150 000 \$, indépendamment du montant dû au titre de l'hypothèque). Cette réclamation était fondée sur une clause de l'hypothèque des Telford qui prévoyait qu'à défaut de tout paiement à valoir sur le capital, la totalité du capital deviendrait due. Après qu'ils eurent reçu signification de la déclaration des Holt, les Telford ont consigné à la cour la somme de 50 886,60 \$, puis ont demandé reconventionnellement la mainlevée de l'hypothèque, soutenant qu'ils avaient le droit d'opposer la créance qu'ils avaient envers Canadian Stanley en compensation de la réclamation des Holt, les cessionnaires.

179 Wilson J. permitted the Telfords to use the doctrine of equitable set-off. It was duly noted that the debts did not accrue until after the assignment. However, Wilson J. did find that equitable set-off could operate since the debts were so closely connected that it would have been unfair to enforce one without allowing the setting off of the other.

Le juge Wilson a permis aux Telford de recourir à la règle de la compensation en *equity*. Elle a bien fait remarquer que les créances n'étaient devenues exigibles qu'après la cession. Cependant, le juge Wilson a statué que la compensation en *equity* pouvait s'appliquer puisque les créances étaient si étroitement reliées qu'il aurait été injuste d'exiger le paiement de l'une sans autoriser la compensation de l'autre.

The specific assignment and the specific bankruptcy extant in the case at bar satisfy the *Telford* test. I note that the debt from Metal Fab to Husky accrued on the date of the demand to Husky by the Board (March 16, 1992). This was four days after Husky was given notice of the assignment to the Bank yet before the occurrence of the actual assignment. However, the *Telford* test is met since Husky's indemnity claim arose out of the very contracts pursuant to which funds are now owing to the Bank of Montreal; in fact, Husky has a direct interest in the bankrupt's property which, by force of the assignment, is now held by the Bank. Moreover, the nexus between the amounts Husky seeks to set off and the assigned debt can be said to be more direct than it has been in other cases where equitable set-off has been allowed: *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (B.C.C.A.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), affirmed [1979] A.C. 757 (H.L.).

The cause of action specifically contemplated by Husky (i.e., a principal seeking restitution from an assignee for book debts from a assignor whose delinquency prompted the principal's liability in the first place) is of a sufficiently interconnected nexus so as to fit the "closeness" criteria mandated by the *Telford* test. This is especially the case when the assignee knew about the outstanding debts before receiving assignment of the estate. I am not persuaded by the Bank's submission that equitable set-off is not available because the right to indemnification did not arise under the contract. This analysis ignores the essential characterization of the debts. The basis of the indemnification in the appeal at bar is the debt paid by Husky on behalf of Metal Fab which related to the contracts signed between those two parties. Furthermore, according to Husky the ability to set off also fulfils what is likely the principal *raison d'être* of the doctrine of

La cession et la faillite dont il est question en l'espèce satisfont au critère de l'arrêt *Telford*. Je souligne que la dette de Metal Fab envers Husky est devenue exigible à la date de la demande adressée à Husky par la Commission (le 16 mars 1992), soit quatre jours après que Husky eut été avisée de la cession à la Banque, mais avant la réalisation de la cession même. Toutefois, le critère de l'arrêt *Telford* est respecté puisque la demande d'indemnité de Husky se fondait sur les contrats mêmes en vertu desquels des sommes sont maintenant dues à la Banque de Montréal; en fait, Husky a un intérêt direct dans les biens du failli qui, par suite de la cession, sont maintenant détenus par la Banque. De plus, on peut affirmer qu'il existe, entre les montants visés par la demande de compensation de Husky et la créance cédée, un lien plus direct que celui qui existait dans d'autres cas où la compensation en *equity* a été autorisée: *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (C.A.C.-B.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), confirmé par [1979] A.C. 757 (H.L.).

La cause d'action spécifiquement envisagée par Husky (c.-à-d. un commettant qui demande restitution auprès d'un cessionnaire au titre des comptes débiteurs d'un cédant dont le défaut a engagé la responsabilité du commettant au départ) présente un lien suffisamment étroit pour satisfaire au critère de «proximité» exigé dans l'arrêt *Telford*. Cela est tout particulièrement vrai si le cessionnaire était au courant des dettes impayées avant de se faire céder l'actif. L'argument de la Banque ne me convainc pas que la compensation en *equity* ne peut pas être appliquée parce que ce n'est pas le contrat qui a donné naissance au droit à l'indemnisation. Cette analyse ne tient pas compte de la caractérisation des dettes. En l'espèce, le fondement de l'indemnisation est la dette payée par Husky pour le compte de Metal Fab, relativement aux contrats signés par ces deux parties. En outre, accorder à Husky la possibilité d'opérer compensation satisfait également à ce qui constitue vraisemblablement la raison d'être principale de la règle de

equitable set-off in the first place, namely the promotion of fairness.

182 Lord Denning M.R., in the *Federal Commerce* case, remarks at p. 1078 (C.A.):

We have to ask ourselves: what should we do now so as to ensure fair dealing between the parties? . . . This question must be asked in each case as it arises for decision

183 I recognize that, in the appeal at bar, Husky is liable under the terms of s. 133(1). Moreover, s. 133(1) entrenches an absolute liability standard in order to create joint and several responsibility among all employers for the sums that one of them has left unpaid. The question then arises why it would remain "fair" to allow Husky to, in the end, escape the effects of this liability by permitting all of the unpaid dues to flow from the estate of the insolvent bankrupt, to the detriment of the other creditors.

184 My response is twofold: (1) although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor it is clear that the primary liability reposes with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness; and (2) Husky's insistence that the contract contain terms obliging Metal Fab to make the payments to the Board and its decision to hold back funds (this being a standard industry practice), although certainly not relieving it of liability under s. 133, does militate in favour of a finding that Husky's conduct was such that it would be equitable and fair to allow it the right of set-off.

185 Apart from United Kingdom jurisprudence, the most persuasive authority cited to us on the s. 133(3) issue is the Ontario Court of Appeal's decision in *Evelyn Stevens*. Grange J.A., after reviewing the authorities, concluded that equitable set-off was available to a principal who had become fixed

la compensation en *equity*, à savoir la promotion de l'équité.

Dans l'arrêt *Federal Commerce*, le maître des rôles lord Denning fait remarquer, à la p. 1078 (C.A.):

[TRADUCTION] La question que nous devons nous poser est plutôt celle de savoir ce qu'il convient de faire maintenant pour assurer aux parties un traitement équitable [. . .] Cette question doit se poser dans chaque affaire qui parvient devant les tribunaux . . .

Je reconnais que la responsabilité de Husky est engagée, en l'espèce, en vertu du par. 133(1). De plus, le par. 133(1) consacre une norme de responsabilité absolue afin d'assujettir tous les employeurs à une responsabilité solidaire pour les sommes que l'un d'eux n'a pas payées. Il s'agit alors de savoir pourquoi il serait toujours «juste» que Husky puisse en fin de compte échapper aux effets de cette responsabilité en permettant que toutes les sommes dues soient payées sur l'actif du failli insolvable, au détriment des autres créanciers.

Ma réponse comporte deux volets: (1) bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, il est clair, en ce qui les concerne, que c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale; et (2) le fait que Husky insiste pour dire que le contrat renferme des conditions obligeant Metal Fab à effectuer des paiements à la Commission et la décision qu'elle a prise de faire une retenue de garantie (une pratique courante dans ce secteur), quoique ne la dégageant sûrement pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 133, justifient de conclure que la conduite de Husky fait qu'il serait équitable et juste de lui consentir le droit de compensation.

Outre la jurisprudence du Royaume-Uni, l'arrêt *Evelyn Stevens* de la Cour d'appel de l'Ontario est le plus convaincant qui nous a été cité relativement au par. 133(3). Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Grange a conclu qu'un commettant pouvait se prévaloir de la compensation en *equity*

1995 CanLII 69 (SCC)

with liability for the contractor's unpaid debts. He concluded at p. 749:

Whether or not the money was due to the principal before the bankruptcy, it most assuredly "arose out of or was closely connected with the same contract or series of events".

The Bank of Montreal also submits that s. 97(3) is not applicable to a situation where there are secured creditors who own the funds of the bankrupt. To this end, although s. 97(3) may have been applicable to the facts in *Evelyn Stevens*, it is not so to the case at bar. In response, I note that s. 97(3) deems the law of set-off to operate in relation to all claims made against the estate of the bankrupt. There is no distinction made regarding the types of claims. And the Bank is the owner of nothing less and nothing more than the "estate of the bankrupt".

I thus find that, since s. 97(3) encapsulates the rights ordinarily available to Husky at equity, s. 133(3) is fully operative in the case at bar, as well as to all situations in bankruptcy where the principal would fall within the *Telford* test as I have interpreted it.

(iii) Does the Partial or Total Invalidity of Section 133(3) Render Section 133(1) Inoperative?

It is not necessary to consider this issue since I find that subs. (3) is constitutionally valid. However, I would like to offer certain comments on the interplay between ss. 133(1) and (3).

It is important to recognize that s. 133(1) does not make the principal's obligation to the Board in any way contingent upon the principal's ability to obtain indemnity (through set-off or otherwise) under s. 133(3). There may be many cases in which there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. Yet, in either of these situations, s. 133(1) is still fully applicable. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Section 133(1)

s'il avait écopé de la responsabilité pour les dettes impayées de l'entrepreneur. Il conclut, à la p. 749:

[TRADUCTION] Peu importe que les sommes aient été dues ou non au commettant avant la faillite, il n'y a pas le moindre doute qu'elles «découlaient du même contrat ou de la même série d'événements, ou [qu'elles] leur étaient étroitement reliées».

La Banque de Montréal soutient également que le par. 97(3) n'est pas applicable à une situation où des créanciers garantis possèdent les fonds du failli. En ce sens, quoique le par. 97(3) ait pu être applicable aux faits de l'arrêt *Evelyn Stevens*, ce n'est pas le cas en l'espèce. Je réponds à cet argument qu'aux termes du par. 97(3) les règles de la compensation sont réputées s'appliquer à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli. On ne fait pas de distinction entre les types de réclamations. La Banque est propriétaire de ni rien de plus ni rien de moins que «l'actif du failli».

En conséquence, je conclus que, puisque le par. 97(3) incorpore les droits que Husky peut normalement invoquer en *equity*, le par. 133(3) est entièrement opérant en l'espèce ainsi que dans tous les cas de faillite où le commettant serait assujéti au critère de l'arrêt *Telford*, tel que je l'ai interprété.

(iii) L'invalidité totale ou partielle du paragraphe 133(3) rend-elle le paragraphe 133(1) inopérant?

Il n'est pas nécessaire d'examiner cette question puisque je conclus à la constitutionnalité du par. (3). Cependant, j'aimerais faire certains commentaires sur l'interaction des par. 133(1) et (3).

Il est important de reconnaître que le par. 133(1) ne subordonne aucunement l'obligation du commettant envers la Commission à sa capacité d'être indemnisé (par voie de compensation ou autrement) en vertu du par. 133(3). Il peut y avoir bien des cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. Cependant, dans ces deux cas, le par. 133(1) est pleinement applicable. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

is the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard. Consequently, I do not accept Husky's argument that s. 133(1) was intended solely to operate in conjunction with s. 133(3). Although I might be prepared to find that s. 133(3) and the equitable rights it codifies cannot operate independently from s. 133(1), I have no doubt that s. 133(1) can operate independently from s. 133(3). The legislature contemplated that s. 133(3) may not always be available to assist a principal to recoup sums paid under subs. (1).

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe 133(1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard. En conséquence, je n'accepte pas l'argument de Husky, selon lequel le par. 133(1) n'est destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien que je puisse être disposé à conclure que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne sont pas applicables indépendamment du par. 133(1), je ne doute pas que le par. 133(1) peut s'appliquer indépendamment du par. 133(3). Le législateur a envisagé la possibilité que le par. 133(3) ne puisse pas toujours aider un commettant à récupérer des sommes payées en vertu du par. (1).

1995 CanLII 69 (SCC)

190 The argument was raised that s. 133(1) cannot stand alone since, without the accompaniment of s. 133(3), it is a draconian, unreasonable provision tantamount to an expropriation. But the point of the matter is that, since s. 133(3) is merely declaratory of law and equity, s. 133(1) does not exist without a right to indemnification (or to set-off).

On a soutenu que le par. 133(1) ne peut exister seul car, sans le par. 133(3), il constitue une disposition draconienne et déraisonnable équivalant à une expropriation. Cependant, il reste que, puisque le par. 133(3) ne fait que déclarer des règles de common law et d'*equity*, le par. 133(1) n'existe pas sans un droit à l'indemnisation (ou à la compensation).

191 If s. 133(3) were invalid and if the law did not incorporate the equitable right of set-off (as discussed *supra*), then s. 133(1) would operate to guarantee the Board payment from the principal without a corresponding restitutionary recourse on behalf of the latter. Although this may seem a difficult burden to bear, in a sense it is simply the cost of doing business in a context where, for public policy reasons, the yoke of the contractor's delinquency is placed on the principal's shoulders instead of those of the workers. Although heavy, this burden, in my mind, is not draconian. It is partly attenuated by the fact that Husky, as a sophisticated employer, can be safely assumed to be well-versed in the practice of obtaining clearance certificates to protect itself from principal's liability under s. 133(1). These certificates allow a principal to determine in advance of releasing funds to a contractor whether that contractor has outstanding indebtedness to the Board. However, even if it created a draconian burden, there is nothing barring the legislature from passing such legis-

Si le par. 133(3) était invalide et si la common law n'incorporait pas le droit de compensation reconnu en *equity* (tel que discuté plus haut), alors le par. 133(1) aurait pour effet de garantir à la Commission qu'elle obtiendrait paiement du commettant, sans offrir à ce dernier un recours en restitution. Bien que cela puisse sembler un fardeau difficile à assumer, en un sens ce n'est que le prix à payer pour faire des affaires dans un contexte où, pour des motifs d'ordre public, on fait assumer les conséquences du défaut de l'entrepreneur par le commettant plutôt que par les travailleurs. Quoique lourd, ce fardeau n'est pas, à mon avis, draconien. Il est allégé en partie par le fait qu'il est possible de supposer sans risque d'erreur que Husky, en tant qu'employeur averti, connaît bien la pratique de l'obtention des attestations de paiement afin d'échapper à la responsabilité du commettant prévue au par. 133(1). Ces attestations permettent à un commettant de déterminer, avant de remettre des fonds à un entrepreneur, si cet entrepreneur doit des sommes à la Commission. Cepen-

lation. The following passage from La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 214, is pertinent:

The courts should not . . . place themselves in the position of frustrating regulatory schemes or measures obviously intended to reallocate rights and resources simply because they affect vested rights. For legislation almost inevitably affects vested rights.

The legislature can even pass expropriation legislation (much more onerous than s. 133(1)) as long as the language is clear: *TransGas Ltd., supra; Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.

There are also policy reasons as to why s. 133(1) ought to be viewed as operating independently from s. 133(3). The Workers' Compensation Board of Alberta argues convincingly:

. . . it is submitted that to not construe section 133(1) . . . separately from section 133(3) would allow mischief to creep into industrial practices. An unscrupulous employer could incorporate a subcontractor to provide all its labour services. Thereafter if that former employer (now a principal) could not be held liable under section 133(1) where the subcontractor is allowed to go into or assigns itself into bankruptcy, the Accident [Injury] Fund is at risk. Ultimately, if such a practice became widespread, the efficacy of the workers' compensation system could be undermined.

In sum, I respectfully disagree with the trial judge's and Court of Appeal's conclusions that s. 133 is to be treated as an indivisible whole. Although this finding is not necessary to dispose of this appeal, I hope that it may settle any extant, and preclude any future, confusion regarding the

dant, même si cette mesure législative créait un fardeau draconien, rien n'empêche le législateur de l'adopter. L'extrait suivant des motifs du juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), à la p. 234, est pertinent:

[TRADUCTION] Les tribunaux ne devraient pas [. . .] adopter une position qui ferait échouer des plans ou des mesures de réglementation dont l'intention manifeste est de redistribuer des droits et des ressources simplement parce qu'ils portent atteinte à des droits acquis, car le processus législatif porte presque inévitablement atteinte à des droits acquis.

Le législateur peut même adopter une loi en matière d'expropriation (beaucoup plus onéreuse que le par. 133(1)) dans la mesure où le texte est clair: *TransGas Ltd.*, précité; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.

Il y a aussi des raisons de principe de considérer que le par. 133(1) s'applique indépendamment du par. 133(3). La Workers' Compensation Board de l'Alberta fait valoir de façon convaincante:

[TRADUCTION] . . . on soutient que ne pas interpréter le paragraphe 133(1) [. . .] séparément du paragraphe 133(3) permettrait à des irrégularités de se glisser dans les pratiques industrielles. Ainsi, un employeur dénué de scrupules pourrait demander à un sous-entrepreneur de fournir tous ses services de main-d'œuvre. Par la suite, si cet ancien employeur (maintenant commettant) ne pouvait être tenu responsable en vertu du paragraphe 133(1) dans le cas où le sous-entrepreneur pourrait faire faillite ou faire cession de ses biens, la caisse des accidents serait en danger. En fin de compte, si une telle pratique devenait répandue, l'efficacité du régime d'indemnisation des accidents du travail risquerait d'être compromise.

Somme toute, je ne partage pas, en toute déférence, la conclusion du juge de première instance et de la Cour d'appel que l'art. 133 doit être considéré comme un tout indivisible. Bien que cette conclusion ne soit pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi, j'espère qu'elle permettra de dissiper toute confusion existante et future quant à l'application de l'art. 133 et des dispositions

operation of s. 133, as well as its counterparts in the laws of the provinces other than Saskatchewan.

correspondantes dans les lois d'autres provinces que la Saskatchewan.

E. Some Residual Issues

E. Les questions qui restent à résoudre

195 The view of this Court was principally solicited for the purpose of answering the constitutional questions. However, several of the parties raise threshold factual issues which were not pleaded at trial which I should like to address, albeit briefly.

On a principalement demandé à notre Cour de répondre aux questions constitutionnelles. Cependant, plusieurs des parties ont soulevé des questions de fait préliminaires qui n'ont pas été débattues en première instance, mais que j'aimerais examiner, quoique brièvement.

196 The Bank of Montreal submits that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments. Husky itself raises a similar issue. This follows, it is alleged, from the following argument: within the context of s. 133, assessments should relate only to the work done by the delinquent contractor for the impugned principal. In the case at bar, it is submitted that there is no indication the assessments against Husky were specific only to the work completed for Husky by Metal Fab; in fact, some affidavit evidence is now tendered to the contrary. This evidence alleges that the assessment sent to Metal Fab by the Board was not related to any particular work, but calculated in accordance with an annual payroll estimate supplied by the contractor to the Board.

La Banque de Montréal soutient que Husky n'était pas, en vertu de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab. Husky a elle-même soulevé une question similaire. Ce raisonnement, allègue-t-on, se fonde sur l'argument suivant: dans le contexte de l'art. 133, les cotisations ne devraient viser que le travail effectué par l'entrepreneur fautif pour le compte du commettant attaqué. En l'espèce, on soutient que rien n'indique que les cotisations relatives à Husky ne visaient que le travail exécuté par Metal Fab pour Husky; en fait, on nous présente maintenant une preuve contraire par affidavit. Selon cette preuve, l'avis de cotisation envoyé à Metal Fab par la Commission ne visait pas un travail particulier, mais la cotisation avait été calculée conformément à l'estimation de la liste de paye annuelle que l'entrepreneur avait fournie à la Commission.

197 In response, I note that both the trial judge and the appeal judges found that the order under s. 133 had been validly issued. This finding was not contested in the courts below. Leave was not granted by this Court to hear this issue. For these reasons, I believe that this issue should not now be heard for the first time. The general practice of this Court is, given the lack of considered reasons of the courts below, to refuse to consider new matters raised for the first time, especially where, had the issue actually been raised, the parties may have been in a position to present relevant evidence and submissions: *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Pro-*

En réponse à cet argument, je souligne que le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont statué que l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 133 était valide. Cette conclusion n'a pas été contestée devant les tribunaux d'instance inférieure. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour ne visait pas cette question. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu maintenant d'examiner cette question pour la première fois. Notre Cour a l'habitude de refuser, en l'absence des motifs réfléchis des tribunaux d'instance inférieure, d'examiner de nouvelles questions soulevées pour la première fois devant elle, tout particulièrement lorsque les parties auraient pu, si la question avait été soulevée, présenter des éléments de preuve et des arguments pertinents: *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protono-*

1995 CanLII 69 (SCC)

thonotary), [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21.

A far preferable procedure would be to permit this argument to be raised at the new trial that, given the constitutionality in bankruptcy of s. 133, shall be ordered pursuant to the disposition of the instant appeal. At that point, evidence can be adduced as to the exact sources of the \$246,745.26 allegedly owed by Metal Fab to the Board. A trial judge, when properly presented with all of the material evidence, will be in a far better position to sift through the records and ascertain the true amount of Metal Fab's unpaid contributions for which Husky could be held liable. Although it could very well be that the extant assessments reveal Husky's true liability, at this juncture I am not prepared to make such a finding.

However, although not in a position to determine whether the assessments made against Husky by the Board involved unpaid contributions stemming from work Metal Fab completed for principals other than Husky, this Court can, as a question of law, determine whether s. 133 could permit the recovery of such amounts. I find it does not. The liability of the principal is to be limited to the specific work that was completed for it by the delinquent contractor.

It is unfortunate that the wording of s. 133 in the 1979 version of the statute was amended in an ambiguous form. In cases of ambiguity, courts are to rely on the principle of statutory interpretation according to which statutes purporting to pay the debts of one person out of the property of another are to be given a restrictive interpretation: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 370; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

I am further fortified in this regard by the fact that the grandfather of s. 133, s. 9 of the 1910 *Workmen's Compensation Act*, limited the principal's liability to the actual work executed for it by the delinquent contractor: see also s. 11 of the

taire), [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21.

Il serait de loin préférable de permettre d'avancer cet argument au nouveau procès qui, compte tenu de la constitutionnalité de l'art. 133 en matière de faillite, devra être ordonné conformément au dispositif du présent pourvoi. C'est à ce moment que l'on pourra présenter des éléments de preuve quant à l'origine exacte de la somme de 246 745,26 \$ que Metal Fab devrait à la Commission. Un juge de première instance, qui est régulièrement saisi de tous les éléments de preuve substantielle, est beaucoup mieux placé pour passer au crible les dossiers et déterminer le montant exact des cotisations impayées de Metal Fab, dont Husky pourrait être tenue responsable. Même s'il se pourrait fort bien que les cotisations existantes révèlent la véritable responsabilité de Husky, je ne suis pas disposé pour l'instant à tirer cette conclusion.

Cependant, bien qu'elle ne soit pas en mesure de déterminer si les cotisations que la Commission réclame de Husky concernent des cotisations impayées découlant de travaux que Metal Fab aurait exécutés pour des commettants autres que Husky, notre Cour peut, à titre de question de droit, déterminer si l'art. 133 pourrait permettre de recouvrer ces montants. Je conclus que non. La responsabilité du commettant se limite aux travaux précis que l'entrepreneur fautif a achevés pour lui.

Il est malheureux que le libellé de l'art. 133, dans la version de 1979 de la Loi, ait été modifié d'une façon ambiguë. En cas d'ambiguïté, les tribunaux doivent se fonder sur le principe d'interprétation des lois selon lequel il faut donner une interprétation restrictive aux lois qui visent à réaliser le paiement des dettes d'une personne sur les biens d'une autre personne: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 370; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Mon opinion à cet égard est renforcée par le fait que le précurseur de l'art. 133, l'art. 9 de la *Workmen's Compensation Act* de 1910, limitait la responsabilité du commettant au travail véritablement effectué pour lui par l'entrepreneur fautif:

1928 legislation. In any event, gauging from the submissions made before this Court by the Appellants and some of the Interveners, such appears to be the practice of the provincial Boards when issuing notices under s. 133 and its companion provisions. This accords with common sense, as it would appear counter-intuitive to hold Husky liable for all of Metal Fab's outstanding debts to the Board. Under such a regime, liability could be virtually limitless since it might encompass all of the shortfall accruing to the contractor independent of the particular principal under whose contracts that shortfall actually arose.

202 However, I note that, although relevant to the amount of the assessment in the appeal at bar, this issue is not of wide public importance given that the Saskatchewan legislation was once again amended in 1993 (S.S. 1993, c. 63, s. 40) to provide expressly that the liability be limited to the specific work performed. As I see it, the 1993 amendment supports my conclusion that the liability of the principal be limited to the unpaid funds arising out of the specific work completed for it since this amendment appears to be intended as a clarification of the law, not as a substantive change.

203 I also find that limiting s. 133(1) to the debts arising out of the actual work completed for the principal permits the subsection to operate in tandem with subs. (3). As was discussed *supra*, subs. (3), in order to be valid in the bankruptcy context, must be interpreted to permit only set-off to the extent allowed at law or equity. I believe that the law of set-off would only allow the restitution of the sums paid by the principal to the Board that actually involved monies that the delinquent contractor was liable to pay by virtue of its nexus with the principal.

204 The Board and the Bank of Montreal raise a further issue. It is suggested that s. 133(3) does not entitle Husky to indemnify itself out of funds

voir aussi l'art. 11 de la loi de 1928. Quoi qu'il en soit, si l'on en juge d'après les arguments qui nous ont été présentés par les appelants et certains des intervenants, il semble que ce soit là la pratique suivie par les commissions provinciales lorsqu'elles donnent des avis en vertu de l'art. 133 et de ses dispositions connexes. Cela est conforme au bon sens, puisqu'il paraîtrait illogique de tenir Husky responsable de toutes les sommes que Metal Fab doit à la Commission. Dans un tel régime, la responsabilité risquerait d'être pratiquement illimitée puisqu'elle pourrait englober tout le manque à gagner de l'entrepreneur, indépendamment du commettant partie aux contrats sous le régime desquels ce manque à gagner est survenu.

Cependant, je fais remarquer que, bien qu'elle soit pertinente relativement au montant de la cotisation ici en cause, cette question ne revêt pas une grande importance publique puisque la loi de la Saskatchewan a de nouveau été modifiée en 1993 (S.S. 1993, ch. 63, art. 40), de façon à prévoir expressément que la responsabilité se limite aux travaux précisément exécutés. Selon l'interprétation que je lui donne, la modification de 1993 appuie ma conclusion que la responsabilité du commettant se limite aux montants impayés au titre du travail précisément effectué pour lui puisqu'on semble avoir voulu que cette modification constitue une clarification du droit et non une modification de fond.

Je conclus également qu'en limitant l'application du par. 133(1) aux créances résultant du travail véritablement effectué pour le commettant, on permet d'appliquer cette disposition conjointement avec le par. (3). Comme nous l'avons vu, pour être valide dans le contexte de la faillite, le par. 133(3) doit être interprété de façon à ne permettre la compensation que dans la mesure autorisée par la common law ou l'*equity*. À mon avis, les règles de la compensation n'autoriseraient que la restitution des sommes que le commettant a versées à la Commission, et que l'entrepreneur fautif était tenu de payer en raison de son lien avec le commettant.

La Commission et la Banque de Montréal ont soulevé une autre question. On laisse entendre que le par. 133(3) ne donne pas à Husky le droit d'être

1995 CanLII 09 (SCC)

owing to Metal Fab because it received the demand for payment from the Board after it had been notified that Metal Fab had given notice of assignment of book debts to the Bank of Montreal. There was thus no "indebtedness towards the contractor", but only towards the assigned party.

Again, I note that this issue was not argued fully in the courts below; in fact, no questions were raised regarding the factual ability of Husky to indemnify itself from the property of the bankrupt. It thus comes as no surprise that the factual record to which this Court can turn to resolve this question is somewhat bare. I therefore conclude that this issue should not be decided at this point. It is better left to be determined by a trial court, perhaps even by fiat. I would suggest, however, that the fact that s. 133(3) is but declaratory of equitable set-off (as discussed *supra*), in which set-off can operate after the assignment has occurred, be seriously taken into account in the eventual disposition of this issue.

Husky argues that it did not breach its statutory duty to ensure payment by the contractor under s. 133(1) because it held back certain sums (in excess of the unpaid assessments) and ensured that Metal Fab would be contractually bound to pay the WCB fund. Until this point in the litigation, it was settled that Husky was, barring the non-operation of the statute, liable to pay the Board. There is no reason for this Court now to review the findings of the trial and appellate judges in this matter, especially, once again, given the paucity of the factual record advanced in favour of this proposition.

In any event, I note that the duty created by s. 133(1) is not one of due diligence. The statutory language has encumbered the principal with absolute liability. Nothing short of actually ensuring payment will discharge the duty. Husky's reading of s. 133(1) ignores the true purpose of the provi-

indemnisée sur les fonds dus à Metal Fab parce qu'elle a reçu la demande de paiement de la Commission après avoir été avisée que Metal Fab avait donné un avis de cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Il n'y avait ainsi «aucune dette envers l'entrepreneur», mais seulement une dette envers le cessionnaire.

De nouveau, je constate que cette question n'a pas été pleinement débattue devant les tribunaux d'instance inférieure; en fait, aucune question n'a été soulevée quant à savoir si dans les faits Husky pouvait s'indemniser sur les biens du failli. Il n'est donc pas étonnant qu'il y ait peu de faits au dossier sur lesquels notre Cour peut se fonder pour résoudre la question. Je conclus donc qu'il n'y a pas lieu de trancher cette question pour l'instant. Il est préférable de laisser à un juge de première instance le soin de le faire, même peut-être par voie d'autorisation. Cependant, je proposerais que, lorsque viendra le moment de statuer sur cette question, l'on tienne compte sérieusement du fait que le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation en *equity* (comme nous l'avons vu), aux termes desquels la compensation peut être opérée après la cession.

Husky soutient qu'elle n'a pas contrevenu à son obligation légale de garantir, en vertu du par. 133(1), le paiement de l'entrepreneur parce qu'elle a retenu en garantie certaines sommes (en plus des cotisations impayées) et s'est assurée que Metal Fab serait tenue par contrat de verser les montants dans la caisse de la Commission. Jusqu'à maintenant, il a été statué que Husky était, sauf si la loi ne s'appliquait pas, responsable du paiement à la Commission. Notre Cour n'a aucun motif de réviser maintenant les conclusions du juge de première instance et des juges de la cour d'appel sur ce point, compte tenu particulièrement, je le répète, de l'insuffisance des faits avancés à l'appui de cette proposition.

Quoi qu'il en soit, je fais remarquer que l'obligation créée par le par. 133(1) n'est pas une obligation de diligence raisonnable. La formulation de cette disposition impose au commettant une responsabilité absolue. La seule manière de s'acquitter de cette obligation est de veiller à ce que le

sion, namely the maintenance of the viability of the Injury Fund through the creation of joint and several liability among employers for the contributions.

paiement soit effectué. Husky donne au par. 133(1) une interprétation qui ne tient pas compte de l'objet véritable de la disposition, soit le maintien de la viabilité de la caisse des accidents par l'assujettissement des employeurs à une responsabilité solidaire relativement aux cotisations à verser.

208

Finally, on a related note, it is submitted that once the property passed into the hands of the assigned Bank, Husky was no longer in any position of control or supervision over Metal Fab. Therefore it no longer operated under the statutory duty to ensure that Metal Fab paid its assessments. For this reason, the ability of the Board to collect under s. 133(1) could not be invoked. Husky also submits that, were it to encourage the bankrupt to pay the amounts due to the Board, it would infringe s. 158 (obligation of a bankrupt to deliver all of the property to the trustee) and thereby effectively aid and abet in the commission of an offence contrary to s. 198(a) of the *Bankruptcy Act*. I reject this submission. A bankrupt's obligations under s. 158 are necessarily qualified by other provisions of the Act such as s. 72(1) (allowing interplay with provincial legislation) and s. 97(3) (recognizing rights of set-off against the bankrupt's estate). There is no operational conflict between ss. 133(1) and 158(a). I also note that s. 133(1) creates a situation in which, *ab initio*, the principal is liable for any debt owed to the Board by the contractor. It does not matter whether, *ex post facto*, control over the contractor's estate passes into other hands.

Enfin, dans la même veine, on soutient qu'une fois que les biens sont passés entre les mains de la Banque cessionnaire, Husky n'était plus en mesure de contrôler ou de surveiller Metal Fab. En conséquence, elle n'était plus légalement tenue de veiller à ce que Metal Fab paie ses cotisations. Pour ce motif, la capacité de la Commission de percevoir les montants en vertu du par. 133(1) ne pouvait être invoquée. Husky soutient également que, si elle incitait le failli à verser les montants dus à la Commission, elle contreviendrait alors à l'art. 158 (obligation du failli de remettre tous ses biens au syndic) et se trouverait ainsi à aider et à encourager quelqu'un à commettre une infraction, contrairement à l'al. 198a) de la *Loi sur la faillite*. Je rejette cet argument. Les obligations d'un failli en vertu de l'art. 158 sont nécessairement atténuées par d'autres dispositions de la Loi, comme le par. 72(1) (qui permet l'interaction avec des lois provinciales) et le par. 97(3) (qui reconnaît les droits de compensation à l'égard de l'actif du failli). Il n'y a pas d'incompatibilité d'application entre le par. 133(1) et l'al. 158a). Je tiens aussi à préciser que le par. 133(1) crée une situation où, au départ, le commettant est responsable de toute dette que l'entrepreneur a envers la Commission. Il n'importe pas qu'après coup le contrôle de l'actif de l'entrepreneur passe entre d'autres mains.

1995 CanLII 69 (SCC)

VI. Conclusions and Disposition

VI. Conclusions et dispositif

209

By way of summary, it may be helpful to state my conclusions:

En résumé, il pourrait être utile de formuler mes conclusions:

1. There is no conflict between s. 133(1) of the Act and the *Bankruptcy Act*. Consequently, s. 133(1), although not primarily designed for the bankruptcy context, is applicable and operative if and when the contractor whose delinquency gave rise to

1. Il n'y a pas de conflit entre le par. 133(1) de la Loi et la *Loi sur la faillite*. En conséquence, même si le par. 133(1) n'est pas destiné principalement à s'appliquer dans le contexte de la faillite, il est applicable et opérant si l'entrepreneur, dont le défaut est

the Board's order against the principal files an assignment in bankruptcy.

2. There is no conflict, as the term is understood in paramountcy analysis, between s. 133(3) and the *Bankruptcy Act*, regardless of whether s. 133(3) is used for purposes of set-off or indemnification from the estate of the bankrupt. Section 133(3) is declaratory of the equitable right of set-off and indemnification. Such an equitable right arises upon the facts of this case and is reconcilable with the *Bankruptcy Act* by virtue of s. 97(3).
3. In terms of constitutional analysis, the simple fact that a provincial undertaking may have an effect upon a bankruptcy does not necessarily mean that such an undertaking is to be nullified under paramountcy analysis. Further, the fact that the Board might be able to recover more money as a result of s. 133 does not mean that this provision is in operational conflict with the *Bankruptcy Act*. Operational conflict means that compliance with the provincial statute means offending the federal one. But the two pieces of legislation involved here are complementary.
4. The Court of Appeal erred in law in asserting that the "quartet" of Supreme Court of Canada cases, *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson*, and *FBDB*, are to be interpreted as invalidating any provincial law that affects the outcome of a bankruptcy.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inappli-

à l'origine de l'ordonnance de la Commission contre le commettant, fait cession de ses biens.

2. Il n'y a pas de conflit, au sens donné à ce terme dans l'analyse de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(3) et la *Loi sur la faillite*, peu importe la question de savoir si ce paragraphe est utilisé à des fins de compensation ou d'indemnisation sur l'actif du failli. Le paragraphe 133(3) déclare le droit de compensation et d'indemnisation en *equity*. Ce droit en *equity* résulte des faits de la présente affaire et est compatible avec la *Loi sur la faillite* en vertu du par. 97(3).
3. Du point de vue constitutionnel, le simple fait qu'une mesure provinciale puisse avoir une incidence sur une faillite ne signifie pas nécessairement que cette mesure doit être annulée en application de la règle de la prépondérance. De plus, le fait que la Commission puisse être en mesure de recouvrer plus d'argent en application de l'art. 133 ne signifie pas pour autant que cette disposition présente une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite*. Il y a incompatibilité d'application lorsque l'observance de la loi provinciale entraîne une contravention à la loi fédérale. Cependant, les deux textes législatifs visés en l'espèce se complètent.
4. La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a affirmé que le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême du Canada, les arrêts *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson* et *BFD*, doivent s'interpréter comme invalidant toute loi provinciale qui influe sur l'issue d'une faillite.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant

cable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

No.

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

No.

ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

Non.

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Non.

211

Consequently, I would allow the appeal with costs throughout and set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal. I would remit the matter to trial in order to determine whether, on the facts of this case, the Board notice to pay was properly tendered under s. 133(1), whether Husky can (despite the assignment and the timing of the notice thereof) indemnify itself from the property of the bankrupt, and whether the amounts assessed were actually those which arose out of Metal Fab's work for Husky. If so, then the Board is statutorily entitled to recover the unpaid contributions from Husky and Husky, in turn, can set off these amounts from the hold-backs it has regarding the property of the bankrupt, which has been assigned to the Bank of Montreal. In the unlikely event of a shortfall between the contributions owing and the amount held back, Husky is entitled to file a claim for this shortfall as an unsecured creditor, unless it wishes to present legal submissions as to why it should be able to claim under s. 136(1)(h).

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'infirmen l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan. J'ordonnerais un renvoi à procès pour qu'il soit déterminé si, compte tenu des faits de la présente affaire, l'avis de paiement de la Commission a été régulièrement donné en vertu du par. 133(1), si Husky peut (malgré la cession et le moment où avis en a été donné) s'indemniser sur les biens du failli, et si les cotisations calculées visaient bel et bien le travail effectué par Metal Fab pour Husky. Dans l'affirmative, la Commission est alors légalement habilitée à recouvrer auprès de Husky les cotisations impayées, et cette dernière peut à son tour opérer compensation entre ces montants et les retenues de garantie qu'elle possède relativement aux biens du failli, qui ont été cédés à la Banque de Montréal. Dans l'éventualité peu probable où le montant des retenues de garantie serait inférieur aux cotisations dues, Husky aurait le droit de produire une réclamation pour la somme manquante à titre de créancier non garanti, à moins qu'elle ne désire présenter des arguments de droit quant aux motifs pour lesquels elle devrait être en mesure de faire une réclamation fondée sur l'al. 136(1)(h).

212

After these reasons were prepared, I had the benefit of reading the reasons of my colleague Gonthier J. I would like to offer a response on certain points. I am uncomfortable with reliance upon secondary sources — even sources as allegedly succinct and helpful as the article by Roman and Sweatman, *supra* — for interpretation of this Court's decisions. I believe that it is preferable to refer directly to the decisions, particularly when I find that the article in question advances proposi-

Après avoir rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux de mon collègue le juge Gonthier. J'aimerais répondre à certains points qu'il soulève. J'ai de la difficulté à m'en remettre à des sources secondaires — même à des sources qui seraient aussi succinctes et utiles que l'article de Roman et Sweatman, *loc. cit.* — pour interpréter les arrêts de notre Cour. À mon avis, il est préférable de se référer aux arrêts eux-mêmes étant donné, particulièrement, que je suis d'avis que cet

1995 CanLII 69 (SCC)

tions which I find problematic in the so-called "effect" aspect, which I will now discuss.

My understanding of the concept of "effect" in this Court's federalism jurisprudence is that both *vires* and paramountcy analyses hinge upon the *extent* of the effect. "An" effect on a federal sphere is, by itself, insufficient to invalidate provincial legislation. Rather, there must be a relatively substantial effect (i.e., an effect that is more than incidental or ancillary). Where this is so, the operational conflict must be express, as I have mentioned in these reasons; upon finding such an operational conflict, the provincial legislation will yield to the federal legislation to the extent of the conflict. In so far as my colleague has introduced some further refinements on this traditional analysis, dealing with exclusive as opposed to concurrent or overlapping jurisdictions, and invoking a separate concept or doctrine of "applicability" in this context, I, with respect, find this somewhat confusing. In short, it seems to me to confuse the doctrines of *vires* and paramountcy, as these have been traditionally understood, and I do not read the *Deloitte Haskins and Bank of Montreal* cases as supporting such a departure.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA, CORY, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of The Workers' Compensation Act, 1979, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue: The Attorney General of Canada, Ottawa.

article énonce des propositions que je juge problématiques relativement à ce qu'on appelle l'aspect de l'«effet», que je vais maintenant examiner.

Selon mon interprétation du concept de l'«effet», que l'on trouve dans les arrêts de notre Cour touchant le fédéralisme, l'analyse de la compétence et celle de la prépondérance dépendent de l'étendue de l'effet. L'existence d'un effet sur un chef de compétence fédérale n'est pas suffisante pour invalider une loi provinciale. Cet effet doit être relativement important (c.-à-d. qu'il doit être plus qu'incident ou accessoire). Le cas échéant, l'incompatibilité d'application doit être explicite, comme je l'ai mentionné dans les présents motifs; dès que l'on conclut à l'existence d'une telle incompatibilité d'application, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure de cette incompatibilité. En toute déférence, je trouve cela quelque peu déroutant dans la mesure où mon collègue introduit, dans cette analyse traditionnelle, d'autres précisions sur la compétence exclusive par rapport à la compétence concurrente ou au chevauchement de compétence, qui font appel à une notion ou règle distincte en matière d'«applicabilité». Bref, il me semble qu'il y a confusion des principes de la compétence et de la prépondérance, au sens traditionnel, et je ne considère pas que les arrêts *Deloitte Haskins* et *Banque de Montréal* justifient une telle dérogation.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA, CORY, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de The Workers' Compensation Act, 1979, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Procureurs de l'appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intimée Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, and Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent Bank of Montreal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Solicitors for the respondents Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki and Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Solicitors for the respondent SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Solicitors for the respondent Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Solicitors for the respondent Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Solicitors for the respondent United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Solicitors for the respondent ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur des intimées Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée la Banque de Montréal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Procureurs des intimés Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki et Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Procureurs de l'intimée SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Procureurs de l'intimée Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Procureurs de l'intimée Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario: The Workers' Compensation Board of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: The Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: The Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario: La Commission des accidents du travail de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique, Richmond.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta: La Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: 9354-9186 Québec inc. v.
Callidus Capital Corp., 2020 SCC 10

**APPEALS HEARD AND JUDGMENT
RENDERED:** January 23, 2020
REASONS FOR JUDGMENT: May 8, 2020
DOCKET: 38594

BETWEEN:

9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.
Appellants

and

**Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte LLP,
Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and
François Pelletier**
Respondents

- and -

**Ernst & Young Inc., IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway
Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital
(Canada) Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals**
Intervenors

AND BETWEEN:

**IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham
IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited)**
Appellants

and

**Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte LLP,
Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and
François Pelletier**

Respondents

- and -

**Ernst & Young Inc., 9354-9186 Québec inc., 9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals**
Intervenors

CORAM: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

JOINT REASONS FOR JUDGMENT: Wagner C.J. and Moldaver J. (Abella, Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ. concurring)
(paras. 1 to 117)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the *Canada Supreme Court Reports*.

9354-9186 QUÉ. v. CALLIDUS

**9354-9186 Québec inc. and
9354-9178 Québec inc.**

Appellants

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier**

Respondents

and

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital
(Canada) Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals** *Intervenors*

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and
Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital
(Canada) Limited)** *Appellants*

v.

Callidus Capital Corporation,

**International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier**

Respondents

and

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc., Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals** *Intervenors*

Indexed as: 9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.
Reasons delivered: May 8, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising
judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate
review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion*

to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”) in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies’ only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge’s permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies’ unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As

a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable

treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

From beginning to end, each proceeding under the *CCAA* is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the *CCAA*, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA* and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising *CCAA* proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or

bar the creditor's right to vote. Given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the *CCAA* — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the *CCAA* supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual

circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the *CCAA*. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the *CCAA* and the remedial objectives of the *CCAA* more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the

objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' *CCAA* proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the *CCAA*, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish

the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society (1998)*, 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re) (2005)*, 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re (1993)*, 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24;

HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. National Bank of Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).

Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6, (1), 7, 11, 11.2, (1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.

Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.

Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).

Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.

Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).

Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.

- Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
- Michaud, Guillaume. “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape”, in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.
- Nocilla, Alfonso. “Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.
- Nocilla, Alfonso. “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.
- Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. “Debtor-In-Possession Financing”, in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P. “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schragar and Dumas J.J.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano, for the appellants/interveners 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/interveners IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin, for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and Nathalie Nouvet, for the intervener Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi and Saam Pousht-Mashhad, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge’s decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in *CCAA* proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed and went on to interfere with the supervising judge’s discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge’s decisions with the appropriate degree of

deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge's order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, “Bluberi”).

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation (“Callidus”), which describes itself as an “asset-based or distressed lender” (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately \$24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately \$86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi's Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the *CCAA*. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the *CCAA*. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately \$135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of \$3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").¹

¹ Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over \$200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's \$3 million claim.

B. *The Initial Competing Plans of Arrangement*

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a \$2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a \$2.5 million (later increased to \$2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than \$3000;

creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi’s creditors’ claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded \$20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties’ plans of arrangement could be put to a creditors’ vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the presentation of the plans of arrangement at a creditors’ meeting, and that a party’s failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party’s plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus’s First Plan was put to the creditors.

C. *Creditors’ Vote on Callidus’s First Plan*

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors’ vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the *CCAA* provides that, to be approved, a plan must receive a “double majority” vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members’ claims. All of Bluberi’s creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting

unsecured creditors, 92 creditors (representing \$3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing \$2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies (“SMT”), which held 36.7 percent of Bluberi’s debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have “vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim” (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. *Bluberi’s Interim Financing Application and Callidus’s New Plan*

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement (“LFA”) with a publicly traded litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, “Bentham”). Bluberi’s application also sought the placement of a \$20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi’s assets (“Litigation Financing Charge”).

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi’s litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi’s litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the

Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the “Creditors’ Group”) contested Bluberi’s application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors’ vote.²

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors’ vote (“New Plan”). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by \$250,000 (from \$2.63 million to \$2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its \$3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge’s permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors. Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors’ vote. Bluberi opposed Callidus’s application.

² Notably, the Creditors’ Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors’ Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

[22] The supervising judge heard Bluberi’s interim financing application and Callidus’s application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi’s position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court (2018 QCCS 1040) (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus’s application, declining to submit the New Plan to a creditors’ vote. He granted Bluberi’s application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi’s assets.

[24] With respect to Callidus’s application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an “improper purpose” (para. 48). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors’ vote, the supervising judge concluded that Callidus’s attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

Taking into consideration the creditors’ interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus’ Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when

its vote would very likely result in the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both “unfair and unreasonable” (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the CCAA proceedings “lacked transparency” (at para. 41) and that Callidus was “solely motivated by the [pending] litigation” (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the “requirements of appropriateness, good faith, and due diligence”, and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3)

if so, whether the \$20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve "an arrangement or compromise between a debtor and its creditors" (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 ("*Crystallex*"). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham's percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors' Group's argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the *CCAA* context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham's financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors' Group, appealed the supervising judge's order, impleading Bentham in the process.

B. *Quebec Court of Appeal (2019 QCCA 171) (Dutil and Schrager J.J.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that "[t]he exercise of the judge's discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified" (para. 48 CanLII). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial

discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the “clearest of cases” (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus’s transparent attempt to obtain a release from Bluberi’s claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus’s conduct prior to and during the *CCAA* proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi’s commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both “misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case” (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted to a creditors’ vote. It held that “[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors’ claims as well as the process undertaken to satisfy them” (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors’ share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi’s scheme “as a whole”, being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, “appellants”), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the *CCAA* regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of *CCAA* proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge’s exercise of discretion.

(1) The Evolving Nature of *CCAA* Proceedings

[39] The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“*WURA*”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (*WURA*, s. 6(1)). While both the *CCAA* and the *BIA* enable reorganizations of insolvent companies, access to the *CCAA* is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (*CCAA*, s. 3(1)).

[40] Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* 2nd ed. (2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act*

(2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

[41] Among these objectives, the *CCAA* generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical *CCAA* case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the *BIA* regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the *CCAA* is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 103). In pursuit of those objectives, *CCAA* proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred

to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the *CCAA* landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[44] *CCAA* courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the *CCAA* being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999

ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the *CCAA* came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor company's assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the *CCAA*, and that it may be a means to "raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business" (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a "vehicle to restructure a business" by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in

³ We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the *CCAA* as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the *BIA* regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

Indalex, the company sold its assets under the *CCAA* in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the *CCAA* take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the *BIA* context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the *BIA* serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However, in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the *CCAA*, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in *CCAA* Proceedings

[47] One of the principal means through which the *CCAA* achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue!*

The Companies' Creditors Arrangement Act, at pp. 18-19). From beginning to end, each *CCAA* proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The *CCAA* capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the *CCAA*, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA*, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the *CCAA* context. Appropriateness “is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*” (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the *CCAA*, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the *CCAA* regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the *CCAA* rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see *McElcheran*, at p. 262). A party’s failure to participate in *CCAA* proceedings in a

diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the *CCAA* regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the *CCAA* (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as “the eyes and the ears of the court” throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). The core of the monitor's role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing (see *CCAA*, s. 23(1)(d) and (i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp- 566 and 569).

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising *CCAA* proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion

unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the *CCAA* proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 305 D.L.R. (4th) 339 (“*Re Edgewater Casino Inc.*), at para. 20, are apt:

. . . one of the principal functions of the judge supervising the *CCAA* proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. . . . *CCAA* proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its

voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar Callidus from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at N§149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan

(*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is commonly referred to as a “fairness hearing” to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at N§45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (*CCAA*, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the *CCAA* barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the *CCAA* reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the *CCAA* scheme with s. 54(3) of the *BIA*, which provides that “[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal.” The appellants point out that,

under s. 50(1) of the *BIA*, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to “debtor” in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the *CCAA* must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are “related to the company”, as the provision states, but to any creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot “dilute” or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are “related to the [debtor] company”. These words are “precise and unequivocal” and, as such, must “play a dominant role in the interpretive process” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). In our view, the appellants’ analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at N§33, *Red Cross; Re 1078385*

Ontario Inc. (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors' vote. Although we reject the appellants' interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon "to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*" (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed a "hierarchical" approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: "courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the *CCAA* text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a *CCAA* proceeding" (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the

CCAA will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the *CCAA* to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the *CCAA* signals legislative endorsement of the “broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

11 Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no *CCAA* provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the provision of first resort in anchoring

jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the *CCAA* context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the *CCAA* which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the *CCAA* which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the *CCAA* and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the *CCAA* parallels the similar discretion that exists under the *BIA*, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court’s power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court’s recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the

BIA (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this discretion is to be exercised in accordance with the *CCAA*’s objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the *CCAA* advances the basic fairness that “permeates Canadian insolvency law and practice” (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation If the *CCAA* is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute.

(“The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 30 (emphasis added))

In this vein, the supervising judge’s oversight of the *CCAA* voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the *CCAA* necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the *CCAA*. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge’s decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi’s *CCAA* proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus’s vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it to do so⁴. The supervising judge was also aware that Callidus’s First Plan had failed to receive the other creditors’ approval at the creditors’ meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see *CCAA*, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi’s financial or business affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. Put simply, Callidus was seeking to take a “second kick at the can” and manipulate the vote on the New

⁴ It bears noting that the Monitor’s statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, “Once a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors’ meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public’s confidence in the process or otherwise serve the ends of justice” (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of \$200,000 (see supervising judge’s reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus’s course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi’s Retained Claims have been the sole asset securing Callidus’s claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus’s improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the

New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal’s analysis of them.

C. *Bluberi’s LFA Should Be Approved as Interim Financing*

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as “refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process” (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as “debtor-in-possession” financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques*

San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc., 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the *CCAA* has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form

or terms.⁵ It simply provides that the financing must be in an amount that is “appropriate” and “required by the company, having regard to its cash-flow statement”.

[88] The supervising judge may also grant the lender a “super-priority charge” that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[89] Such charges, also known as “priming liens”, reduce lenders’ risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower’s assets. However, debtor companies under *CCAA* protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate

⁵ A further exception has been codified in the 2019 amendments to the *CCAA*, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, “no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period”. This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

secured creditors' security positions to the interim financing lender's — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztein and A. Dostal, “Debtor-In-Possession Financing”, in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-229 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the *CCAA* (pp. 100-4).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The *CCAA* sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce's view that they would help meet the “fundamental principles” that have guided the development of Canadian insolvency law, including “fairness, predictability and efficiency” (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

- (c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;
 - (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
 - (e) the nature and value of the company's property;
 - (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
 - (g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.
- (*CCAA*, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges (*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the *CCAA*, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves “a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party's litigation costs,

in exchange for a portion of that party’s recovery in damages or costs” (R. K. Agarwal and D. Fenton, “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L. J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff’s disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the *CCAA* context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and maintenance.⁶ The tort of maintenance prohibits “officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one” (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

⁶ The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. National Bank of Canada*, 2006 QCCA 557 [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape” in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants’ access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff’d 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor “keep the lights on” (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding

further the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. *Crystallex* eventually became insolvent and (similar to *Bluberi*) was left with only a single significant asset: a US\$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering *CCAA* protection, *Crystallex* sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising

judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the *CCAA* prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the *CCAA*. In fact, the *CCAA* does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word than "compromise" and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian*

Assur. Co., [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at N§33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors' rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not "compromise the terms of [the creditors'] indebtedness or take away . . . their legal rights" (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court's decision, with which we substantially agree:

A "plan of arrangement" or a "compromise" is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between *Crystallex* and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least some compromise of creditors' rights. It

follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing. The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of *CCAA* proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA* individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's *CCAA* proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped

his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's *CCAA* proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);
- the LFA itself explains "how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings" (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi's submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan "with a view towards achieving maximum realization" of its assets (at para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.'s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the "nature and value" of Bluberi's property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));

- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that “[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch” (at para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor’s reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the *CCAA*, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion. Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi’s creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham’s recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge’s exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment

on three of the purported errors in the supervising judge’s decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing “transcended the nature of such financing” (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi’s creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors’ rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi’s litigation claim is akin to a “pot of gold” (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to “compromise” those rights. When the “pot of gold” is secure — that is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi’s total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise

will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge’s reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus’s New Plan). Given the supervising judge’s conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the “only potential recovery” for Bluberi’s creditors (supervising judge’s reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the

mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by “subordinat[ing]” creditors’ rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This “subordination” does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge’s authority to approve these charges without a creditors’ vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants’ insistence, we point out that the Court of Appeal’s suggestion that the LFA is somehow “akin to an equity investment” was

unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/interveners 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/interveners IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Orphan Well Association and Alberta Energy Regulator *Appellants*

v.

Grant Thornton Limited and ATB Financial (formerly known as Alberta Treasury Branches) *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Canadian Association of Petroleum Producers,
Greenpeace Canada,
Action Surface Rights Association,
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals and
Canadian Bankers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ORPHAN WELL ASSOCIATION v.
GRANT THORNTON LTD.**

2019 SCC 5

File No.: 37627.

2018: February 15; 2019: January 31.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

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

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Environmental law — Oil and gas — Oil and gas companies in Alberta required by provincial comprehensive licensing regime to assume end-of-life responsibilities with respect to oil wells, pipelines, and facilities — Provincial regulator administering licensing regime and enforcing end-of-life obligations pursuant to statutory powers — Trustee in bankruptcy of oil and gas company not taking responsibility for company's unproductive oil and gas assets and seeking to walk away from environmental liabilities

Orphan Well Association et Alberta Energy Regulator *Appellants*

c.

Grant Thornton Limited et ATB Financial (auparavant connue sous le nom d'Alberta Treasury Branches) *Intimées*

et

**Procureure générale de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Association canadienne des producteurs
pétroliers, Greenpeace Canada,
Action Surface Rights Association,
Association canadienne des professionnels de
l'insolvabilité et de la réorganisation et
Association des banquiers canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ORPHAN WELL ASSOCIATION c.
GRANT THORNTON LTD.**

2019 CSC 5

N° du greffe : 37627.

2018 : 15 février; 2019 : 31 janvier.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ALBERTA**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Droit de l'environnement — Pétrole et gaz — Sociétés pétrolières et gazières de l'Alberta tenues par le régime provincial complet de délivrance de permis d'assumer des responsabilités de fin de vie à l'égard de puits de pétrole, de pipelines et d'installations — Organisme de réglementation provincial administrant le régime d'octroi de permis et assurant le respect des obligations de fin de vie en vertu des pouvoirs que lui confère la loi — Syndic de faillite d'une société pétrolière et gazière refusant d'assumer la

associated with them or to satisfy secured creditors' claims ahead of company's environmental liabilities — Whether regulator's use of powers under provincial legislation to enforce bankrupt company's compliance with end-of-life obligations conflicts with trustee's powers under federal bankruptcy legislation or with the order of priorities under such legislation — If so, whether provincial regulatory regime inoperative to extent of conflict by virtue of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 14.06 — Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, s. 1(1)(cc) — Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, s. 134(b)(vi) — Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, s. 1(1)(n).

In order to exploit oil and gas resources in Alberta, a company needs a property interest in the oil or gas (typically, a mineral lease with the Crown, which Canadian courts classify as a *profit à prendre*), surface rights and a licence issued by the Alberta Energy Regulator (“Regulator”). Under provincial legislation, the Regulator will not grant a licence to extract, process or transport oil and gas in Alberta unless the licensee assumes end-of-life responsibilities for plugging and capping oil wells to prevent leaks, dismantling surface structures and restoring the surface to its previous condition. These end-of-life obligations are known as “abandonment” and “reclamation”.

The Licensee Liability Rating Program is one means by which the Regulator seeks to ensure that end-of-life obligations will be satisfied by licensees. As part of this program, the Regulator assigns each company a Liability Management Rating (“LMR”), which is the ratio between the aggregate value attributed by the Regulator to a company's licensed assets and the aggregate liability attributed by the Regulator to the eventual cost of abandoning and reclaiming those assets. For the purpose of calculating the LMR, all the licences held by a given company are treated as a package. A licensee's LMR is calculated on a monthly basis and, where it dips below the prescribed ratio, the licensee is required to bring its LMR back up to the prescribed level by paying a security deposit, performing end-of-life obligations, or transferring licences with the Regulator's approval. If either the transferor or the transferee would have a post-transfer LMR below 1.0,

responsabilité des biens pétroliers et gaziers inexploités de la société et tentant de se soustraire aux engagements environnementaux associés à ces biens ou d'acquitter les réclamations des créanciers garantis avant les engagements environnementaux de la société — L'exercice par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la législation provinciale pour contraindre la société faillie à respecter les obligations de fin de vie entre-t-il en conflit avec les pouvoirs accordés au syndic par la loi fédérale sur la faillite ou avec l'ordre de priorités fixé par cette loi? — Dans l'affirmative, le régime de réglementation provincial est-il inopérant dans la mesure du conflit par application de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 14.06 — Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, art. 1(1)(cc) — Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 134(b)(vi) — Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 1(1)(n).

Pour exploiter des ressources pétrolières et gazières en Alberta, une société a besoin d'un intérêt de propriété sur le pétrole ou le gaz (habituellement un bail d'exploitation minière avec la Couronne que les tribunaux canadiens qualifient de profit à prendre), des droits de surface et d'un permis délivré par l'Alberta Energy Regulator (« organisme de réglementation »). Selon la législation provinciale, l'organisme de réglementation n'accordera pas le permis voulu pour extraire, traiter ou transporter du pétrole et du gaz en Alberta à moins que le titulaire de permis n'assume les responsabilités de fin de vie consistant à obturer et à fermer les puits de pétrole afin d'éviter les fuites, à démanteler les structures de surface ainsi qu'à remettre la surface dans son état antérieur. Ces obligations de fin de vie sont appelées l'« abandon » et la « remise en état ».

Le Programme d'évaluation de la responsabilité du titulaire de permis constitue un moyen par lequel l'organisme de réglementation vise à s'assurer que les titulaires de permis rempliront les obligations de fin de vie. Dans le cadre de ce programme, l'organisme de réglementation attribue à chaque société une cote de gestion de la responsabilité (« CGR »), qui représente le rapport entre la valeur totale attribuée par l'organisme de réglementation aux biens d'une société qui sont visés par des permis et la responsabilité totale que l'organisme de réglementation attribue aux coûts éventuels de l'abandon et de la remise en état de ces biens. Pour les besoins du calcul de la CGR, tous les permis détenus par une société donnée sont traités comme un tout. La CGR d'un titulaire de permis est calculée sur une base mensuelle et, lorsqu'elle tombe sous le ratio prescrit, le titulaire de permis doit la ramener en versant un dépôt de garantie, en exécutant les obligations

the Regulator will normally refuse to approve the licence transfer.

The insolvency of an oil and gas company licensed to operate in Alberta engages Alberta's comprehensive licensing regime, which is binding on companies active in the oil and gas industry, and the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"), federal legislation that governs the administration of a bankrupt's estate and the orderly and equitable distribution of property among its creditors. Alberta's *Environmental Protection and Enhancement Act* ("EPEA") ensures that a licensee's regulatory obligations will continue to be fulfilled when it is subject to insolvency proceedings by including the trustee of a licensee in the definition of "operator" for the purposes of the duty to reclaim and by providing that an order to perform reclamation work may be issued to a trustee. However, it expressly limits a trustee's liability in relation to such an order to the value of the assets in the bankrupt estate, absent gross negligence or wilful misconduct. The *Oil and Gas Conservation Act* ("OGCA") and the *Pipeline Act* take a more generic approach: they simply include trustees in the definition of "licensee". As a result, every power which these Acts give the Regulator against a licensee can theoretically also be exercised against a trustee. The Regulator has delegated the authority to abandon and reclaim "orphans" — oil and gas assets and their sites left behind in an improperly abandoned or unreclaimed state by defunct companies at the close of their insolvency proceedings — to the Orphan Well Association ("OWA"), an independent non-profit entity. The OWA has no power to seek reimbursement of its costs, but it may be reimbursed up to the value of any security deposit held by the Regulator to the credit of the licensee of the orphans once it has completed its environmental work.

Redwater, a publicly traded oil and gas company, was first granted licences by the Regulator in 2009. Its principal assets are 127 oil and gas assets — wells, pipelines and facilities — and their corresponding licences. A few of its licensed wells are still producing and profitable, but the majority are spent and burdened with abandonment and reclamation liabilities that exceed their value. In 2013, ATB Financial, which had full knowledge of the

de fin de vie ou en transférant des permis avec l'approbation de l'organisme de réglementation. Si le cédant ou le cessionnaire devait avoir une CGR inférieure à 1,0 après le transfert, l'organisme de réglementation refusera normalement d'approuver le transfert de permis.

L'insolvabilité d'une société pétrolière et gazière autorisée à exercer ses activités en Alberta met en jeu le régime complet de délivrance de permis de l'Alberta qui lie les sociétés actives dans l'industrie pétrolière et gazière, ainsi que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »), une loi fédérale qui régit l'administration de l'actif d'un failli ainsi que la répartition ordonnée et équitable des biens entre ses créanciers. L'*Environmental Protection and Enhancement Act* (« EPEA ») de l'Alberta garantit que les obligations réglementaires d'un titulaire de permis continuent d'être respectées pendant qu'il fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en incluant le syndic d'un titulaire de permis dans la définition d'« exploitant » pour l'application de l'obligation de remettre en état et en prévoyant la possibilité qu'une ordonnance de remise en état soit adressée à un syndic. Cependant, faute de négligence grave ou d'inconduite délibérée, elle limite expressément la responsabilité du syndic à l'égard d'une telle ordonnance à la valeur des éléments de l'actif du failli. L'*Oil and Gas Conservation Act* (« OGCA ») et la *Pipeline Act* adoptent une approche plus générique : elles incluent simplement le syndic dans la définition de « titulaire de permis ». En conséquence, tout pouvoir que ces lois confèrent à l'organisme de réglementation à l'encontre d'un titulaire de permis peut, en théorie, s'exercer également contre un syndic. L'organisme de réglementation a délégué à l'Orphan Well Association (« OWA »), une entité indépendante sans but lucratif, le pouvoir d'abandonner et de remettre en état les « orphelins » — les biens pétroliers et gaziers ainsi que leurs sites délaissés sans que les processus en question n'aient été correctement effectués par les sociétés liquidées à la fin de leur procédure d'insolvabilité. L'OWA n'a pas le pouvoir de demander le remboursement de ses frais, mais elle peut être remboursée jusqu'à concurrence de la valeur du dépôt de garantie détenu, le cas échéant, par l'organisme de réglementation au profit du titulaire de permis associé au puits orphelin une fois ses travaux environnementaux terminés.

Redwater, une société pétrolière et gazière cotée en bourse, s'est vu octroyer ses premiers permis par l'organisme de réglementation en 2009. Son actif est principalement composé de 127 biens pétroliers et gaziers — puits, pipelines et installations — et des permis correspondants. Quelques-uns des puits autorisés de Redwater sont encore productifs et rentables, mais la majorité est tarie et grevée de responsabilités relatives à l'abandon et à la remise en

end-of-life obligations associated with Redwater's assets, advanced funds to Redwater and, in return, was granted a security interest in Redwater's present and after-acquired property. In mid-2014, Redwater began to experience financial difficulties. Grant Thornton Limited ("GTL") was appointed as its receiver in 2015. At that time, Redwater owed ATB approximately \$5.1 million and had 84 wells, 7 facilities and 36 pipelines, 72 of which were inactive or spent, but, since Redwater's LMR did not drop below the prescribed ratio until after it went into receivership, it never paid any security deposits to the Regulator.

Upon being advised of Redwater's receivership, the Regulator notified GTL that it was legally obligated to fulfill abandonment obligations for all licensed assets prior to distributing any funds or finalizing any proposal to creditors. The Regulator warned that it would not approve the transfer of any of Redwater's licences unless it was satisfied that both the transferee and the transferor would be in a position to fulfill all regulatory obligations, and that the transfer would not cause a deterioration in Redwater's LMR. GTL concluded that it could not meet the Regulator's requirements because the cost of the end-of-life obligations for the spent wells would likely exceed the sale proceeds for the productive wells. Based on this assessment, GTL informed the Regulator that it was taking possession and control only of Redwater's 17 most productive wells, 3 associated facilities and 12 associated pipelines ("Retained Assets"), and that it was not taking possession or control of any of Redwater's other licensed assets ("Renounced Assets"). GTL's position was that it had no obligation to fulfill any regulatory requirements associated with the Renounced Assets. In response, the Regulator issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to suspend and abandon the Renounced Assets ("Abandonment Orders"). The Regulator imposed short deadlines, as it considered the Renounced Assets an environmental and safety hazard.

The Regulator and the OWA then filed an application for a declaration that GTL's renunciation of the Renounced Assets was void, and for orders requiring GTL to comply with the Abandonment Orders and to fulfill the end-of-life obligations associated with Redwater's licensed properties.

état qui excèdent leur valeur. En 2013, ATB, qui avait pleinement connaissance des obligations de fin de vie associées aux biens de Redwater, lui a avancé des fonds et, en contrepartie, s'est vu accorder une sûreté sur ses biens actuels et futurs. Au milieu de 2014, Redwater a commencé à éprouver des difficultés financières. Grant Thornton Limited (« GTL ») a été nommé séquestre de Redwater en 2015. À cette époque, Redwater devait environ 5,1 millions de dollars à ATB et comptait 84 puits, 7 installations et 36 pipelines, dont 72 étaient inactifs ou taris, mais, comme la CGR de Redwater n'est tombée sous le ratio prescrit qu'après la mise sous séquestre de cette dernière, elle n'a jamais versé de dépôt de garantie à l'organisme de réglementation.

Après avoir été informé de la mise sous séquestre de Redwater, l'organisme de réglementation a avisé GTL qu'il était légalement tenu de remplir les obligations d'abandon pour tous les biens visés par des permis avant de distribuer des fonds ou de finaliser toute proposition aux créanciers. L'organisme de réglementation a averti qu'il n'approuverait pas le transfert de l'un ou l'autre permis de Redwater à moins d'être convaincu que le cessionnaire et le cédant seraient en mesure de s'acquitter de toutes les obligations réglementaires, et que le transfert n'occasionnerait pas une détérioration de la CGR de Redwater. GTL a conclu qu'il ne pouvait pas satisfaire aux exigences de l'organisme de réglementation car le coût des obligations de fin de vie des puits taris dépasserait probablement le produit de la vente des puits productifs. Sur la base de cette évaluation, GTL a informé l'organisme de réglementation qu'il prenait possession et contrôle seulement des 17 puits les plus productifs de Redwater, ainsi que de 3 installations et de 12 pipelines connexes (« biens conservés »), et qu'il ne prenait pas possession ou contrôle de tous les autres éléments d'actif de Redwater visés par des permis (« biens faisant l'objet de la renonciation »). Selon GTL, il n'était aucunement tenu de satisfaire aux exigences réglementaires en lien avec les biens faisant l'objet de la renonciation. L'organisme de réglementation a réagi en rendant des ordonnances au titre de l'*OGCA* et de la *Pipeline Act* enjoignant à Redwater de suspendre l'exploitation des biens faisant l'objet de la renonciation et de les abandonner (« ordonnances d'abandon »). L'organisme de réglementation a imposé des délais serrés parce qu'il considérait les biens faisant l'objet de la renonciation comme un danger pour l'environnement et la sécurité.

L'organisme de réglementation et l'OWA ont alors déposé une demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'abandon par GTL des biens faisant l'objet de la renonciation était nul, de même qu'une ordonnance obligeant GTL à se conformer aux ordonnances

The Regulator did not seek to hold GTL liable for these obligations beyond the assets remaining in the Redwater estate. GTL brought a cross-application seeking approval to pursue a sales process excluding the Renounced Assets and an order directing that the Regulator could not prevent the transfer of the licences associated with the Retained Assets on the basis of, *inter alia*, the LMR requirements, failure to comply with the Abandonment Orders, refusal to take possession of the Renounced Assets or Redwater's outstanding debts to the Regulator. A bankruptcy order was issued for Redwater and GTL was appointed as trustee. GTL invoked s. 14.06(4)(a)(ii) of the *BIA* in relation to the Renounced Assets.

The chambers judge and a majority of the Court of Appeal agreed with GTL and held that the Regulator's proposed use of its statutory powers to enforce Redwater's compliance with abandonment and reclamation obligations during bankruptcy conflicted with the *BIA* in two ways: (1) it imposed on GTL the obligations of a licensee in relation to the Redwater assets disclaimed by GTL, contrary to s. 14.06(4) of the *BIA*; and (2) it upended the priority scheme for the distribution of a bankrupt's assets established by the *BIA* by requiring that the provable claims of the Regulator, an unsecured creditor, be paid ahead of the claims of Redwater's secured creditors. The dissenting judge in the Court of Appeal would have allowed the Regulator's appeal on the basis that there was no conflict between Alberta's environmental legislation and the *BIA*.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ.: The Regulator's use of its statutory powers does not create a conflict with the *BIA* so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. Section 14.06(4) of the *BIA* is concerned with the personal liability of trustees, and does not empower a trustee to walk away from the environmental liabilities of the estate it is administering. Furthermore, the Regulator is not asserting any claims provable in the bankruptcy, and the priority scheme in the *BIA* is not upended. Thus, no conflict is caused by GTL's status as a licensee under Alberta legislation. Alberta's

d'abandon et à remplir les obligations de fin de vie associées aux biens de Redwater visés par des permis. L'organisme de réglementation n'a pas cherché à tenir GTL responsable de ces obligations au-delà des éléments qui faisaient encore partie de l'actif de Redwater. GTL a présenté une demande reconventionnelle visant à obtenir l'autorisation de poursuivre un processus de vente excluant les biens faisant l'objet de la renonciation ainsi qu'une ordonnance interdisant à l'organisme de réglementation d'empêcher le transfert des permis associés aux biens conservés en raison, notamment, des exigences relatives à la CGR, du non-respect des ordonnances d'abandon, du refus de prendre possession des biens faisant l'objet de la renonciation ou des dettes en souffrance de Redwater envers l'organisme de réglementation. Une ordonnance de faillite a été rendue à l'égard de Redwater, et GTL a été nommé syndic. GTL a invoqué le sous-al. 14.06(4)(a)(ii) de la *LFI* à l'égard des biens faisant l'objet de la renonciation.

Le juge siégeant en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont donné raison à GTL et décidé que l'utilisation proposée par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi pour contraindre Redwater à respecter les obligations d'abandon et de remise en état au cours de la faillite était incompatible avec la *LFI* de deux façons : (1) elle imposait à GTL les obligations d'un titulaire de permis relativement aux biens de Redwater auxquels GTL avait renoncé, ce qui est contraire au par. 14.06(4) de la *LFI*; (2) elle renversait le régime de priorité établi par la *LFI* pour le partage des biens d'un failli en exigeant que le paiement de ses réclamations prouvables, en tant que créancier ordinaire, soit effectué avant celui des réclamations des créanciers garantis de Redwater. La juge dissidente de la Cour d'appel aurait accueilli l'appel de l'organisme de réglementation au motif qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation environnementale de l'Alberta et la *LFI*.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Brown : L'utilisation par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi ne crée pas de conflit avec la *LFI* de façon à mettre en jeu la doctrine de la prépondérance fédérale. Le paragraphe 14.06(4) de la *LFI* intéresse la responsabilité personnelle du syndic et il ne l'investit pas du pouvoir de se soustraire aux engagements environnementaux liant l'actif qu'il administre. De plus, l'organisme de réglementation ne fait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite, et le régime de priorité de la *LFI* n'est pas renversé. Donc, le statut

regulatory regime can coexist with and apply alongside the *BIA*.

Bankruptcy is not a licence to ignore rules, and insolvency professionals are bound by and must comply with valid provincial laws during bankruptcy. They must, for example, comply with non-monetary obligations that are binding on the bankrupt estate, that cannot be reduced to provable claims, and the effects of which do not conflict with the *BIA*, notwithstanding the consequences this may have for the bankrupt's secured creditors. Given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued operation of provincial laws but, where there is a genuine conflict between provincial laws concerning property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails. The *BIA* as a whole is intended to further two purposes: the equitable distribution of the bankrupt's assets among his or her creditors and the bankrupt's financial rehabilitation. As Redwater is a corporation that will never emerge from bankruptcy, only the former purpose is relevant here.

The Abandonment Orders and the LMR requirements are based on valid provincial laws of general application — exactly the kind of valid provincial laws upon which the *BIA* is built. There is no conflict between the Alberta regulatory scheme and s. 14.06 of the *BIA*, because, under s. 14.06(4), a trustee's disclaimer of real property when there is an order to remedy any environmental condition or damage affecting that property protects the trustee from personal liability, while the ongoing liability of the bankrupt estate is unaffected. This interpretation is supported by the plain language of the section, the Hansard evidence, a previous decision of this Court and the French version of the section. The same concept is also found in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), which also specifically state that the trustee is not personally liable — it is impossible to coherently read s. 14.06(2) as referring to personal liability and yet read s. 14.06(4) as somehow referring to the liability of the bankrupt estate.

Even assuming that GTL had successfully disclaimed in this case, no operational conflict or frustration of purpose would result from the fact that the Regulator requires GTL, as a licensee, to expend estate assets on abandoning the Renounced Assets. Furthermore, no conflict would be caused by continuing to include the Renounced Assets in the calculation of Redwater's LMR. Finally, given the

de GTL en tant que titulaire de permis au sens de la loi albertaine n'est à l'origine d'aucun conflit. Le régime de réglementation de l'Alberta peut coexister et s'appliquer conjointement avec la *LFI*.

La faillite n'est pas un permis de faire abstraction des règles, et les professionnels de l'insolvabilité sont liés par les lois provinciales valides au cours de la faillite. Par exemple, ils doivent respecter les obligations non pécuniaires liant l'actif du failli qui ne peuvent être réduites à des réclamations prouvables et dont les effets n'entrent pas en conflit avec la *LFI*, sans égard aux répercussions que cela peut avoir sur les créanciers garantis du failli. Étant donné la nature procédurale de la *LFI*, le régime de faillite repose en grande partie sur l'application continue des lois provinciales mais, en cas de conflit véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale sur la faillite, la *LFI* l'emporte. La *LFI* dans son ensemble est censée favoriser l'atteinte de deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli. Puisque Redwater est une société qui ne s'extirpera jamais de la faillite, seul le premier objectif est pertinent en l'espèce.

Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR reposent sur des lois provinciales valides d'application générale et elles représentent exactement le genre de loi provinciale valide sur lequel se fonde la *LFI*. Il n'y a aucun conflit entre le régime de réglementation de l'Alberta et l'art. 14.06 de la *LFI* parce que, suivant le par. 14.06(4), la renonciation du syndic à un bien réel en cas d'ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant ce bien dégage le syndic de toute responsabilité personnelle, alors que la responsabilité continue de l'actif du failli n'est pas touchée. Cette interprétation est étayée par le texte clair de l'article, les débats parlementaires, un arrêt de notre Cour et la version française de l'article. On retrouve également le même concept aux par. 14.06(1.2) et (2), lesquels disposent expressément que le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle. Il est impossible d'interpréter de manière cohérente le par. 14.06(2) comme mentionnant la responsabilité personnelle tout en interprétant le par. 14.06(4) comme renvoyant d'une façon ou d'une autre à la responsabilité de l'actif du failli.

À supposer même que GTL ait renoncé avec succès à des biens en l'espèce, l'organisme de réglementation ne cause aucun conflit d'application ni n'entrave la réalisation d'un objet fédéral en exigeant de GTL, à titre de titulaire de permis, qu'il se serve d'éléments de l'actif pour abandonner les biens faisant l'objet de la renonciation. En outre, il n'y aurait aucun conflit du fait que ces biens soient

restraint with which the doctrine of paramouncy must be applied, and given that the Regulator has not attempted to hold GTL personally liable as a licensee for the costs of abandonment, no conflict with s. 14.06(2) or s. 14.06(4) of the *BIA* is caused by the mere theoretical possibility of personal liability under the *OGCA* or the *Pipeline Act*.

The end-of-life obligations binding on GTL are not claims provable in the Redwater bankruptcy. Not all environmental obligations enforced by a regulator will be claims provable in bankruptcy. The test set out by the Court in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 (“*Abitibi*”), must be applied to determine whether a particular regulatory obligation amounts to a claim provable in bankruptcy: (1) there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor; (2) the debt, liability or obligation must be incurred before the debtor becomes bankrupt; and (3) it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation. Only the first and third parts of the test are at issue in the instant case.

With respect to the first part of the test, *Abitibi* should not be taken as standing for the proposition that a regulator is always a creditor when it exercises its statutory enforcement powers against a debtor. A regulator exercising a power to enforce a public duty is not a creditor of the individual or corporation subject to that duty. Here, it is not disputed that, in seeking to enforce Redwater’s end-of-life obligations, the Regulator is acting in a *bona fide* regulatory capacity and does not stand to benefit financially. It is clear that the Regulator acted in the public interest and for the public good in issuing the Abandonment Orders and enforcing the LMR requirements and that it is, therefore, not a creditor of Redwater. The public is the beneficiary of those environmental obligations; the province does not stand to gain financially from them. Strictly speaking, this is sufficient to dispose of this aspect of the appeal.

As it may prove helpful in future cases, under the third part of the test, a court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed

toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. Enfin, vu la retenue avec laquelle il faut appliquer la doctrine de la prépondérance, et vu que l’organisme de réglementation n’a pas tenté de tenir GTL personnellement responsable, en tant que titulaire de permis, des frais d’abandon, aucun conflit avec les par. 14.06(2) ou (4) de la *LFI* n’est causé par la simple possibilité théorique de responsabilité personnelle en application de la *OGCA* ou de la *Pipeline Act*.

Les obligations de fin de vie incombant à GTL ne sont pas des réclamations prouvables dans la faillite de Redwater. Les obligations environnementales appliquées par un organisme de réglementation ne sont pas toutes des réclamations prouvables en matière de faillite. Il faut appliquer le critère énoncé par la Cour dans *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 (« *Abitibi* »), pour déterminer si une obligation réglementaire précise équivaut à une réclamation prouvable en matière de faillite : (1) on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un créancier; (2) la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli; et (3) il doit être possible d’attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation. Seules les première et troisième parties du critère sont en litige dans la présente affaire.

Pour ce qui est de la première partie du critère, l’arrêt *Abitibi* ne doit pas être considéré comme soutenant la thèse qu’un organisme de réglementation est toujours un créancier lorsqu’il exerce les pouvoirs d’application qui lui sont dévolus par la loi à l’encontre d’un débiteur. L’organisme de réglementation exerçant un pouvoir pour faire respecter un devoir public n’est pas un créancier de la personne ou de la société assujettie à ce devoir. En l’espèce, personne ne conteste qu’en cherchant à assurer le respect des obligations de fin de vie incombant à Redwater, l’organisme de réglementation agit de bonne foi à titre d’autorité de réglementation et il n’est pas en mesure d’obtenir un avantage financier. Il est clair que l’organisme de réglementation a agi dans l’intérêt public et pour le bien public en rendant les ordonnances d’abandon et en assurant le respect des exigences relatives à la CGR, et qu’il n’est donc pas un créancier de Redwater. C’est le public qui bénéficie de ces obligations environnementales; la province n’est pas en mesure d’en bénéficier financièrement. Cela suffit, à proprement parler, pour trancher cet aspect du pourvoi.

Comme cela pourrait se révéler utile à l’avenir, à la troisième partie du critère, le tribunal doit décider s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers un

to a regulator. In determining whether a non-monetary regulatory obligation of a bankrupt is too remote or too speculative to be included in the bankruptcy proceeding, the court must apply the general rules that apply to future or contingent claims. It must be sufficiently certain that the contingency will come to pass — in other words, that the regulator will enforce the obligation by performing the environmental work and seeking reimbursement. In the instant case, the Abandonment Orders and the LMR requirements fail to satisfy this part of the test. It is not established by the evidence that it is sufficiently certain that the Regulator will perform the abandonments and advance a claim for reimbursement. This claim is too remote and speculative to be included in the bankruptcy process. Furthermore, the Regulator's refusal to approve licence transfers unless and until the LMR requirements have been satisfied does not give it a monetary claim against Redwater.

In crafting the priority scheme of the *BIA*, Parliament intended to permit regulators to place a first charge on real property of a bankrupt affected by an environmental condition or damage in order to fund remediation. Thus, the *BIA* explicitly contemplates that environmental regulators will extract value from the bankrupt's real property if that property is affected by an environmental condition or damage. Although the nature of property ownership in the Alberta oil and gas industry meant that s. 14.06(7) was unavailable to the Regulator, the Abandonment Orders and the LMR replicate the effect of s. 14.06(7) in this case. Furthermore, Redwater's only substantial assets were affected by environmental conditions or damage. Accordingly, the Abandonment Orders and LMR requirements did not seek to force Redwater to fulfill end-of-life obligations with assets unrelated to the environmental condition or damage. In other words, recognizing that the Abandonment Orders and LMR requirements are not provable claims in this case does not interfere with the aims of the *BIA* — rather, it facilitates them.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): GTL and ATB have satisfied their burden of demonstrating a genuine inconsistency between federal and provincial law under both branches of the paramountcy test, namely operational conflict and frustration of purpose. Accordingly, the appeal should be dismissed.

organisme de réglementation. Pour établir si une obligation réglementaire non pécuniaire du failli est trop éloignée ou trop conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite, le tribunal doit appliquer les règles générales qui visent les réclamations futures ou éventuelles. Il doit être suffisamment certain que l'éventualité se concrétisera ou, en d'autres termes, que l'organisme de réglementation fera respecter l'obligation en exécutant les travaux environnementaux et en sollicitant le remboursement de ses frais. Dans le cas présent, les ordonnances d'abandon et les exigences relatives à la CGR ne satisfont pas à cette partie du critère. La preuve n'établit pas qu'il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation procédera à l'abandon et présentera une demande de remboursement. Cette réclamation est trop éloignée et conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite. En outre, le refus de l'organisme de réglementation d'approuver les transferts de permis jusqu'à ce que les exigences relatives à la CGR aient été satisfaites ne lui donne pas une réclamation pécuniaire contre Redwater.

Au moment d'élaborer le régime de priorité de la *LFI*, le Parlement voulait permettre aux organismes de réglementation d'imposer une charge prioritaire sur le bien réel du failli touché par un fait ou dommage lié à l'environnement en vue de financer la décontamination. Ainsi, la *LFI* envisage explicitement la possibilité que des organismes de réglementation tirent une valeur des biens réels du failli touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Bien que l'organisme de réglementation n'ait pu se prévaloir du par. 14.06(7), compte tenu de la nature de la propriété des biens dans l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta, les ordonnances d'abandon et la CGR reproduisent l'effet du par. 14.06(7) en l'espèce. De plus, les seuls biens de valeur de Redwater étaient touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR n'avaient donc pas pour objet de forcer Redwater à s'acquitter des obligations de fin de vie avec des biens étrangers au fait ou dommage lié à l'environnement. Autrement dit, la reconnaissance que les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR ne sont pas des réclamations prouvables en l'espèce facilite l'atteinte des objets de la *LFI* au lieu de la contrecarrer.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents) : GTL et ATB se sont acquittés de leur fardeau de démontrer qu'il existe une incompatibilité véritable entre la loi fédérale et la loi provinciale selon les deux volets du test de la prépondérance, à savoir le conflit d'application et l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Par conséquent, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Because Alberta's statutory regime does not recognize the disclaimers by trustees of assets encumbered by environmental liabilities as lawful by virtue of the fact that receivers and trustees are regulated as licensees who cannot disclaim assets, there is an unavoidable conflict between federal and provincial law. Alberta's legislation governing the oil and gas sector should therefore be held inoperative to the extent that it does not recognize the legal effect of GTL's disclaimers. An operational conflict arises where it is impossible to comply with both laws. An operational conflict analysis is an exercise in statutory interpretation: the Court must ascertain the meaning of each competing enactment in order to determine whether dual compliance is possible. This interpretation exercise takes place within the guiding confines of cooperative federalism, which operates as a straightforward interpretive presumption — one that supports, rather than supplants, the modern approach to statutory interpretation. Courts should favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws; however, where the proper meaning of the provision cannot support a harmonious interpretation, it is beyond a court's power to create harmony where Parliament did not intend it.

In the instant case, reliance on cooperative federalism must not result in an interpretation of s. 14.06(4) of the *BIA* that is inconsistent with its language, context and purpose. The natural meaning which appears when s. 14.06(4) is simply read through is that it assumes and incorporates a pre-existing common law right to disclaim property in the context of bankruptcy and insolvency. This right is in keeping with the fundamental objective of trustees, which is the maximization of recovery for creditors as a whole by realizing the estate's valuable assets. It enables trustees to administer the estate in the most efficient manner and to avoid significant costs of administration that would reduce creditor recovery. Section 14.06(4) expresses the disclaimer right in unqualified terms and emphasizes that a trustee may not be held liable whenever that right is exercised. Parliament did not intend to condition the right to disclaim property on the actual existence of a risk of personal liability. Although the opening words of s. 14.06(4) refer to the personal liability of the trustee, when the words of the provision are read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament, their meaning becomes apparent. Avoiding personal liability is not the only effect of the appropriate exercise of this power. By properly disclaiming certain properties, the trustee is relieved of

Étant donné que le régime législatif albertain ne reconnaît pas la légalité des renonciations des syndics à des biens grevés d'engagements environnementaux en raison du fait que les séquestres et les syndics sont réglementés comme des titulaires de permis qui ne peuvent renoncer à des biens, il y a un conflit inévitable entre la loi fédérale et la loi provinciale. La loi albertaine régissant l'industrie pétrolière et gazière devrait donc être déclarée inopérante dans la mesure où elle ne reconnaît pas l'effet juridique des renonciations de GTL. Il y a conflit d'application lorsqu'il est impossible de respecter les deux lois. L'analyse relative au conflit d'application relève de l'interprétation des lois : la Cour doit déterminer le sens de chaque loi concurrente afin de décider s'il est possible de respecter les deux lois. Cette démarche d'interprétation s'effectue à l'intérieur du cadre directeur du fédéralisme coopératif, lequel fait office de simple présomption en matière d'interprétation — qui appuie, sans la supplanter, la méthode moderne d'interprétation des lois. Les tribunaux doivent favoriser une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois; cependant, lorsque le sens qu'il convient de donner à la disposition ne peut appuyer une interprétation harmonieuse, un tribunal n'a pas le pouvoir de créer l'harmonie là où le Parlement n'a pas eu l'intention de le faire.

En l'espèce, le recours au principe du fédéralisme coopératif ne doit pas donner lieu à une interprétation du par. 14.06(4) de la *LFI* qui est incompatible avec son libellé, son contexte et son objet. Le sens naturel qui se dégage de la simple lecture du par. 14.06(4) dans son ensemble est qu'il présume et incorpore un droit pré-existant en common law de renoncer à des biens dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité. Ce droit est en accord avec l'objectif fondamental poursuivi par les syndics : maximiser le recouvrement au bénéfice de l'ensemble des créanciers par la réalisation des éléments de valeur de l'actif. Il permet aux syndics d'administrer l'actif le plus efficacement possible et leur épargne des frais considérables d'administration qui réduiraient le recouvrement pour les créanciers. Le paragraphe 14.06(4) exprime le droit de renonciation en des termes qui ne comportent aucune restriction et fait ressortir que le syndic ne peut être tenu responsable quand ce droit est exercé. Le Parlement ne voulait pas rendre le droit de renoncer à un bien tributaire de l'existence d'un risque de responsabilité personnelle. Bien que le début du par. 14.06(4) parle de la responsabilité personnelle du syndic, lorsqu'on lit les termes de la disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur, leur sens devient apparent. La protection contre

any liabilities associated with the disclaimed property and loses the ability to sell it for the benefit of the estate. The disclaimer right allows the trustee not to realize assets that would provide no value to the estate's creditors and whose realization would therefore undermine the trustee's objective of maximizing recovery. However, s. 14.06(4) does not relieve the estate of its liabilities or environmental obligations once a trustee exercises the disclaimer power. The disclaimed property ultimately reverts to the estate at the conclusion of the bankruptcy proceedings, as is the case with unrealized assets. Whether the estate has sufficient assets capable of satisfying those liabilities at that point in time is a separate question that is unrelated to the underlying fact of ongoing liability.

In accordance with the predominant and well-established modern approach to statutory interpretation, courts must read statutory provisions in their entire context, as parts of a coherent whole. In s. 14.06(4) of the *BIA*, Parliament has expressly referred to this disclaimer power and spelled out the particular effects flowing from its proper exercise. By doing so, it has purposefully incorporated the disclaimer power into its statutory scheme to achieve its desired purpose. Courts must read statutory provisions in their entire context, and Parliament is presumed to craft sections and subsections of legislation as parts of a coherent whole. The immediate statutory context surrounding s. 14.06(4), specifically, ss. 14.06(2), (5), (6) and (7), as well as the Hansard evidence, confirms that a trustee's right to disclaim property is not limited to protecting itself from personal liability.

The power to disclaim assets provided to trustees by s. 14.06(4) of the *BIA* was available to GTL on the facts of this case. The statutory conditions to the exercise of this power were met: the Abandonment Orders clearly relate to the remediation of an environmental condition. Additionally, the right of disclaimer is applicable in the context of the statutory regime governing the oil and gas industry. In delineating what interests may be disclaimed by a trustee under s. 14.06(4), Parliament used exceptionally broad language: the trustee is permitted to disclaim "any interest" in "any real property". GTL sought to disclaim *profits à prendre* and surface leases, which can be characterized as real property interests.

The requirement by the Regulator that GTL satisfy Redwater's environmental liabilities ahead of the estate's

toute responsabilité personnelle n'est pas le seul effet de l'exercice régulier de ce pouvoir. En renonçant à bon droit à certains biens, le syndic est dégagé de toute responsabilité associée aux biens faisant l'objet de la renonciation et ne peut plus vendre les biens au profit de l'actif. Le droit de renonciation permet au syndic de ne pas réaliser des biens qui ne seraient pas profitables aux créanciers de l'actif et compromettraient par le fait même son objectif de maximiser le recouvrement. Cependant, le par. 14.06(4) ne décharge pas l'actif de ses obligations ou engagements environnementaux une fois que le syndic exerce le pouvoir de renonciation. Le bien visé par une renonciation retourne ultimement dans l'actif du failli à l'issue du processus de faillite, comme c'est le cas pour les biens non réalisés. La question de savoir si les éléments d'actif sont suffisants pour satisfaire à ces engagements à ce moment précis est une question distincte qui n'a aucun rapport avec le fait sous-jacent de la responsabilité continue.

D'après la méthode prédominante et bien établie d'interprétation des lois, les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, comme un tout cohérent. Au paragraphe 14.06(4) de la *LFI*, le Parlement a mentionné expressément ce pouvoir de renonciation et exposé les effets particuliers découlant de son exercice approprié. Il a incorporé ainsi à dessein à son régime législatif le pouvoir de renonciation pour en réaliser l'objectif visé. Les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, et le Parlement est présumé rédiger les articles et paragraphes d'une loi comme un tout cohérent. Le contexte immédiat du par. 14.06(4), plus précisément les par. 14.06(2), (5), (6) et (7), ainsi que les débats parlementaires, confirme que le droit du syndic de renoncer à des biens ne se limite pas à se prémunir contre une responsabilité personnelle.

Le pouvoir de renoncer à des biens que confère aux syndics le par. 14.06(4) de la *LFI* pouvait être exercé par GTL à la lumière des faits de la présente affaire. Les conditions statutaires préalables à l'exercice de ce pouvoir étaient réunies : les ordonnances d'abandon se rapportent clairement à la réparation d'un fait lié à l'environnement. En outre, le droit de renonciation s'applique dans le contexte du régime législatif régissant l'industrie pétrolière et gazière. En décidant des intérêts auxquels peut renoncer un syndic en vertu du par. 14.06(4), le Parlement a utilisé des mots exceptionnellement larges : il est permis au syndic de renoncer à « tout intérêt » sur « le bien réel ». GTL a tenté de renoncer aux profits à prendre et aux droits de surface, qui peuvent être qualifiés d'intérêts sur des biens réels.

L'exigence de l'organisme de réglementation voulant que GTL acquitte les engagements environnementaux de

other debts contravenes the *BIA*'s priority scheme. The Province's licensing scheme therefore should be held inoperative under the second prong of the paramountcy test, frustration of purpose. Even where dual compliance with both federal and provincial law is, strictly speaking, possible, provincial legislation or provisions will be rendered inoperative to the extent that they have the effect of frustrating a valid federal legislative purpose. The focus of the analysis is on the effect of the provincial legislation or provision, not its purpose. In the instant case, if the environmental claims asserted by the Regulator (i.e., the Abandonment Orders) are provable in bankruptcy, the Regulator will not be permitted to assert those claims outside the bankruptcy process and ahead of Redwater's secured creditors because this would frustrate the purpose of the federal priority scheme.

In *Abitibi*, the Court established a three-part test, rooted in the language of the *BIA*, to determine whether a claim is provable in bankruptcy. The first prong of the *Abitibi* test asks whether the debt, liability or obligation at issue is owed by a bankrupt entity to a creditor. The language of *Abitibi* admits of no ambiguity, uncertainty or doubt: the only determination that has to be made is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. Most environmental regulatory bodies can be creditors, and government entities cannot systematically evade the priority requirements of federal bankruptcy legislation under the guise of enforcing public duties. In the instant case, the first prong is satisfied. There is no doubt that the Regulator exercised its enforcement power against a debtor when it issued orders requiring Redwater to perform the environmental work on the non-producing properties. It is neither appropriate nor necessary in this case to attempt to redefine the first prong of the *Abitibi* test by narrowing the broad definition of "creditor" as the majority does.

There is no dispute that the second prong of the *Abitibi* test, which requires that the debt, liability or obligation be incurred before the debtor becomes bankrupt, is satisfied. The third prong asks whether it is sufficiently certain that the regulator will perform the work and make a claim for reimbursement. In this case, it is sufficiently certain that either the Regulator or its delegate, the OWA, will ultimately perform the abandonment and reclamation work and assert a monetary claim for reimbursement. Therefore, the final prong of the *Abitibi* test is satisfied. The chambers

Redwater avant les autres dettes de l'actif contrevient au régime de priorité établi par la *LFI*. Le régime provincial de délivrance de permis devrait donc être déclaré inopérant suivant le second volet du critère de la prépondérance, l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Même lorsqu'il est à proprement parler possible de se conformer à la fois à la loi fédérale et à la loi provinciale, la loi ou les dispositions provinciales seront néanmoins rendues inopérantes dans la mesure où elles ont pour effet d'entraver la réalisation d'un objet valide d'une loi fédérale. L'analyse est axée sur l'effet de la loi ou de la disposition provinciale, et non sur son objet. En l'espèce, si les réclamations environnementales que fait valoir l'organisme de réglementation (c.-à-d. les ordonnances d'abandon) sont prouvables en matière de faillite, il n'est pas autorisé à faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite et avant les créanciers garantis de Redwater, car cela entraverait la réalisation de l'objet du régime de priorité fédéral.

Dans *Abitibi*, la Cour a établi un test à trois volets, fondé sur le libellé de la *LFI*, pour déterminer si une réclamation est prouvable en matière de faillite. Le premier volet du test *Abitibi* pose la question de savoir si la dette, l'engagement ou l'obligation en cause sont dus par une entité faillie à un créancier. Le texte de cet arrêt ne laisse place à aucune ambiguïté, incertitude ou doute à cet égard : la seule question à trancher est de savoir si l'organisme de réglementation a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. La plupart des organismes de réglementation environnementaux peuvent agir à titre de créanciers, et les entités gouvernementales ne sauraient systématiquement se soustraire aux exigences en matière de priorité de la loi fédérale sur la faillite sous le couvert de l'obligation de faire respecter les devoirs publics. Dans la présente affaire, il est satisfait au premier volet. Il ne fait aucun doute que l'organisme de réglementation a exercé son pouvoir d'appliquer la loi à l'encontre d'une débitrice lorsqu'il a rendu les ordonnances enjoignant à Redwater d'accomplir les travaux environnementaux sur les biens inexploités. Il n'est ni approprié ni nécessaire en l'espèce d'essayer de redéfinir ce volet du test *Abitibi* en restreignant le large sens attribué par la majorité au mot « créancier ».

Personne ne conteste qu'il est satisfait au second volet du test *Abitibi*, lequel exige que la dette, l'engagement ou l'obligation ait pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli. Le troisième volet pose la question de savoir s'il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation exécutera les travaux et présentera une demande de remboursement. En l'espèce, il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation ou sa délégataire, l'OWA, effectuera ultimement les travaux d'abandon et de remise en état et fera valoir une réclamation pécuniaire

judge made three critical findings of fact that easily support this conclusion. First, he found that GTL was not in possession of the disclaimed properties and, in any event, had no ability to perform any kind of work on these assets because the environmental liabilities exceeded the value of the estate itself and Redwater had no working interest participants that would step in to perform the work. As a result, he concluded that there was no other party who could be compelled to carry out the work. Second, in light of the fact that neither GTL nor Redwater's working interest participants would (or could) undertake this work, the chambers judge found as a fact that the Regulator will ultimately be responsible for the abandonment costs, since it has the power to seek recovery of abandonment costs and has actually performed the work on occasion, and has expressly stated an intention to seek reimbursement for the costs of abandoning the renounced assets. Third, the chambers judge found that the Regulator's only realistic alternative to performing the remediation work itself was to deem the renounced assets to be orphan wells. In this circumstance, he found that the legislation and evidence shows that if the Regulator deems a well an orphan, then the OWA will perform the work. In light of these factual determinations, the chambers judge rightly concluded that the sufficient certainty standard of *Abitibi* was satisfied because at a minimum, either the Regulator or the OWA will complete the abandonment work.

The majority elevates form over substance in concluding that the sufficient certainty standard is not satisfied when a regulatory body's delegate, as opposed to the regulatory body itself, performs the work. Considering the salient features of the OWA and its relationship with the Regulator, one must conclude that they are inextricably intertwined. When the Regulator exercises its statutory powers to declare a property an "orphan" under s. 70(2) of Alberta's *Oil and Gas Conservation Act*, it effectively delegates the abandonment work to the OWA. The majority's alternative conclusion that it is not sufficiently certain that even the OWA will perform the abandonment work would permit the Regulator to benefit from strategic gamesmanship by manipulating the timing of its intervention in order to escape the insolvency regime and strip Redwater of its assets.

afin d'obtenir un remboursement. Il est donc satisfait au dernier volet du test *Abitibi*. Le juge en cabinet a tiré trois conclusions de fait cruciales qui appuient aisément cette conclusion. Premièrement, il a conclu que GTL n'était pas en possession des biens visés par les renonciations et, de toute façon, qu'il ne peut pas exécuter de travaux sur ces biens parce que les engagements environnementaux dépassaient la valeur de l'actif même et Redwater ne comptait aucun participant en participation directe qui se chargerait d'exécuter les travaux. Il a donc conclu qu'il n'existe aucune autre partie susceptible d'être contrainte d'exécuter les travaux. Deuxièmement, compte tenu du fait que ni GTL ni les participants en participation directe de Redwater ne voudraient (ou ne pourraient) entreprendre ces travaux, le juge en cabinet a tiré la conclusion de fait selon laquelle l'organisme de réglementation sera en fin de compte responsable des frais d'abandon, car il a le pouvoir de tenter de recouvrer les frais d'abandon et a réellement exécuté les travaux à l'occasion. Il a aussi expressément manifesté l'intention de demander le remboursement des frais liés à l'abandon des biens faisant l'objet de la renonciation. Troisièmement, le juge en cabinet a conclu que la seule solution réaliste qui s'offre à l'organisme de réglementation autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination était de considérer les biens faisant l'objet de la renonciation comme des puits orphelins. Il a conclu qu'en pareil cas, les dispositions législatives et les éléments de preuve démontrent que, si l'organisme de réglementation considère un puits comme orphelin, l'OWA exécutera les travaux. À la lumière de ces conclusions de fait, le juge en cabinet a eu raison de conclure qu'il était satisfait à la norme de certitude suffisante énoncée dans *Abitibi* parce qu'à tout le moins, l'organisme de réglementation ou l'OWA mènerait à terme les travaux d'abandon.

La majorité fait passer la forme avant le fond en concluant qu'il n'est pas satisfait à la norme de certitude suffisante lorsque le délégué de l'organisme de réglementation, et non l'organisme de réglementation lui-même, effectue les travaux. Vu les caractéristiques saillantes de l'OWA et de sa relation avec l'organisme de réglementation, force est de constater qu'ils sont inextricablement liés. Lorsque l'organisme de réglementation exerce le pouvoir de déclarer un bien « orphelin » que lui confère le par. 70(2) de l'*Oil and Gas Conservation Act* de l'Alberta, il délègue effectivement l'exécution des travaux d'abandon à l'OWA. La conclusion subsidiaire de la majorité selon laquelle il n'est pas suffisamment certain que même l'OWA exécutera les travaux d'abandon permettrait à l'organisme de réglementation de tirer profit de manœuvres stratégiques en manipulant le moment de son intervention afin de se soustraire au régime d'insolvabilité et de dépouiller Redwater de ses biens.

Since it is sufficiently certain that the Regulator (or the OWA, as its delegate) will complete the abandonment and reclamation work, all three prongs of the *Abitibi* test are satisfied. The Regulator's Abandonment Orders constitute "claims provable in bankruptcy". It would undermine the *BIA*'s priority scheme and therefore frustrate an essential purpose of the *BIA* if the Regulator could assert those claims outside the bankruptcy process — and ahead of the estate's secured creditors — whether by compelling GTL to carry out those orders or by making the sale of Redwater's valuable assets conditional on the fulfillment of those obligations.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Applied: *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; **approved:** *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122; *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536; **distinguished:** *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; **referred to:** *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624; *Peters v. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 C.B.R. (4th) 273; *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276; *Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1; *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB

Comme il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation (ou l'OWA, sa déléataire) achèvera les travaux d'abandon et de remise en état, il est satisfait aux trois volets du test *Abitibi*. Les ordonnances d'abandon de l'organisme de réglementation constituent des « réclamations prouvables en matière de faillite ». Ce serait saper le régime de priorités établi par la *LFI* et entraver la réalisation d'un objet essentiel de la *LFI* que de permettre à l'organisme de réglementation de faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite — et en priorité par rapport aux créanciers garantis de l'actif — que ce soit en obligeant GTL à exécuter ces ordonnances ou en faisant dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l'acquiescement de ces obligations.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts appliqués : *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; **arrêts approuvés :** *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122; *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536; **distinction d'avec les arrêts :** *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; **arrêts mentionnés :** *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624; *Peters c. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 C.B.R. (4th) 273; *Garner c. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276; *Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R.

794, 261 D.L.R. (4th) 221; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada*, 2013 SCC 29, [2013] 2 S.C.R. 336; *Alberta Energy Regulator v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37.

By Côté J. (dissenting)

Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc., 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; *Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules, Alta. Reg. 98/2013.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2
 “claim provable in bankruptcy, provable claim or claim

(5th) 1; *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada*, 2013 CSC 29, [2013] 2 R.C.S. 336; *Alberta Energy Regulator c. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L. R. (6th) 37.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc., 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la réglementation pan-canadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Teva Canada Ltd. c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; *Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156.

Lois et règlements cités

Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules, Alta. Reg. 98/2013.
Conservation and Reclamation Regulation, Alta. Reg. 115/93.

provable”, “creditor”, 14.06, (2), (4) [am. 1997, c. 12, s. 15(1)], 16 to 38, 40, 69.3(1), (2), 72(1), 80, 121 to 154, 169(4), 197(3).

Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.8(8).

Conservation and Reclamation Regulation, Alta. Reg. 115/93.

Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13), 92A(1)(c).

Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 1(ddd), 112 to 122, 134(b), 137, 140, 142(1)(a)(ii), 227 to 230, 240, 245.

Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, ss. 1(1)(a), (w), (cc), (eee), 11(1), 12(1), 18(1), 24(2), 25, 27 to 30, 68(d), 70(1), (2), 73(1), (2), 74, 106, 108, 110.

Oil and Gas Conservation Rules, Alta. Reg. 151/71, ss. 1.100(2), 3.012.

Orphan Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001, ss. 3(2)(b), 6.

Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, ss. 1(1)(a), (n), (t), 6(1), 9(1), 23 to 26, 51 to 54.

Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, ss. 2(1)(a), 2(2)(h), 3(1), 28, 29.

Surface Rights Act, R.S.A. 2000, c. S-24, ss. 1(h), 15.

Authors Cited

Alberta. Energy Resources Conservation Board. *Directive 006: Licensee Liability Rating (LLR) Program and Licence Transfer Process*, March 12, 2013.

Alberta Energy Regulator. *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (online: <https://www.aer.ca/documents/bulletins/Bulletin-2016-16.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_1_eng.pdf).

Bankes, Nigel. *Majority of the Court of Appeal Confirm Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (online: <https://ablawg.ca/2017/05/03/majority-of-the-court-of-appeal-confirms-chief-justice-wittmanns-redwater-decision>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_2_eng.pdf).

Bennett, Frank. *Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies*, 5th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry. *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry. *Evidence*, No. 21, 2nd Sess., 35th Parl., September 25, 1996.

Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 1(ddd), 112 à 122, 134(b), 137, 140, 142(1)(a)(ii), 227 à 230, 240, 245.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13), 92A(1)(c).

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 2 « réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable », « créancier », 14.06, (2), (4) [mod. 1997, c. 12, s. 15(1)], 16 à 38, 40, 69.3(1), (2), 72(1), 80, 121 à 154, 169(4), 197(3).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11.8(8).

Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, art. 1(1)(a), (w), (cc), (eee), 11(1), 12(1), 18(1), 24(2), 25, 27 à 30, 68(d), 70(1), (2), 73(1), (2), 74, 106, 108, 110.

Oil and Gas Conservation Rules, Alta. Reg. 151/71, art. 1.100(2), 3.012.

Orphan Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001, art. 3(2)(b), 6.

Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 1(1)(a), (n), (t), 6(1), 9(1), 23 à 26, 51 à 54.

Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, art. 2(1)(a), 2(2)(h), 3(1), 28, 29.

Surface Rights Act, R.S.A. 2000, c. S-24, art. 1(h), 15.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Energy Resources Conservation Board. *Directive 006 : Licensee Liability Rating (LLR) Program and Licence Transfer Process*, March 12, 2013.

Alberta Energy Regulator. *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (en ligne : <https://www.aer.ca/documents/bulletins/Bulletin-2016-16.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_1_eng.pdf).

Bankes, Nigel. *Majority of the Court of Appeal Confirm Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (en ligne : <https://ablawg.ca/2017/05/03/majority-of-the-court-of-appeal-confirms-chief-justice-wittmanns-redwater-decision>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_2_eng.pdf).

Bennett, Frank. *Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies*, 5th ed., Toronto, Thomson Carswell, 2006.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l’industrie. *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l’industrie. *Témoignages*, n° 21, 2^e sess., 35^e lég., 25 septembre 1996.

- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996.
- Goode, Roy. *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. Paris: Le Robert, 2001, “ès”.
- Klimek, Jennifer. *Insolvency and Environment Liability*. Toronto: Carswell, 1994.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2018.
- Lund, Anna J. “Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells: a New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law” (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157.
- Oxford English Dictionary* (online: <http://www.oed.com>), “probably”.
- Robert & Collins* (online: https://grc.bvdep.com/login_.asp), “ès qualités”.
- Silverstein, Lee. “Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization” (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467.
- Stewart, Fenner L. “How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017*. Toronto: Thomson Reuters, 2018, 163.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Canada. Sénat. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996.
- Goode, Roy. *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed. London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris, Le Robert, 2001, “ès”.
- Klimek, Jennifer. *Insolvency and Environment Liability*. Toronto, Carswell, 1994.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Markham (Ont.), LexisNexis, 2018.
- Lund, Anna J. « Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells : a New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law » (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157.
- Oxford English Dictionary* (en ligne : <http://www.oed.com>), « probably ».
- Robert & Collins* (en ligne : https://grc.bvdep.com/login_.asp), « ès qualités ».
- Silverstein, Lee. « Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization » (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467.
- Stewart, Fenner L. « How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017*, Toronto, Thomson Reuters, 2018.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Schutz and Martin JJ.A.), 2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171, [2017] 6 W.W.R. 301, 8 C.E.L.R. (4th) 1, 50 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] A.J. No. 402 (QL), 2017 CarswellAlta 695 (WL Can.), affirming a decision of Wittmann C.J., 2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88, [2016] 11 W.W.R. 716, 33 Alta. L.R. (6th) 221, [2016] A.J. No. 541 (QL), 2016 CarswellAlta 994 (WL Can.). Appeal allowed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Ken Lenz, Q.C., Patricia Johnston, Q.C., Keely R. Cameron, Brad Gilmour and Michael W. Selnes, for the appellants.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, Schutz et Martin), 2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171, [2017] 6 W.W.R. 301, 8 C.E.L.R. (4th) 1, 50 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] A.J. No. 402 (QL), 2017 CarswellAlta 695 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Wittmann, 2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88, [2016] 11 W.W.R. 716, 33 Alta. L.R. (6th) 221, [2016] A.J. No. 541 (QL), 2016 CarswellAlta 994 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Ken Lenz, c.r., Patricia Johnston, c.r., Keely R. Cameron, Brad Gilmour et Michael W. Selnes, pour les appelants.

Kelly J. Bourassa, Jeffrey Oliver, Tom Cumming, Ryan Zahara, Danielle Maréchal, Brendan MacArthur-Stevens and Chris Nyberg, for the respondents.

Josh Hunter and Hayley Pitcher, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gareth Morley, Aaron Welch and Barbara Thomson, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert Normey and Vivienne Ball, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Adrian Scotchmer, for the intervener Ecojustice Canada Society.

Lewis Manning and Toby Kruger, for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers.

Nader R. Hasan and Lindsay Board, for the intervener Greenpeace Canada.

Christine Laing and Shaun Fluker, for the intervener Action Surface Rights Association.

Caireen E. Hanert and Adam Maerov, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Howard A. Gorman, Q.C., and D. Aaron Stephenson, for the intervener the Canadian Bankers' Association.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The oil and gas industry is a lucrative and important component of Alberta's and Canada's economy. The industry also carries with it certain

Kelly J. Bourassa, Jeffrey Oliver, Tom Cumming, Ryan Zahara, Danielle Maréchal, Brendan MacArthur-Stevens et Chris Nyberg, pour les intimées.

Josh Hunter et Hayley Pitcher, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Gareth Morley, Aaron Welch et Barbara Thomson, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Normey et Vivienne Ball, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Adrian Scotchmer, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

Lewis Manning et Toby Kruger, pour l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

Nader R. Hasan et Lindsay Board, pour l'intervenante Greenpeace Canada.

Christine Laing et Shaun Fluker, pour l'intervenante Action Surface Rights Association.

Caireen E. Hanert et Adam Maerov, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Howard A. Gorman, c.r., et D. Aaron Stephenson, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] L'industrie pétrolière et gazière est une composante lucrative et importante de l'économie albertaine et canadienne. Cette industrie entraîne

unavoidable environmental costs and consequences. To address them, Alberta has established a comprehensive cradle-to-grave licensing regime that is binding on companies active in the industry. A company will not be granted the licences that it needs to extract, process or transport oil and gas in Alberta unless it assumes end-of-life responsibilities for plugging and capping oil wells to prevent leaks, dismantling surface structures and restoring the surface to its previous condition. These obligations are known as “reclamation” and “abandonment” (*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12 (“EPEA”), s. 1(ddd), and *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (“OGCA”), s. 1(1)(a)).

[2] The question in this appeal is what happens to these obligations when a company is bankrupt and a trustee in bankruptcy is charged with distributing its assets among various creditors according to the rules in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”). Redwater Energy Corporation (“Redwater”) is the bankrupt company at the centre of this appeal. Its principal assets are 127 oil and gas assets — wells, pipelines and facilities — and their corresponding licences. A few of Redwater’s licensed wells are still producing and profitable. The majority of the wells are spent and burdened with abandonment and reclamation liabilities that exceed their value.

[3] The Alberta Energy Regulator (“Regulator”) and the Orphan Well Association (“OWA”) are the appellants in this Court. (For simplicity, I will refer to the Regulator when discussing the appellants’ position, unless otherwise noted.) The Regulator administers Alberta’s licensing regime and enforces the abandonment and reclamation obligations of licensees. The Regulator has delegated to the OWA, an independent non-profit entity, the authority to abandon and reclaim “orphans”, which are oil and gas assets and their sites left behind in an improperly abandoned or unreclaimed state by defunct companies at the close of their insolvency proceedings. The Regulator says that, one way or another, the

également certains coûts et certaines conséquences inévitables pour l’environnement. Pour y faire face, l’Alberta a mis en place un régime complet de délivrance de permis du berceau à la tombe qui lie les sociétés actives dans l’industrie. Une société n’obtiendra pas les permis dont elle a besoin pour extraire, traiter ou transporter du pétrole et du gaz en Alberta, à moins qu’elle n’assume les responsabilités de fin de vie consistant à obturer et à fermer les puits de pétrole afin d’éviter les fuites, à démanteler les structures de surface ainsi qu’à remettre la surface dans son état antérieur. Ces obligations sont appelées la [TRADUCTION] « remise en état » et l’« abandon » (*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12 (« EPEA »), al. 1(ddd) et *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (« OGCA »), al. 1(1)(a)).

[2] La question en l’espèce est de savoir ce qu’il advient de ces obligations lorsqu’une société est en faillite et qu’un syndic de faillite est chargé de répartir ses biens entre divers créanciers conformément aux règles prévues dans la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). Redwater Energy Corporation (« Redwater ») est la société en faillite au cœur du présent pourvoi. Son actif est principalement composé de 127 biens pétroliers et gaziers — puits, pipelines et installations — et des permis correspondants. Quelques-uns des puits autorisés de Redwater sont encore productifs et rentables. La majorité est tarie et grevée de responsabilités relatives à l’abandon et à la remise en état qui excèdent leur valeur.

[3] L’Alberta Energy Regulator (« organisme de réglementation ») et l’Orphan Well Association (« OWA ») sont les appelants devant notre Cour (pour simplifier, je les appellerai l’organisme de réglementation au moment d’analyser la position des appelants, sauf indication contraire). L’organisme de réglementation administre le régime de délivrance de permis de l’Alberta et assure le respect, par les titulaires de permis, des obligations relatives à l’abandon et à la remise en état. L’organisme de réglementation a délégué à l’OWA, une entité indépendante sans but lucratif, le pouvoir d’abandonner et de remettre en état les « orphelins » — les biens pétroliers et gaziers ainsi que leurs sites délaissés ou non réclamés sans

remaining value of the Redwater estate must be applied to meet the abandonment and reclamation obligations associated with its licensed assets.

[4] Redwater’s trustee in bankruptcy, Grant Thornton Limited (“GTL”), and Redwater’s primary secured creditor, Alberta Treasury Branches (“ATB”), oppose the appeal. (For simplicity, I will refer to GTL when discussing the respondents’ position, unless otherwise noted.) GTL argues that, since it has disclaimed Redwater’s unproductive oil and gas assets, s. 14.06(4) of the *BIA* empowers it to walk away from those assets and the environmental liabilities associated with them and to deal solely with Redwater’s producing oil and gas assets. Alternatively, GTL argues that, under the priority scheme in the *BIA*, the claims of Redwater’s secured creditors must be satisfied ahead of Redwater’s environmental liabilities. Relying on the doctrine of paramountcy, GTL says that Alberta’s environmental legislation regulating the oil and gas industry is constitutionally inoperative to the extent that it authorizes the Regulator to interfere with this arrangement.

[5] The chambers judge (2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88) and a majority of the Court of Appeal (2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171) agreed with GTL. The Regulator’s proposed use of its statutory powers to enforce Redwater’s compliance with abandonment and reclamation obligations during bankruptcy was held to conflict with the *BIA* in two ways: (1) it imposed on GTL the obligations of a licensee in relation to the Redwater assets disclaimed by GTL, contrary to s. 14.06(4) of the *BIA*; and (2) it upended the priority scheme for the distribution of a bankrupt’s assets established by the *BIA* by requiring that the “provable claims” of the Regulator, an unsecured creditor, be paid ahead of the claims of Redwater’s secured creditors.

que les processus en question n’aient été correctement effectués par les sociétés liquidées à la fin de leur procédure d’insolvabilité. L’organisme de réglementation affirme que, d’une façon ou d’une autre, la valeur restante de l’actif de Redwater doit être utilisée pour satisfaire aux obligations d’abandon et de remise en état qui sont associées à ses biens visés par des permis.

[4] Le syndic de faillite de Redwater, Grant Thornton Limited (« GTL »), et le principal créancier garanti de Redwater, Alberta Treasury Branches (« ATB »), s’opposent au pourvoi (pour simplifier, je les appellerai GTL au moment d’analyser la position des intimées, sauf indication contraire). GTL soutient que, comme il a renoncé aux biens pétroliers et gaziers inexploités de Redwater, le par. 14.06(4) de la *LFI* l’investit du pouvoir de les délaisser et de se soustraire aux engagements environnementaux qui s’y rattachent et de s’occuper uniquement des biens pétroliers et gaziers productifs de Redwater. GTL soutient subsidiairement que, d’après le régime de priorité établi dans la *LFI*, il faut acquitter les réclamations des créanciers garantis de Redwater avant de respecter ses engagements environnementaux. Invoquant la doctrine de la prépondérance, GTL affirme que la législation environnementale de l’Alberta réglementant l’industrie pétrolière et gazière est constitutionnellement inopérante dans la mesure où elle autorise l’organisme de réglementation à se mêler de cet arrangement.

[5] Le juge siégeant en cabinet (2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88) et les juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171) ont donné raison à GTL. L’utilisation proposée par l’organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi pour contraindre Redwater à respecter les obligations d’abandon et de remise en état au cours de la faillite a été jugée incompatible avec la *LFI* de deux façons : (1) elle imposait à GTL les obligations d’un titulaire de permis relativement aux biens de Redwater auxquels GTL avait renoncé, ce qui est contraire au par. 14.06(4) de la *LFI*; (2) elle renversait le régime de priorité établi par la *LFI* pour le partage des biens d’un failli en exigeant que le paiement de ses « réclamations prouvables », en tant que créancier ordinaire, soit effectué avant celui des réclamations des créanciers garantis de Redwater.

[6] Martin J.A., as she then was, dissented. She would have allowed the Regulator's appeal on the basis that there was no conflict between Alberta's environmental legislation and the *BIA*. Martin J.A. was of the view that: (1) s. 14.06 of the *BIA* did not operate to relieve GTL of Redwater's obligations with respect to its licensed assets; and (2) the Regulator was not asserting any provable claims, so the priority scheme in the *BIA* was not upended.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal. Although my analysis differs from hers in some respects, I agree with Martin J.A. that the Regulator's use of its statutory powers does not create a conflict with the *BIA* so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. Section 14.06(4) is concerned with the personal liability of trustees, and does not empower a trustee to walk away from the environmental liabilities of the estate it is administering. The Regulator is not asserting any claims provable in the bankruptcy, and the priority scheme in the *BIA* is not upended. Thus, no conflict is caused by GTL's status as a licensee under Alberta legislation. Alberta's regulatory regime can coexist with and apply alongside the *BIA*.

II. Background

A. *Alberta's Regulatory Regime*

[8] The resolution of the constitutional questions and the ultimate outcome of this appeal depend on a proper understanding of the complex regulatory regime which governs Alberta's oil and gas industry. I will therefore describe that regime in considerable detail.

[9] In order to exploit oil and gas resources in Alberta, a company needs three things: a property interest in the oil or gas, surface rights and a licence issued by the Regulator. In Alberta, mineral rights are typically reserved from ownership rights in land.

[6] La juge d'appel Martin, maintenant juge de notre Cour, n'était pas d'accord. Elle aurait accueilli l'appel de l'organisme de réglementation au motif qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation environnementale de l'Alberta et la *LFI*. La juge Martin a estimé que : (1) l'art. 14.06 de la *LFI* n'a pas eu pour effet de libérer GTL des obligations de Redwater à l'égard de ses biens visés par des permis; (2) l'organisme de réglementation ne faisait valoir aucune réclamation prouvable, de sorte que le régime de priorité de la *LFI* n'était pas renversé.

[7] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Bien que mon analyse diffère de la sienne à certains égards, je conviens avec la juge Martin que l'utilisation par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi ne crée pas de conflit avec la *LFI* de façon à mettre en jeu la doctrine de la prépondérance fédérale. Le paragraphe 14.06(4) intéresse la responsabilité personnelle du syndic et il ne l'investit pas du pouvoir de se soustraire aux engagements environnementaux liant l'actif qu'il administre. L'organisme de réglementation ne fait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite, et le régime de priorité de la *LFI* n'est pas renversé. Donc, le statut de GTL en tant que titulaire de permis au sens de la loi albertaine n'est à l'origine d'aucun conflit. Le régime de réglementation de l'Alberta peut coexister et s'appliquer conjointement avec la *LFI*.

II. Contexte

A. *Le régime de réglementation de l'Alberta*

[8] Le règlement des questions constitutionnelles et l'issue finale du présent pourvoi reposent sur une compréhension adéquate du régime complexe de réglementation qui régit l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta. Je vais donc décrire ce régime de façon très détaillée.

[9] Pour exploiter des ressources pétrolières et gazières en Alberta, une société a besoin de trois choses : un intérêt de propriété sur le pétrole ou le gaz, des droits de surface et un permis délivré par l'organisme de réglementation. En Alberta, les droits miniers sont

About 90 percent of Alberta’s mineral rights are held by the Crown on behalf of the public.

[10] A company’s property interest in the oil or gas it seeks to exploit typically takes the form of a mineral lease with the Crown (but occasionally with a private owner). The company also needs surface rights so it can access and occupy the physical land located above the oil and gas and place the equipment needed to pump, store and haul away the oil and gas. Surface rights may be obtained through a lease with the landowner, who is often a farmer or rancher (but is occasionally the Crown). Where a landowner does not voluntarily grant surface rights, Alberta law authorizes the Surface Rights Board to issue a right of entry order in favour of an “operator”, that is, the person having the right to a mineral or the right to work it (*Surface Rights Act*, R.S.A. 2000, c. S-24, ss. 1(h) and 15).

[11] Canadian courts characterize a mineral lease that allows a company to exploit oil and gas resources as a *profit à prendre*. It is not disputed that a *profit à prendre* is a form of real property interest held by the company (*Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387). A *profit à prendre* is fully assignable and has been defined as “a non-possessory interest in land, like an easement, which can be passed on from generation to generation, and remains with the land, regardless of changes in ownership” (F. L. Stewart, “How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017* (2018), 163 (“Stewart”), at p. 193). Solvent and insolvent companies alike will often hold *profits à prendre* in both producing and unproductive or spent wells. There are a variety of potential “working interest” arrangements whereby several parties can share an interest in oil and gas resources.

généralement soustraits des droits de propriété sur les terres. Environ 90 p. 100 des droits miniers de l’Alberta sont détenus par la Couronne au nom du public.

[10] L’intérêt de propriété d’une société dans le pétrole ou le gaz qu’elle cherche à exploiter prend généralement la forme d’un bail d’exploitation minière avec la Couronne (mais parfois avec un propriétaire privé). La société a également besoin de droits de surface, afin de pouvoir accéder au terrain physique situé au-dessus du pétrole et du gaz, de l’occuper, ainsi que d’installer l’équipement nécessaire pour pomper, stocker et transporter le pétrole de même que le gaz. On obtient les droits de surface au moyen d’un bail avec le propriétaire foncier, dans bien des cas un agriculteur ou un éleveur (mais parfois la Couronne). Lorsqu’un propriétaire foncier n’accorde pas volontairement des droits de surface, la loi albertaine autorise le Surface Rights Board (Conseil des droits de surface) à rendre une ordonnance d’accès aux terres en faveur d’un [TRADUCTION] « exploitant », soit la personne qui a droit à une substance minérale ou le droit de la travailler (*Surface Rights Act*, R.S.A. 2000, c. S-24, al. 1h) et art. 15).

[11] Les tribunaux canadiens qualifient le bail d’exploitation minière permettant à une société d’exploiter des ressources pétrolières et gazières de profit à prendre. Il n’est pas contesté qu’un profit à prendre constitue une forme d’intérêt détenue par la société sur un bien réel (*Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387). Un profit à prendre est entièrement cessible et il a été défini comme [TRADUCTION] « un intérêt foncier sans possession, comme une servitude, qui peut être transmis de génération en génération et qui reste avec la terre, indépendamment des changements de propriétaire » (F. L. Stewart, « How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2017* (2018), 163 (« Stewart »), p. 193). Les sociétés, qu’elles soient solvables ou insolvables, détiennent souvent des profits à prendre tant dans les puits productifs que dans les puits inexploités ou épuisés. Il existe une foule d’ententes potentielles de « participation directe » par lesquelles plusieurs parties peuvent partager un intérêt dans des ressources pétrolières et gazières.

[12] The third thing a company needs in order to access and exploit Alberta’s oil and gas resources, and the one most germane to this appeal, is a licence issued by the Regulator. The *OGCA* prohibits any person without a licence from commencing to drill a well or undertaking any operations preparatory or incidental to the drilling of a well, and from commencing to construct or operate a facility (ss. 11(1) and 12(1)). The *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, similarly prohibits the construction of pipelines without a licence (s. 6(1)). The *profit à prendre* in an oil and gas deposit may be bought and sold without regulatory approval. However, it is of little practical use on its own, as, without the licence associated with a well, the purchaser cannot “continue any drilling operations, any producing operations or any injecting operations” (*OGCA*, s. 11(1)), and, without the licence associated with a facility, the purchaser cannot “continue any construction or operation” (*OGCA*, s. 12(1)).

[13] The three relevant licensed assets in the Alberta oil and gas industry are wells, facilities and pipelines. A “well” is defined, *inter alia*, as “an orifice in the ground completed or being drilled . . . for the production of oil or gas” (*OGCA*, s. 1(1)(eee)). A “facility” is broadly defined and includes any building, structure, installation or equipment that is connected to or associated with the recovery, development, production, handling, processing, treatment or disposal of oil and gas resources (*OGCA*, s. 1(1)(w)). A “pipeline” is defined as “a pipe used to convey a substance or combination of substances”, including associated installations (*Pipeline Act*, s. 1(1)(t)).

[14] The licences a company needs to recover, process and transport oil and gas are issued by the Regulator. The Regulator is not an agent of the Crown. It is established as a corporation by s. 3(1) of the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3 (“*REDA*”). It exercises a wide range of powers under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. It also acts as the regulator in respect of energy resource

[12] La troisième chose — celle qui se rapporte le plus au présent pourvoi — dont une société a besoin pour avoir accès aux ressources pétrolières et gazières de l’Alberta ainsi que pour les exploiter, c’est un permis délivré par l’organisme de réglementation. L’*OGCA* interdit à toute personne non titulaire d’un permis de commencer le forage d’un puits, y compris les activités préparatoires ou accessoires à cette fin, ou d’amorcer la construction ou l’exploitation d’une installation (par. 11(1) et 12(1)). La *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, interdit également la construction de pipelines sans permis (par. 6(1)). Le profit à prendre dans des gisements de pétrole et de gaz peut être acheté et vendu sans approbation réglementaire. Cependant, cela n’a qu’une utilité pratique restreinte en soi, puisque, sans le permis associé à un puits, l’acheteur ne peut pas [TRADUCTION] « poursuivre une opération de forage, d’exploitation ou d’injection » (*OGCA*, par. 11(1)), et sans le permis associé à une installation, l’acheteur ne peut pas [TRADUCTION] « poursuivre la construction ou l’exploitation » (*OGCA*, par. 12(1)).

[13] Les trois biens visés par des permis pertinents dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta sont les puits, les installations et les pipelines. Le « puits » est défini, entre autres, comme [TRADUCTION] « un orifice dans le sol complété ou en cours de forage pour la production de pétrole ou de gaz » (*OGCA*, al. 1(1)(eee)). L’« installation » est définie au sens large et englobe tous les bâtiments, structures, installations et matériaux qui sont liés ou associés à la récupération, à la mise en valeur, à la production, à la manutention, au traitement ou à l’élimination de ressources pétrolières et gazières (*OGCA*, al. 1(1)(w)). Le « pipeline » est défini comme [TRADUCTION] « un tuyau utilisé pour transporter une substance ou une combinaison de substances », y compris les installations connexes (*Pipeline Act*, al. 1(1)(t)).

[14] Les permis dont une société a besoin pour récupérer, traiter ainsi que transporter le pétrole et le gaz sont délivrés par l’organisme de réglementation. Ce dernier n’est pas un mandataire de la Couronne. Il est constitué en société par le par. 3(1) de la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3 (« *REDA* »). L’organisme de réglementation exerce un large éventail de pouvoirs en vertu de l’*OGCA*

activities under the *EPEA*, Alberta's more general environmental protection legislation (*REDA*, s. 2(2)(h)). The Regulator's mandate is set out in the *REDA* and includes "the efficient, safe, orderly and environmentally responsible development of energy resources in Alberta" (s. 2(1)(a)). The Regulator is funded almost entirely by the industry it regulates, and it collects its budget through an administration fee (Stewart, at p. 219; *REDA*, ss. 28 and 29; *Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules*, Alta. Reg. 98/2013).

[15] The Regulator has a wide discretion when it comes to granting licences to operate wells, facilities and pipelines. On receiving an application for a licence, the Regulator may grant the licence subject to any conditions, restrictions and stipulations, or it may refuse the licence (*OGCA*, s. 18(1); *Pipeline Act*, s. 9(1)). Licences to operate a well, facility or pipeline are granted subject to obligations that will one day arise to abandon the underlying asset and reclaim the land on which it is situated.

[16] "Abandonment" refers to "the permanent dismantlement of a well or facility in the manner prescribed by the regulations or rules" made by the Regulator (*OGCA*, s. 1(1)(a)). Specifically, the abandonment of a well has been defined as "the process of sealing a hole which has been drilled for oil or gas, at the end of its useful life, to render it environmentally safe" (*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45 ("Northern Badger"), at para. 2). The abandonment of a pipeline refers to its "permanent deactivation . . . in the manner prescribed by the rules" (*Pipeline Act*, s. 1(1)(a)). "Reclamation" includes "the removal of equipment or buildings", "the decontamination of buildings . . . land or water", and the "stabilization, contouring, maintenance, conditioning or reconstruction of the surface of the land" (*EPEA*, s. 1(ddd)). A further duty

et de la *Pipeline Act*. Il agit également à titre d'organisme de réglementation des activités liées aux ressources énergétiques sous le régime de l'*EPEA*, la loi albertaine plus générale sur la protection de l'environnement (*REDA*, al. 2(2)(h)). Le mandat de l'organisme de réglementation est énoncé dans la *REDA* et comprend [TRADUCTION] « la mise en valeur efficiente, sûre, ordonnée et respectueuse de l'environnement des ressources énergétiques en Alberta » (al. 2(1)(a)). L'organisme de réglementation est financé presque entièrement par l'industrie qu'il réglemente et il recueille ses recettes budgétaires au moyen de frais administratifs (Stewart, p. 219; *REDA*, art. 28 et 29; *Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules*, Alta. Reg. 98/2013).

[15] L'organisme de réglementation jouit d'un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de délivrer des permis d'exploitation de puits, d'installations et de pipelines. À la réception d'une demande de permis, l'organisme de réglementation peut accorder le permis sous réserve de certaines conditions, restrictions et stipulations, ou il peut refuser le permis (*OGCA*, par. 18(1); *Pipeline Act*, par. 9(1)). Les permis d'exploitation d'un puits, d'une installation ou d'un pipeline sont accordés sous réserve d'obligations qui se manifesteront un jour d'abandonner le bien sous-jacent et de remettre en état le terrain sur lequel il est situé.

[16] Le terme [TRADUCTION] « abandon » désigne « le démantèlement permanent d'un puits ou d'une installation de la manière prescrite par les règlements ou les règles » pris par l'organisme de réglementation (*OGCA*, al. 1(1)(a)). Plus précisément, l'abandon d'un puits a été défini comme [TRADUCTION] « l'obturation d'un trou qui a été foré pour le pétrole ou le gaz, à la fin de sa vie utile, afin de le rendre sûr sur le plan environnemental » (*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta L.R. (2d) 45 (« Northern Badger »), par. 2). L'abandon d'un pipeline fait référence à sa [TRADUCTION] « mise hors service permanente [. . .] de la manière prescrite par les règles » (*Pipeline Act*, al. 1(1)(a)). La remise en état comprend [TRADUCTION] « l'enlèvement des bâtiments et de l'équipement », « la décontamination des bâtiments, du terrain ou de l'eau », ainsi que

binding on those active in the Alberta oil and gas industry is remediation, which arises where a harmful or potentially harmful substance has been released into the environment (*EPEA*, ss. 112 to 122). As the extent of any remediation obligations that may be associated with Redwater assets is unclear, I will not refer to remediation separately from reclamation, unless otherwise noted. As has been done throughout this litigation, I will refer to abandonment and reclamation jointly as end-of-life obligations.

[17] A licensee must abandon a well or facility when ordered to do so by the Regulator or when required by the rules or regulations. The Regulator may order abandonment when “the Regulator considers that it is necessary to do so in order to protect the public or the environment” (*OGCA*, s. 27(3)). Under the rules, a licensee is required to abandon a well or facility, *inter alia*, on the termination of the mineral lease, surface lease or right of entry, where the Regulator cancels or suspends the licence, or where the Regulator notifies the licensee that the well or facility may constitute an environmental or safety hazard (*Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71, s. 3.012). Section 23 of the *Pipeline Act* requires licensees to abandon pipelines in similar situations. The duty to reclaim is established by s. 137 of the *EPEA*. This duty is binding on an “operator”, a broader term which encompasses the holder of a licence issued by the Regulator (*EPEA*, s. 134(b)). Reclamation is governed by the procedural requirements set out in regulations (*Conservation and Reclamation Regulation*, Alta. Reg. 115/93).

[18] The Licensee Liability Rating Program, which was, at the time of Redwater’s insolvency, set out in *Directive 006: Licensee Liability Rating (LLR) Program and License Transfer Process* (March 12,

la « stabilisation, l’établissement des courbes de niveau, l’entretien, le conditionnement ou la reconstruction de la surface du terrain » (*EPEA*, al. 1(ddd)). Une autre obligation qui incombe à ceux qui œuvrent dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta est celle de la décontamination, qui prend naissance lorsqu’une substance nocive ou potentiellement nocive a été rejetée dans l’environnement (*EPEA*, art. 112 à 122). Puisque l’on ne connaît pas l’étendue des obligations de décontamination, s’il en est, qui peuvent être associées aux biens de Redwater, je ne traiterai pas la décontamination séparément de la remise en état, sauf indication contraire. Comme cela a été fait tout au long du présent litige, je qualifierai conjointement l’abandon et la remise en état d’obligations de fin de vie.

[17] Le titulaire de permis doit abandonner un puits ou une installation lorsque l’organisme de réglementation le lui ordonne, ou lorsque les règles ou les règlements l’exigent. L’organisme de réglementation peut ordonner l’abandon lorsqu’il [TRADUCTION] « l’estime nécessaire pour protéger le public ou l’environnement » (*OGCA*, par. 27(3)). Selon les règles, le titulaire de permis est tenu d’abandonner un puits ou une installation, notamment, à la résiliation du bail d’exploitation minière, du bail de surface ou de l’accès aux terres, lorsque l’organisme de réglementation annule ou suspend le permis, ou lorsqu’il avise le titulaire de permis que le puits ou l’installation peut constituer un danger pour l’environnement ou la sécurité (*Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71, art. 3.012). L’article 23 de la *Pipeline Act* oblige les titulaires de permis à abandonner des pipelines dans des situations semblables. L’obligation de remise en état est prévue par l’art. 137 de l’*EPEA*. Cette obligation s’impose à un « exploitant », terme plus large qui englobe le titulaire d’un permis délivré par l’organisme de réglementation (*EPEA*, al. 134(b)). La remise en état est régie par les exigences procédurales fixées dans le règlement (*Conservation and Reclamation Regulation*, Alta. Reg. 115/93).

[18] Le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis, qui était, au moment de l’insolvabilité de Redwater, établi dans la *Directive 006 : Licensee Liability Rating (LLR) Program and*

2013) (“Directive 006”) is one means by which the Regulator seeks to ensure that end-of-life obligations will be satisfied by licensees rather than being offloaded onto the Alberta public. As part of this program, the Regulator assigns each company a Liability Management Rating (“LMR”), which is the ratio between the aggregate value attributed by the Regulator to a company’s licensed assets and the aggregate liability attributed by the Regulator to the eventual cost of abandoning and reclaiming those assets. For the purpose of calculating the LMR, all the licences held by a given company are treated as a package, without any segregation or parcelling of assets. A licensee’s LMR is calculated on a monthly basis and, where it dips below the prescribed ratio (1.0 at the time of Redwater’s insolvency), the licensee is required to pay a security deposit. The security deposit is added to the licensee’s “deemed assets” and must bring its LMR back up to the ratio prescribed by the Regulator. If the required security deposit is not paid, the Regulator may cancel or suspend the company’s licences (*OGCA*, s. 25). As an alternative to posting security, the licensee can perform end-of-life obligations or transfer licences (with approval) in order to bring its LMR back up to the prescribed level.

[19] Licences can be transferred only with the Regulator’s approval. The Regulator uses the Licensee Liability Rating Program to ensure that end-of-life obligations will not be negatively affected by licence transfers. Upon receipt of an application to transfer one or more licences, the Regulator assesses how the transfer, if approved, would affect the LMR of both the transferor and the transferee. At the time of Redwater’s insolvency, if both the transferor and the transferee would have a post-transfer LMR equal to or exceeding 1.0, the Regulator would approve the transfer, absent other concerns. Following the chambers judge’s decision in this case, the Regulator implemented changes to its policies, including the requirement that transferees have an LMR of 2.0 or

License Transfer Process (12 mars 2013) (« Directive 006 ») constitue un moyen par lequel l’organisme de réglementation vise à s’assurer que les titulaires de permis rempliront les obligations de fin de vie, au lieu que celles-ci soient en fin de compte assumées par le public albertain. Dans le cadre de ce programme, l’organisme de réglementation attribue à chaque société une cote de gestion de la responsabilité (« CGR »), qui représente le rapport entre la valeur totale attribuée par l’organisme de réglementation aux biens d’une société qui sont visés par des permis et la responsabilité totale que l’organisme de réglementation attribue aux coûts éventuels de l’abandon et de la remise en état de ces biens. Pour les besoins du calcul de la CGR, tous les permis détenus par une société donnée sont traités comme un tout, sans isolement ou morcellement des biens. La CGR d’un titulaire de permis est calculée sur une base mensuelle et, lorsqu’elle tombe sous le ratio prescrit (1,0 à l’époque de l’insolvabilité de Redwater), le titulaire de permis est tenu de verser un dépôt de garantie. Le dépôt de garantie est ajouté aux [TRADUCTION] « biens réputés » du titulaire de permis, qui doit ramener sa CGR au ratio prescrit par l’organisme de réglementation. Si le dépôt de garantie requis n’est pas payé, l’organisme de réglementation peut annuler ou suspendre les permis de la société (*OGCA*, art. 25). Comme solution de rechange au versement d’une garantie, le titulaire de permis peut exécuter les obligations de fin de vie ou transférer des permis (avec approbation), afin de ramener sa CGR au niveau prescrit.

[19] Les permis ne peuvent être transférés qu’avec l’approbation de l’organisme de réglementation. Ce dernier utilise le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis pour éviter que les transferts de permis aient un effet néfaste sur les obligations de fin de vie. À la réception d’une demande de transfert d’un ou de plusieurs permis, l’organisme de réglementation évalue la façon dont le transfert, s’il est approuvé, influencerait sur la CGR du cédant et du cessionnaire. À l’époque de l’insolvabilité de Redwater, si le cédant et le cessionnaire devaient avoir, après le transfert, des CGR égales ou supérieures à 1,0, l’organisme de réglementation approuverait le transfert en l’absence d’autres préoccupations. Après la décision du juge siégeant en cabinet dans

higher immediately following any licence transfer: Alberta Energy Regulator, *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (online). For the purposes of this appeal, I will be referring to the regulatory regime as it existed at the time of Redwater’s insolvency.

[20] As discussed in greater detail below, if either the transferor or the transferee would have a post-transfer LMR below 1.0, the Regulator would refuse to approve the licence transfer. In such a situation, the Regulator would insist on certain remedial steps being taken to ensure that neither LMR would drop below 1.0. Although Directive 006, as it was in the 2013 version, required both the transferee and transferor to have a post transfer LMR of at least 1.0, during this litigation, the Regulator stated that, when licensees are in receivership or bankruptcy, its working rule is to approve transfers as long as they do not cause a deterioration in the transferor’s LMR, even where its LMR will remain below 1.0 following the transfer. The explanation for this working rule is that it helps to facilitate purchases. The Regulator’s position is that the Licensee Liability Rating Program continues to apply to the transfer of licences as part of insolvency proceedings.

[21] The *OGCA*, the *Pipeline Act* and the *EPEA* all contemplate that a licensee’s regulatory obligations will continue to be fulfilled when it is subject to insolvency proceedings. The *EPEA* achieves this by including the trustee of a licensee in the definition of “operator” for the purposes of the duty to reclaim (s. 134(b)(vi)). The *EPEA* also specifically provides that an order to perform reclamation work (known as an “environmental protection order”) may be issued to a trustee (ss. 140 and 142(1)(a)(ii)). The *EPEA* imposes responsibility for carrying out the

la présente affaire, l’organisme de réglementation a apporté des changements à ses politiques, y compris l’exigence selon laquelle les cessionnaires devaient avoir une CGR de 2,0 ou plus immédiatement après tout transfert de permis : Alberta Energy Regulator, *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, 20 juin 2016 (en ligne). Pour les besoins du présent pourvoi, je ferai référence au régime de réglementation tel qu’il existait à l’époque de l’insolvabilité de Redwater.

[20] Comme il est expliqué plus en détail ci-dessous, si le cédant ou le cessionnaire devait avoir une CGR inférieure à 1,0 après le transfert, l’organisme de réglementation refuserait d’approuver le transfert de permis. Dans une telle situation, l’organisme de réglementation insisterait pour que certaines mesures correctives soient prises afin de s’assurer qu’aucune des deux CGR ne descende en dessous de 1,0. Même si la Directive 006, dans sa version de 2013, exigeait que le cessionnaire ainsi que le cédant aient des CGR d’au moins 1,0 après le transfert, au cours de ce litige, l’organisme de réglementation a déclaré que, lorsque les titulaires de permis sont sous séquestre ou en faillite, sa règle pratique est d’approuver les transferts tant qu’ils n’entraînent pas une détérioration de la CGR du cédant, même si la CGR du cédant demeurerait inférieure à 1,0 après le transfert. L’explication donnée pour cette règle pratique est qu’elle vise à faciliter les achats. L’organisme de réglementation fait valoir que le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis continue de s’appliquer au transfert de permis dans le cadre de la procédure d’insolvabilité.

[21] L’*OGCA*, la *Pipeline Act* ainsi que l’*EPEA* envisagent toutes que les obligations réglementaires d’un titulaire de permis continuent d’être respectées pendant qu’il fait l’objet d’une procédure d’insolvabilité. L’*EPEA* y parvient en incluant le syndic d’un titulaire de permis dans la définition d’« exploitant » pour l’application de l’obligation de remettre en état (sous-al. 134(b)(vi)). L’*EPEA* prévoit aussi expressément la possibilité qu’une ordonnance de remise en état (appelée [TRADUCTION] « ordonnance de protection de l’environnement ») soit adressée à un syndic

terms of an environmental protection order on the person to whom the order is directed (ss. 240 and 245). However, absent gross negligence or wilful misconduct, a trustee's liability in relation to such an order is expressly limited to the value of the assets in the bankrupt estate (s. 240(3)). The *OGCA* and the *Pipeline Act* take a more generic approach to applying the various obligations of licensees to trustees in the insolvency context: they simply include trustees in the definition of "licensee" (*OGCA*, s. 1(1)(cc); *Pipeline Act*, s. 1(1)(n)). As a result, every power which these Acts give the Regulator against a licensee can theoretically also be exercised against a trustee.

[22] Despite this, Alberta's regulatory regime does contemplate the possibility that some of a licensee's end-of-life obligations will remain unfulfilled when the insolvency process has run its course. The Regulator may designate wells, facilities, and their sites as "orphans" (*OGCA*, s. 70(2)(a)). A pipeline is defined as a "facility" for the purposes of the orphan regime (*OGCA*, s. 68(d)). Directive 006 stated that "a well, facility, or pipeline in the LLR program is eligible to be declared an orphan where the licensee of that licence becomes insolvent or defunct" (s. 7.1). An "orphan fund" has been established for the purpose of paying for, *inter alia*, the abandonment and reclamation of orphans (*OGCA*, s. 70(1)). The orphan fund is financed by an annual industry-wide levy paid by licensees of wells, facilities and unreclaimed sites (s. 73(1)). The amount of the levy is prescribed by the Regulator based on the estimated cost of abandoning and reclaiming orphans in a given fiscal year (s. 73(2)).

[23] The Regulator has delegated its statutory authority to abandon and reclaim orphans to the OWA (*Orphan Fund Delegated Administration Regulation*,

(art. 140 et sous-al. 142(1)(a)(ii)). L'*EPEA* impose la responsabilité d'exécuter une ordonnance de protection de l'environnement à la personne visée par l'ordonnance (art. 240 et 245). Cependant, faute de négligence grave ou d'inconduite délibérée, la responsabilité du syndic à l'égard d'une telle ordonnance est expressément limitée à la valeur des éléments de l'actif du failli (par. 240(3)). L'*OGCA* et la *Pipeline Act* adoptent une approche plus générique pour appliquer les diverses obligations d'un titulaire de permis aux syndics dans le contexte de l'insolvabilité; elles incluent simplement le syndic dans la définition de [TRADUCTION] « titulaire de permis » (*OGCA*, al. 1(1)(cc); *Pipeline Act*, al. 1(1)(n)). En conséquence, tout pouvoir que ces lois confèrent à l'organisme de réglementation à l'encontre d'un titulaire de permis peut, en théorie, s'exercer également contre un syndic.

[22] Malgré cela, le régime de réglementation de l'Alberta envisage la possibilité qu'une partie des obligations de fin de vie d'un titulaire de permis demeure insatisfaite à la fin du processus d'insolvabilité. L'organisme de réglementation peut désigner des puits, des installations et leurs sites comme [TRADUCTION] « orphelins » (*OGCA*, al. 70(2)(a)). Un pipeline est défini comme une « installation » pour l'application du régime relatif aux orphelins (*OGCA*, al. 68(d)). La Directive 006 disposait qu'un [TRADUCTION] « puits, une installation ou un pipeline visé par le Programme d'évaluation de la responsabilité du titulaire de permis peut être déclaré orphelin lorsque le titulaire de ce permis devient insolvable ou est liquidé » (art. 7.1). Un « fonds pour les puits orphelins » a été créé dans le but de payer, entre autres choses, l'abandon et la remise en état des puits orphelins (*OGCA*, par. 70(1)). Le fonds pour les puits orphelins est financé au moyen d'une redevance annuelle, à l'échelle de l'industrie, payée par les titulaires de permis de puits et d'installations ainsi que de sites non remis en état (par. 73(1)). Le montant de la redevance est prescrit par l'organisme de réglementation en fonction du coût estimatif de l'abandon et de la remise en état des puits orphelins au cours d'un exercice donné (par. 73(2)).

[23] L'organisme de réglementation a délégué le pouvoir que lui confère la loi d'abandonner et de remettre en état les puits orphelins à l'OWA (*Orphan*

Alta. Reg. 45/2001), a non-profit organization overseen by an independent board of directors. It is funded almost entirely through the industry-wide levy described above, 100 percent of which is remitted to it by the Regulator. The OWA has no power to seek reimbursement of its costs. However, once it has completed its environmental work, it may be reimbursed up to the value of any security deposit held by the Regulator to the credit of the licensee of the orphans. In recent years, the number of orphans in Alberta has increased rapidly. For example, the number of new orphan wells increased from 80 in the 2013-14 years to 591 in the 2014-15 years.

[24] At issue in this appeal is the applicability during bankruptcy of two powers conferred on the Regulator by the provincial legislation. Both are designed to ensure that licensees satisfy their end-of-life obligations.

[25] The first power at issue in this appeal is the Regulator's power to order a licensee to abandon licensed assets, which is accompanied by statutory powers for the enforcement of such orders. Where a well or facility has not been abandoned in accordance with a direction of the Regulator or the rules or regulations, the Regulator may authorize any person to abandon the well or facility or may do so itself (*OGCA*, s. 28). Where the Regulator or the person it has designated performs the abandonment, the costs of doing so constitute a debt payable to the Regulator. An order of the Regulator showing these costs may be filed with and entered as a judgment of the Alberta Court of Queen's Bench and then enforced according to the ordinary procedure for enforcement of judgments of that court (*OGCA*, s. 30(6)). A similar scheme applies with respect to pipelines (*Pipeline Act*, ss. 23 to 26).

Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001), un organisme sans but lucratif supervisé par un conseil d'administration indépendant. Cette entité est presque entièrement financée par la redevance décrite ci-dessus qui a été établie dans toute l'industrie, et la totalité de cette redevance est remise à l'OWA par l'organisme de réglementation. L'OWA n'a pas le pouvoir de demander le remboursement de ses frais. Toutefois, une fois ses travaux environnementaux terminés, l'OWA peut être remboursée jusqu'à concurrence de la valeur du dépôt de garantie détenu, le cas échéant, par l'organisme de réglementation au profit du titulaire de permis associé au puits orphelin. Au cours des dernières années, le nombre de puits orphelins a augmenté rapidement en Alberta. Par exemple, le nombre de nouveaux puits orphelins est passé de 80 en 2013-2014 à 591 en 2014-2015.

[24] Ce qui est en cause dans le présent pourvoi, c'est l'applicabilité, durant la faillite, de deux pouvoirs conférés à l'organisme de réglementation par la législation provinciale. Les deux sont conçus pour garantir que les titulaires de permis remplissent les obligations de fin de vie qui leur incombent.

[25] Le premier pouvoir en cause dans le présent pourvoi est celui dont dispose l'organisme de réglementation d'ordonner à un titulaire de permis d'abandonner des biens visés par des permis, auquel s'ajoutent les pouvoirs que la loi confère pour faire exécuter de telles ordonnances. Lorsqu'il y a eu délaissement d'un puits ou d'une installation sans que le processus d'abandon ait été effectué conformément aux directives de l'organisme de réglementation, ou aux règles et règlements, l'organisme peut autoriser toute personne à effectuer ce processus à l'égard du puits ou de l'installation, ou s'en charger lui-même (*OGCA*, art. 28). Quand l'organisme de réglementation ou la personne qu'il a désignée procède à l'abandon, les frais liés à cette opération constituent une dette payable à l'organisme de réglementation. Une ordonnance de l'organisme de réglementation indiquant ces frais peut être déposée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, inscrite comme un jugement de cette cour, puis exécutée conformément à la procédure ordinaire d'exécution des jugements de cette cour (*OGCA*, par. 30(6)). Un régime semblable s'applique aux pipelines (*Pipeline Act*, art. 23 à 26).

[26] A licensee that contravenes or fails to comply with an order of the Regulator, or that has an outstanding debt to the Regulator in respect of abandonment or reclamation costs, is subject to a number of potential enforcement measures. The Regulator may suspend operations, refuse to consider licence applications or licence transfer applications (*OGCA*, s. 106(3)(a), (b) and (c)), or require the payment of security deposits, generally or as a condition of granting any further licences, approvals or transfers (*OGCA*, s. 106(3)(d) and (e)). Where a licensee contravenes the Act, regulations or rules, any order or direction of the Regulator, or any condition of a licence, the Regulator may prosecute the licensee for a regulatory offence and a fine may be imposed as a penalty, although the licensee can raise a due diligence defence (*OGCA*, ss. 108 and 110). A similar scheme applies with respect to pipelines (*Pipeline Act*, ss. 51 to 54) and the *EPEA* contains similar debt-creating provisions with respect to environmental protection orders. The *EPEA* also provides for the prosecution of regulatory offences in cases of non-compliance, with an available due diligence defence. However, as noted, a trustee's liability in relation to environmental protection orders is capped at estate assets, unless the trustee is guilty of gross negligence or wilful misconduct (*EPEA*, ss. 227 to 230, 240 and 245).

[27] The second power at issue in this appeal is the Regulator's power to impose conditions on a licensee's transfer of its licence(s). As when it initially grants a licence, the Regulator has broad powers to consent to the transfer of a licence subject to any conditions, restrictions and stipulations or to reject the transfer (*OGCA*, s. 24(2)). Under Directive 006 and its 2016 replacement, the Regulator can reject a transfer even where both parties would have the required LMR after the transfer or where a security deposit is available to be posted in compliance with LMR requirements. In particular, the Regulator may determine that it is not in the public interest to

[26] Le titulaire de permis qui contrevient ou ne se conforme pas à une ordonnance de l'organisme de réglementation, ou qui a une dette impayée envers ce dernier relativement aux frais d'abandon ou de remise en état, est assujéti à un certain nombre de mesures d'exécution potentielles. L'organisme de réglementation peut suspendre les activités, refuser d'étudier des demandes de permis ou de transfert de permis (*OGCA*, al. 106(3)(a), (b) et (c)), ou exiger le paiement des dépôts de garantie, de façon générale ou comme condition à l'octroi d'autres permis, approbations ou transferts (*OGCA*, al. 106(3)(d) et (e)). Lorsqu'un titulaire de permis contrevient à la Loi, aux règlements ou aux règles, à toute ordonnance ou directive de l'organisme de réglementation ou à toute condition d'un permis, l'organisme de réglementation peut tenter une poursuite contre le titulaire de permis pour infraction réglementaire, et ce dernier est passible d'une amende en guise de pénalité, bien qu'il puisse invoquer la défense de diligence raisonnable (*OGCA*, art. 108 et 110). Un régime semblable s'applique aux pipelines (*Pipeline Act*, art. 51 à 54). L'*EPEA* contient elle aussi des dispositions similaires relatives à la création de dettes et afférentes aux ordonnances de protection de l'environnement, en plus de prévoir la poursuite d'infractions réglementaires en cas d'inobservation, avec la possibilité d'invoquer une défense de diligence raisonnable. Toutefois, comme il a été mentionné, la responsabilité du syndic en ce qui concerne les ordonnances de protection de l'environnement se limite aux éléments de l'actif, sauf s'il est responsable de négligence flagrante ou d'inconduite délibérée (*EPEA*, art. 227 à 230, 240 et 245).

[27] Le second pouvoir en cause dans le présent pourvoi est celui que possède l'organisme de réglementation d'imposer des conditions au transfert, par un titulaire, d'un ou de plusieurs de ses permis. Tout comme au moment où il octroie un permis au départ, l'organisme de réglementation jouit de vastes pouvoirs pour consentir au transfert d'un permis sous réserve de conditions, restrictions et stipulations, ou pour rejeter le transfert (*OGCA*, par. 24(2)). Suivant la Directive 006 et le texte qui l'a remplacée en 2016, l'organisme peut rejeter un transfert, même si les deux parties auraient la CGR requise après le transfert, ou même quand un dépôt de garantie

approve the licence transfer based on the compliance history of one or both parties or their directors, officers or security holders, or based on the risk posed by the transfer to the orphan fund.

[28] Where a proposed transaction would cause the transferor's LMR to deteriorate below 1.0 (or simply to deteriorate, in the case of an insolvent transferor), the Regulator insists that one of the following conditions be met before it will approve the transaction: (i) that the transferor perform abandonment, reclamation, or both, thus reducing its deemed liabilities, or (ii) that the transferor post a security deposit, thus increasing its deemed assets. Alternatively, the transaction may be structured to avoid any deterioration of the transferor's LMR by "bundling" the licences for spent wells with the licences for producing wells. A transaction in which the licenses for spent wells are retained while the licences for producing wells are transferred will almost always cause a considerable deterioration in a company's LMR.

[29] During this appeal, there was significant discussion of other regulatory regimes which Alberta *could* have adopted to prevent environmental costs associated with the oil and gas industry from being off-loaded onto the public. What Alberta *has* chosen is a licensing regime which makes such costs an inherent part of the value of the licensed assets. This regime has the advantage of aligning with the polluter-pays principle, a well-recognized tenet of Canadian environmental law. This principle assigns polluters the responsibility for remedying environmental damage for which they are responsible, thereby incentivizing companies to pay attention to the environment in the course of their economic activities (*Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, at para. 24). The Licensee Liability Rating Program essentially requires licensees to apply the value derived from oil and gas assets during the productive portions of the life cycle of

peut être versé conformément aux exigences relatives à la CGR. Plus particulièrement, l'organisme de réglementation peut décider qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'approuver le transfert de permis compte tenu des antécédents de conformité de l'une des parties, ou des deux, ou de leurs administrateurs, dirigeants ou détenteurs de titres, ou encore du risque que présenterait le transfert à l'égard du fonds pour les puits orphelins.

[28] Lorsqu'une transaction proposée entraînerait une détérioration de la CGR du cédant en deçà de 1,0 (ou simplement une détérioration dans le cas d'un cédant insolvable), l'organisme de réglementation insiste sur le respect d'une des conditions suivantes avant d'approuver la transaction : (i) que le cédant effectue les processus d'abandon et/ou de remise en état, réduisant ainsi ses passifs réputés; (ii) que le cédant verse un dépôt de garantie, augmentant ainsi ses biens réputés. La transaction pourrait également être structurée de manière à éviter toute détérioration de la CGR du cédant par le « regroupement » des permis relatifs aux puits épuisés et de ceux liés aux puits productifs. Une transaction au cours de laquelle on conserve les permis des puits épuisés tandis que les permis des puits productifs sont transférés entraînerait presque toujours une détérioration considérable de la CGR d'une société.

[29] Au cours du présent pourvoi, il a été beaucoup question d'autres régimes de réglementation que l'Alberta aurait *pu* adopter pour éviter que les coûts environnementaux associés à l'industrie pétrolière et gazière ne soient passés au public. Ce que l'Alberta *a* choisi, c'est un régime de permis qui fait de ces coûts une partie inhérente de la valeur des biens visés par les permis. Ce régime a l'avantage de s'accorder avec le principe du pollueur-payeur, un précepte bien reconnu du droit canadien de l'environnement. Ce principe attribue aux pollueurs la charge de réparer les dommages environnementaux dont ils sont responsables, ce qui incite les sociétés à se soucier de l'environnement dans le cadre de leurs activités économiques (*Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 24). Le Programme d'évaluation de la responsabilité des titulaires de permis exige essentiellement que les titulaires de permis

the assets to the inevitable cost of abandoning those assets and reclaiming their sites at the end of those life cycles.

[30] Ultimately, it is not the role of this Court to decide the best regulatory approach to the oil and gas industry. What is not in dispute is that, in adopting its current regulatory regime, Alberta has acted within its constitutional authority over property and civil rights in the province and over the “development, conservation and management of non-renewable natural resources . . . in the province” (*Constitution Act, 1867*, ss. 92(13) and 92A(1)(c)). Alberta has devised a complex regulatory apparatus to address important policy questions concerning when, by whom and in what manner the inevitable environmental costs associated with oil and gas extraction are to be paid. Its solution is a licensing regime that depresses the value of key industry assets to reflect environmental costs, backstopped by a levy on industry in the form of the orphan fund. Alberta intended that apparatus to continue to operate when an oil and gas company is subject to insolvency proceedings.

[31] However, the insolvency of an oil and gas company licensed to operate in Alberta also engages the *BIA*. The *BIA* is federal legislation that governs the administration of a bankrupt’s estate and the orderly and equitable distribution of property among its creditors. It is validly enacted pursuant to Parliament’s constitutional authority over bankruptcy and insolvency (*Constitution Act, 1867*, s. 91(21)). Just as Alberta’s regulatory regime reflects its considered choice about how to address the important policy questions raised by the environmental risks of oil and gas extraction, the *BIA* reflects Parliament’s considered choice about how to balance important policy objectives when a bankrupt’s assets are, by definition, insufficient to meet all of its various obligations. To the extent that there is an operational conflict between the Alberta regulatory regime and the

appliquent la valeur dérivée des biens pétroliers et gaziers pendant les parties productives du cycle de vie des biens au coût inévitable de l’abandon de ces biens et de la remise en état de leurs sites à la fin de ce cycle de vie.

[30] En fin de compte, il ne revient pas à notre Cour de décider de la meilleure approche réglementaire pour l’industrie pétrolière et gazière. Ce qui n’est pas contesté, c’est qu’en adoptant son régime de réglementation actuel, l’Alberta a agi dans les limites de sa compétence constitutionnelle en matière de propriété et de droits civils dans la province ainsi que dans le domaine de l’« exploitation, [de la] conservation et [de la] gestion des ressources naturelles non renouvelables [. . .] de la province » (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13) et al. 92A(1)c)). L’Alberta a mis au point un appareil réglementaire complexe pour régler d’importantes questions de politique concernant le moment où, par qui et de quelle manière les coûts environnementaux inévitables associés à l’extraction du pétrole et du gaz doivent être payés. Sa solution est un régime d’octroi de permis qui fait baisser la valeur des principaux éléments d’actif de l’industrie pour refléter les coûts environnementaux, lequel est soutenu par une redevance sur l’industrie sous forme de fonds pour les puits orphelins. L’Alberta voulait que cet appareil continue à fonctionner lorsqu’une société pétrolière et gazière fait l’objet d’une procédure d’insolvabilité.

[31] Par contre, l’insolvabilité d’une société pétrolière et gazière autorisée à exercer ses activités en Alberta met aussi en jeu la *LFI*, une loi fédérale qui régit l’administration de l’actif d’un failli ainsi que la répartition ordonnée et équitable des biens entre ses créanciers. Elle a été valablement promulguée dans l’exercice de la compétence constitutionnelle du Parlement en matière de banqueroute et de faillite (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(21)). Tout comme le régime de réglementation de l’Alberta témoigne de son choix réfléchi quant à la façon d’aborder les questions de politique importantes soulevées par les risques environnementaux liés à l’extraction du pétrole et du gaz, la *LFI* témoigne du choix réfléchi du Parlement concernant la manière d’équilibrer des objectifs de politique importants lorsque les biens d’un failli sont, de par leur nature, insuffisants

BIA, or that the Alberta regulatory regime frustrates the purpose of the *BIA*, the doctrine of paramountcy dictates that the *BIA* must prevail.

B. *The Relevant Provisions of the BIA*

[32] Here, I simply wish to note the sections of the *BIA* at issue in this appeal. These sections will determine whether the doctrine of paramountcy applies. I will discuss the purposes of the *BIA* and the various issues raised by s. 14.06 in greater detail below.

[33] The central concept of the *BIA* is that of a “claim provable in bankruptcy”. Several provisions of the *BIA* form the basis for delineating the scope of provable claims. The first is the definition provided in s. 2:

claim provable in bankruptcy, provable claim or claim provable includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor . . .

[34] “Creditor” is defined in s. 2 as “a person having a claim provable as a claim under this Act”.

[35] The definition of “claim provable” is completed by s. 121(1):

All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[36] A claim may be provable in a bankruptcy proceeding even if it is a contingent claim. A “contingent claim is ‘a claim which may or may not ever ripen into a debt, according as some future event does or does not happen’” (*Peters v. Remington*, 2004 ABCA

pour satisfaire à toutes ses obligations diverses. Et, pour autant qu’il y ait un conflit d’application entre le régime de réglementation de l’Alberta et la *LFI*, ou que le régime de réglementation de l’Alberta entrave la réalisation de l’objet de la *LFI*, la doctrine de la prépondérance commande que la *LFI* l’emporte.

B. *Les dispositions applicables de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité*

[32] À ce stade-ci, je tiens simplement à souligner les articles de la *LFI* qui sont en cause dans le présent pourvoi. Ce sont ces articles qui détermineront si la doctrine de la prépondérance s’applique. J’analyserai plus en détail ci-après les objets de la *LFI* ainsi que les différentes questions soulevées par l’art. 14.06.

[33] Le concept central de la *LFI* est celui d’une « réclamation prouvable en matière de faillite ». Plusieurs dispositions de la *LFI* servent de fondement pour circonscrire la portée des réclamations prouvables. La première est la définition que l’on trouve à l’art. 2 :

réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l’autorité de la présente loi par un créancier.

[34] Le terme « créancier » est défini à l’art. 2 comme une « [p]ersonne titulaire d’une réclamation prouvable à ce titre sous le régime de la présente loi ».

[35] La définition de « réclamation prouvable » se termine au par. 121(1) :

Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d’une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[36] Une réclamation peut être prouvable dans une procédure de faillite même s’il s’agit d’une réclamation éventuelle. Une [TRADUCTION] « réclamation éventuelle est “une réclamation qui peut ou non se transformer en une créance, selon qu’un événement

5, 49 C.B.R. (4th) 273, at para. 23, quoting *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276 (Man. K.B.), at p. 281). Sections 121(2) and 135(1.1) provide guidance on when a contingent claim will be a provable claim:

121 (2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

...

135 (1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[37] In *Newfoundland and Labrador v. Abitibi-Bowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 (“*Abitibi*”), at para. 26, this Court interpreted the foregoing provisions of the *BIA* and articulated a three-part test for determining when an environmental obligation imposed by a regulator will be a provable claim for the purposes of the *BIA* and the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”):

First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. [Emphasis in original.]

[38] I will address the *Abitibi* test in greater detail below.

[39] Once bankruptcy has been declared, creditors of the bankrupt must participate in one collective bankruptcy proceeding if they wish to enforce their provable claims. Section 69.3(1) of the *BIA* thus provides for an automatic stay of enforcement of provable claims outside the bankruptcy proceeding, effective as of the first day of bankruptcy.

futur se produit ou non” » (*Peters c. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 B.C.R. (4th) 273, par. 23, citant *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276, (B.R. Man.), p. 281. Les paragraphes 121(2) et 135(1.1) donnent des indications sur le moment où une réclamation éventuelle deviendra une réclamation prouvable :

121 (2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l’article 135.

...

135 (1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l’évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l’évaluation.

[37] Dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 (« *Abitibi* »), par. 26, notre Cour a interprété les dispositions précédentes de la *LFI* et a formulé un critère tripartite afin de décider quand une obligation environnementale imposée par un organisme de réglementation sera une réclamation prouvable pour l’application de la *LFI* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* ») :

Premièrement, on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d’attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. [En italique dans l’original.]

[38] J’aborderai le critère de l’arrêt *Abitibi* plus en détail ci-dessous.

[39] Une fois la faillite déclarée, les créanciers du failli doivent participer à l’unique procédure collective de faillite s’ils souhaitent faire valoir leurs réclamations prouvables. Le paragraphe 69.3(1) de la *LFI* prévoit donc une suspension automatique de l’exécution des réclamations prouvables en dehors de la procédure de faillite, à compter du premier jour de la faillite.

[40] The *BIA* establishes a comprehensive priority scheme for the satisfaction of the provable claims asserted against the bankrupt in the collective proceeding. Section 141 sets out the general rule, which is that all creditors rank equally and share rateably in the bankrupt's assets. However, the rule set out in s. 141 applies "[s]ubject to [the *BIA*]". Section 136(1) lists the claims of preferred creditors and the order of priority for their payment. It also states that this order of priority is "[s]ubject to the rights of secured creditors". Under s. 69.3(2), the stay of proceedings does not prevent secured creditors from realizing their security interest. The *BIA* therefore sets out a priority scheme for paying claims provable in bankruptcy, with secured creditors being paid first, preferred creditors second and unsecured creditors last (see *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at paras. 32-35).

[41] Essential to this appeal is s. 14.06 of the *BIA*, which deals with various environmental matters in the bankruptcy context. I will now reproduce s. 14.06(2) and s. 14.06(4), the two portions of the s. 14.06 scheme that are directly implicated in this appeal. The balance of s. 14.06 can be found in the appendix at the conclusion of these reasons.

[42] Section 14.06(2) reads as follows:

(2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, a trustee is not personally liable in that position for any environmental condition that arose or environmental damage that occurred

(a) before the trustee's appointment; or

(b) after the trustee's appointment unless it is established that the condition arose or the damage occurred as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct or, in the Province of Quebec, the trustee's gross or intentional fault.

[40] La *LFI* établit un régime de priorité complet pour l'acquittement des réclamations prouvables présentées contre le failli dans la procédure collective. L'article 141 énonce la règle générale, à savoir que tous les créanciers ont un rang égal et une part proportionnelle des biens du failli. Toutefois, la règle énoncée à l'art. 141 s'applique « [s]ous réserve des autres dispositions de [la *LFI*] ». Le paragraphe 136(1) énumère les réclamations des « créanciers privilégiés » et fixe l'ordre de priorité dans lequel ils doivent recevoir leur paiement. Cet ordre établi par le par. 136(1) l'est « [s]ous réserve des droits des créanciers garantis ». Selon le par. 69.3(2), la suspension des procédures n'empêche pas les créanciers garantis de réaliser leur garantie. La *LFI* instaure donc un régime de priorité pour le versement des réclamations prouvables en matière de faillite, les créanciers garantis étant payés en premier, les créanciers privilégiés en deuxième et les créanciers non garantis en dernier (voir *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 32-35).

[41] L'article 14.06 de la *LFI*, qui traite de diverses questions environnementales dans le contexte de la faillite, est essentiel pour statuer sur le présent pourvoi. Je vais maintenant reproduire les par. 14.06(2) et 14.06(4), les deux parties du régime prévu à l'art. 14.06 qui sont directement en cause dans le présent pourvoi. Le reste de l'art. 14.06 se trouve en annexe à la fin des présents motifs.

[42] Voici le texte du par. 14.06(2) :

(2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic est, ès qualités, dégagé de toute responsabilité personnelle découlant de tout fait ou dommage lié à l'environnement survenu avant ou après sa nomination, sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée ou, dans la province de Québec, par sa faute lourde ou intentionnelle.

[43] Section 14.06(4) reads as follows:

(4) Notwithstanding anything in any federal or provincial law but subject to subsection (2), where an order is made which has the effect of requiring a trustee to remedy any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy, proposal or receivership, the trustee is not personally liable for failure to comply with the order, and is not personally liable for any costs that are or would be incurred by any person in carrying out the terms of the order,

(a) if, within such time as is specified in the order, within ten days after the order is made if no time is so specified, within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, or during the period of the stay referred to in paragraph (b), the trustee

(i) complies with the order, or

(ii) on notice to the person who issued the order, abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage;

(b) during the period of a stay of the order granted, on application made within the time specified in the order referred to in paragraph (a), within ten days after the order is made or within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, by

(i) the court or body having jurisdiction under the law pursuant to which the order was made to enable the trustee to contest the order, or

(ii) the court having jurisdiction in bankruptcy for the purposes of assessing the economic viability of complying with the order; or

(c) if the trustee had, before the order was made, abandoned or renounced or been divested of any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage.

[44] As I will discuss, a main point of contention between the parties is the very different interpretations they ascribe to s. 14.06(4) of the *BIA*. I note that s. 14.06(4)(a)(ii), which is relied upon by *GTL*, refers to a trustee who “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”.

[43] Voici le texte du par. 14.06(4) :

(4) Par dérogation au droit fédéral et provincial, mais sous réserve du paragraphe (2), le syndic est, ès qualités, déchargé de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect de toute ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement et touchant un bien visé par une faillite, une proposition ou une mise sous séquestre administrée par un séquestre, et de toute responsabilité personnelle relativement aux frais engagés par toute personne exécutant l’ordonnance :

a) si, dans les dix jours suivant l’ordonnance ou dans le délai fixé par celle-ci, dans les dix jours suivant sa nomination si l’ordonnance est alors en vigueur ou pendant la durée de la suspension visée à l’alinéa b) :

(i) il s’y conforme,

(ii) il abandonne, après avis à la personne ayant rendu l’ordonnance, tout droit sur l’immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit;

b) pendant la durée de la suspension de l’ordonnance qui est accordée, sur demande présentée dans les dix jours suivant l’ordonnance visée à l’alinéa a) ou dans le délai fixé par celle-ci, ou dans les dix jours suivant sa nomination si l’ordonnance est alors en vigueur :

(i) soit par le tribunal ou l’autorité qui a compétence relativement à l’ordonnance, en vue de permettre au syndic de la contester,

(ii) soit par le tribunal qui a compétence en matière de faillite, en vue d’évaluer les conséquences économiques du respect de l’ordonnance;

c) si, avant que l’ordonnance ne soit rendue, il avait abandonné tout droit sur l’immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y avait renoncé, ou s’en était dessaisi.

[44] Comme je l’expliquerai, un point de discordance important entre les parties tient aux interprétations fort différentes qu’elles donnent au par. 14.06(4) de la *LFI*. Je remarque que le sous-al. 14.06(4)a(ii), sur lequel s’appuie *GTL*, parle du syndic qui « abandonne [...] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose

The word “disclaim” is used in these reasons, as it has been throughout this litigation, as a shorthand for these terms.

[45] I turn now to a brief discussion of the events of the Redwater bankruptcy.

C. *The Events of the Redwater Bankruptcy*

[46] Redwater was a publicly traded oil and gas company. It was first granted licences by the Regulator in 2009. On January 31 and August 19, 2013, ATB advanced funds to Redwater and, in return, was granted a security interest in Redwater’s present and after-acquired property. ATB lent funds to Redwater with full knowledge of the end-of-life obligations associated with its assets. In mid-2014, Redwater began to experience financial difficulties. Upon application by ATB, GTL was appointed receiver for Redwater on May 12, 2015. At that time, Redwater owed ATB approximately \$5.1 million.

[47] Upon being advised of the receivership, the Regulator sent GTL a letter dated May 14, 2015, setting out its position. The Regulator noted that the *OGCA* and the *Pipeline Act* included both receivers and trustees in the definition of “licensee”. The Regulator stated that it was not a creditor of Redwater and that it was not asserting a “provable claim in the receivership”. Accordingly, notwithstanding the receivership, Redwater remained obligated to comply with all regulatory requirements, including abandonment obligations for all licensed assets. The Regulator stated that GTL was legally obligated to fulfill these obligations prior to distributing any funds or finalizing any proposal to creditors. It warned that it would not approve the transfer of any of Redwater’s licences unless it was satisfied that both the transferee and the transferor would be in a position to fulfill all regulatory obligations. It requested confirmation that GTL had taken possession of Redwater’s licensed properties and that it was taking steps to comply with all of Redwater’s regulatory obligations.

ou s’en dessaisit ». Dans les présents motifs, le mot « renoncer » sert à raccourcir ces termes, comme cela a été le cas tout au long du litige qui nous occupe.

[45] Je vais maintenant procéder à une brève analyse des faits entourant la faillite de Redwater.

C. *Les faits entourant la faillite de Redwater*

[46] Redwater était une société pétrolière et gazière cotée en bourse. L’organisme de réglementation lui a octroyé ses premiers permis en 2009. Le 31 janvier et le 19 août 2013, ATB a avancé des fonds à Redwater et, en contrepartie, s’est vu accorder une sûreté sur les biens actuels et futurs de Redwater. ATB a prêté des fonds à Redwater en pleine connaissance des obligations de fin de vie associées à ses biens. Au milieu de 2014, Redwater a commencé à éprouver des difficultés financières. Sur demande d’ATB, GTL a été nommé séquestre de Redwater le 12 mai 2015. À cette époque, Redwater devait environ 5,1 millions de dollars à ATB.

[47] Après avoir été informé de la mise sous séquestre, l’organisme de réglementation a envoyé à GTL une lettre datée du 14 mai 2015 exposant sa position. L’organisme de réglementation a fait remarquer que l’*OGCA* et la *Pipeline Act* incluaient à la fois les séquestres et les syndics dans la définition d’un « titulaire de permis ». L’organisme de réglementation a déclaré qu’il n’était pas un créancier de Redwater et qu’il ne faisait pas valoir une [TRADUCTION] « réclamation prouvable dans le cadre de la mise sous séquestre ». Ainsi, malgré la mise sous séquestre, Redwater demeurait tenue de se conformer à toutes les exigences réglementaires, y compris les obligations d’abandon, pour tous les biens visés par des permis. L’organisme de réglementation a déclaré que GTL était légalement tenu de remplir ces obligations avant de distribuer des fonds ou de finaliser toute proposition aux créanciers. L’organisme de réglementation a averti qu’il n’approuverait pas le transfert de l’un ou l’autre permis de Redwater à moins d’être convaincu que le cessionnaire et le cédant seraient en mesure de s’acquitter de toutes les obligations réglementaires. Il a demandé la confirmation que GTL avait pris possession des biens de Redwater visés par des permis et qu’il prenait des mesures pour se conformer à toutes les obligations réglementaires de Redwater.

[48] At the time it ran into financial difficulties, Redwater was licensed by the Regulator for 84 wells, 7 facilities and 36 pipelines, all in central Alberta. The vast majority of its assets were these oil and gas assets. At the time GTL was appointed receiver, 19 of the wells and facilities were producing and the remaining 72 were inactive or spent. There were working interest participants in several of the wells and facilities. Redwater's LMR did not drop below 1.0 until after it went into receivership, so it never paid any security deposits to the Regulator.

[49] By September 2015, Redwater's LMR had dropped to 0.93. The net value of its deemed assets and its deemed liabilities was negative \$553,000. The 19 producing wells and facilities for which Redwater was the licensee would have had an LMR of 2.85 and a deemed net value of \$4.152 million. The remaining 72 wells and facilities for which Redwater was the licensee would have had an LMR of 0.30 and a deemed net value of negative \$4.705 million. Given that Redwater was in receivership, the Regulator's position was that it would approve the transfer of Redwater's licences only if the transfer did not cause a deterioration in its LMR.

[50] In its Second Report to the Alberta Court of Queen's Bench dated October 3, 2015, GTL explained why it had concluded that it could not meet the Regulator's requirements. GTL had concluded that the cost of the end-of-life obligations for the spent wells would likely exceed the sale proceeds for the productive wells. It viewed a sale of the non-producing wells — even if bundled with producing wells — as unlikely. If such a sale were possible, the purchase price would be reduced by the end-of-life obligations, negating the benefit to the estate. Based on this assessment, by letter dated July 3, 2015, GTL informed the Regulator that it was taking possession and control only of Redwater's 17 most productive wells (including a leaking well that was subsequently abandoned), 3 associated facilities and 12 associated

[48] À l'époque où elle a connu des difficultés financières, Redwater avait des permis délivrés par l'organisme de réglementation concernant 84 puits, 7 installations et 36 pipelines, tous situés dans le centre de l'Alberta. La grande majorité de ses éléments d'actif étaient ces biens pétroliers et gaziers. Au moment de la nomination de GTL comme séquestre, 19 des puits ou installations étaient productifs, tandis que les 72 autres étaient inactifs ou taris. Il y avait des participants en participation directe dans plusieurs puits et installations. La CGR de Redwater n'est tombée en dessous de 1,0 qu'après la mise sous séquestre de celle-ci et, en conséquence, Redwater n'a jamais versé de dépôt de garantie à l'organisme de réglementation.

[49] En septembre 2015, la CGR de Redwater avait chuté à 0,93. La valeur nette de ses biens réputés moins ses passifs réputés était égale à un montant négatif de 553 000 \$. Les 19 puits et installations productifs pour lesquels Redwater était titulaire de permis avaient une CRG de 2,85 et une valeur nette réputée de 4,152 millions de dollars. Les 72 autres puits ou installations pour lesquels Redwater était titulaire de permis auraient eu une CGR de 0,30 et une valeur nette réputée négative de 4,705 millions de dollars. Puisque Redwater était sous séquestre, l'organisme de réglementation a mentionné qu'il n'approuverait le transfert des permis de Redwater que si cela n'occasionnait pas une détérioration de sa CGR.

[50] Dans son Deuxième rapport à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta daté du 3 octobre 2015, GTL a expliqué pourquoi il avait conclu qu'il ne pouvait pas satisfaire aux exigences de l'organisme de réglementation. D'après GTL, le coût des obligations de fin de vie des puits taris dépasserait probablement le produit de la vente des puits productifs. Il considérait comme improbable la vente des puits inexploités, même s'ils étaient regroupés avec les puits productifs. Si une telle vente était possible, le prix d'achat serait réduit au regard des obligations de fin de vie, annulant ainsi le bénéfice pour l'actif. Sur la base de cette évaluation, par lettre datée du 3 juillet 2015, GTL a informé l'organisme de réglementation qu'il prenait possession et contrôle seulement des 17 puits les plus productifs de Redwater (y compris un puits

pipelines (“Retained Assets”), and that, pursuant to para. 3(a) of the Receivership Order, it was not taking possession or control of any of Redwater’s other licensed assets (“Renounced Assets”). GTL’s position was that it had no obligation to fulfill any regulatory requirements associated with the Renounced Assets.

[51] In response, on July 15, 2015, the Regulator issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to suspend and abandon the Renounced Assets (“Abandonment Orders”). The orders required abandonment to be carried out immediately where there were no other working interest participants and, by September 18, 2015, where there were other working interest participants. The Regulator stated that it considered the Renounced Assets an environmental and safety hazard and that s. 3.012(d) of the *Oil and Gas Conservation Rules* required a licensee to abandon wells or facilities so considered. In issuing the Abandonment Orders, the Regulator also relied on ss. 27 to 30 of the *OGCA* and ss. 23 to 26 of the *Pipeline Act*. If the Abandonment Orders were not complied with, the Regulator threatened to abandon the assets itself and to sanction Redwater through the use of s. 106 of the *OGCA*. The Regulator further stated that, once abandonment had taken place, the surface would need to be reclaimed and reclamation certificates obtained in accordance with s. 137 of the *EPEA*.

[52] On September 22, 2015, the Regulator and the OWA filed an application for a declaration that GTL’s renunciation of the Renounced Assets was void, an order requiring GTL to comply with the Abandonment Orders, and an order requiring GTL to “fulfill the statutory obligations as licensee in relation to the abandonment, reclamation and remediation” of all of Redwater’s licensed properties (A.R., vol. II, at p. 41). The Regulator did not seek to hold GTL

qui fuyait et qui a été abandonné par la suite), ainsi que de 3 installations et de 12 pipelines connexes (« biens conservés »), et qu’en vertu du par. 3a) de l’ordonnance de mise sous séquestre, il ne prenait pas possession ou contrôle de tous les autres éléments d’actif de Redwater visés par des permis (« biens faisant l’objet de la renonciation »). Selon GTL, il n’était aucunement tenu de satisfaire aux exigences réglementaires en lien avec les biens faisant l’objet de la renonciation.

[51] Le 15 juillet 2015, l’organisme de réglementation a réagi en rendant des ordonnances au titre de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act* enjoignant à Redwater de suspendre l’exploitation des biens faisant l’objet de la renonciation et de les abandonner (« ordonnances d’abandon »). Les ordonnances exigeaient que l’abandon soit effectué sur-le-champ dans les cas où il n’y avait pas d’autres participants en participation directe, et, au plus tard le 18 septembre 2015, dans ceux où il y avait d’autres participants en participation directe. L’organisme de réglementation a déclaré qu’il considérait les biens faisant l’objet de la renonciation comme un danger pour l’environnement et la sécurité, et que l’al. 3.012(d) des *Oil and Gas Conservation Rules* obligeait le titulaire de permis à abandonner ces puits ou installations. Lorsqu’il a rendu les ordonnances d’abandon, l’organisme de réglementation s’est également fondé sur les art. 27 à 30 de l’*OGCA* et sur les art. 23 à 26 de la *Pipeline Act*. Si les ordonnances d’abandon n’étaient pas respectées, l’organisme de réglementation menaçait d’effectuer lui-même le processus d’abandon des biens et de sanctionner Redwater par l’application de l’art. 106 de l’*OGCA*. L’organisme a ajouté qu’une fois qu’il y avait eu abandon, la surface devait être remise en état et il fallait obtenir des certificats de remise en état conformément à l’art. 137 de l’*EPEA*.

[52] Le 22 septembre 2015, l’organisme de réglementation et l’OWA ont déposé une demande en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que l’abandon par GTL des biens faisant l’objet de la renonciation était nul, une ordonnance obligeant GTL à se conformer aux ordonnances d’abandon, de même qu’une ordonnance enjoignant à GTL de [TRADUCTION] « remplir les obligations légales en tant que titulaire de permis concernant l’abandon,

liable for these obligations beyond the assets remaining in the Redwater estate. GTL brought a cross-application on October 5, 2015, seeking approval to pursue a sales process excluding the Renounced Assets. GTL sought a court order directing that the Regulator could not prevent the transfer of the licences associated with the Retained Assets on the basis of, *inter alia*, the LMR requirements, failure to comply with the Abandonment Orders, refusal to take possession of the Renounced Assets or any outstanding debts owed by Redwater to the Regulator. GTL did not seek to foreclose the possibility that the Regulator might have some other valid reason to reject a proposed transfer.

[53] A bankruptcy order was issued for Redwater on October 28, 2015, and GTL was appointed as trustee. GTL sent another letter to the Regulator on November 2, 2015, this time invoking s. 14.06(4)(a)(ii) of the *BIA* in relation to the Renounced Assets. The Abandonment Orders remain outstanding.

D. *Judicial History*

(1) Court of Queen’s Bench of Alberta

[54] The chambers judge concluded that s. 14.06 of the *BIA* was designed to permit trustees to disclaim property where this was a rational economic decision in light of the environmental condition affecting the property. Personal liability of the trustee was not a condition precedent to the power to disclaim. The chambers judge accordingly found an operational conflict between s. 14.06 of the *BIA* and the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. Under s. 14.06 of the *BIA*, GTL could renounce assets and not be responsible for the associated environmental obligations. However, under the *OGCA* and the *Pipeline Act*, GTL could not renounce licensed assets because the definition of “licensee”

la remise en état et la décontamination » de tous les biens de Redwater visés par des permis (A.R., vol. II, p. 41). L’organisme de réglementation n’a pas cherché à tenir GTL responsable de ces obligations au-delà des éléments qui faisaient encore partie de l’actif de Redwater. Le 5 octobre 2015, GTL a présenté une demande reconventionnelle visant à obtenir l’autorisation de poursuivre un processus de vente excluant les biens faisant l’objet de la renonciation. GTL a demandé au tribunal de rendre une ordonnance interdisant à l’organisme de réglementation d’empêcher le transfert des permis associés aux biens conservés en raison, notamment, des exigences relatives à la CGR, du non-respect des ordonnances d’abandon, du refus de prendre possession des biens faisant l’objet de la renonciation ou des dettes en souffrance de Redwater envers l’organisme de réglementation. GTL n’a pas cherché à exclure la possibilité que l’organisme de réglementation ait un autre motif valable de rejeter un transfert proposé.

[53] Le 28 octobre 2015, une ordonnance de faillite a été rendue à l’égard de Redwater, et GTL a été nommé syndic. GTL a envoyé une autre lettre à l’organisme de réglementation le 2 novembre 2015, dans laquelle il invoquait cette fois le sous-al. 14.06(4)a)(ii) de la *LFI* à l’égard des biens faisant l’objet de la renonciation. Les ordonnances d’abandon sont toujours pendantes.

D. *Historique judiciaire*

(1) La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta

[54] Le juge siégeant en cabinet a conclu que l’art. 14.06 de la *LFI* visait à permettre aux syndics de renoncer à un bien lorsqu’il s’agissait d’une décision économique rationnelle compte tenu du fait lié à l’environnement et touchant le bien. La responsabilité personnelle du syndic n’était pas une condition préalable au pouvoir de renonciation. Le juge siégeant en cabinet a donc conclu à un conflit d’application entre l’art. 14.06 de la *LFI* et la définition de « titulaire de permis » que l’on trouve dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. En vertu de l’art. 14.06 de la *LFI*, GTL pouvait renoncer aux biens et ne pas être responsable des obligations environnementales qui y étaient associées. Cependant, aux termes de l’*OGCA*

included receivers and trustees, so GTL remained liable for environmental obligations.

[55] Applying the test from *Abitibi*, the chambers judge concluded that, although in a “technical sense” it was not sufficiently certain that the Regulator or the OWA would carry out the Abandonment Orders and assert a monetary claim to have its costs reimbursed, the situation met what was intended by the Court in *Abitibi* because the Abandonment Orders were “intrinsicly financial” (para. 173). Forcing GTL, as a “licensee”, to comply with the Abandonment Orders would therefore frustrate the *BIA*’s overall purpose of equitable distribution of the bankrupt’s assets, as the Regulator’s claim would be given a super priority to which it was not entitled, ahead of the claims of secured creditors. It would also frustrate the purpose of s. 14.06, by which Parliament had legislated as to environmental claims in bankruptcy and had specifically chosen not to give them a super priority. The conditions imposed by the Regulator on transfers of the licences for the Retained Assets further frustrated s. 14.06 by including the Renounced Assets in the calculation for determining the approval of a sale.

[56] The chambers judge approved the sale procedure proposed by GTL. He declared that the *OGCA* and the *Pipeline Act* were inoperative to the extent that they conflicted with the *BIA* by deeming GTL to be the “licensee” of the Renounced Assets; that GTL was entitled to disclaim the Renounced Assets pursuant to s. 14.06(4)(a)(ii) and (c), and was not subject to any obligations in relation to those assets; that the Abandonment Orders were inoperative to the extent that they required GTL to comply or to provide security deposits; and that Directive 006 was inoperative to the extent it conflicted with s. 14.06 of the *BIA*. Lastly, he declared that the Regulator, in exercising its discretion to approve a transfer of the

et de la *Pipeline Act*, GTL ne pouvait renoncer aux biens visés par des permis parce que la définition de « titulaire de permis » comprenait le séquestre et le syndic, si bien que GTL demeurerait responsable des obligations environnementales.

[55] Appliquant le critère de l’arrêt *Abitibi*, le juge siégeant en cabinet a conclu que, bien qu’au [TRANSDUCTION] « sens technique », il n’était pas suffisamment certain que l’organisme de réglementation ou l’OWA exécuteraient les ordonnances d’abandon et feraient valoir une réclamation pécuniaire pour obtenir le remboursement de leurs frais, la situation répondait à l’intention de la Cour dans *Abitibi* car les ordonnances d’abandon étaient « intrinsèquement financières » (par. 173). Forcer GTL en tant que « titulaire de permis » à se conformer aux ordonnances d’abandon irait donc à l’encontre de l’objectif global de la *LFI* de partage équitable des biens du failli, puisque l’organisme de réglementation se verrait accorder, pour sa réclamation, une superpriorité à laquelle il n’avait pas droit, avant les réclamations des créanciers garantis. Cela entraverait aussi la réalisation de l’objet de l’art. 14.06, par lequel le Parlement a légiféré sur les réclamations environnementales en cas de faillite et a expressément fait le choix de ne pas leur accorder une superpriorité. Les conditions imposées par l’organisme de réglementation sur les transferts de permis relatifs aux biens conservés ont contrecarré davantage l’article 14.06 en incluant les biens faisant l’objet de la renonciation dans le calcul pour décider de l’approbation d’une vente.

[56] Le juge siégeant en cabinet a approuvé la procédure de vente proposée par GTL. Il a déclaré que l’*OGCA* et la *Pipeline Act* étaient inopérantes dans la mesure où elles entraient en conflit avec la *LFI*, en considérant GTL comme le « titulaire des permis » relatifs aux biens faisant l’objet de la renonciation, que GTL avait le droit de renoncer à ces biens au titre du sous-al. 14.06(4)a(ii) et de l’al. 14.06(4)c), et qu’il n’était assujéti à aucune obligation à l’égard de ces biens, que les ordonnances d’abandon étaient inopérantes dans la mesure où elles obligeaient GTL à s’y conformer ou à fournir des dépôts de garantie et que la Directive 006 était inopérante dans la mesure où elle entraient en conflit avec l’art. 14.06 de la *LFI*.

licences for the Retained Assets, could not consider the Renounced Assets for the purpose of calculating Redwater's LMR before or after the transfer, nor could it consider any other issue involving the Renounced Assets.

(2) Court of Appeal of Alberta

(a) *Majority Reasons*

[57] Slatter J.A., for the majority, dismissed the appeals. He stated that the constitutional issues in the appeals were complementary to the primary issue, which was the interpretation of the *BIA*. Section 14.06 did not exempt environmental claims from the general bankruptcy regime, other than the super priority in s. 14.06(7), which would rarely, if ever, have any application to oil and gas wells. Section 14.06(4) did not “limit the power of the trustee to renounce . . . properties to those circumstances where it might be exposed to personal liability” (para. 68). Additionally, the word “order” in s. 14.06(4) had to be given a wide meaning.

[58] Slatter J.A. identified the essential issue as “whether the environmental obligations of Redwater meet the test for a provable claim” (para. 73). He agreed with the chambers judge that the third branch of the *Abitibi* test was met, but concluded that that test had been met “in both a technical and substantive way” (para. 76). The Regulator's policies essentially stripped away from the bankrupt estate enough value to meet environmental obligations. Requiring the depositing of security, or diverting value from the bankrupt estate, clearly met the standard of “certainty”. The Regulator's policies required that the full value of the bankrupt's assets be applied first to environmental liabilities, creating a super priority for environmental claims. Slatter J.A. concluded that, “[n]otwithstanding their intended effect as conditions of licensing, the Regulator's policies [had] a direct effect on property, priorities, and the Trustee's right to renounce

Enfin, il a déclaré que l'organisme de réglementation, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver un transfert des permis relatifs aux biens conservés, ne pouvait pas tenir compte des biens faisant l'objet de la renonciation pour le calcul de la CGR de Redwater, avant ou après le transfert, ni tenir compte de toute autre question liée aux biens faisant l'objet de la renonciation.

(2) La Cour d'appel de l'Alberta

a) *Les motifs majoritaires*

[57] Le juge Slatter, au nom des juges majoritaires, a rejeté les appels. Il a déclaré que les questions constitutionnelles des appels étaient complémentaires à la question principale, l'interprétation de la *LFI*. L'article 14.06 n'a pas soustrait les réclamations environnementales au régime général de faillite, à l'exception de la superpriorité prévue au par. 14.06(7), qui s'appliquerait rarement, voire jamais, aux puits de pétrole et de gaz. Le paragraphe 14.06(4) n'a pas [TRADUCTION] « limité le pouvoir du syndic de renoncer [. . .] aux biens dans des circonstances où il pourrait s'exposer à une responsabilité personnelle » (par. 68). En outre, il fallait donner un sens large au mot « ordonnance » qui figure au par. 14.06(4).

[58] Le juge Slatter a décidé que la question essentielle était de savoir [TRADUCTION] « si les obligations environnementales de Redwater satisf[aisaient] au critère de la réclamation prouvable » (par. 73). Il était d'accord avec le juge siégeant en cabinet quant au respect du troisième volet du critère d'*Abitibi*, mais il a conclu que ce critère avait été respecté « tant sur le plan technique que sur le fond » (par. 76). Les politiques de l'organisme de réglementation ont essentiellement privé l'actif du failli d'une valeur suffisante pour respecter les obligations environnementales. Exiger le dépôt d'une garantie, ou détourner la valeur de l'actif du failli, répond clairement à la norme de « certitude ». Les politiques de l'organisme de réglementation exigeaient que la pleine valeur des biens du failli soit d'abord appliquée aux engagements environnementaux, créant ainsi une superpriorité pour les réclamations environnementales. Le juge Slatter a estimé que, « [n]onobstant leur effet

assets, all of which [were] governed by the *BIA*” (para. 86).

[59] In terms of constitutional analysis, Slatter J.A. concluded that the role of GTL as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act* was “in operational conflict with the provisions of the *BIA*” that exempted trustees from personal liability, allowed them to disclaim assets and established the priority of environmental claims (para. 89). It also frustrated the *BIA*’s purpose of “managing the winding up of insolvent corporations and settling the priority of claims against them” (para. 89). As such, the Regulator could not “insist that the Trustee devote substantial parts of the bankrupt estate in satisfaction of the environmental claims in priority to the claims of the secured creditor” (para. 91).

(b) *Dissenting Reasons*

[60] Martin J.A. dissented. In contrast to the majority, she stressed the constitutional dimensions of the case, in particular the need for co-operative federalism in the area of the environment, and noted that the doctrine of paramountcy should be applied with restraint. She concluded that the Regulator was not asserting a provable claim within the meaning of the *Abitibi* test. It was not enough for a regulatory order to be “intrinsically financial” for it to be a claim provable in bankruptcy (para. 185, quoting the chambers judge’s reasons, at para. 173). There was not sufficient certainty that the ordered abandonment work would be done, either by the Regulator or by the OWA, and there was “no certainty at all that a claim for reimbursement would be made” (para. 184). Martin J.A. was also of the view that the Regulator was not a creditor of Redwater — or, if it was a creditor in issuing the Abandonment Orders, it was at least not one in enforcing the conditions for the transfer of licences. The Regulator had to be able to maintain control over the transfer of licences during

prévu en tant que conditions associées aux permis, les politiques de l’organisme de réglementation ont eu un effet direct sur les biens, les priorités et le droit du Syndic de renoncer à des biens, qui étaient tous régis par la *LFI* » (par. 86).

[59] Sur le plan de l’analyse constitutionnelle, le juge Slatter a conclu que le rôle de GTL en tant que « titulaire de permis » au sens de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act* était [TRADUCTION] « en conflit d’application avec les dispositions de la *LFI* » qui dégageaient les syndicats de toute responsabilité personnelle, qui leur permettaient de renoncer à des biens et qui établissaient la priorité des réclamations environnementales (par. 89). Ce rôle entravait également la réalisation de l’objet de la *LFI* consistant à « gérer la liquidation des sociétés insolvables et à régler la priorité des réclamations à leur encontre » (par. 89). Ainsi, l’organisme de réglementation ne pouvait pas « insister pour que le syndic consacre une partie substantielle de l’actif du failli à l’acquittement des réclamations environnementales, par priorité sur les réclamations du créancier garanti » (par. 91).

b) *Les motifs dissidents*

[60] La juge Martin a exprimé sa dissidence. Contrairement aux juges majoritaires, elle a souligné les dimensions constitutionnelles de l’affaire, en particulier la nécessité d’un fédéralisme coopératif dans le domaine de l’environnement, et a fait remarquer que la doctrine de la prépondérance devait être appliquée avec retenue. Elle a conclu que l’organisme de réglementation ne faisait pas valoir de réclamation prouvable au sens du critère d’*Abitibi*. Il ne suffisait pas qu’une ordonnance réglementaire soit [TRADUCTION] « intrinsèquement financière » pour qu’il s’agisse d’une réclamation prouvable en matière de faillite (par. 185, citant les motifs du juge siégeant en cabinet, par. 173). Il n’était pas suffisamment certain que les travaux d’abandon ordonnés soient accomplis, soit par l’organisme de réglementation soit par l’OWA, et il n’y avait « aucune certitude qu’une demande de remboursement soit présentée » (par. 184). La juge Martin estimait elle aussi que l’organisme de réglementation n’était pas un créancier de Redwater — ou, s’il était un créancier au moment de rendre les ordonnances

a bankruptcy, and there was no reason why such regulatory requirements could not coexist with the distribution of the bankrupt's estate.

[61] With regard to s. 14.06, Martin J.A. accepted the Regulator's argument that s. 14.06(4) allowed a trustee to renounce real property in order to avoid personal liability but did not prevent the assets of the bankrupt estate from being used to comply with environmental obligations. However, she went beyond this. In her view, s. 14.06(4) to (8) were enacted together as a statutory compromise. Martin J.A. concluded that a trustee's power to disclaim assets under s. 14.06 simply had no applicability to Alberta's regulatory regime. The ability to renounce under s. 14.06(4) had to be read in conjunction with the other half of the compromise — the Crown's super priority over the debtor's real property established by s. 14.06(7). Licence conditions were not the sort of "order" contemplated by s. 14.06(4), nor were licences the kind of "real property" contemplated by that provision. The balance struck by s. 14.06 was not effective when there was no "real property of the debtor" in which the Crown could take a super priority (para. 210).

[62] As there was no entitlement under the *BIA* to renounce the end-of-life obligations imposed by Alberta's regulatory regime, there was no operational conflict in enforcing those obligations under provincial law. Nor was there any frustration of purpose. The Regulator was not asserting any claims provable in bankruptcy: "The continued application of [Alberta's] regulatory regime following bankruptcy did not determine or reorder priorities among creditors, but rather value[d] accurately the assets available for distribution" (para. 240).

d'abandon, il ne l'était pas dans l'application des conditions de transfert des permis. L'organisme de réglementation devait être en mesure de conserver la maîtrise du transfert des permis pendant une faillite, et il n'y avait aucune raison pour que de telles exigences réglementaires ne puissent pas coexister avec le partage de l'actif du failli.

[61] En ce qui concerne l'article 14.06, la juge Martin a retenu l'argument de l'organisme de réglementation selon lequel le par. 14.06(4) permettait à un syndic de renoncer aux biens réels afin d'éviter d'engager sa responsabilité personnelle, mais n'empêchait pas que l'on se serve des éléments de l'actif du failli pour se conformer aux obligations environnementales. Cependant, elle est allée plus loin. Selon elle, les par. 14.06(4) à (8) ont été adoptés ensemble à titre de compromis d'ordre législatif. La juge Martin a conclu que le pouvoir du syndic de renoncer aux biens en vertu de l'art. 14.06 n'était tout simplement pas applicable dans le régime de réglementation de l'Alberta. La faculté de renoncer en vertu du par. 14.06(4) devait être interprétée en corrélation avec l'autre moitié du compromis, la superpriorité de la Couronne sur les biens réels du débiteur établie par le par. 14.06(7). Les conditions relatives aux permis n'étaient pas le genre d'« ordonnance » envisagé par le par. 14.06(4), ni les permis le genre de « bien réel » envisagé par cette disposition. L'équilibre atteint par l'art. 14.06 n'était pas solide lorsqu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « bien réel du débiteur » à l'égard duquel la Couronne pouvait prendre une superpriorité (par. 210).

[62] Comme il n'y avait aucun droit, aux termes de la *LFI*, de renoncer aux obligations de fin de vie imposées par le régime de réglementation [de l'Alberta], aucun conflit d'application ne résultait de l'exécution de ces obligations sous le régime du droit provincial. Et il n'existait pas non plus d'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. L'organisme de réglementation ne faisait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite : [TRADUCTION] « L'application continue du régime de réglementation [de l'Alberta] après la faillite n'a pas fixé ou réarrangé les priorités parmi les créanciers, mais a plutôt donné lieu à une évaluation juste des biens pouvant être répartis » (par. 240).

III. Analysis

A. *The Doctrine of Paramountcy*

[63] As I have explained, Alberta legislation grants the Regulator wide-ranging powers to ensure that companies that have been granted licences to operate in the Alberta oil and gas industry will safely and properly abandon oil wells, facilities and pipelines at the end of their productive lives and will reclaim their sites. GTL seeks to avoid being subject to two of those powers: the power to order Redwater to abandon the Renounced Assets and the power to refuse to allow a transfer of the licences for the Retained Assets due to unmet LMR requirements. There is no doubt that these are valid regulatory powers granted to the Regulator by valid Alberta legislation. GTL seeks to avoid their application during bankruptcy by virtue of the doctrine of federal paramountcy, which dictates that the Alberta legislation empowering the Regulator to use the powers in dispute in this appeal will be inoperative to the extent that its use of these powers during bankruptcy conflicts with the *BIA*.

[64] The issues in this appeal arise from what has been termed the “untidy intersection” of provincial environmental legislation and federal insolvency legislation (*Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111, at para. 8). Paramountcy issues frequently arise in the insolvency context. Given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued operation of provincial laws. However, s. 72(1) of the *BIA* confirms that, where there is a genuine conflict between provincial laws concerning property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails (see *Moloney*, at para. 40). In other words, bankruptcy is carved out from property and civil rights but remains conceptually part of it. Valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point,

III. Analyse

A. *La doctrine de la prépondérance fédérale*

[63] Comme je l’ai expliqué, la législation albertaine accorde à l’organisme de réglementation des pouvoirs étendus pour s’assurer que les sociétés qui ont obtenu des permis d’exploitation dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta abandonneront, de façon appropriée et sécuritaire, les puits de pétrole, installations et pipelines à la fin de leur vie productive, et remettront en état leurs sites. GTL cherche à éviter d’être assujéti à deux de ces pouvoirs : celui d’ordonner à Redwater d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation et celui de refuser de permettre le transfert des permis relatifs aux biens conservés à cause du non-respect des exigences relatives à la CGR. Il s’agit là sans aucun doute de pouvoirs réglementaires valables accordés à l’organisme de réglementation par une loi albertaine valide. GTL cherche à éviter leur application au cours de la faillite en invoquant la doctrine de la prépondérance fédérale, selon laquelle la loi de l’Alberta habilitant l’organisme de réglementation à utiliser les pouvoirs qui sont en litige dans le cadre du présent pourvoi est inopérante dans la mesure où son exercice de ces pouvoirs pendant la faillite entre en conflit avec la *LFI*.

[64] Les questions en litige dans le présent pourvoi découlent de ce qu’on a appelé [TRADUCTION] l’« intersection désordonnée » de la législation provinciale sur l’environnement et de la législation fédérale sur l’insolvabilité (*Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111, par. 8). Les questions de prépondérance se posent souvent dans le contexte de l’insolvabilité. Étant donné la nature procédurale de la *LFI*, le régime de faillite repose en grande partie sur l’application continue des lois provinciales. Toutefois, le par. 72(1) de la *LFI* confirme qu’en cas de conflit véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale sur la faillite, la *LFI* l’emporte (voir *Moloney*, par. 40). En d’autres termes, la faillite est issue de la propriété et des droits civils, mais elle en fait toujours partie conceptuellement. Les lois provinciales valides d’application générale continuent de s’appliquer dans le domaine de la faillite jusqu’à ce

the provincial law becomes inoperative to the extent of the conflict (see *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 3).

[65] Over time, two distinct forms of conflict have been recognized. The first is *operational conflict*, which arises where compliance with both a valid federal law and a valid provincial law is impossible. Operational conflict arises “where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’, such that ‘compliance with one is defiance of the other’” (*Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 18, quoting *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191). The second is *frustration of purpose*, which occurs where the operation of a valid provincial law is incompatible with a federal legislative purpose. The effect of a provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does “not entail a direct violation of the federal law’s provisions” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 73). The party relying on frustration of purpose “must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is incompatible with this purpose” (*Lemare*, at para. 26, quoting *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 66).

[66] Under both branches of paramountcy, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. This burden is not an easy one to satisfy, as the doctrine of paramountcy is to be applied with restraint. Conflict must be defined narrowly so that each level of government may act as freely as possible within its respective sphere of constitutional authority. “[H]armonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured over an interpretation that results in incompatibility . . . [i]n the absence of ‘very clear’ statutory language to the contrary” (*Lemare*, at paras. 21 and 27). “It is presumed that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (*Moloney*, at para. 27). As this Court found in *Lemare*, at paras. 22-23, the application of the

que le Parlement légifère en vertu de sa compétence exclusive en matière de faillite et d’insolvabilité. La loi provinciale devient alors inopérante dans la mesure du conflit (voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 3).

[65] Au fil du temps, deux formes distinctes de conflit ont été reconnues. La première est le *conflit d’application*, qui survient lorsqu’il est impossible de se conformer en même temps à une loi fédérale valide et à une loi provinciale valide. Il y a conflit d’application lorsqu’« une loi dit “oui” et l’autre dit “non”, de sorte que “l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre” » (*Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 18, citant *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191). La seconde est l’*entrave à la réalisation d’un objet fédéral*, qui se produit lorsque l’application d’une loi provinciale valide est incompatible avec l’objet d’une loi fédérale. L’effet d’une loi provinciale peut contrecarrer la réalisation de l’objet de la loi fédérale, « sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 73). La partie qui invoque l’entrave à la réalisation d’un objet fédéral « doit d’abord établir l’objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet » (*Lemare*, par. 26, citant *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 66).

[66] Aux deux volets de la prépondérance, la charge de la preuve incombe à la partie qui allègue l’existence du conflit. Il n’est pas facile de s’en acquitter, puisque la doctrine de la prépondérance doit être appliquée avec retenue. Le conflit doit être défini de façon étroite pour que chaque ordre de gouvernement puisse agir aussi librement que possible dans sa sphère de compétence constitutionnelle respective. « [L]es tribunaux doivent donner aux lois provinciale et fédérale une interprétation harmonieuse plutôt qu’une interprétation qui donne lieu à une incompatibilité [. . .] [e]n l’absence d’un texte législatif “clair” à cet effet » (*Lemare*, par. 21 et 27). « On présume que le Parlement a l’intention de faire coexister ses lois avec les lois provinciales » (*Moloney*, par. 27).

doctrine of paramountcy should also give due weight to the principle of co-operative federalism. This principle allows for interplay and overlap between federal and provincial legislation. While co-operative federalism does not impose limits on the otherwise valid exercise of legislative power, it does mean that courts should avoid an expansive interpretation of the purpose of federal legislation which will bring it into conflict with provincial legislation.

[67] The case law has established that the *BIA* as a whole is intended to further “two purposes: the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors and the bankrupt’s financial rehabilitation” (*Moloney*, at para. 32, citing *Husky Oil*, at para. 7). Here, the bankrupt is a corporation that will never emerge from bankruptcy. Accordingly, only the former purpose is relevant. As I will discuss below, the chambers judge also spoke of the purposes of s. 14.06 as distinct from the broader purposes of the *BIA*. This Court has discussed the purpose of specific provisions of the *BIA* in previous cases — see, for example, *Lemare*, at para. 45.

[68] GTL has proposed two conflicts between the Alberta legislation establishing the disputed powers of the Regulator during bankruptcy and the *BIA*, either of which, it says, would have provided a sufficient basis for the order granted by the chambers judge.

[69] The first conflict proposed by GTL results from the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. GTL says that s. 14.06(4) releases it from all environmental liability associated with the Renounced Assets after a valid “disclaimer” is made. But as a “licensee”, it can be required by the Regulator to satisfy all of Redwater’s statutory obligations and liabilities, which disregards the “disclaimer” of the Renounced Assets. GTL further notes the possibility that it may be held personally liable as a “licensee”. In response, the Regulator says that s. 14.06(4) is concerned primarily with protecting trustees from personal liability in relation to environmental orders, and does not affect the ongoing responsibilities of the bankrupt

Comme le conclut notre Cour aux par. 22 et 23 de l’arrêt *Lemare*, l’application de la doctrine de la prépondérance devrait également tenir dûment compte du principe du fédéralisme coopératif. Ce principe permet l’interaction ainsi que le chevauchement entre les lois fédérales et provinciales. Bien que le fédéralisme coopératif n’impose pas de limites à l’exercice par ailleurs valide du pouvoir législatif, cela signifie que les tribunaux devraient éviter de donner à l’objet de la loi fédérale une interprétation large qui le mettrait en conflit avec la loi provinciale.

[67] La jurisprudence a établi que la *LFI* dans son ensemble est censée favoriser l’atteinte de « deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli » (*Moloney*, par. 32, citant *Husky Oil*, par. 7). En l’espèce, la faillie est une société qui ne s’extirpera jamais de la faillite. Donc, seul le premier objectif est pertinent. Comme je vais l’expliquer ci-dessous, le juge siégeant en cabinet a également affirmé que l’objet de l’art. 14.06 se distinguait des objets plus larges de la *LFI*. Notre Cour a analysé l’objet de certaines dispositions de la *LFI* dans des décisions antérieures (voir, par exemple, *Lemare*, par. 45).

[68] GTL a relevé deux conflits entre la législation albertaine établissant les pouvoirs contestés de l’organisme de réglementation pendant la faillite et la *LFI*, et l’un ou l’autre aurait constitué, selon lui, un fondement suffisant pour l’ordonnance rendue par le juge siégeant en cabinet.

[69] Le premier conflit avancé par GTL découle de l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » qui figure dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. GTL affirme que le par. 14.06(4) le soustrait à tout engagement environnemental associé aux biens faisant l’objet d’une « renonciation » valide. Toutefois, comme il est « titulaire de permis », l’organisme de réglementation peut l’obliger à s’acquitter de toutes les obligations et de tous les engagements légaux de Redwater, faisant ainsi abstraction de la « renonciation » aux biens en cause. GTL souligne en outre la possibilité qu’il soit tenu personnellement responsable en tant que « titulaire de permis ». L’organisme de réglementation réplique que le par. 14.06(4) a pour objectif premier de mettre les syndics à l’abri de toute

estate. Thus, as long as a trustee is protected from personal liability, no conflict arises from its status as a “licensee” or from the fact that the bankrupt estate remains responsible under provincial law for the ongoing environmental obligations associated with “disclaimed” assets.

[70] The second conflict proposed by GTL is that, even if s. 14.06(4) is only concerned with a trustee’s personal liability, the Regulator’s use of its statutory powers effectively reorders the priorities in bankruptcy established by the *BIA*. Such reordering is said to be caused by the fact that the Regulator requires the expenditure of estate assets to comply with the Abandonment Orders and to discharge or secure the environmental liabilities associated with the Renounced Assets before it will approve a transfer of the licences for the Retained Assets (in keeping with the LMR requirements). These end-of-life obligations are said by GTL to be unsecured claims held by the Regulator, which cannot, under the *BIA*, be satisfied in preference over the claims of Redwater’s secured creditors. In response, the Regulator says that, on the proper application of the *Abitibi* test, these environmental regulatory obligations are not provable claims in bankruptcy. Accordingly, says the Regulator, the provincial laws requiring the Redwater estate to satisfy these obligations prior to the distribution of its assets to secured creditors do not conflict with the priority scheme in the *BIA*.

[71] I will consider each alleged conflict in turn.

B. *Is There a Conflict Between the Alberta Regulatory Scheme and Section 14.06 of the BIA?*

[72] As a statutory scheme, s. 14.06 of the *BIA* raises numerous interpretive issues. As noted by Martin J.A., the only matter concerning s. 14.06 on

responsabilité personnelle à l’égard des ordonnances environnementales et que cette disposition n’a aucune incidence sur les responsabilités continues de l’actif du failli. Ainsi, tant qu’un syndic est à l’abri de toute responsabilité personnelle, son statut de « titulaire de permis » et le fait que l’actif d’un failli demeure responsable, aux termes du droit provincial, des obligations environnementales continues associées aux éléments le composant et faisant l’objet de la renonciation ne sont à l’origine d’aucun conflit.

[70] Le second conflit allégué par GTL est que, même si le par. 14.06(4) ne porte que la responsabilité personnelle d’un syndic, l’exercice par l’organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi réarrange de fait les priorités établies par la *LFI* en matière de faillite. Un tel réarrangement serait imputable au fait que l’organisme de réglementation exige la dépense d’éléments d’actif pour respecter les ordonnances d’abandon ainsi que pour libérer ou garantir les engagements environnementaux associés aux biens faisant l’objet de la renonciation avant d’approuver un transfert des permis liés aux biens conservés (conformément aux exigences relatives à la *CGR*). Ces obligations de fin de vie sont considérées par GTL comme étant une créance ordinaire de l’organisme de réglementation, que la *LFI* ne permet pas d’acquitter de préférence aux réclamations des créanciers garantis de Redwater. L’organisme de réglementation réplique que, si l’on applique correctement le critère d’*Abitibi*, ces obligations réglementaires environnementales ne sont pas des réclamations prouvables en matière de faillite. En conséquence, selon l’organisme de réglementation, les lois provinciales exigeant que l’actif de Redwater satisfasse à ces obligations avant le partage, entre les créanciers garantis, des éléments dont il est composé n’entre pas en conflit avec le régime de priorité de la *LFI*.

[71] J’examinerai chacun des conflits allégués, l’un après l’autre.

B. *Y a-t-il un conflit entre le régime de réglementation albertain et l’art. 14.06 de la LFI?*

[72] En tant que régime législatif, l’art. 14.06 de la *LFI* soulève de nombreuses questions d’interprétation. Comme l’a fait remarquer la juge Martin, le seul

which all the parties to this litigation can agree is that it “is not a model of clarity” (C.A. reasons, at para. 201). Given the confusion caused by attempts to interpret s. 14.06 as a coherent scheme during this litigation, Parliament may very well wish to re-examine s. 14.06 during its next review of the *BIA*.

[73] At its core, this appeal raises the issue of whether there is a conflict between specific Alberta legislation and the *BIA*. GTL submits that there is such a conflict. It argues that, because it “disclaimed” the Renounced Assets under s. 14.06(4) of the *BIA*, it should cease to have any responsibilities, obligations or liability with respect to them. And yet, it notes, as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act*, it remains responsible for abandoning the Renounced Assets. Furthermore, those assets continue to be included in the calculation of Redwater’s LMR. GTL suggests an additional conflict with s. 14.06(2) of the *BIA* based on its possible exposure, as a “licensee”, to personal liability for the costs of abandoning the Renounced Assets.

[74] I have concluded that there is no conflict. Various arguments were advanced during this appeal concerning the disparate elements of the s. 14.06 scheme. However, the provision upon which GTL in fact relies in arguing that it is entitled to avoid its responsibilities as a “licensee” under the Alberta legislation is s. 14.06(4). As I have noted, GTL and the Regulator propose very different interpretations of s. 14.06(4). However, s. 14.06(4) is clear and unambiguous when read on its own: where it is invoked by a trustee, the result is that “the trustee is not personally liable” for failure to comply with certain environmental orders or for the costs incurred by any person in carrying out the terms of such orders. The provision says nothing about the liability of the “bankrupt” or the “estate” — distinct concepts referenced many times throughout the *BIA*. Section 14.06(4), on its own wording, does not support the interpretation urged upon this Court by GTL.

point concernant l’art. 14.06 sur lequel toutes les parties au présent litige ont pu s’entendre est le fait que ce [TRADUCTION] « n’est pas un modèle de clarté » (motifs de la Cour d’appel, par. 201). Vu la confusion semée par les tentatives d’interpréter l’art. 14.06 comme un régime cohérent lors du présent litige, le Parlement pourrait fort bien vouloir réexaminer cet article durant sa prochaine étude de la *LFI*.

[73] Fondamentalement, le présent pourvoi porte sur la question de savoir s’il existe un conflit entre une loi albertaine en particulier et la *LFI*. GTL soutient que oui et affirme que, comme il a « renoncé » aux biens faisant l’objet de la renonciation en vertu du par. 14.06(4) de la *LFI*, il peut cesser d’assumer toute responsabilité ou obligation ou tout engagement à l’égard de ces biens. Pourtant, aux dires de GTL, en tant que « titulaire de permis », il reste chargé de les abandonner. De plus, ceux-ci sont toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. GTL prétend qu’il y a un autre conflit avec le par. 14.06(2) de la *LFI* du fait que sa responsabilité personnelle comme « titulaire de permis » peut être engagée relativement aux frais d’abandon des biens faisant l’objet de la renonciation.

[74] J’ai conclu à l’absence de conflit. Différents arguments ont été présentés lors du pourvoi au sujet des éléments disparates du régime instauré par l’art. 14.06. Cependant, la disposition qu’invoque en fait GTL pour affirmer avoir le droit d’échapper à ses responsabilités en tant que « titulaire de permis » en application de la législation albertaine est le par. 14.06(4). Rappelons que GTL et l’organisme de réglementation proposent des interprétations fort différentes du par. 14.06(4). Toutefois, à la simple lecture de ses termes, le par. 14.06(4) est clair et sans équivoque : lorsqu’il est invoqué par un syndic, « le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle » découlant du non-respect de certaines ordonnances environnementales ou relativement aux frais engagés par toute personne exécutant ces ordonnances. La disposition ne dit rien à propos de la responsabilité du « failli » ou de l’« actif », des notions distinctes mentionnées à maintes reprises dans la *LFI*. Le texte même du par. 14.06(4) n’étaye pas l’interprétation que GTL nous exhorte à retenir.

[75] In my view, s. 14.06(4) sets out the result of a trustee's "disclaimer" of real property when there is an order to remedy any environmental condition or damage affecting that property. Regardless of whether "disclaimer" is understood as a common law power or as a power deriving from some other statutory source, the result of a trustee's "disclaimer" of real property where an environmental order has been made in relation to that property is that the trustee is protected from personal liability, while the ongoing liability of the bankrupt estate is unaffected. The interpretation of s. 14.06(4) as being concerned with the personal liability of the trustee and not with the liability of the bankrupt estate is supported not only by the plain language of the section, but also by the Hansard evidence, a previous decision of this Court and the French version of the section. Furthermore, not only is the plain meaning of the words "personally liable" clear, but the same concept is also found in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), which specifically state that the trustee is not personally liable. In particular, in my view, it is impossible to coherently read s. 14.06(2) as referring to personal liability and yet read s. 14.06(4) as somehow referring to the liability of the bankrupt estate.

[76] Given that s. 14.06(4) dictates that "disclaimer" only protects trustees from personal liability, then, even assuming that GTL successfully "disclaimed" in this case, no operational conflict or frustration of purpose results from the fact that the Regulator requires GTL, as a "licensee", to expend estate assets on abandoning the Renounced Assets. Furthermore, no conflict is caused by continuing to include the Renounced Assets in the calculation of Redwater's LMR. Finally, given the restraint with which the doctrine of paramountcy must be applied, and given that the Regulator has not attempted to hold GTL personally liable as a "licensee" for the costs of abandonment, no conflict with s. 14.06(2) or s. 14.06(4) is caused by the mere theoretical possibility of personal liability under the *OGCA* or the *Pipeline Act*.

[75] À mon avis, le par. 14.06(4) expose le résultat d'une « renonciation » du syndic à un bien réel en cas d'ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant ce bien. Que l'on voit la « renonciation » comme un pouvoir reconnu par la common law ou un pouvoir découlant d'une quelconque autre source législative, la « renonciation » d'un syndic à des biens réels en réaction à une ordonnance environnementale visant ces biens dégage le syndic de toute responsabilité personnelle, alors que la responsabilité continue de l'actif du failli n'est pas touchée. L'idée que le par. 14.06(4) vise la responsabilité personnelle du syndic, et non celle de l'actif du failli, est étayée non seulement par le texte clair de l'article, mais également par les débats parlementaires, un arrêt de notre Cour et la version française de l'article. De plus, non seulement le sens ordinaire des mots « responsabilité personnelle » est-il clair, mais on retrouve également le même concept aux par. 14.06(1.2) et (2), lesquels disposent expressément que le syndic est déchargé de toute responsabilité personnelle. En particulier, il me paraît impossible d'interpréter de manière cohérente le par. 14.06(2) comme mentionnant la responsabilité personnelle tout en interprétant le par. 14.06(4) comme renvoyant d'une façon ou d'un autre à la responsabilité de l'actif du failli.

[76] Comme le par. 14.06(4) dispose que la « renonciation » dégage uniquement le syndic de toute responsabilité personnelle, à supposer même que GTL ait « renoncé » avec succès à des biens en l'espèce, l'organisme de réglementation ne cause aucun conflit d'application ni n'entrave la réalisation d'un objet fédéral en exigeant de GTL à titre de « titulaire de permis » qu'il se serve d'éléments de l'actif pour abandonner les biens faisant l'objet de la renonciation. En outre, il n'y a aucun conflit du fait que ces biens soient toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. Enfin, vu la retenue avec laquelle il faut appliquer la doctrine de la prépondérance, et vu que l'organisme de réglementation n'a pas tenté de tenir GTL personnellement responsable en tant que « titulaire de permis » des frais d'abandon, aucun conflit avec les par. 14.06(2) ou (4) n'est causé par la simple possibilité théorique de responsabilité personnelle en application de la *OGCA* ou de la *Pipeline Act*.

[77] In what follows, I will begin by interpreting s. 14.06(4) and explaining why, based on its plain wording and other relevant considerations, the provision is concerned solely with the personal liability of the trustee, and not with the liability of the bankrupt estate. I will then explain how, despite their superficial similarity, s. 14.06(4) and s. 14.06(2) have different rationales, and I will demonstrate that, on a proper understanding of the scheme crafted by Parliament, s. 14.06(4) does not affect the liability of the bankrupt estate. To conclude, I will demonstrate that there is no operational conflict or frustration of purpose between the Alberta legislation and s. 14.06 of the BIA in this case, with particular reference to the question of GTL’s protection from personal liability.

- (1) The Correct Interpretation of Section 14.06(4)
- (a) *Section 14.06(4) Is Concerned With the Personal Liability of Trustees*

[78] I have concluded that s. 14.06(4) is concerned with the personal liability of trustees, and not with the liability of the bankrupt estate. I emphasize here the well-established principle that, “[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes” (*Canadian Western Bank*, at para. 75, quoting *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 356).

[79] Section 14.06(4) says nothing about the “bankrupt estate” avoiding the applicability of valid provincial law. In drafting s. 14.06(4), Parliament could easily have referred to the liability of the bankrupt estate. Parliament chose instead to refer simply to the personal liability of a trustee. Notably, s. 14.06(7) and s. 14.06(8) both refer to a “debtor in a bankruptcy”. Parliament’s choice in this regard cannot be ignored. I agree with Martin J.A. that there is no basis on which to read the words “the trustee is not personally liable” in s. 14.06(4) as encompassing the liability of the bankrupt estate. As noted by Martin J.A., it

[77] Dans les paragraphes qui suivent, je vais d’abord interpréter le par. 14.06(4) et expliquer pourquoi, compte tenu de sa formulation claire et d’autres considérations pertinentes, la disposition ne concerne que la responsabilité personnelle du syndic, et non la responsabilité de l’actif du failli. Je vais ensuite expliquer en quoi, malgré leur similitude superficielle, la raison d’être du par. 14.06(4) diffère de celle du par. 14.06(2), et démontrer que, si l’on comprend bien le régime conçu par le Parlement, le par. 14.06(4) n’influe pas sur la responsabilité de l’actif du failli. Pour conclure, je démontrerai qu’il n’y a aucun conflit d’application ni aucune entrave à la réalisation d’un objet fédéral entre la législation albertaine et l’art. 14.06 de la *LFI* dans la présente affaire, particulièrement en ce qui a trait à la protection de GTL contre toute responsabilité personnelle.

- (1) L’interprétation juste du par. 14.06(4)
- a) *Le paragraphe 14.06(4) s’attache à la responsabilité personnelle du syndic*

[78] J’ai conclu que le par. 14.06(4) s’attache à la responsabilité personnelle du syndic et non à la responsabilité de l’actif du failli. Je souligne ici le principe bien établi selon lequel « [c]haque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75, citant *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356).

[79] Le paragraphe 14.06(4) est muet à propos de « l’actif du failli » qui évite l’applicabilité d’une loi provinciale valide. Lorsqu’il a rédigé le par. 14.06(4), le Parlement aurait pu aisément parler de la responsabilité de l’actif du failli. Le Parlement a plutôt choisi de mentionner uniquement la responsabilité personnelle du syndic. Fait à noter, les par. 14.06(7) et (8) parlent tous deux du « débiteur ». Ce choix du Parlement ne peut être ignoré. Je conviens avec la juge d’appel Martin qu’il n’y a aucune raison de considérer que les mots « le syndic est [. . .] déchargé de toute responsabilité personnelle » figurant

is apparent from the express language chosen by Parliament that s. 14.06(4) was motivated by and aimed at concerns about the protection of trustees, not the protection of the full value of the estate for creditors. Nothing in the wording of s. 14.06(4) suggests that it was intended to extend to estate liability.

[80] The Hansard evidence leads to the same conclusion. Jacques Hains, Director, Corporate Law Policy Directorate, Department of Industry Canada, noted the following during the 1996 debates preceding the enactment of s. 14.06(4) in 1997:

The aim is to provide a better definition of the liability of insolvency professionals and practitioners in order to encourage them to accept mandates where there may be problems related to the environment. It is hoped that this will reduce the number of abandoned sites both for the benefit of the environment and the safeguard of businesses and jobs.

(Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996, at 15:49-15:55, as cited in C.A. reasons, at para. 197.)

Several months later, Mr. Hains stated:

What Parliament tried to do in 1992 was to provide a relief to insolvency practitioners . . . because they were at risk when they accepted a mandate to liquidate an insolvent business. Under environmental laws, therefore, they could have been subject to personal liability to clean up the environment. I am speaking of personal liability here, meaning “out of their own pockets.”

(*Proceedings of the Standing Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at p. 15)

Mr. Hains proceeded to explain how the 1997 amendments were intended to improve on the 1992 reforms to the *BIA* that had included the original version of s. 14.06(2) (as discussed further below), but he gave

au par. 14.06(4) visent la responsabilité de l’actif du failli. Comme l’a signalé la juge Martin, il ressort des termes exprès choisis par le Parlement que le 14.06(4) découlait du souci de protéger les syndics et se voulait une réponse à ce souci, et non de protéger la pleine valeur de l’actif au bénéfice des créanciers. Le texte du par. 14.06(4) ne porte aucunement à croire qu’il devait s’étendre à la responsabilité de l’actif.

[80] Les débats parlementaires mènent à la même conclusion. Jacques Hains, directeur de la Direction de la politique des lois commerciales au ministère d’Industrie Canada, a souligné ce qui suit pendant les débats tenus en 1996 avant l’adoption du par. 14.06(4) l’année suivante :

L’objectif est de mieux définir la responsabilité des professionnels de l’insolvabilité, des praticiens de façon à les encourager à accepter des mandats où il pourrait peut-être y avoir des problèmes en matière d’environnement, de façon à réduire le nombre de sites abandonnés au pays, pour le bénéfice de l’environnement et la sauvegarde des entreprises et des emplois qui en dépendent.

(Comité permanent de l’industrie, *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996, entre 15 h 49 et 15 h 55, cité dans les motifs de la Cour d’appel, par. 197.)

Plusieurs mois plus tard, M. Hains a mentionné que :

[L]es dispositions [ont été] adoptées par le Parlement en 1992 en vue d’alléger le fardeau de ceux qui travaillent dans le domaine de l’insolvabilité [. . .] parce que le mandat de liquider une entreprise insolvable leur impose des risques. En vertu du droit environnemental, par conséquent, ils auraient pu être tenus personnellement responsables d’un accident environnemental et obligés de verser les dommages-intérêts.

(*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 16)

M. Hains a ensuite expliqué en quoi les modifications de 1997 visaient à améliorer la réforme de la *LFI* en 1992 qui comprenait la première version du par. 14.06(2) (comme nous le verrons plus loin), mais

no indication that the focus had somehow shifted away from a trustee's "personal liability".

[81] Prior to the enactment of the 1997 amendments, G. Marantz, Legal Advisor to the Department of Industry Canada, noted that they were intended to "provide the trustee with protection from being chased with deep-pocket liability" (Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 21, 2nd Sess., 35th Parl., September 25, 1996, at 17:15, as cited in C.A. reasons, at para. 198). I agree with the Regulator that the legislative debates give no hint of any intention by Parliament to immunize bankrupt estates from environmental liabilities. The notion that s. 14.06(4) was aimed at encouraging trustees in bankruptcy to accept mandates, and not at limiting estate liability, is further supported by the fact that the provision was inserted under the general heading "Appointment and Substitution of Trustees".

[82] Furthermore, in drafting s. 14.06(4), Parliament chose to use exactly the same concept it had used earlier in s. 14.06(2): by their express wording, where either provision applies, a trustee is not "personally liable". This cannot have been an oversight given that s. 14.06(4) was added to the *BIA* some five years after the enactment of s. 14.06(2). Since both provisions deal expressly with the protection of trustees from being "personally liable", it is very difficult to accept that they could be concerned with different kinds of liability. By their wording, s. 14.06(2) and s. 14.06(4) are clearly both concerned with the same concept. Indeed, if one interprets s. 14.06(4) as extending to estate liability, then there is no principled reason not to interpret s. 14.06(2) in the same way. However, it is undisputed that this was not Parliament's intention in enacting s. 14.06(2).

[83] Similarly, Parliament has also chosen to use the same concept found in both s. 14.06(4) and s. 14.06(2) in a third part of the 14.06 scheme, namely s. 14.06(1.2). This provision states that a trustee carrying on the business of a debtor or continuing the employment of a debtor's employees is

il n'a pas laissé entendre que l'accent n'était plus mis sur la « responsabilité personnelle » du syndic.

[81] Avant l'adoption des modifications de 1997, Gordon Marantz, conseiller juridique au ministère d'Industrie Canada, a fait remarquer qu'elles visaient à « empêcher le syndic d'être poursuivi pour de fortes sommes » (Comité permanent de l'industrie, *Témoignages*, n° 21, 2^e sess., 35^e lég., 25 septembre 1996, à 17 h 15, cité dans les motifs de la Cour d'appel, par. 198)). Je conviens avec l'organisme de réglementation que les débats législatifs ne donnent aucun indice d'une intention du Parlement de mettre les biens des faillis à l'abri de toute responsabilité environnementale. L'idée que le par. 14.06(4) avait pour objectif d'inciter les syndics de faillite à accepter des mandats, et non de limiter la responsabilité de l'actif, est étayée davantage par l'insertion de la disposition sous la rubrique générale « Nomination et remplacement des syndics ».

[82] De plus, au moment de rédiger le par. 14.06(4), le Parlement a décidé d'utiliser la même notion qu'il avait employé précédemment au par. 14.06(2) : de par leur libellé explicite, lorsque l'une ou l'autre disposition s'applique, le syndic est dégagé de toute « responsabilité personnelle ». Il ne peut s'agir d'une erreur, car le par. 14.06(4) a été inséré dans la *LFI* quelque cinq ans après l'adoption du par. 14.06(2). Puisque les deux dispositions visent expressément à protéger les syndics contre toute « responsabilité personnelle », il est très difficile d'accepter qu'elles puissent concerner différents types de responsabilité. D'après leurs termes, le par. 14.06(2) et le par. 14.06(4) traitent manifestement du même concept. En effet, si l'on considère que le par. 14.06(4) s'étend à la responsabilité de l'actif, il n'y a aucune raison de principe de ne pas donner la même interprétation au par. 14.06(2). Toutefois, personne ne conteste que ce n'était pas l'intention qu'avait le Parlement au moment d'adopter le par. 14.06(2).

[83] Dans le même ordre d'idées, le Parlement a aussi choisi d'utiliser la même notion figurant aux par. 14.06(4) et 14.06(2) dans une troisième partie du régime établi par l'art. 14.06, soit le par. 14.06(1.2). Selon cette disposition, le syndic qui continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou lui succède

not “personally liable” in respect of certain enumerated liabilities, including as a successor employer. Although this provision is not directly raised in this litigation, by its own terms, it clearly does not and cannot refer to the liability of the bankrupt estate. Again, it is difficult to conceive of how Parliament could have specified that a trustee is not “personally liable”, using the ordinary, grammatical sense of that phrase, in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), but then intended the phrase to be read in a completely different and illogical manner in s. 14.06(4). All three provisions refer to the personal liability of a trustee, and all three must be interpreted consistently. Indeed, I note that the concept of a trustee being “not personally liable” is also used consistently in other parts of the *BIA* unrelated to the s. 14.06 scheme — see, for example, s. 80 and s. 197(3).

[84] This interpretation of s. 14.06(4) is also bolstered by the French wording of s. 14.06. The French versions of both s. 14.06(2) and s. 14.06(4) refer to a trustee’s protection from personal liability “*ès qualités*”. This French expression is defined by *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) dictionary as referring to someone acting “*à cause d’un titre, d’une fonction particulière*”, which, in English, would mean acting by virtue of a title or specific role. The *Robert & Collins* dictionary (online) translates “*ès qualités*” as in “one’s official capacity”. In using this expression in s. 14.06(4), Parliament is therefore stating that, where “disclaimer” properly occurs, a trustee, in its capacity as trustee, for orders to remedy any environmental condition or damage affecting the “disclaimed” property. These provisions are clearly not concerned with the concept of estate liability. The French versions of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) thus utilize identical language to describe the limitation of liability they offer trustees. It is almost impossible to conceive of Parliament using identical language in two such closely related provisions and yet intending different meanings. Accordingly, a trustee is not personally liable in its

comme employeur est déchargé de toute « responsabilité personnelle » à l’égard de certains engagements énumérés, notamment comme successeur de l’employeur. Bien qu’elle n’ait pas été directement soulevée en l’espèce, cette disposition, de par ses propres termes, ne traite manifestement pas et ne peut traiter de la responsabilité de l’actif du failli. Là encore, il est difficile de concevoir comment le Parlement aurait pu préciser qu’un syndic est « déchargé de toute responsabilité personnelle » suivant le sens ordinaire et grammatical de cette expression au par. 14.06(1.2) et au par. 14.06(2), et souhaiter par la suite que l’on donne à cette expression une interprétation tout à fait différente et illogique au par. 14.06(4). Les trois dispositions traitent toutes de la responsabilité personnelle d’un syndic et il faut les interpréter uniformément. En effet, je signale que l’idée selon laquelle le syndic est « déchargé de toute responsabilité personnelle » est aussi reprise systématiquement dans d’autres parties de la *LFI* étrangères au régime de l’art. 14.06, par exemple l’art. 80 et le par. 197(3).

[84] L’interprétation qui précède du par. 14.06(4) est également renforcée par la version française de l’art. 14.06. Les versions françaises des par. 14.06(2) et (4) indiquent que le syndic est, « *ès qualités* », déchargé de toute responsabilité personnelle. Selon le dictionnaire *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), cette expression française désigne la personne qui agit « *à cause d’un titre, d’une fonction particulière* »; en anglais, elle désigne la personne agissant « *by virtue of a title or specific role* ». Dans le dictionnaire *Robert & Collins* (en ligne), cette expression décrit la personne qui agit en « *one’s official capacity* ». En utilisant cette expression au par. 14.06(4), le Parlement prévoit ainsi qu’en cas de « renonciation » valide, le syndic est, *ès qualités*, déchargé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement et touchant le bien auquel il a été « renoncé ». Ces dispositions ne portent manifestement pas sur la notion de responsabilité de l’actif. Les versions françaises des par. 14.06(2) et (4) emploient donc les mêmes mots pour décrire la limitation de responsabilité qu’elles offrent aux syndics. Il est presque impossible de concevoir que le Parlement emploie les mêmes termes dans deux

official capacity as representative of the bankrupt estate where it invokes s. 14.06(4).

[85] Prior to this litigation, the case law on s. 14.06 was somewhat scarce. However, this Court has considered the s. 14.06 scheme once before, in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123. In that case, comments made by both the majority and the dissenting judge support my conclusion that s. 14.06(4) is concerned only with the personal liability of trustees. Abella J., writing for the majority, explained that “where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly” (para. 67). As examples of this principle, she referred to 14.06(1.2) and, most notably for our purposes, to s. 14.06(4), which she described as follows: “trustee immune in certain circumstances from environmental liabilities” (para. 67). In her dissent, Deschamps J. explained that a “trustee is not personally bound by the bankrupt’s obligations” (para. 91). She noted that trustees are protected by the provisions that confer immunity upon them, including s. 14.06 (1.2), (2) and (4).

[86] Although the dissenting reasons focus on the source of the “disclaimer” power in s. 14.06(4), nothing in this case turns on either the source of the “disclaimer” power or on whether GTL successfully “disclaimed” the Renounced Assets. I would note that, while the dissenting reasons rely on a purported common law power of “disclaimer”, the Court has been referred to no cases — and the dissenting reasons have cited none — demonstrating the existence of a common law power allowing trustees to “disclaim” *real property*. In any case, regardless of the source of the “disclaimer” power, nothing in s. 14.06(4) suggests that, where a trustee does “disclaim” real property, the result is that it is simply free to walk away from the environmental orders applicable to it. Quite the contrary — the provision is clear that, where an environmental order has been made,

dispositions aussi intimement liées et leur attribue pourtant des sens différents. En conséquence, le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle en sa qualité officielle de représentant de l’actif du failli lorsqu’il invoque le par. 14.06(4).

[85] Avant le présent litige, la jurisprudence sur l’art. 14.06 était relativement peu abondante. Notre Cour a cependant examiné le régime de l’art. 14.06 une fois auparavant, dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123. Dans cet arrêt, les commentaires de la majorité et de la juge dissidente étayaient ma conclusion selon laquelle le par. 14.06(4) ne porte que sur la responsabilité personnelle des syndics. La juge Abella a expliqué, au nom des juges majoritaires, que « lorsque le législateur a voulu protéger les syndics ou les séquestres contre certains recours, il l’a fait explicitement » (par. 67). À titre d’exemples de manifestation de ce principe, elle a cité le par. 14.06(1.2) et, notamment pour les fins qui nous occupent, le par. 14.06(4), qu’elle a décrits ainsi : « protection du syndic dans certaines circonstances contre les ordonnances en matière environnementale » (par. 67). Dans ses motifs dissidents, la juge Deschamps a expliqué que le « [syndic] n’est pas tenu personnellement aux obligations du failli » (par. 91). Elle a signalé que les syndics étaient protégés par les dispositions qui leur conféraient une immunité, dont les par. 14.06 (1.2), (2) et (4).

[86] Bien que les motifs dissidents mettent l’accent sur la source du pouvoir de « renonciation » prévu au par. 14.06(4), la présente affaire ne porte aucunement sur la source de ce pouvoir ou sur la question de savoir si GTL a « renoncé » avec succès aux biens faisant l’objet de la renonciation. Je me contente de signaler brièvement que, même si les juges dissidents s’appuient sur un supposé pouvoir de « renonciation » en common law, les parties n’ont renvoyé à la Cour aucune décision — et les juges dissidents n’en ont cité aucune — attestant l’existence d’un pouvoir en common law qui permet au syndic de « renoncer » à un *bien réel*. Quoi qu’il en soit, peu importe la source de ce pouvoir, rien dans le par. 14.06(4) ne donne à penser que le syndic « renonçant » à des biens réels peut tout simplement se soustraire aux ordonnances

the result of an act of “disclaimer” is the cessation of personal liability. No effect of “disclaimer” on the liability of the bankrupt estate is specified. Had Parliament intended to empower trustees to walk away entirely from assets subject to environmental liabilities, it could easily have said so.

[87] Additionally, as I have mentioned, s. 14.06(4)’s scope is not narrowed to a “disclaimer” in its formal sense. Under s. 14.06(4)(a)(ii), a trustee is not personally liable for an environmental order where the trustee “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”. This appeal does not, however, require us to decide what constitutes abandoning, disposing of or otherwise releasing real property for the purpose of s. 14.06(4), and I therefore leave the resolution of this question for another day. Nor does this appeal require us to decide the effects of a successful divestiture under s. 20 of the *BIA*. Section 20 of the *BIA* was not raised or relied upon by GTL as providing it with the authority to walk away from all responsibility, obligation or liability regarding the Renounced Assets.

[88] The dissenting reasons argue that certain other parts of the s. 14.06 scheme make the most sense if s. 14.06(4) limits estate liability. Other than s. 14.06(2), none of these provisions is in issue in this litigation, and none of them was relied on by GTL. Regardless, in view of the clear and unambiguous wording of s. 14.06(4), less weight should be given to its statutory context. This is particularly so given that the proposed alternative interpretation would require the Court to read words such as “personally” out of the subsection. As has been noted, when the words of a provision are precise and unequivocal, their ordinary meaning plays a dominant role in the interpretive process (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). Ultimately, the consequences of a trustee’s “disclaimer” are clear — protection from personal liability, not from estate liability. There is no ambiguity on the face of s. 14.06(4). This Court has no

environnementales qui s’appliquent à eux. Bien au contraire, la disposition prévoit clairement que, si une ordonnance environnementale a été rendue, la « renonciation » emporte la cessation de la responsabilité personnelle. On ne fait état d’aucun effet de la renonciation sur la responsabilité de l’actif du failli. Si le Parlement avait voulu investir les syndics du pouvoir de délaisser entièrement les biens visés par des engagements environnementaux, il aurait pu le faire aisément.

[87] En outre, comme je l’ai mentionné, le par. 14.06(4) ne vise pas uniquement la « renonciation » au sens formel. D’après le sous-al. 14.06(4)(a)(ii), le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale lorsqu’il « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit ». Le présent pourvoi ne nous oblige cependant pas à décider ce qui constitue l’abandon, la disposition ou le dessaisissement d’un bien réel pour l’application du par. 14.06(4), et je remets le règlement de ce point à une autre occasion. Le pourvoi ne nous oblige pas non plus à décider des effets d’une renonciation réussie en vertu de l’art. 20 de la LFI. GTL n’a pas invoqué cet article ni soutenu qu’il lui accordait le pouvoir d’abandonner toute responsabilité ou obligation ou tout engagement applicable aux biens faisant l’objet de la renonciation.

[88] D’après les juges dissidents, d’autres parties du régime de l’art. 14.06 sont plus sensées si le par. 14.06(4) limite la responsabilité de l’actif. À l’exception du par. 14.06(2), aucune de ces dispositions n’était en litige dans la présente affaire et aucune d’elles n’a été invoquée par GTL. Quoi qu’il en soit, étant donné le libellé clair et sans équivoque de ce paragraphe, le poids à accorder à son contexte législatif est amoindri. Cela est d’autant plus vrai que l’autre interprétation proposée obligerait la Cour à écarter des mots comme « personnelle » du paragraphe. Tel qu’il a été mentionné, lorsque le libellé d’une disposition est précis et sans équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). En dernière analyse, les conséquences de la « renonciation » du syndic sont claires : l’immunité contre la responsabilité personnelle, et non celle de l’actif.

option other than to accede to the clear intention of Parliament.

[89] I turn now to the relationship between s. 14.06(2) and (4).

(b) *How Section 14.06(4) Is Distinguishable From Section 14.06(2)*

[90] In this case, GTL relied solely on s. 14.06(4) in purporting to “disclaim” the Renounced Assets. However, as I will explain, GTL is fully protected from personal liability for the environmental liabilities associated with those assets whether it is understood as having “disclaimed” the Renounced Assets or not. However, it cannot simply “walk away” from the Renounced Assets in either case.

[91] Regardless of whether GTL can access s. 14.06(4) (in other words, regardless of whether it has “disclaimed”), it is already fully protected from personal liability in respect of environmental matters by s. 14.06(2). Section 14.06(2) protects trustees from personal liability for “any environmental condition that arose or environmental damage that occurred”, unless it is established that the condition arose or the damage occurred after the trustee’s appointment and as a result of their gross negligence or wilful misconduct. In this case, it is not disputed that the environmental condition or damage leading to the Abandonment Orders arose or occurred prior to GTL’s appointment. Section 14.06(2) provides trustees with protection from personal liability as broad as that provided by s. 14.06(4). Although, on the face of the provisions, there are two ways in which s. 14.06(4) may appear to offer broader protection, neither of them withstands closer examination.

[92] First, the Regulator submits that the protection offered by s. 14.06(4) should be distinguished from that offered by s. 14.06(2) on the basis that the former is concerned with orders while the latter is concerned with environmental obligations generally. I agree with the dissenting reasons that a persuasive distinction cannot be drawn between liability for an environmental condition or environmental damage

Le paragraphe 14.06(4) ne souffre à première vue d’aucune ambiguïté. Notre Cour n’a d’autre choix que d’accéder à l’intention manifeste du Parlement.

[89] Je passe maintenant au rapport entre les par. 14.06(2) et (4).

b) *La manière dont le par. 14.06(4) se distingue du par. 14.06(2)*

[90] En l’espèce, GTL s’est fondé uniquement sur le par. 14.06(4) pour prétendre « renoncer » aux biens faisant l’objet de la renonciation. Or, comme je l’expliquerai, que l’on considère ou non que GTL a « renoncé » aux biens en question, il est entièrement protégé contre toute responsabilité personnelle à l’égard des engagements environnementaux associés à ces biens. Toutefois, il ne peut tout simplement pas les « délaisser » dans un cas comme dans l’autre.

[91] Que GTL puisse ou non se prévaloir du par. 14.06(4) (autrement dit, qu’il ait « renoncé » ou non aux biens en question), il est déjà entièrement à l’abri de toute responsabilité personnelle en matière environnementale par application du par. 14.06(2). Ce paragraphe dégage les syndics de toute responsabilité personnelle découlant de « tout fait ou dommage lié à l’environnement », sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée après sa nomination. En l’espèce, personne ne conteste que le fait ou dommage lié à l’environnement à l’origine des ordonnances d’abandon est survenu avant la nomination de GTL. Le paragraphe 14.06(2) offre aux syndics une protection contre toute responsabilité personnelle aussi large que celle fournie par le par. 14.06(4). Bien qu’à la lecture des dispositions, le par. 14.06(4) semble offrir de deux manières une protection plus large, aucune d’entre elles ne résiste à un examen plus approfondi.

[92] En premier lieu, l’organisme de réglementation soutient qu’il y a lieu de distinguer la protection offerte par le par. 14.06(4) de celle accordée par le par. 14.06(2) car le premier concerne les « ordonnances » tandis que le deuxième intéresse les obligations environnementales en général. Je conviens avec les juges dissidents qu’il est impossible d’établir une distinction convaincante entre la responsabilité d’un

(purportedly covered by s. 14.06(2)) and liability for failure to comply with an order to remedy such a condition or such damage (purportedly covered by s. 14.06(4)). As the dissenting reasons note, “[t]his distinction is entirely artificial” (para. 212). The underlying liability addressed through environmental orders is the liability provided for in s. 14.06(2): an “environmental condition that arose or environmental damage that occurred”. Second, on the face of s. 14.06(4), no exceptions are carved out for gross negligence or wilful misconduct post-appointment, unlike in s. 14.06(2). However, s. 14.06(4) is expressly made “subject to subsection (2)”. I agree with the dissenting reasons that the only possible interpretation of this proviso is that, where the trustee has caused an environmental condition or environmental damage through its wilful misconduct or gross negligence, the trustee will still be personally liable, regardless of its reliance on s. 14.06(4).

[93] It follows that s. 14.06(4) does not provide trustees with protection from personal liability any broader than the protection provided by s. 14.06(2). Despite this, in my view, Parliament had good reasons for enacting s. 14.06(4) in 1997. The first was to make it clear to trustees that they had complete protection from personal liability in respect of environmental conditions and damage (absent wilful misconduct or gross negligence), especially in situations where they have “disclaimed”. The Hansard evidence shows that one of the impetuses for the 1997 reforms was the desire of trustees for further certainty. The second was to clarify the effect of a trustee’s “disclaimer”, on the liability of the *bankrupt estate* for orders to remedy an environmental condition or damage. In other words, s. 14.06(4) makes it clear not just that a trustee who “disclaims” real property is exempt from personal liability under environmental orders applicable to that property, but also that the liability of the bankrupt estate is unaffected by such “disclaimer”.

fait ou dommage lié à l’environnement (prétendument visé par le par. 14.06(2)) et celle découlant du non-respect d’une ordonnance de réparation du fait ou dommage en question (prétendument visé par le par. 14.06(4)). Comme l’indiquent les motifs dissidents, « [c]ette distinction est tout à fait artificielle » (par. 212). La responsabilité sous-jacente sur laquelle portent les ordonnances environnementales découle du « fait ou dommage lié à l’environnement » et est prévue au par. 14.06(2). En second lieu, à la lecture du par. 14.06(4), celui-ci ne prévoit aucune exception pour négligence grave ou conduite délibérée après la nomination, contrairement au par. 14.06(2). Le paragraphe 14.06(4) s’applique toutefois expressément « sous réserve du paragraphe (2) ». Je suis d’accord avec les juges dissidents pour dire que, d’après la seule interprétation que l’on peut donner à cette disposition, le syndic ayant causé un fait ou un dommage lié à l’environnement par son conduite délibérée ou sa négligence grave engagerait toujours sa responsabilité personnelle même s’il invoque le par. 14.06(4).

[93] Ainsi, le par. 14.06(4) n’offre pas aux syndicats une protection contre la responsabilité personnelle plus large que celle fournie par le par. 14.06(2). Malgré cela, j’estime que le Parlement avait de bonnes raisons d’adopter le par. 14.06(4) en 1997. La première était de préciser aux syndicats qu’ils étaient entièrement dégagés de toute responsabilité personnelle à l’égard des faits et dommages liés à l’environnement (en l’absence d’inconduite délibérée ou de négligence grave), surtout dans des cas où ils ont « renoncé » à des biens. Les débats parlementaires indiquent que la réforme de 1997 prenait sa source notamment dans le vœu des syndicats d’obtenir une certitude accrue. La réforme visait aussi à clarifier l’effet qu’a la « renonciation » d’un syndic sur la responsabilité de l’*actif du failli* relativement aux ordonnances de réparation d’un fait ou dommage lié à l’environnement. En d’autres termes, il ressort du par. 14.06(4) non seulement que le syndic « renonçant » à des biens réels échappe à toute responsabilité personnelle à l’égard des ordonnances environnementales qui visent ces biens, mais aussi que pareille renonciation n’a aucune incidence sur la responsabilité de l’actif du failli.

[94] In 1992, Parliament turned its attention to the potential liability of trustees in the environmental context and enacted s. 14.06(2). The provision originally stated that trustees were protected from personal liability for any environmental condition that arose or any environmental damage that occurred “(a) before [their] appointment . . . or (b) after their appointment except where the condition arose or the damage occurred as a result of their failure to exercise due diligence”. The Hansard evidence demonstrates that trustees were unhappy with the original language of s. 14.06(2). As Mr. Hains explained, they complained that the due diligence standard was “too vague. No one knows what it does and it may vary from one case to another. With the vagueness of the standard and what may be required to satisfy it, and with the risk of personal liability, the trustees were not even interested in investigating how they might exercise due diligence” (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at pp. 15-16).

[95] As a result, Parliament made reforms to the *BIA* in 1997. These reforms not only changed the standard of protection offered to trustees by s. 14.06(2) by adopting the current language, but also introduced s. 14.06(4). As is evident from their shared language, the provisions were intended to work together to clarify a trustee’s protection from personal liability for any environmental condition or damage. Section 14.06(4) provided the certainty that trustees had been seeking in the years prior to 1997. For the first time, it explicitly linked the concept of “disclaimer” to the scheme protecting trustees from environmental liability. Whether it is understood as a common law power or as a reference to other statutory provisions, the concept of “disclaimer” predates s. 14.06(4) itself, as well as the 1992 version of s. 14.06(2). “Disclaimer” is also applicable in other contexts, such as in relation to executory contracts, as discussed in *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328.

[94] En 1992, le Parlement s’est penché sur la responsabilité potentielle des syndics en matière environnementale et a édicté le par. 14.06(2). Cette disposition prévoyait au départ que le syndic était dégagé de toute responsabilité personnelle découlant d’un fait ou dommage lié à l’environnement survenu « a) avant sa nomination [. . .]; ou b) après sa nomination, sauf d’un fait ou dommage causé par son omission d’agir avec la prudence voulue ». Il appert des débats parlementaires que les syndics étaient insatisfaits du libellé initial du par. 14.06(2). Comme l’explique M. Hains, ils se sont plaints que la norme de diligence raisonnable était « trop vague. Nul ne sait comment l’interpréter, et les interprétations peuvent varier d’une affaire à l’autre. Étant donné le libellé trop vague de la norme, le fait que l’on ignore ce qu’il faut faire pour y satisfaire et le risque de responsabilité personnelle, les syndics ne cherchaient même pas à savoir de quelle manière ils pourraient faire preuve de diligence raisonnable. » (*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 15-16).

[95] En conséquence, le Parlement a réformé la *LFI* en 1997. Cette réforme a non seulement modifié la norme visant la protection que le par. 14.06(2) offre aux syndics par l’adoption du texte actuel, mais elle a aussi introduit le par. 14.06(4). Comme le montrent à l’évidence les termes qu’ils ont en commun, les dispositions étaient censées s’appliquer ensemble pour clarifier l’immunité de responsabilité personnelle dont bénéficient les syndics à l’égard de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Le paragraphe 14.06(4) leur offre la certitude qu’ils recherchaient avant 1997. Pour la première fois, il établissait en termes exprès un lien entre la notion de « renonciation » et le régime dégageant les syndics de toute responsabilité environnementale. Qu’on le voit comme un pouvoir de common law ou un renvoi à d’autres dispositions légales, le concept de « renonciation » précède le par. 14.06(4) lui-même ainsi que la version de 1992 du par. 14.06(2). Il peut aussi y avoir « renonciation » dans différents contextes, tel celui des contrats exécutoires étudiés dans *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328.

[96] Prior to 1997, the effects of a “disclaimer” of real property on environmental liability was unclear. In particular, it was unclear what effect “disclaimer” might have on the liability of the bankrupt estate, given that environmental legislation imposed liability based on the achievement of the status of owner, party in control or licensee (see J. Klimek, *Insolvency and Environment Liability* (1994), at p. 4-19). By enacting s. 14.06(4), Parliament clarified that the effect of the “disclaimer” of real property was to limit the personal liability of the trustee for orders to remedy any environmental condition or damage, but not to limit the liability of the bankrupt estate. Parliament could have merely updated the language of s. 14.06(2) in 1997, but this would have left the question of “disclaimer” and estate liability unaddressed. Knowledge of the impact of “disclaimer” could be important to a trustee who is deciding whether to accept a mandate. Section 14.06(4) thus went a considerable way towards resolving the vagueness of which trustees had complained prior to 1997.

[97] A notable aspect of the scheme crafted by Parliament is that s. 14.06(4) applies “[n]otwithstanding anything in any federal or provincial law”. In enacting s. 14.06(4), Parliament specified the effect of the “disclaimer” of real property solely in the context of *environmental orders*. The effect of “disclaimer” on liability in other contexts was not addressed. Parliament was concerned with orders to remedy any environmental condition or damage, where, liability frequently attaches based on the status of owner, party in control, or licensee. Parliament did not want trustees to think that they could avoid the estate’s environmental liability through the act of “disclaiming”. Accordingly, it used specific language indicating that the effect of the “disclaimer” of real property on orders to remedy an environmental condition or damage is merely that the trustee is not personally liable. It is possible that the effect of “disclaimer” on the liability of the bankrupt estate might be different in other contexts.

[96] Avant 1997, on ne savait pas quels effets la « renonciation » à des biens réels avait sur la responsabilité environnementale. Plus précisément, on ne connaissait pas l’effet que pouvait avoir la renonciation sur la responsabilité de l’actif du failli, vu que la législation environnementale imposait une responsabilité fondée sur l’acquisition du statut de propriétaire, de partie en possession du bien ou de titulaire de permis (voir J. Klimek, *Insolvency and Environment Liability* (1994), p. 4-19). En adoptant le par. 14.06(4), le Parlement a précisé que la « renonciation » à des biens réels avait pour effet de limiter la responsabilité personnelle du syndic, et non celle de l’actif du failli, aux ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Le Parlement aurait pu se contenter d’actualiser le texte du par. 14.06(2) en 1997, mais cela aurait laissé en suspens la question de la « renonciation » et de la responsabilité de l’actif. La connaissance de l’incidence de la « renonciation » pourrait avoir de l’importance pour le syndic qui décide d’accepter ou non un mandat. Le paragraphe 14.06(4) a donc dissipé considérablement l’imprécision dont se plaignaient les syndics avant 1997.

[97] Un aspect digne de mention du régime conçu par le Parlement est l’application du par. 14.06(4) « [p]ar dérogation au droit fédéral et provincial ». En adoptant ce paragraphe, le Parlement a précisé l’effet de la « renonciation » à des biens réels uniquement dans le contexte des *ordonnances environnementales*. L’effet de la « renonciation » sur la responsabilité dans d’autres contextes n’a pas été abordé. Le Parlement se souciait des ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement où la responsabilité est fréquemment engagée en raison du statut de propriétaire, de partie ayant le contrôle du bien ou de titulaire de permis. Le Parlement ne voulait pas que les syndics croient pouvoir échapper à la responsabilité environnementale de l’actif par la « renonciation ». Il a donc utilisé des termes précis pour indiquer que le seul effet de la « renonciation » à des biens réels sur des ordonnances de réparation d’un fait ou dommage lié à l’environnement est que le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle. Il se peut que la « renonciation » ait un effet différent sur la responsabilité de l’actif du failli dans d’autres contextes.

[98] Section 14.06(4) thus makes it clear that “disclaimer” by the trustee has no effect on the bankrupt estate’s continuing liability for orders to remedy any environmental condition or damage. The liability of the bankrupt estate is, of course, an issue with which s. 14.06(2) is absolutely unconcerned. Thus, it can be seen that s. 14.06(4) and s. 14.06(2) are not in fact the same — they may provide trustees with the same protection from personal liability, but only the former has any relevance to the question of estate liability. Section 14.06(2) protects trustees without having to be invoked by them — it does not speak to the results of a trustee’s “disclaimer”.

[99] Where a trustee has “disclaimed” real property, it is not personally liable under an environmental order applicable to that property, but the bankrupt estate itself remains liable. Of course, the fact that the bankrupt estate remains liable even where a trustee invokes s. 14.06(4) does not necessarily mean that the trustee must comply with environmental obligations in priority to all other claims. The priority of an environmental claim depends on the proper application of the *Abitibi* test, as I will discuss below.

[100] Accordingly, regardless of whether GTL is properly understood as having “disclaimed”, the result is the same. Given that the environmental condition or damage arose or occurred prior to GTL’s appointment, it is fully protected from personal liability by s. 14.06(2). However, “disclaimer” does not empower a trustee to simply walk away from the “disclaimed” assets when the bankrupt estate has been ordered to remedy any environmental condition or damage. The environmental liability of the bankrupt estate remains unaffected.

[101] I offer the following brief comment on the balance of the s. 14.06 scheme, although, as mentioned, none of those provision is actually in issue before this Court. The dissenting reasons argue that interpreting s. 14.06(4) as being concerned solely with the personal liability of trustees creates interpretive issues with the balance of the s. 14.06 scheme.

[98] Le paragraphe 14.06(4) établit donc clairement que la « renonciation » du syndic n’a aucun effet sur la responsabilité continue de l’*actif du failli* pour ce qui est des ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Bien entendu, il n’est absolument pas question de la responsabilité de l’actif du failli au par. 14.06(2). Ainsi, on constate que les par. 14.06(4) et (2) sont effectivement différents : ils fournissent peut-être aux syndics la même protection contre la responsabilité personnelle, mais seul le premier se rapporte à la responsabilité de l’actif. Le paragraphe 14.06(2) protège les syndics sans qu’ils aient à l’invoquer; il est muet sur les résultats de la « renonciation » d’un syndic.

[99] Le syndic ayant « renoncé » à des biens réels est dégagé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale applicable à ces biens, mais l’actif du failli lui-même demeure responsable. Bien sûr, le fait que la responsabilité de l’actif du failli demeure engagée même lorsque le syndic invoque le par. 14.06(4) ne veut pas nécessairement dire que le syndic doit respecter les obligations environnementales et qu’elles ont priorité sur toutes les autres réclamations. La priorité d’une réclamation environnementale dépend de la bonne application du critère d’*Abitibi*, comme je l’expliquerai plus loin.

[100] En conséquence, peu importe si l’on considère que GTL a « renoncé » ou non à des biens, le résultat est le même. Puisque le fait ou dommage lié à l’environnement est survenu avant la nomination de GTL, ce dernier est entièrement protégé contre toute responsabilité personnelle par le par. 14.06(2). En revanche, la « renonciation » n’habilite pas le syndic à tout simplement délaisser les biens faisant l’objet de la renonciation quand on l’enjoint à réparer un fait ou dommage lié à l’environnement. La responsabilité environnementale de l’actif du failli demeure inchangée.

[101] J’aimerais faire de brèves observations sur le reste du régime de l’art. 14.06 même si, comme je l’ai mentionné, aucune de ces dispositions n’est de fait en litige devant notre Cour. Les juges dissidents soutiennent que l’on créerait des problèmes d’interprétation avec le reste du régime de l’art. 14.06 si on interprétait le par. 14.06(4) comme visant uniquement

In my view, this is not a reason to ignore the plain meaning of s. 14.06(4). No principle of statutory interpretation requires that the plain meaning of a provision be contorted to make its scheme more coherent. This Court has been tasked with interpreting s. 14.06(4), and, in my view, the wording of s. 14.06(4) admits of only one interpretation.

(2) There Is No Operational Conflict or Frustration of Purpose Between Section 14.06(2) and Section 14.06(4) of the BIA and the Alberta Regulatory Scheme

[102] The operational conflicts between the *BIA* and the Alberta legislation alleged by GTL arise from its status as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. As I have just demonstrated, s. 14.06(4) does not empower a trustee to walk away from all responsibilities, obligations and liabilities with respect to “disclaimed” assets. Rather, it clarifies a trustee’s protection from environmental personal liability and makes it clear that a trustee’s “disclaimer” does not affect the environmental liability of the bankrupt estate. Regardless of whether GTL effectively “disclaimed” the Renounced Assets, it cannot walk away from them. In light of the proper interpretation of s. 14.06(4), no operational conflict is caused by the fact that, under Alberta law, GTL, as a “licensee”, remains responsible for abandoning the Renounced Assets utilizing the remaining assets of the Redwater estate. Likewise, no operational conflict is caused by the fact that the end-of-life liabilities associated with the Renounced Assets continue to be included in the calculation of Redwater’s LMR.

[103] Thus, regardless of whether it has effectively “disclaimed”, s. 14.06(2) fully protects GTL from personal liability in respect of environmental matters affecting the Redwater estate. GTL notes that, on the face of the *OGCA* and the *Pipeline Act*, there is nothing specifically preventing the Regulator from holding it personally liable as a “licensee” for the costs of carrying out the Abandonment Orders. GTL submits that the mere possibility that it may

la responsabilité personnelle des syndicats. À mon avis, ces difficultés ne justifient pas que l’on fasse abstraction du sens clair du par. 14.06(4). Aucun principe d’interprétation législative ne requiert que l’on déforme le sens clair d’une disposition pour en rendre le régime plus cohérent. Notre Cour s’est vu confier la tâche d’interpréter le par. 14.06(4) et j’estime que son libellé ne permet qu’une seule interprétation.

(2) Il n’y a pas de conflit d’application ni d’entrave à la réalisation d’un objet fédéral entre les par. 14.06(2) et (4) de la LFI et le régime de réglementation de l’Alberta

[102] Les conflits d’application entre la *LFI* et la législation albertaine allégués par GTL résultent de sa qualité de « titulaire de permis » au sens de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*. Comme je viens de le démontrer, le par. 14.06(4) n’investit pas le syndic du pouvoir de se soustraire à l’ensemble des responsabilités, obligations ou engagements à l’égard de biens auxquels il a été « renoncé ». Il clarifie plutôt l’exonération de responsabilité personnelle dont jouit le syndic et précise que sa « renonciation » n’a aucune incidence sur la responsabilité environnementale de l’actif du failli. Que GTL ait bel et bien « renoncé » ou non aux biens faisant l’objet de la renonciation, il ne peut les délaisser. Vu l’interprétation qu’il convient de donner au par. 14.06(4), aucun conflit d’application n’est imputable au fait que, suivant le droit albertain, GTL demeure, en qualité de « titulaire de permis », tenu d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation et d’utiliser les autres éléments de l’actif de Redwater. De même, le fait que les obligations de fin de vie associées aux biens faisant l’objet de la renonciation sont toujours prises en compte dans le calcul de la CGR de Redwater ne donne lieu à aucun conflit d’application.

[103] Donc, qu’il ait « renoncé » effectivement ou non aux biens, GTL est entièrement protégé par le par. 14.06(2) contre toute responsabilité personnelle à l’égard de questions environnementales touchant l’actif de Redwater. GTL signale qu’à première vue, l’*OGCA* et la *Pipeline Act* n’empêchent aucunement en termes exprès l’organisme de réglementation de le tenir personnellement responsable, à titre de « titulaire de permis », du coût d’exécution

be held personally liable for abandonment under the Alberta legislation creates an operational conflict with the protection from personal liability provided by s. 14.06(2) of the *BIA*.

[104] There is no possibility of trustees facing personal liability for reclamation or remediation — they are specifically protected from such liability by the *EPEA*, absent wilful misconduct or gross negligence. GTL is correct that its potential personal liability for abandonment as a “licensee” is not similarly capped at estate assets under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. The Regulator submits that “[w]hile the definition of a licensee does not explicitly provide that the receiver’s liability is limited to assets in the insolvency estate, such federal requirements are obviously read in to the provision and [are] explicitly included in other legislation administered by the [Regulator], namely the [*EPEA*]” (A.F., at para. 104 (footnote omitted)). For its part, GTL says that it is no answer that the Regulator’s practice is to impose liability only up to the value of the estate because, as ATB argues, without a specific statutory provision, “[p]ractices can change without notice” (ATB’s factum, at para. 106).

[105] I reject the proposition that the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act* should be rendered inoperative by the mere theoretical possibility of a conflict with s. 14.06(2). Such an outcome would be inconsistent with the principle of restraint which underlies paramountcy, as well as with the principles of cooperative federalism. The inclusion of trustees in the definition of “licensee” is an important part of the Alberta regulatory regime. It confers on them the privilege of operating the licensed assets of bankrupts while also ensuring that insolvency professionals are regulated during the lengthy periods of time when they manage oil and gas assets.

des ordonnances d’abandon. Toujours selon GTL, la simple possibilité que la législation albertaine l’oblige à effectuer l’abandon crée un conflit d’application avec l’exonération de responsabilité personnelle qu’accorde le par. 14.06(2) de la *LFI*.

[104] Les syndics ne peuvent être personnellement tenus de remplir des obligations de remise en état ou de décontamination — ils sont expressément exonérés de cette responsabilité par l’*EPEA* en l’absence d’inconduite délibérée ou de négligence grave de leur part. GTL a raison de dire que son éventuelle obligation, en tant que « titulaire de permis », de procéder à l’abandon n’est pas, de façon similaire, limitée aux éléments de l’actif en application de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*. L’organisme de réglementation fait valoir que, [TRADUCTION] « [b]ien que la définition de “titulaire de permis” ne prévoit pas explicitement que la responsabilité du séquestre se limite aux éléments de l’actif du failli, cette exigence fédérale figure manifestement par interprétation dans la disposition et est explicitement prévue dans une autre loi, à savoir [l’*EPEA*], qu’applique [l’organisme de réglementation] » (m.a., par. 104 (note en bas de page omise)). Pour sa part, GTL affirme que la pratique de l’organisme de réglementation de n’imposer une responsabilité que jusqu’à concurrence de la valeur de l’actif ne constitue pas une réponse valable, étant donné que, comme le prétend ATB, faute d’une disposition légale expresse, [TRADUCTION] « [l]es pratiques peuvent changer sans préavis » (mémoire d’ATB, par. 106).

[105] Je rejette la proposition selon laquelle l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act* devrait être déclaré inopérant en raison de la simple possibilité théorique de conflit avec le par. 14.06(2). Une telle issue serait incompatible avec le principe de la retenue qui sous-tend celui de la prépondérance fédérale, ainsi qu’avec le principe du fédéralisme coopératif. L’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » constitue un aspect important du régime de réglementation albertain. Il leur confère le privilège d’exploiter les biens des faillis qui sont visés par des permis, tout en s’assurant que les professionnels de l’insolvabilité sont encadrés au cours des longues périodes pendant lesquelles ils gèrent les biens pétroliers et gaziers.

[106] Importantly, the situation in this case is completely different from the one before the Court in *Moloney*. In that case, Gascon J. rejected the argument that there was no operational conflict because the bankrupt could voluntarily pay a provincial debt post discharge or could choose not to drive. He noted that “the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the respondent can comply with both laws by renouncing the protection afforded to him or her under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law” (para. 60). In the instant case, GTL retains both the protection afforded to it under the federal law (no personal liability) and the privilege to which it is entitled under the provincial law (ability to operate the bankrupt’s assets in a regulated industry). GTL is not being asked to forego doing anything or to voluntarily pay anything. Nor is it urged that the Regulator could avoid conflict by declining to apply the impugned law during bankruptcy, as in *Moloney*, at para. 69. This is not a situation in which the Regulator might decline to apply the provincial law, but a situation in which the provincial law can be — and has been — applied during bankruptcy without conflict.

[107] According to the evidence in this case, the *OGCA* and the *Pipeline Act* have included trustees in the definition of “licensee” for 20 years now, and, in that time, the Regulator has never attempted to hold a trustee personally liable. The Regulator does not look beyond the assets remaining in the bankrupt estate in seeking compliance with the bankrupt’s environmental obligations. If the Regulator were to attempt to hold GTL personally liable under the Abandonment Orders, this would create an operational conflict between the *OGCA* and the *Pipeline Act*, and s. 14.06(2) of the *BIA*, rendering the former two Acts inoperative to the extent of the conflict. As it stands, however, GTL can both be protected from personal liability by s. 14.06(2) and comply with the Alberta regime in administering the Redwater estate as a “licensee”.

[106] Fait important, la situation en l’espèce est complètement différente de celle dont a été saisie notre Cour dans *Moloney*. Dans cette affaire, le juge Gascon a rejeté l’argument selon lequel il n’y avait pas de conflit d’application parce que le failli pouvait volontairement payer une dette provinciale postérieure à la libération ou choisir de ne pas conduire. Le juge Gascon a signalé que « l’analyse relative au conflit d’application ne saurait se limiter à la question de savoir si l’intimé peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale » (par. 60). Dans l’affaire qui nous occupe, GTL conserve à la fois la protection que lui confère la loi fédérale (aucune responsabilité personnelle) et le privilège auquel il a droit en vertu de la loi provinciale (faculté d’exploiter l’actif du failli dans une industrie réglementée). On ne demande pas à GTL de renoncer à faire quelque chose ni de payer volontairement quoi que ce soit. On ne soutient pas non plus que l’organisme de réglementation puisse éviter le conflit en refusant d’appliquer les mesures législatives contestées pendant la faillite (comme dans *Moloney*, par. 69). Nous ne sommes pas en présence d’une situation où l’organisme de réglementation pourrait refuser d’appliquer la loi provinciale, mais d’une situation où la loi provinciale peut être appliquée — et l’a été — pendant la faillite sans qu’il y ait de conflit.

[107] Selon la preuve produite en l’espèce, les définitions de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act* incluent depuis une vingtaine d’années les syndicats et, durant cette période, l’organisme de réglementation n’a jamais essayé d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic. L’organisme de réglementation ne va pas au-delà des éléments qui font encore partie de l’actif du failli en recherchant le respect de ses obligations environnementales. Si l’organisme de réglementation devait tenter d’obliger personnellement GTL à se conformer aux ordonnances d’abandon, cela engendrerait un conflit d’application entre, d’une part, l’*OGCA* et la *Pipeline Act* et, d’autre part, le par. 14.06(2) de la *LFI*, ce qui rendrait les deux premières lois inopérantes dans la mesure de ce conflit. Or, à l’heure actuelle, GTL peut à la fois être dégagé de toute responsabilité personnelle en vertu du par. 14.06(2) et respecter le régime albertain en administrant l’actif de Redwater à titre de « titulaire de permis ».

[108] The suggestion, in the dissenting reasons, that the Regulator is seeking to hold GTL personally liable is untrue. No one disputes that significant value remains in the Redwater estate. Although the Regulator's entitlement is, of course, dependent on the priorities established by the *BIA*, the history of this regulatory system demonstrates that there are ways for the Regulator to access that value without holding GTL personally liable. It is not this Court's role to mandate a particular mechanism for the Regulator to achieve that end. Even if this was not the case, the fact that Redwater's assets have already been sold and are currently being held in trust means that personal liability is no longer a concern. There is no operational conflict.

[109] I turn now to frustration of purpose. The chambers judge identified a number of purposes of s. 14.06 in his reasons. GTL relies on three of them, namely: "limit[ing] the liability of insolvency professionals, so that they will accept mandates despite environmental issues"; "reduc[ing] the number of abandoned sites in the country"; and "permit[ing] receivers and trustees to make rational economic assessments of the costs of remedying environmental conditions, and giv[ing] receivers and trustees the discretion to determine whether to comply with orders to remediate property affected by these conditions" (chambers judge's reasons, at paras. 128-29).

[110] The burden is on GTL to establish the specific purposes of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) if it wishes to demonstrate a conflict. This has been described as a "high" burden, requiring "[c]lear proof of purpose" (*Lemare*, at para. 26). In my view, based on the plain wording of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) (a "trustee is not personally liable") and the *Hansard* evidence, it is evident that the purpose of these provisions is to protect trustees from personal liability in respect of environmental matters affecting the estates they are administering.

[108] La suggestion faite dans les motifs dissidents selon laquelle l'organisme de réglementation tente d'engager la responsabilité personnelle de GTL est inexacte. Personne ne conteste que l'actif de Redwater a toujours une grande valeur. Bien que le droit de l'organisme de réglementation soit naturellement tributaire des priorités établies par la *LFI*, l'historique du régime de réglementation en cause démontre que l'organisme de réglementation dispose de moyens pour obtenir cette valeur sans engager la responsabilité personnelle de GTL. Il n'appartient pas à notre Cour de prescrire un mécanisme en particulier à cette fin. Même si ce n'était pas le cas, le fait que les biens de Redwater ont déjà été vendus et qu'ils sont actuellement détenus en fiducie signifie que la responsabilité personnelle ne pose plus problème. Il n'y a pas de conflit d'application.

[109] Je me penche maintenant sur l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Le juge siégeant en cabinet a relevé dans ses motifs un certain nombre d'objets de l'art. 14.06. GTL s'appuie sur trois d'entre eux, à savoir : [TRADUCTION] « limiter la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité, afin qu'ils acceptent des mandats en dépit des problèmes environnementaux »; « réduire le nombre de sites délaissés dans le pays »; et « permettre aux séquestres et aux syndic de procéder à des évaluations économiques rationnelles des coûts de réparation des faits liés à l'environnement, et donner aux séquestres ainsi qu'aux syndic le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y a lieu de se conformer aux ordonnances de décontamination des biens touchés par ces faits » (motifs du juge siégeant en cabinet, par. 128-129).

[110] Il incombe à GTL d'établir les objectifs précis des par. 14.06(2) et (4) s'il souhaite démontrer qu'il y a conflit. Notre Cour a qualifié ce fardeau d'« élevé » et ajouté qu'il faut « une preuve claire de l'objet » (*Lemare*, par. 26). À mon avis, compte tenu du libellé clair des par. 14.06(2) et (4) (« le syndic est, ès qualité, dégagé de toute responsabilité personnelle ») et des débats parlementaires, l'objectif de ces dispositions est manifestement de dégager les syndic de toute responsabilité personnelle à l'égard de questions environnementales touchant l'actif qu'ils administrent.

[111] This purpose is not frustrated by the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. The Regulator’s position is that it would never attempt to hold a trustee personally liable. Trustees have been considered licensees under these Acts for over 20 years, and they have yet to face the scourge of personal liability. To find an essential part of Alberta’s regulatory regime inoperative based on the theoretical possibility of frustration of purpose would be inconsistent with the principles of paramountcy and cooperative federalism. To date, Alberta’s regulatory regime has functioned as intended without frustrating the purpose of s. 14.06(2) or s. 14.06(4) of the *BIA*.

[112] In arguing that s. 14.06 has the broader goals of reducing the number of abandoned sites (in the non-technical sense of “abandoned”) and encouraging trustees to accept mandates, GTL relies on what it calls “the available extrinsic evidence and the actual words and structure of that section” (GTL’s factum, at para. 91). In my view, the arguments it advances are insufficient for GTL to meet its high burden and demonstrate that the purpose of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) should be defined as including these broader objectives. Reducing the number of unaddressed sites and encouraging trustees to accept mandates may be positive side effects of s. 14.06(2) and s. 14.06(4), but it is a stretch to see them as the purpose of the provisions. Like the provision at issue in *Lemare*, it is more plausible that they serve a “simple and narrow purpose” (para. 45).

[113] Regardless, even if it is assumed that such broader goals are part of the purpose of s. 14.06(2) and s. 14.06(4), the evidence does not show that they are frustrated by the inclusion of trustees in the statutory definition of “licensee”. Relying on statements made by GTL in the Second Report, ATB asserts that, if trustees continue to be considered licensees and if environmental claims continue to be binding on estates, then, in situations akin to that of the Redwater insolvency, trustees will refuse to accept appointments. The fact that, prior to this litigation, it had been settled in Alberta since at least

[111] Cet objectif n’est pas été entravé par l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. L’organisme de réglementation a soutenu qu’il n’essaierait jamais d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic. Les syndics sont considérés comme des « titulaires de permis » dans ces lois depuis plus de 20 ans et ils n’ont pas encore été confrontés au fléau de la responsabilité personnelle. Déclarer inopérante une partie essentielle du régime de réglementation de l’Alberta en raison de la possibilité théorique d’entrave à un objectif fédéral irait à l’encontre des principes de la prépondérance fédérale et du fédéralisme coopératif. Jusqu’à présent, le régime de réglementation albertain fonctionne de la manière prévue sans entraver l’objectif des par. 14.06(2) ou (4) de la *LFI*.

[112] Pour soutenir que l’art. 14.06 a comme objectif général de réduire le nombre de sites abandonnés (au sens non technique du terme) et d’encourager les syndics à accepter des mandats, GTL se fonde sur ce qu’il appelle [TRADUCTION] « la preuve extrinsèque disponible et le libellé de cette disposition » (mémoire de GTL, par. 91). À mon avis, les arguments qu’il avance ne lui permettent pas de s’acquitter du fardeau élevé qui lui incombe et de démontrer que l’objectif des par. 14.06(2) et (4) devrait être défini de manière à inclure ces objectifs généraux. Réduire le nombre de sites délaissés et encourager les syndics à accepter des mandats peuvent être des effets secondaires positifs des par. 14.06(2) et (4), mais il serait exagéré de dire qu’il s’agit des objectifs de ces dispositions. Comme dans le cas de la disposition en litige dans *Lemare*, il est plus plausible que ces dispositions aient un « simple et restreint » (par. 45).

[113] Quoi qu’il en soit, même si l’on tient pour acquis que les par. 14.06(2) et (4) ont de tels objectifs généraux, la preuve ne démontre pas que la réalisation de ces objectifs est entravée par l’ajout des syndics à la définition légale de « titulaire de permis ». S’appuyant sur des affirmations de GTL dans le Deuxième rapport, ATB prétend que, si les syndics sont toujours considérés comme des « titulaires de permis » et les réclamations environnementales continuent de lier l’actif, les syndics refuseront la nomination dans des situations semblables à celle de l’insolvabilité de Redwater. À cette prétention

Northern Badger that certain ongoing environmental obligations in the oil and gas industry continue to be binding on bankrupt estates must be weighed against this bald allegation. It was also well established that the Regulator would never attempt to hold insolvency professionals personally liable for such obligations. As noted by the Canadian Association of Petroleum Producers, there is nothing to suggest that this well-established state of affairs has led insolvency professionals to refuse to accept appointments or has increased the number of orphaned sites. There is no reason why the Regulator and trustees cannot continue to work together collaboratively, as they have for many years, to ensure that end-of-life obligations are satisfied, while at same time maximizing recovery for creditors.

(3) Conclusion on Section 14.06 of the BIA

[114] There is no conflict between the Alberta legislation and s. 14.06 of the *BIA* that makes the definition of “licensee” in the former inapplicable insofar as it includes GTL. GTL continues to have the responsibilities and duties of a “licensee” to the extent that assets remain in the Redwater estate. Nonetheless, GTL submits that, even if it cannot walk away from the Renounced Assets by invoking s. 14.06(4), the environmental obligations associated with those assets are unsecured claims of the Regulator for the purposes of the *BIA*. GTL says that the order of priorities in the *BIA* requires it to satisfy the claims of Redwater’s secured creditors before the Regulator’s claims, which rank equally with the claims of other unsecured creditors. According to GTL, the Regulator’s attempts to use its statutory powers to prioritize its environmental claims conflict with the *BIA*. I will now consider this alleged conflict, which turns on the *Abitibi* test.

sommaire il faut opposer le fait qu’avant le présent litige, il était établi en Alberta, depuis au moins l’arrêt *Northern Badger*, que certaines obligations environnementales continues dans l’industrie pétrolière et gazière liaient toujours l’actif du failli. Il était aussi bien établi que l’organisme de réglementation n’aurait jamais essayé de tenir les professionnels de l’insolvabilité personnellement responsables de telles obligations. Comme l’a fait remarquer l’Association canadienne des producteurs pétroliers, rien n’indique que cet état de fait bien établi a conduit les professionnels de l’insolvabilité à refuser la nomination ou augmenté le nombre de sites orphelins. Il n’y a aucune raison pour laquelle l’organisme de réglementation et les syndicis ne peuvent pas poursuivre leur collaboration, comme ils le font depuis de nombreuses années, pour assurer le respect des obligations de fin de vie tout en maximisant le recouvrement au profit des créanciers.

(3) Conclusion sur l’art. 14.06 de la LFI

[114] Il n’y a aucun conflit entre la législation albertaine et l’art. 14.06 de la *LFI* par suite duquel la définition de « titulaire de permis » dans la première est inapplicable dans la mesure où elle vise GTL. Ce dernier conserve les responsabilités et obligations d’un « titulaire de permis » tant qu’il reste des éléments dans l’actif de Redwater. GTL plaide néanmoins que, même s’il ne peut délaisser les biens faisant l’objet de la renonciation en invoquant le par. 14.06(4), les obligations environnementales qui y sont associés sont des réclamations non garanties de l’organisme de réglementation pour l’application de la *LFI*. GTL affirme que l’ordre de priorités fixé dans la *LFI* l’oblige à acquitter les réclamations des créanciers garantis de Redwater avant celles de l’organisme de réglementation, lesquelles occupent le même rang que les réclamations des autres créanciers ordinaires. D’après GTL, les tentatives de l’organisme de réglementation d’utiliser les pouvoirs que lui accorde la loi pour faire primer ses réclamations environnementales entrent en conflit avec la *LFI*. Je vais maintenant me pencher sur ce conflit allégué, qui fait intervenir le critère d’*Abitibi*.

C. *The Abitibi Test: Is the Regulator Asserting Claims Provable in Bankruptcy?*

[115] The equitable distribution of the bankrupt's assets is one of the purposes of the *BIA*. It is achieved through the collective proceeding model. Creditors of the bankrupt wishing to enforce a claim provable in bankruptcy must participate in the collective proceeding. Their claims will ultimately have the priority assigned to them by the *BIA*. This ensures that the bankrupt's assets are distributed fairly. This model avoids inefficiency and chaos, thus maximizing global recovery for all creditors. For the collective proceeding model to be viable, creditors with provable claims must not be allowed to enforce them outside the collective proceeding.

[116] It is well established that a provincial law will be rendered inoperative in the context of bankruptcy where the effect of the law is to conflict with, reorder or alter the priorities established by the *BIA*. Both *Martin J.A.* and the chambers judge dealt with the altering of bankruptcy priorities under the frustration of purpose branch of paramountcy. In my view, it could also be plausibly advanced that a provincial law that has the effect of reordering bankruptcy priorities is in operational conflict with the *BIA* — such was the conclusion in *Husky Oil*, at para. 87. For the purposes of this appeal, there is no need to decide which would be the appropriate branch of the paramountcy analysis. Under either branch, the Alberta legislation authorizing the Regulator's use of its disputed powers will be inoperative to the extent that the use of these powers during bankruptcy alters or reorders the priorities established by the *BIA*.

[117] *GTL* says that this is precisely the effect of the obligations imposed on the Redwater estate by the Regulator through the use of its statutory powers, even if it cannot walk away from the Renounced Assets by invoking s. 14.06(4). Parliament has assigned a particular rank to environmental claims

C. *Le critère d'Abitibi : L'organisme de réglementation fait-il valoir des réclamations prouvables en matière de faillite?*

[115] La répartition équitable des biens du failli est l'un des objectifs de la *LFI*. Elle est réalisée par le truchement du modèle de la procédure collective. Les créanciers du failli souhaitant faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite doivent participer à la procédure collective. Leurs réclamations recevront en fin de compte la priorité qui leur a été attribuée par la *LFI*. Cela assure la répartition équitable des biens du failli. Ce modèle évite l'inefficacité et le chaos, maximisant ainsi le recouvrement global au profit de tous les créanciers. Pour que le modèle de la procédure collective soit viable, les créanciers ayant des réclamations prouvables ne doivent pas être autorisés à les faire valoir en dehors de la procédure collective.

[116] Il est bien établi qu'une loi provinciale devient inopérante dans le contexte d'une faillite si elle a pour effet d'entrer en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *LFI*, de le réarranger ou de le modifier. Le juge *Martin* et le juge siégeant en cabinet ont tous les deux traité de la modification des priorités en matière de faillite en fonction du volet « entrave à la réalisation d'un objet fédéral » de la doctrine de la prépondérance. À mon avis, il pourrait aussi être plausiblement avancé qu'une loi provinciale ayant pour effet de réarranger les priorités en matière de faillite est en conflit d'application avec la *LFI*; telle était la conclusion dans *Husky Oil*, au par. 87. Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de décider quel serait le bon volet de l'analyse relative à la prépondérance. Dans l'un ou l'autre volet, la loi albertaine autorisant l'organisme de réglementation à exercer ses pouvoirs contestés sera inopérante, dans la mesure où l'exercice de ces pouvoirs pendant la faillite modifie ou réarrange les priorités établies par la *LFI*.

[117] *GTL* affirme que, même si le fait d'invoquer le par. 14.06(4) ne lui permet pas de délaisser les biens faisant l'objet de la renonciation, les obligations imposées à l'actif de Redwater par l'organisme de réglementation au moyen de l'exercice des pouvoirs que lui confère la loi font exactement cela. Le

that are provable in bankruptcy. It is accepted that the limited super priority for environmental claims created by s. 14.06(7) of the *BIA* does not apply here, and accordingly, says GTL, the Regulator is an ordinary creditor as regards its environmental claims — in other words, neither a secured nor a preferred creditor. The Regulator's environmental claims are thus to be paid rateably with those of Redwater's other ordinary creditors under s. 141 of the *BIA*. GTL argues that, to comply with the Abandonment Orders or LMR requirements, the Redwater estate will have to expend funds prior to distributing its assets to the secured creditors, and that this amounts to the Regulator using its statutory powers to create for itself a priority in bankruptcy to which it is not entitled.

[118] However, only claims provable in bankruptcy must be asserted within the single proceeding. Other claims are not stayed upon bankruptcy and continue to be binding on the estate. In *Abitibi*, this Court clearly stated that not all environmental obligations enforced by a regulator will be claims provable in bankruptcy. As a matter of principle, bankruptcy does not amount to a licence to disregard rules. The Regulator says that it is not asserting any claims provable in the bankruptcy, so the Redwater estate must comply with its environmental obligations, to the extent that assets are available to do so.

[119] The resolution of this issue turns on the proper application of the *Abitibi* test for determining whether a particular regulatory obligation amounts to a claim provable in bankruptcy. To reiterate:

First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. [Emphasis in original; para. 26.]

Parlement a attribué un rang donné aux réclamations environnementales qui sont prouvables en matière de faillite. Il est admis que la superpriorité limitée créée par le par. 14.06(7) de la *LFI* pour les réclamations de cette nature ne s'applique pas en l'espèce et, en conséquence, affirme GTL, l'organisme de réglementation est un créancier ordinaire à l'égard de ces réclamations, c'est-à-dire qu'il n'est ni un créancier garanti ni un créancier privilégié. Les réclamations environnementales de l'organisme de réglementation doivent donc être acquittées au prorata avec celles des autres créanciers ordinaires de Redwater en application de l'art. 141 de la *LFI*. GTL soutient que, pour respecter les ordonnances d'abandon ou les exigences relatives à la CGR, il devra dépenser des fonds avant de partager ses biens entre les créanciers garantis. Cela équivaut, pour l'organisme de réglementation, à utiliser les pouvoirs que lui confère la loi pour se créer une priorité en matière de faillite à laquelle il n'a pas droit.

[118] Toutefois, on doit faire valoir uniquement les réclamations prouvables en matière de faillite dans le cadre de la procédure unique. Les réclamations non prouvables ne sont pas suspendues à la faillite et elles lient toujours l'actif. Dans l'arrêt *Abitibi*, notre Cour a clairement déclaré que les obligations environnementales appliquées par un organisme de réglementation ne sont pas toutes des réclamations prouvables en matière de faillite. En principe, la faillite n'équivaut pas à une autorisation de faire fi des règles. L'organisme de réglementation dit qu'il ne fait valoir aucune réclamation prouvable dans la faillite et que l'actif de Redwater doit respecter ses obligations environnementales dans la mesure des biens dont il dispose.

[119] Le règlement de cette question requiert que l'on applique correctement le critère d'*Abitibi* pour déterminer si une obligation réglementaire précise équivaut à une réclamation prouvable en matière de faillite. Il y a lieu de réitérer ce critère :

Premièrement, on doit être en présence d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. [En italique dans l'original; par. 26.]

[120] There is no dispute that in this appeal, the second part of the test is met. Accordingly, I will discuss only the first and the third parts of the test.

[121] In this Court, the Regulator, supported by various interveners, raised two concerns about how the *Abitibi* test has been applied, both by the courts below and in general. The first concern is that the “creditor” step of the *Abitibi* test has been interpreted too broadly in cases such as the instant appeal and *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122 (“*Nortel CA*”), and that, in effect, this step of the test has become so pro forma as to be practically meaningless. The second concern has to do with the application of the “monetary value” step of the *Abitibi* test by the chambers judge and Slatter J.A. This step is generally called the “sufficient certainty” step, based on the guidance provided in *Abitibi*. The argument here is that the courts below went beyond the test established in *Abitibi* by focusing on whether Redwater’s regulatory obligations were “intrinsicly financial”. Under *Abitibi*, the sufficient certainty analysis should have focused on whether the Regulator would ultimately perform the environmental work and assert a monetary claim for reimbursement.

[122] In my view, both concerns raised by the Regulator have merit. As I will demonstrate, *Abitibi* should not be taken as standing for the proposition that a regulator is always a creditor when it exercises its statutory enforcement powers against a debtor. On a proper understanding of the “creditor” step, it is clear that the Regulator acted in the public interest and for the public good in issuing the Abandonment Orders and enforcing the LMR requirements and that it is, therefore, not a creditor of Redwater. It is the public, not the Regulator or the General Revenue Fund, that is the beneficiary of those environmental obligations; the province does not stand to gain

[120] Il est incontestable que, dans le présent pourvoi, la deuxième partie du critère est respectée. En conséquence, je ne traiterai que des première et troisième parties.

[121] Devant notre Cour, l’organisme de réglementation, avec l’appui de divers intervenants, a soulevé deux préoccupations quant à la façon dont le critère d’*Abitibi* avait été appliqué, tant par les tribunaux d’instance inférieure que par les cours en général. La première préoccupation concerne le fait que l’étape « créancier » du critère a reçu une interprétation trop large dans des affaires analogues à celle en l’espèce et *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122 (« *Nortel CA* ») et qu’en réalité, cette étape du critère est si aisément franchie qu’elle n’est appliquée que pour la forme et qu’elle n’a pratiquement plus de sens. La seconde préoccupation a trait à l’application de l’étape « valeur pécuniaire » du critère d’*Abitibi* par le juge siégeant en cabinet et le juge Slatter. Cette étape reçoit généralement le nom de « certitude suffisante », compte tenu des directives données dans *Abitibi*. On soutient par là que les tribunaux d’instance inférieure sont allés au-delà du critère établi dans l’arrêt *Abitibi* en se concentrant sur la question de savoir si les obligations réglementaires de Redwater étaient « intrinsèquement financières ». Suivant l’arrêt *Abitibi*, l’analyse de la certitude suffisante aurait dû être axée sur la question de savoir si l’organisme de réglementation effectuerait lui-même, au bout du compte, les travaux environnementaux et ferait valoir une réclamation pécuniaire pour le remboursement.

[122] Les deux préoccupations exprimées par l’organisme de réglementation me paraissent fondées. Comme je vais le démontrer, l’arrêt *Abitibi* ne doit pas être considéré comme soutenant la thèse qu’un organisme de réglementation est toujours un créancier lorsqu’il exerce les pouvoirs d’application qui lui sont dévolus par la loi à l’encontre d’un débiteur. D’après le sens qu’il convient de donner à l’étape « créancier », il est clair que l’organisme de réglementation a agi dans l’intérêt public et pour le bien public en rendant les ordonnances d’abandon et en assurant le respect des exigences relatives à la CGR, et qu’il n’est donc pas un créancier de Redwater.

financially from them. Although this conclusion is sufficient to resolve this aspect of the appeal, for the sake of completeness, I will also demonstrate that the chambers judge erred in finding that, on these facts, there is sufficient certainty that the Regulator will ultimately perform the environmental work and assert a claim for reimbursement. To conclude, I will briefly comment on why the *effects* of the end-of-life obligations do not conflict with the priority scheme in the *BIA*.

(1) The Regulator Is Not a Creditor of Redwater

[123] The Regulator and the supporting interveners are not the first to raise issues with the “creditor” step of the *Abitibi* test. In the six years since *Abitibi* was decided, concerns about the “creditor” step and the fact that, as it is commonly understood, it will seemingly be satisfied in all — or nearly all — cases have also been expressed by academic commentators, such as A. J. Lund, “Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells: A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law” (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157, at p. 178, and Stewart. This Court has not had an opportunity to comment on *Abitibi* since it was decided. However, the interpretation of the “creditor” step adopted by lower courts, including the majority of the Court of Appeal in this case, has focused on certain comments found at para. 27 of *Abitibi*, and the “creditor” step has accordingly been found to be satisfied whenever a regulator exercises its enforcement powers against a debtor (see, for example, *C.A.* reasons, at para. 60; *Nortel CA*, at para. 16).

[124] GTL submits that these lower courts have correctly interpreted and applied the “creditor” step.

C’est le public, et non l’organisme de réglementation ou le fonds d’administration du gouvernement, qui bénéficie de ces obligations environnementales; la province n’est pas en mesure d’en bénéficier financièrement. Bien que cette conclusion suffise pour trancher cet aspect du pourvoi, par souci d’exhaustivité, je vais aussi démontrer que le juge siégeant en cabinet a eu tort de conclure qu’au vu des faits de l’espèce, il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera au bout du compte les travaux environnementaux et présentera une demande de remboursement. Pour conclure, je me prononcerai brièvement sur les raisons pour lesquelles les *effets* des obligations de fin de vie n’entrent pas en conflit avec le régime de priorité établi dans la *LFI*.

(1) L’organisme de réglementation n’est pas un créancier de Redwater

[123] L’organisme de réglementation et les intervenants qui l’appuient ne sont pas les premiers à cerner des problèmes relativement à l’étape « créancier » du critère d’*Abitibi*. Pendant les six années qui ont suivi l’arrêt *Abitibi*, des problèmes au sujet de cette étape et le fait que, dans son acception courante, cette étape sera toujours — ou presque toujours — franchie ont aussi été énoncés par des commentateurs universitaires tels que A. J. Lund, « Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells : A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law » (2017), 80 *Sask L. Rev.* 157, p. 178, et M. Stewart. Notre Cour n’a pas eu l’occasion de commenter l’arrêt *Abitibi* depuis qu’il a été rendu. Par contre, l’interprétation de l’étape « créancier » retenue par des juridictions inférieures, notamment la majorité de la Cour d’appel en l’espèce, a mis l’accent sur certaines remarques faites au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*. Sur cette base, ces tribunaux ont conclu que l’étape « créancier » est franchie chaque fois qu’un organisme de réglementation exerce à l’encontre d’un débiteur son pouvoir d’appliquer la loi (voir, par exemple, les motifs de la Cour d’appel, par. 60; *Nortel CA*, par. 16).

[124] Selon GTL, les juridictions inférieures susmentionnées ont bien interprété et appliqué l’étape

It further submits that, because of *Abitibi*, the 1991 Alberta Court of Appeal decision in *Northern Badger* is of no assistance in analyzing the creditor issue. Conversely, the Regulator forcefully argues that *Abitibi* must be understood in the context of its own unique facts and that it did not overrule *Northern Badger*. Relying on *Northern Badger*, the Regulator argues that a regulator exercising a power to enforce a public duty is not a creditor of the individual or corporation subject to that duty. Like Martin J.A., I agree with the Regulator on this point. If, as GTL urges and the majority of the Court of Appeal concluded, the “creditor” step is satisfied whenever a regulator exercises its enforcement powers against a debtor, then it is hard to imagine a situation in which the “creditor” step would not be satisfied by the actions of an environmental regulator. Stewart was correct to suppose that “[s]urely, the Court did not intend this result” (p. 189). For the “creditor” step to have meaning, “there must be situations where the other two steps could be met . . . but the order [or obligation] is still not a provable claim because the regulator is not a creditor of the bankrupt” (Attorney General of Ontario’s factum, at para. 39).

[125] Before further explaining my conclusion on this point, I must address a preliminary issue: the fact that the Regulator conceded in the courts below that it was a creditor. It is well established that concessions of law are not binding on this Court: see *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 62. As noted by L’Heureux-Dubé J., in dissent, but not on this point, in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 48, “the fact that an issue is conceded below means nothing in and of itself”. Although concessions by the parties are often relied upon, it is ultimately for

« créancier ». Il ajoute qu’à la suite de l’arrêt *Abitibi*, l’arrêt *Northern Badger* rendu en 1991 par la Cour d’appel de l’Alberta n’est d’aucun secours pour analyser la question du créancier. À l’inverse, l’organisme de réglementation soutient avec vigueur qu’il faut situer l’arrêt *Abitibi* dans le contexte des faits qui lui sont propres, et qu’il n’a pas infirmé *Northern Badger*. Se fondant sur cet arrêt, l’organisme de réglementation plaide qu’un organisme de réglementation exerçant un pouvoir pour faire respecter un devoir public n’est pas un créancier de la personne ou de la société assujettie à ce devoir. À l’instar de la juge Martin, je partage l’avis de l’organisme de réglementation sur ce point. Si, comme l’exhorte GTL et le concluent les juges majoritaires de la Cour d’appel, l’étape « créancier » est franchie chaque fois qu’un organisme de réglementation exerce ses pouvoirs d’application à l’encontre d’un débiteur, il est difficile d’imaginer une situation où les actes d’un organisme de réglementation ne franchiraient pas l’étape « créancier ». Monsieur Stewart avait raison de supposer que [TRADUCTION] « la Cour ne souhaitait sûrement pas ce résultat » (p. 189). Pour que l’étape « créancier » ait un quelconque sens [TRADUCTION] « il doit y avoir des situations dans lesquelles les deux autres étapes du critère d’*Abitibi* sont franchies [...], mais l’ordonnance [ou l’obligation] environnementale n’est toujours pas une réclamation prouvable car l’organisme de réglementation n’est pas un créancier du failli » (mémoire de la procureure générale de l’Ontario, par. 39).

[125] Avant d’expliquer davantage ma conclusion sur ce point, je dois traiter d’une question préliminaire : l’organisme de réglementation a concédé devant les juridictions inférieures qu’il était un créancier. Il est bien établi que les concessions de droit ne lient pas notre Cour : voir *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control & Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62). Comme l’a fait remarquer la juge L’Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point) dans *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, p. 48, « un aveu fait devant une instance inférieure ne signifie rien en soi ». Bien que l’on se fonde souvent

this Court to determine points of law. For several reasons, no fairness concerns are raised by disregarding the Regulator's concession in this case.

[126] First, in a letter to GTL dated May 14, 2015, the Regulator advanced the position that it was “not a creditor of [Redwater]”, but, rather, had a “statutory mandate to regulate the oil and gas industry in Alberta” (GTL's Record, vol. 1, at p. 78). I note that this was the initial communication between the Regulator and GTL, only two days after the latter's appointment as receiver of Redwater's property. Second, the issue of whether the Regulator is a creditor was discussed in the parties' factums. Third, during oral arguments before this Court, the Regulator was questioned about its concession. Counsel made the undisputed point that higher courts are not bound by such concessions and took the position that, on the correct interpretation of *Abitibi*, the Regulator was not a creditor. Fourth, when the Regulator's status as a creditor was raised as an issue before this Court, opposing counsel did not argue that they would have adduced further evidence on the issue had it been raised in the courts below. Finally, a proper understanding of the “creditor” step of the *Abitibi* test is of fundamental importance to the proper functioning of the national bankruptcy scheme and of provincial environmental schemes throughout Canada. I conclude that this case is one in which it is appropriate to disregard the Regulator's concession in the courts below.

[127] Returning to the analysis, I note that the unique factual matrix of *Abitibi* must be kept in mind. In that case, Newfoundland and Labrador expropriated most of AbitibiBowater's property in the province without compensation. Subsequently,

sur les concessions des parties, il revient en fin de compte à notre Cour de statuer sur des points de droit. Pour plusieurs raisons, on ne suscite aucune préoccupation en matière d'équité en ne tenant pas compte de la concession faite par l'organisme de réglementation en l'espèce.

[126] Premièrement, dans une lettre adressée à GTL en date du 14 mai 2015, l'organisme de réglementation soutient qu'il était [TRADUCTION] « non pas un créancier de [Redwater] », mais avait plutôt « pour mandat légal de réglementer l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta » (dossier de GTL, vol. 1, p. 78). Je constate qu'il s'agissait de la première communication entre l'organisme de réglementation et GTL et qu'elle est survenue seulement deux jours après la nomination de ce dernier comme séquestre des biens de Redwater. Deuxièmement, les parties ont traité dans leurs mémoires de la question de savoir si l'organisme de réglementation est un créancier. Troisièmement, au cours de sa plaidoirie devant notre Cour, l'organisme de réglementation a été interrogé à propos de sa concession. L'avocate a signalé le point non contesté que les tribunaux supérieurs ne sont pas liés par de telles concessions, et a soutenu que, si l'on interprète correctement l'arrêt *Abitibi*, l'organisme de réglementation n'était pas un créancier. Quatrièmement, quand le statut de l'organisme de réglementation en tant que créancier a été évoqué devant notre Cour, les avocats des parties adverses n'ont pas prétendu qu'ils auraient présenté des éléments de preuve supplémentaires sur ce point s'il avait été soulevé devant les juridictions inférieures. Enfin, le sens qu'il convient de donner à l'étape « créancier » du critère d'*Abitibi* est d'une importance fondamentale pour le bon fonctionnement du régime national de faillite et des régimes environnementaux provinciaux partout au Canada. Je conclus qu'il est indiqué en l'espèce de ne pas tenir compte de la concession faite par l'organisme de réglementation devant les juridictions inférieures.

[127] Pour revenir à l'analyse, je signale qu'il ne faut pas oublier la matrice factuelle unique de l'arrêt *Abitibi*. Dans cette affaire, Terre-Neuve-et-Labrador a exproprié la plupart des biens d'AbitibiBowater dans la province, sans indemnisation. Par la suite,

AbitibiBowater was granted a stay under the CCAA. It then filed a notice of intent to submit a claim to arbitration under the *North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2 (“NAFTA”), for losses resulting from the expropriation. In response, Newfoundland’s Minister of Environment and Conservation ordered AbitibiBowater to remediate five sites pursuant to the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“EPA”). Three of the five sites had been expropriated by Newfoundland and Labrador. The evidence led to the conclusion that “the Province never truly intended that Abitibi was to perform the remediation work”, but instead sought a claim that could be used as an offset in connection with AbitibiBowater’s NAFTA claim (*Abitibi*, at para. 54). In other words, the Province sought a financial benefit from the remediation orders.

[128] In this appeal, it is not disputed that, in seeking to enforce Redwater’s end-of-life obligations, the Regulator is acting in a *bona fide* regulatory capacity and does not stand to benefit financially. The Regulator’s ultimate goal is to have the environmental work actually performed, for the benefit of third-party landowners and the public at large. There is no colourable attempt by the Regulator to recover a debt, nor is there an ulterior motive on its part, as there was in *Abitibi*. The distinction between the facts of this appeal and those of *Abitibi* becomes even clearer when one examines the comprehensive reasons of the chambers judge in *Abitibi*. The crux of the findings of Gascon J. (as he then was) is found at paras. 173-76:

... the Province stands as the direct beneficiary, from a monetary standpoint, of Abitibi’s compliance with the EPA Orders. In other words, the execution in nature of the EPA Orders would result in a definite credit to the Province’s

AbitibiBowater s’est vu accorder une suspension en vertu de la LACC. Elle a ensuite déposé un avis d’intention de soumettre une réclamation à l’arbitrage au titre de l’*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1994 n° 2 (« ALENA »), pour les pertes résultant de l’expropriation. En réponse, le ministre de l’Environnement et de la Conservation de Terre-Neuve a ordonné à AbitibiBowater de décontaminer cinq sites conformément à l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (« EPA »). Trois des cinq sites avaient été expropriés par la province. La preuve a mené à la conclusion que « la province n’avait jamais vraiment eu l’intention qu’Abitibi exécute les travaux [de décontamination] » (*Abitibi*, par. 54) et qu’elle cherchait plutôt à faire valoir une réclamation qui pourrait être utilisée à titre compensatoire au regard de la demande d’indemnisation d’AbitibiBowater fondée sur l’ALENA. Autrement dit, la province voulait tirer un avantage financier des ordonnances de décontamination.

[128] En l’espèce, personne ne conteste qu’en cherchant à assurer le respect des obligations de fin de vie incombant à Redwater, l’organisme de réglementation agit de bonne foi à titre d’autorité de réglementation et il n’est pas en mesure d’obtenir un avantage financier. L’objectif ultime de l’organisme de réglementation est de faire exécuter les travaux environnementaux au profit des tiers propriétaires terriens et de la population en général. L’organisme de réglementation n’a pas fait de tentative déguisée de recouvrer une créance et il n’y avait pas de motif oblique de sa part, comme c’était le cas dans *Abitibi*. La distinction entre les faits du présent pourvoi et ceux de l’affaire *Abitibi* ressort encore plus clairement lorsqu’on examine les motifs exhaustifs du juge siégeant en cabinet dans *Abitibi*. Le cœur des conclusions du juge Gascon (maintenant juge de notre Cour) se trouve aux par. 173-176 :

[TRADUCTION] ... la province bénéficie directement, d’un point de vue financier, du respect par Abitibi des ordonnances fondées sur l’EPA. En d’autres termes, l’exécution en nature des ordonnances fondées sur l’EPA se traduirait

own “balance sheet”. Abitibi’s liability in that regard is an asset for the Province itself.

With all due respect, this is not regulatory in nature; it is rather purely financial in reality. This is, in fact, closer to a debtor-creditor relationship than anything else.

This is quite far from the situation of the detached regulator or public enforcer issuing order for the public good. Here, the Province itself derives the direct pecuniary benefit from the required compliance of Abitibi to the EPA Orders. The Province stands to directly gain in the outcome. None of the cases submitted by the Province bear any similarity to the fact pattern in the present proceedings.

From this perspective, it is the hat of a creditor that best fits the Province, not that of a disinterested regulator.

(*AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1)

[129] This Court recognized in *Abitibi* that the Province “easily satisfied” the creditor requirement (para 49). It was therefore not necessary to consider at any length how the “creditor” step should be understood or how it would apply in other factual situations. However, even at para. 27 of *Abitibi*, the paragraph relied on by the majority of the Court of Appeal, Deschamps J. made a point of noting that “[m]ost environmental regulatory bodies *can be* creditors in respect of monetary or non-monetary obligations imposed by the relevant statutes” (emphasis added). The interpretation of the “creditor” step adopted by the majority of the Court of Appeal and urged upon this Court by GTL leaves no room for a regulator that enforces obligations not to be a creditor, though this possibility was clearly contemplated by para. 27 of *Abitibi*. As noted above, GTL’s interpretation leaves the “creditor” step with no independent work to perform.

par un crédit certain au propre « bilan » de la province. Le passif d’Abitibi à cet égard constitue un actif de la province elle-même.

Soit dit en tout respect, il ne s’agit pas d’une affaire de nature réglementaire; il s’agit plutôt en fait d’une affaire purement financière. Cela s’apparente effectivement davantage à une relation créancier-débiteur qu’à autre chose.

Nous sommes assez loin du cas de l’organisme de réglementation ou d’application de la loi qui a rendu de manière objective une ordonnance dans l’intérêt public. En l’espèce, la province elle-même tire directement l’avantage pécuniaire du respect obligatoire, par Abitibi, des ordonnances EPA. La province peut tirer profit du résultat. Aucune des affaires soumises par la province ne ressemble un tant soit peu aux faits à l’origine de la présente instance.

Sous cet angle, la province a agi plus comme un créancier que comme un organisme de réglementation désintéressé.

(*AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1)

[129] Notre Cour a reconnu dans *Abitibi* qu’il était « facile [pour la province] de répondre » à l’exigence relative au créancier (par. 49). Il n’était donc pas nécessaire d’analyser en profondeur le sens de l’étape « créancier » ou la manière dont elle s’appliquerait dans d’autres situations factuelles. Or, même au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*, le paragraphe sur lequel se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel, la juge Deschamps a pris soin de souligner que « [l]a plupart des organismes administratifs *peuvent agir* à titre de créanciers en relation avec les obligations pécuniaires ou non pécuniaires imposées par ces lois » (italiques ajoutées). L’interprétation de l’étape « créancier » qu’ont retenue les juges majoritaires de la Cour d’appel et que GTL nous a exhortés à faire nôtre exclut la possibilité qu’un organisme de réglementation faisant respecter des obligations ne soit pas un créancier, alors que cette possibilité a été clairement envisagée au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*. Comme je l’ai mentionné ci-dessus, l’interprétation de GTL prive l’étape « créancier » de toute fonction indépendante.

[130] *Northern Badger* established that a regulator enforcing a public duty by way of non-monetary order is not a creditor. I reject the claim in the dissenting reasons that *Northern Badger* should be interpreted differently. First, I note that whether the Regulator has a contingent claim is relevant to the sufficient certainty test, which presupposes that the Regulator is a creditor. I cannot accept the proposition in the dissenting reasons that *Northern Badger* was concerned with what would become the third prong of the *Abitibi* test. In *Northern Badger*, Laycraft C.J.A. accepted that abandonment was a liability and identified the issue as “whether that liability is to the board so that it is the board which is the creditor” (para. 32). Second, the underlying scenario here with regards to Redwater’s end-of-life obligations is exactly the same as in *Northern Badger* — a regulator is ordering an entity to comply with its legal obligations in furtherance of the public good. This reasoning from *Northern Badger* was subsequently adopted in cases such as *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221, at paras. 23-25, and *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534.

[131] I cannot agree with the suggestion by the majority of the Court of Appeal in this case that *Northern Badger* “is of limited assistance” in the application of the *Abitibi* test (para. 63). Rather, I agree with Martin J.A. that *Abitibi* did not overturn the reasoning in *Northern Badger*, but instead “emphasized the need to consider the substance of provincial regulation in assessing whether it creates a claim provable in bankruptcy” (para. 164). As Martin J.A. noted, even following *Abitibi*, the law continues to be that “public obligations are not provable claims that can be counted or compromised in the bankruptcy” (para. 174). *Abitibi* clarified the scope of *Northern Badger* by confirming that a regulator’s environmental claims will be provable claims under certain circumstances. It does not stand for the

[130] L’arrêt *Northern Badger* a établi qu’un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public au moyen d’une ordonnance non pécuniaire n’est pas un créancier. Je rejette la prétention faite dans les motifs dissidents selon laquelle *Northern Badger* devrait recevoir une interprétation différente. Premièrement, je souligne que le point de savoir si l’organisme de réglementation a une réclamation éventuelle relève du critère de la certitude suffisante, lequel suppose au préalable que l’organisme de réglementation est un créancier. Je ne peux accepter la proposition énoncée dans les motifs dissidents selon laquelle *Northern Badger* porte sur ce qui allait devenir le troisième volet du critère d’*Abitibi*. Dans *Northern Badger*, après avoir reconnu que l’abandon constituait une responsabilité, le juge d’appel Laycraft a dit qu’il s’agissait de savoir [TRADUCTION] « si cette responsabilité appartient à l’Office, ce qui fait de lui le créancier » (par. 32). Deuxièmement, le scénario sous-jacent en l’espèce quant aux obligations de fin de vie qui incombent à Redwater est exactement le même que dans *Northern Badger* : un organisme de réglementation ordonne à une entité de se conformer à ses obligations légales pour le bien public. Ce raisonnement exact tiré de *Northern Badger* a été adopté par la suite dans des décisions telles *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221, par. 23-25, et *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534.

[131] Je ne puis souscrire à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce selon laquelle *Northern Badger* [TRADUCTION] « n’est guère utile » dans l’application du critère d’*Abitibi* (par. 63). Je partage plutôt l’avis de la juge Martin voulant que l’arrêt *Abitibi* n’ait pas infirmé le raisonnement de *Northern Badger*, et qu’il ait au contraire « mis en relief le besoin de prendre en considération la teneur du règlement provincial pour déterminer s’il crée une réclamation prouvable en matière de faillite » (par. 164). Comme l’a signalé la juge Martin, même depuis l’arrêt *Abitibi*, l’état du droit reste inchangé : « les obligations publiques ne sont pas des réclamations prouvables qui peuvent être comptabilisées ou compromises dans la faillite » (par. 174). L’arrêt *Abitibi* a éclairci la

proposition that a regulator exercising its enforcement powers is always a creditor. The reasoning in *Northern Badger* was simply not applicable on the facts of *Abitibi*, given the actions of the Province as outlined above.

[132] In *Abitibi*, Deschamps J. noted that insolvency legislation had evolved in the years since *Northern Badger*. That legislative evolution did not, however, change the meaning to be ascribed to the term “creditor”. In this regard, I agree with the conclusion in *Strathcona County v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536, that the amendments to the *BIA* dealing with environmental matters in the years following *Northern Badger* cannot be interpreted as having overturned the reasoning in that case. As should be clear from the earlier discussion of s. 14.06, the amendments to the *BIA* do not speak to when a regulator enforcing an environmental claim is a creditor.

[133] The conclusion that the reasoning in *Northern Badger* continues to be relevant since *Abitibi* and the amendments to insolvency legislation also finds support in the writings of academic commentators. Stewart’s position is that, while *Abitibi* discussed *Northern Badger*, it did not overturn it. He urges this Court to clarify that there remains “a distinction between a regulatory body that is a creditor because it is enforcing a debt, and a regulatory body that is not a creditor because it is enforcing the law” (p. 221). Similarly, Lund argues that a court should “consider the importance of the public interests protected by the regulatory obligation when deciding whether the debtor owes a debt, liability or obligation to a creditor” (p. 178).

portée de *Northern Badger* en confirmant que les réclamations environnementales d’un organisme de réglementation seront des réclamations prouvables dans certains cas. Il ne permet pas d’affirmer qu’un organisme de réglementation exerçant ses pouvoirs d’application est toujours un créancier. Le raisonnement de l’arrêt *Northern Badger* ne s’appliquait tout simplement pas aux faits de l’affaire *Abitibi*, étant donné les agissements de la province décrits précédemment.

[132] Dans *Abitibi*, la juge Deschamps a signalé que la législation en matière d’insolvabilité avait évolué au cours des années qui ont suivi *Northern Badger*. Cette évolution législative n’a en revanche pas modifié le sens à attribuer au terme « créancier ». À cet égard, je souscris à la conclusion du juge Burrows dans *Strathcona County c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536, suivant laquelle les modifications en matière d’environnement qui ont été apportées à la *LFI* au cours des années suivant *Northern Badger* ne peuvent être interprétées comme ayant infirmé le raisonnement de cet arrêt. Tel qu’il devrait ressortir clairement de mon analyse précédente de l’art. 14.06, les modifications à la *LFI* ne traitent pas des cas où un organisme de réglementation faisant valoir une réclamation environnementale est un créancier.

[133] Les écrits de commentateurs universitaires appuient également la conclusion voulant que le raisonnement de l’arrêt *Northern Badger* conserve sa pertinence depuis *Abitibi* et les modifications à la loi sur l’insolvabilité. Monsieur Stewart estime que, même si l’arrêt *Abitibi* traite de *Northern Badger*, il ne l’a pas infirmé. Il exhorte notre Cour à préciser qu’il subsiste une distinction entre [TRADUCTION] « l’organisme de réglementation qui agit comme créancier car il recouvre une dette et celui qui n’est pas un créancier car il applique la loi » (p. 221). De même, M^{me} Lund fait valoir qu’un tribunal devrait [TRADUCTION] « prendre en considération l’importance que revêtent les intérêts publics protégés par l’obligation réglementaire au moment de décider si le débiteur a une dette, un engagement ou une obligation envers un créancier » (p. 178).

[134] For the foregoing reasons, *Abitibi* cannot be understood as having changed the law as summarized by Laycraft C.J.A. I adopt his comments at para. 33 of *Northern Badger*:

The statutory provisions requiring the abandonment of oil and gas wells are part of the general law of Alberta, binding every citizen of the province. All who become licensees of oil and gas wells are bound by them. Similar statutory obligations bind citizens in many other areas of modern life . . . But the obligation of the citizen is not to the peace officer, or public authority which enforces the law. The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed.

[135] Based on the analysis in *Northern Badger*, it is clear that the Regulator is not a creditor of the Redwater estate. The end-of-life obligations the Regulator seeks to enforce against Redwater are public duties. Neither the Regulator nor the Government of Alberta stands to benefit financially from the enforcement of these obligations. These public duties are owed, not to a creditor, but, rather, to fellow citizens, and are therefore outside the scope of “provable claims”. I do not intend to suggest, however, that a regulator will be a creditor only where it acts exactly as the province did in *Abitibi*. There may very well be situations in which a regulator’s actions fall somewhere between those in *Abitibi* and those in the instant case. Notably, unlike some previous cases, the Regulator has performed no environmental work itself. I leave such situations to be addressed in future cases in which there are full factual records. Here, it is clear that the Regulator is seeking to enforce Redwater’s public duties, whether by issuing the Abandonment Orders or by maintaining the LMR

[134] Pour les motifs qui précèdent, on ne peut juger que l’arrêt *Abitibi* a modifié le droit, comme l’a résumé le juge en chef Laycraft. Je fais miennes les remarques qu’il fait au par. 33 de *Northern Badger* :

[TRADUCTION] Les dispositions légales qui exigent l’abandon de puits de pétrole et de gaz font partie du droit commun de l’Alberta et lient chaque citoyen de la province. Toutes les personnes qui acquièrent un permis d’exploitation de puits de pétrole ou de gaz doivent les respecter. Des obligations légales semblables lient les citoyens dans bien d’autres secteurs de la vie moderne [. . .] Mais l’obligation incombant au citoyen n’est pas envers l’agent de la paix ou l’autorité publique qui applique la loi. L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application du droit commun. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation.

[135] Étant donné l’analyse effectuée dans *Northern Badger*, il est clair que l’organisme de réglementation n’est pas un créancier de l’actif de Redwater. Les obligations de fin de vie que l’organisme de réglementation veut imposer à Redwater sont de nature publique. Ni l’organisme de réglementation ni le gouvernement de l’Alberta ne peuvent bénéficier financièrement de l’exécution de ces obligations. Ces obligations à caractère public sont non pas envers un créancier, mais envers les concitoyens et échappent donc à la portée des « réclamations prouvables ». Je ne veux toutefois pas laisser entendre par là qu’un organisme de réglementation n’est un créancier que s’il se comporte d’une manière identique à la province dans *Abitibi*. Il peut fort bien exister des situations où les agissements d’un organisme de réglementation se situent quelque part entre ceux dans *Abitibi* et ceux en l’espèce. Signalons que, contrairement à certains cas antérieurs, l’organisme de réglementation n’a exécuté aucuns travaux environnementaux lui-même. Je laisse aux tribunaux disposant de dossiers factuels

requirements. The Regulator is not a creditor within the meaning of the *Abitibi* test.

[136] I reject the suggestion that the foregoing analysis somehow overrules the first prong of the *Abitibi* test. The facts in *Abitibi* were not comparable to the facts of this appeal. Although this Court discussed *Northern Badger* in *Abitibi*, it merely referenced the subsequent amendments to the *BIA*, and did not overturn the earlier decision. The Court was clear that the ultimate outcome “must be grounded in the facts of each case” (para. 48). The dissenting reasons claim that, given the foregoing analysis, it will be nearly impossible to find that regulators are ever creditors. *Abitibi* itself shows this not to be the case. Furthermore, as I have said, there may well be cases that fall between *Abitibi* and the present case. However, if *Abitibi* is read as requiring only a determination of whether the regulator has exercised an enforcement power, it will in fact be impossible for a regulator *not* to be a creditor. The dissenting reasons do not seriously deny this, merely suggesting that regulators can publish guidelines or issue licences. The Regulator does both, yet, under the approach taken in the dissenting reasons, it is powerless to take any practical steps in the public interest regarding its guidelines or licences without qualifying as a creditor. As I have explained, *Abitibi* clearly contemplates a place for regulators who are not creditors.

[137] Strictly speaking, this is sufficient to dispose of this aspect of the appeal. However, additional guidance on the sufficient certainty analysis may prove helpful in future cases. Accordingly, I turn now to a discussion of the “sufficient certainty” step and

complets le soin de résoudre pareilles situations à l’avenir. Dans la présente affaire, il est clair que l’organisme de réglementation cherche à faire respecter les devoirs à caractère public de Redwater, que ce soit en rendant les ordonnances d’abandon ou en maintenant les exigences relatives à la CGR. L’organisme de réglementation n’est pas un créancier au sens du critère d’*Abitibi*.

[136] Je rejette la thèse voulant que l’analyse qui précède écarte d’une façon ou d’une autre le premier volet du critère d’*Abitibi*. Les faits de l’affaire *Abitibi* n’étaient pas comparables à ceux de l’espèce. Bien que notre Cour ait examiné l’arrêt *Northern Badger* dans *Abitibi*, elle s’est contentée de mentionner les modifications subséquentes à la *LFI* et n’a pas infirmé l’arrêt antérieur. La Cour a été claire : l’issue finale « doit être fondée sur les faits de chaque affaire » (par. 48). Selon les motifs dissidents, vu l’analyse exposée précédemment, il sera presque impossible de juger que des organismes de réglementation sont des créanciers. L’arrêt *Abitibi* démontre lui-même que ce n’est pas le cas. De plus, comme je l’ai dit, il peut fort bien exister des cas qui se situent entre l’affaire *Abitibi* et celle qui nous occupe. Par contre, si l’on considère qu’*Abitibi* exige uniquement que le tribunal décide si l’organisme de réglementation a exercé un pouvoir d’application, il sera en fait impossible pour un organisme de réglementation de *ne pas* être un créancier. Les motifs dissidents ne nient pas sérieusement cette opinion et donnent seulement à penser que les organismes de réglementation peuvent publier des lignes directrices ou délivrer des permis. L’organisme de réglementation fait les deux mais, selon l’approche adoptée dans les motifs dissidents, il est dépourvu de moyens pour prendre quelque mesure concrète que ce soit dans l’intérêt public à propos de ses lignes directrices ou de permis sans avoir le statut de créancier. Comme je l’ai expliqué, l’arrêt *Abitibi* accorde clairement une place aux organismes de réglementation qui ne sont pas des créanciers.

[137] Cela suffit, à proprement parler, pour trancher cet aspect du pourvoi. Cependant, d’autres indications sur l’analyse de la certitude suffisante pourraient se révéler utiles à l’avenir. En conséquence, je passe maintenant à l’analyse de l’étape

of the reasons why the Abandonment Orders and the LMR conditions both fail on this step of the *Abitibi* test. *Abitibi* test.

- (2) There Is No Sufficient Certainty That the Regulator Will Perform the Environmental Work and Advance a Claim for Reimbursement

[138] The “sufficient certainty” test articulated in paras. 30 and 36 in *Abitibi* essentially does no more than reorganize and restate the requirements of the relevant provisions of the *BIA*. Section 121(2) provides that contingent claims may be provable claims. In other words, contingent debts or liabilities owed by a bankrupt to a creditor may be, but are not necessarily, provable claims. Section 135(1.1) provides for the valuation of such a claim. A contingent claim must be capable of valuation under s. 135(1.1) — it cannot be too remote or speculative — in order to be a provable claim under s. 121(2).

[139] Before the third step of the *Abitibi* test can even be reached, a regulator must already have been shown to be a creditor. I have concluded that, on the facts of this case, the Regulator is not a creditor of Redwater. However, for the purpose of explaining how I differ from the chambers judge on the “sufficient certainty” analysis, I will proceed as if the Regulator were, in fact, a creditor of Redwater in respect of the Abandonment Orders and LMR requirements. These end-of-life obligations do not directly require Redwater to make a payment to the Regulator. Rather, they are obligations requiring Redwater to *do something*. As discussed in *Abitibi*, if the Regulator were in fact a creditor, end-of-life obligations would be its contingent claims.

[140] What a court must determine is whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to a regulator. In determining whether

de la « certitude suffisante » et des raisons pour lesquelles les ordonnances d’abandon et les conditions liées à la CGR ne franchissent pas cette étape du critère d’*Abitibi*.

- (2) Il n’est pas suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera les travaux environnementaux et présentera une demande de remboursement

[138] Le critère de la « certitude suffisante » énoncé aux par. 30 et 36 de l’arrêt *Abitibi* ne fait essentiellement que restructurer et reformuler les exigences des dispositions applicables de la *LFI*. Selon le par. 121(2), des réclamations éventuelles peuvent constituer des réclamations prouvables. Autrement dit, les dettes que devra peut-être le failli à un créancier peuvent constituer des réclamations prouvables, mais pas nécessairement l’être. Le paragraphe 135(1.1) prévoit l’évaluation d’une réclamation éventuelle, qui doit être évaluable suivant cette disposition; elle ne doit pas être trop éloignée ou conjecturale pour constituer une réclamation prouvable au sens du par. 121(2).

[139] Avant de pouvoir atteindre la troisième étape du critère d’*Abitibi*, il faut déjà avoir fait la démonstration que l’organisme de réglementation est un créancier. Au vu des faits de l’espèce, j’ai conclu que l’organisme de réglementation n’est pas un créancier de Redwater. Toutefois, afin d’expliquer pourquoi je me dissocie du juge siégeant au cabinet à l’égard de l’analyse de la « certitude suffisante », je vais procéder comme si l’organisme de réglementation était effectivement un créancier de Redwater en ce qui concerne les ordonnances d’abandon et les exigences de la CGR. Ces obligations de fin de vie n’exigent pas directement de Redwater qu’elle fasse un paiement à l’organisme de réglementation. Elles l’obligent plutôt à *faire quelque chose*. Comme l’indique l’arrêt *Abitibi*, si l’organisme de réglementation était en fait un créancier, les obligations de fin de vie constitueraient ses réclamations éventuelles.

[140] Ce que le tribunal doit décider, c’est s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers un organisme de réglementation.

a non-monetary regulatory obligation of a bankrupt is too remote or too speculative to be included in the bankruptcy proceeding, the court must apply the general rules that apply to future or contingent claims. It must be sufficiently certain that the contingency will come to pass — in other words, that the regulator will enforce the obligation by performing the environmental work and seeking reimbursement.

[141] I will now discuss the Abandonment Orders and the LMR requirements in turn and demonstrate how they fail to satisfy the “sufficient certainty” step of the *Abitibi* test.

(a) *The Abandonment Orders*

[142] The Regulator has issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to abandon the Renounced Assets. Even if the Regulator were a creditor of Redwater, the Abandonment Orders would still have to be capable of valuation in order to be included in the bankruptcy process. In my view, it is not established either by the chambers judge’s factual findings or by the evidence that it is sufficiently certain that the Regulator will perform the abandonments and advance a claim for reimbursement. The claim is too remote and speculative to be included in the bankruptcy process.

[143] The chambers judge acknowledged that it was “unclear” whether the Regulator would perform the abandonments itself or would deem the wells subject to the Abandonment Orders to be orphans (para. 173). He stated that, in the latter case, the OWA would probably carry out the abandonments, although it was not clear when they would be completed. Indeed, the chambers judge acknowledged that, given the OWA’s resources, it could take as long as 10 years for it to get around to performing the required environmental work on the Redwater property. He nonetheless concluded that — even though the “sufficient certainty” step was not satisfied in a

Pour établir si une obligation réglementaire non pécuniaire du failli est trop éloignée ou trop conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite, le tribunal doit appliquer les règles générales qui visent les réclamations futures ou éventuelles. Il doit être suffisamment certain que l’éventualité se concrétisera ou, en d’autres termes, que l’organisme de réglementation fera respecter l’obligation en exécutant les travaux environnementaux et en sollicitant le remboursement de ses frais.

[141] Je vais maintenant analyser les ordonnances d’abandon de même que les exigences relatives à la CGR à tour de rôle et démontrer en quoi elles ne franchissent pas l’étape de la « certitude suffisante » du critère d’*Abitibi*.

a) *Les ordonnances d’abandon*

[142] L’organisme de réglementation a rendu, au titre de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*, des ordonnances enjoignant à Redwater d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation. Même si l’organisme de réglementation était un créancier de Redwater, les ordonnances d’abandon doivent tout de même pouvoir faire l’objet d’une évaluation pour être incluses dans le processus de faillite. À mon avis, ni les conclusions de fait du juge siégeant en cabinet ni la preuve n’établissent qu’il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation procédera à l’abandon et présentera une demande de remboursement. La réclamation est trop éloignée et conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite.

[143] Le juge siégeant en cabinet a reconnu qu’il n’était [TRADUCTION] « pas clair » si l’organisme de réglementation effectuerait lui-même le processus d’abandon ou s’il considérerait les puits assujettis aux ordonnances d’abandon comme orphelins (par. 173). Il a dit que, dans ce dernier cas, l’OWA se chargerait probablement de l’abandon, mais on ne savait pas quand cette tâche serait menée à terme. En effet, le juge siégeant en cabinet a admis qu’étant donné les ressources de l’OWA, cela pourrait lui prendre jusqu’à 10 ans avant qu’elle amorce les travaux environnementaux nécessaires sur la propriété de Redwater. Il a conclu néanmoins que, même

“technical sense” — the situation met what had been intended in *Abitibi*. That conclusion was at least partly based on his finding that the Abandonment Orders were “intrinsically financial” (para. 173).

[144] In my view, the chambers judge did not make a finding of fact that the Regulator would carry out the abandonments *itself*. As noted, he acknowledged that it was “unclear” whether the Regulator would perform the abandonments. This can hardly be deemed a finding of fact deserving of deference. In my view, considered as a whole, the evidence in this case leads to the conclusion that the Regulator will not abandon the Renounced Assets *itself*.

[145] The Regulator is not in the business of performing abandonments. It has no statutory duty to do so. Abandonment is instead an obligation of the licensee. The evidence of the Regulator’s affiant was that the Regulator very rarely abandons properties on behalf of licensees and virtually never does so where the licensee is in receivership or bankruptcy. The affiant stated that the Regulator had no intention of abandoning Redwater’s licensed assets. As noted by the chambers judge, it is true that, in its letter to GTL dated July 15, 2015, the Regulator threatened to perform the abandonments *itself*, but the Regulator subsequently took no steps to follow up on that threat. Even if this letter should be accorded any weight, the contradiction between it and the Regulator’s subsequent affidavits at the very least makes it difficult to say with anything approaching sufficient certainty that the Regulator intends to carry out the abandonments. These facts distinguish this case from *Abitibi*, in which the restructuring judge’s findings were based on the premise that the province would most likely perform the remediation work *itself*.

si l’étape de la « certitude suffisante » n’a pas été franchie au « sens technique », la situation répondait à la norme voulue dans *Abitibi*. Cette conclusion reposait, du moins en partie, sur la sienne voulant que les ordonnances d’abandon soient « intrinsèquement financières » (par. 173).

[144] À mon avis, le juge siégeant en cabinet n’a pas tiré la conclusion de fait que l’organisme de réglementation se chargerait *lui-même* des travaux d’abandon. Je le rappelle, il a reconnu qu’il n’était « pas clair » si l’organisme de réglementation s’en occuperait. On peut difficilement dire qu’il s’agit qu’une conclusion de fait qui commande la déférence. Prise dans son ensemble, la preuve en l’espèce me semble mener à la conclusion selon laquelle l’organisme de réglementation ne procédera pas lui-même à l’abandon des biens auxquels il a été renoncé.

[145] Dans le cadre de ses activités, l’organisme de réglementation n’effectue pas lui-même les travaux d’abandon. Il n’est pas tenu par la loi de le faire. Il s’agit plutôt d’une obligation incombant au titulaire de permis. Dans son affidavit, le déposant de l’organisme de réglementation a déclaré que celui-ci procédait très rarement à l’abandon de biens au nom des titulaires de permis et qu’il ne le faisait pratiquement jamais dans le cas d’un titulaire de permis sous séquestre ou en faillite. Le déposant a déclaré que l’organisme de réglementation n’avait pas l’intention d’abandonner les biens de Redwater visés par des permis. Comme l’a signalé le juge siégeant en cabinet, il est vrai que, dans sa lettre adressée à GTL en date du 15 juillet 2015, l’organisme de réglementation a menacé d’effectuer lui-même ces processus, mais il n’a rien fait par la suite pour mettre cette menace à exécution. Même si l’on devrait accorder de l’importance à cette lettre, la contradiction entre elle et les affidavits subséquents de l’organisme de réglementation font en sorte à tout le moins qu’il est difficile de dire avec quoi que ce soit de comparable à une certitude suffisante que l’organisme de réglementation compte effectuer le processus d’abandon. Ces faits distinguent la présente affaire d’*Abitibi*, où les conclusions du juge chargé de la restructuration reposaient sur la prémisse que la province exécuterait fort probablement elle-même les travaux de décontamination.

[146] Below, I will explain why the OWA's involvement is insufficient to satisfy the "sufficient certainty" test. First, I note that any reliance the chambers judge placed on the intrinsically financial nature of the Abandonment Orders was an error. In this regard, I am in complete agreement with Martin J.A. Considering whether an order is intrinsically financial is an erroneous interpretation of the third step of the *Abitibi* test. It is too broad and would result in a provable claim being found even where the existence of a monetary claim in bankruptcy is merely speculative. Thus, in *Nortel CA*, Juriansz J.A. rightly rejected the argument that the *Abitibi* test did not require a determination that the regulator would perform the environmental work and claim reimbursement, and that it was sufficient for there to be an environmental order requiring an expenditure of funds by the bankrupt estate. He held the following, at paras. 31-32:

. . . As I read it, the Supreme Court's decision is clear: ongoing environmental remediation obligations may be reduced to monetary claims that can be compromised in CCAA proceedings only where the province has performed the remediation work and advances a claim for reimbursement, or where the obligation may be considered a contingent or future claim because it is "sufficiently certain" that the province will do the work and then seek reimbursement.

The respondents' approach is not only inconsistent with *AbitibiBowater Inc., Re*, it is too broad. It would result in virtually all regulatory environmental orders being found to be provable claims. As Deschamps J. observed, a company may engage in activities that carry risks. When those risks materialize, the costs are borne by those who hold a stake in the company. A risk that results in an environmental obligation becomes subject to the insolvency process only when it is in substance monetary and is in substance a provable claim.

[146] J'expliquerai ci-après pourquoi l'intervention de l'OWA est insuffisante pour satisfaire au critère de la « certitude suffisante ». Premièrement, je constate que le juge siégeant en cabinet a eu tort de tabler sur le caractère « intrinsèquement financier » des ordonnances d'abandon. Je suis entièrement d'accord avec la juge Martin sur ce point. Se demander si une ordonnance est « intrinsèquement financière » constitue une interprétation erronée de la troisième étape du critère d'*Abitibi*. Elle est trop large et conduirait à la conclusion qu'il y a une « réclamation prouvable » même lorsque l'existence d'une réclamation pécuniaire en matière de faillite ne relève que de la conjecture. Ainsi, dans l'arrêt *Nortel CA*, le juge Juriansz a rejeté à juste titre l'argument selon lequel le critère d'*Abitibi* n'exigeait pas qu'il soit décidé que l'organisme de réglementation exécuterait les travaux environnementaux et demanderait un remboursement, et qu'il suffisait qu'il y ait une ordonnance environnementale exigeant une dépense de fonds par l'actif du failli. Il a déclaré ce qui suit, aux par. 31-32 :

[TRADUCTION] . . . Selon moi, la décision de la Cour suprême est claire : les obligations continues de décontamination environnementale peuvent être réduites à des réclamations pécuniaires pouvant être compromises dans des procédures fondées sur la LACC seulement lorsque la Province a exécuté les travaux de décontamination et qu'elle présente une demande de remboursement, ou lorsque l'obligation peut être considérée comme une réclamation éventuelle ou future, parce qu'il est « suffisamment certain » que la Province fera le travail et cherchera ensuite à obtenir un remboursement.

L'approche des intimées n'est pas seulement incompatible avec celle de l'arrêt *Abitibi*, elle est trop large. Il en résulterait que pratiquement toutes les ordonnances réglementaires en matière d'environnement soient considérées comme des réclamations prouvables. Comme l'a fait remarquer la juge Deschamps, une société peut exercer des activités qui comportent des risques. Lorsque ces risques se matérialisent, les coûts sont supportés par ceux qui détiennent une participation dans la société. Un risque qui entraîne une obligation environnementale n'est soumis au processus d'insolvabilité que lorsqu'il est en substance pécuniaire et qu'il constitue en substance une réclamation prouvable.

[147] As the chambers judge correctly acknowledged, the fact that the Regulator would not conduct the abandonments itself does not mean that it would wash its hands of the Renounced Assets. Rather, if necessary, it would designate them as orphans pursuant to the *OGCA* and leave them for the OWA. I am not suggesting that a regulator can strategically avoid the “sufficient certainty” test simply by delegating environmental work to an arm’s length organization. I would not decide, as the Regulator urges, that the *Abitibi* test *always* requires that the environmental work be performed by the regulator itself. However, the OWA’s true nature must be emphasized. There are strong grounds to conclude that, given the particular features of this regulatory context, the OWA is not the regulator.

[148] The creation of the OWA was not an attempt by the Regulator to avoid the *BIA* order of priorities in bankruptcy. It is a non-profit organization with its own mandate and independent board of directors, and it operates as a financially independent entity pursuant to legally delegated authority. Although the OWA’s board includes a representative of the Regulator and a representative of Alberta Environment and Parks, its independence is not in question. The OWA’s 2014-2015 annual report indicates that five out of six voting directors represent industry. The OWA uses a risk assessment tool to prioritize when and how it will perform environmental work on the many hundreds of orphans in Alberta. There is no suggestion that the Regulator has any say in the order in which the OWA chooses to perform environmental work. The 2014-2015 annual report also states that, since 1992, 87 percent of the money collected and invested to fund OWA activities has been provided by industry via the orphan levy. The Regulator, at para. 99 of its factum, hints obliquely that additional provincial or federal funding may be forthcoming in the future, but even if it materializes, it will be almost entirely in the form of loans. I cannot accept the suggestion in the dissenting reasons

[147] Comme l’a reconnu à bon droit le juge siégeant en cabinet, ce n’est pas parce que l’organisme de réglementation n’effectuerait pas lui-même les travaux d’abandon qu’il se laverait les mains des biens faisant l’objet de la renonciation. Il les qualifierait plutôt, au besoin, d’orphelins conformément à l’*OGCA* et les confiera à l’OWA. Je ne prétends pas qu’un organisme de réglementation puisse stratégiquement éviter le critère de la « certitude suffisante » en déléguant simplement des travaux environnementaux à une organisation indépendante. Je ne déciderai pas, comme l’organisme de réglementation nous a exhortés à le faire, que le critère d’*Abitibi* exige *toujours* que les travaux environnementaux soient exécutés par l’organisme lui-même. Cependant, la véritable nature de l’OWA doit être soulignée. Il y a des motifs sérieux de conclure que, vu les caractéristiques propres à ce contexte réglementaire, l’OWA n’est pas l’organisme de réglementation.

[148] La création de l’OWA ne représentait pas une tentative de l’organisme de réglementation pour éviter l’ordre de priorité fixé en matière de faillite par la *LFI*. C’est un organisme sans but lucratif doté de son propre mandat et de son propre conseil d’administration indépendant, et il fonctionne comme une entité financièrement indépendante en vertu du pouvoir qui lui est délégué par la loi. Bien qu’un représentant de l’organisme de réglementation et un représentant d’Alberta Environment and Parks siègent au conseil d’administration de l’OWA, son indépendance n’est pas mise en question. Le rapport annuel 2014-2015 de l’OWA indique que cinq des six directeurs votants représentent l’industrie. L’OWA se sert d’un outil d’évaluation des risques pour décider, en ordre de priorité, quand et de quelle manière elle exécutera des travaux environnementaux sur les centaines de puits orphelins de l’Alberta. Personne ne prétend que l’organisme de réglementation a son mot à dire sur l’ordre dans lequel l’OWA décide d’exécuter des travaux environnementaux. Le rapport annuel 2014-2015 ajoute que, depuis 1992, 87 p. 100 de l’argent recueilli et investi pour financer les activités de l’OWA est fourni par l’industrie via la redevance pour les puits orphelins. Au paragraphe 99 de son mémoire, l’organisme de réglementation laisse

that the Regulator and the OWA are “inextricably intertwined” (para. 273).

[149] Even assuming that the OWA’s abandonment of Redwater’s licensed assets could satisfy the “sufficient certainty” test, I agree with Martin J.A. that it is difficult to conclude that there is sufficient certainty that the OWA will in fact perform the abandonments. I also agree with her view that there is no certainty that a claim for reimbursement will be advanced should the OWA ultimately abandon the assets.

[150] The dissenting reasons suggest that the facts of this appeal are more akin to those of *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, than to those of *Nortel CA*, arguing that the “sufficient certainty” test is satisfied because, as in *Northstar*, there is no purchaser to take on Redwater’s assets and the debtor itself is insolvent, so only the OWA can perform the work. In my view, *Northstar* is easily distinguishable. In that case, the bankrupt had been voluntarily carrying out remediation prior to its bankruptcy. After it made its assignment into bankruptcy, the Ministry of the Environment (“MOE”) took over the remediation activities itself, purporting to do so on a without prejudice basis. Jurianz J.A. found that the fact that the MOE had already undertaken remediation activities made it sufficiently certain that it would do so. As I will now demonstrate, the facts here are very different.

[151] At the beginning of this litigation, the OWA estimated that it would take 10 to 12 years to get through the backlog of orphans. By 2015, that backlog was increasing rapidly, and it may well have continued to increase at the same or an even greater speed in the intervening years, as submitted by the Regulator. If anything, this suggests the possibility of an even larger backlog. There is no indication that

entendre indirectement que la province ou le gouvernement fédéral pourrait accorder à l’avenir des fonds supplémentaires à l’OWA mais, même si cette possibilité se concrétise, les fonds seront presque entièrement consentis sous forme de prêts. Je ne peux accepter la proposition des juges dissidents selon laquelle l’organisme de réglementation et l’OWA sont « inextricablement liés » (par. 273).

[149] À supposer même que l’abandon par l’OWA des biens de Redwater visés par des permis puisse satisfaire au critère de la « certitude suffisante », je conviens avec la juge Martin qu’il est difficile de conclure à la certitude suffisante que l’OWA se chargera effectivement des travaux d’abandon et qu’il n’y a aucune certitude qu’une demande de remboursement sera présentée si l’OWA finit par abandonner les biens.

[150] Les motifs dissidents laissent croire que les faits de l’espèce s’apparentent davantage à ceux de l’affaire *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, qu’à ceux de *Nortel CA*, faisant valoir qu’il est satisfait au critère de la « certitude suffisante » car, tout comme dans *Northstar*, personne ne veut acheter les biens de Redwater et la débitrice elle-même est insolvable; en conséquence, seule l’OWA peut exécuter les travaux. Il me semble facile de distinguer l’affaire *Northstar* de celle qui nous occupe. Dans cette affaire, le failli effectuait de son plein gré des travaux de décontamination avant sa faillite. Après que le failli eut fait cession de ses biens, le ministre de l’Environnement (« ME ») a pris lui-même la relève des activités de décontamination et il entendait le faire sans préjudice. Selon le juge Jurianz, comme le ME avait déjà entrepris des activités de décontamination, il était suffisamment certain qu’il s’en occuperait. Comme je le démontrerai maintenant, les faits de l’espèce sont fort différents.

[151] Au début du présent litige, l’OWA a estimé qu’il lui faudrait de 10 à 12 ans pour résorber l’arriéré d’orphelins. Cet arriéré augmentait rapidement en 2015 et il peut fort bien avoir continué de croître tout aussi ou encore plus rapidement au cours des années suivantes, comme le soutient l’organisme de réglementation. Cela tend plutôt à établir que l’arriéré pourrait encore augmenter. Rien n’indique

the Renounced Assets would have a particularly high priority in the backlog. Even if the potential additional funding materializes, the Regulator submits that it will be a generation or more before the OWA can address its existing inventory of orphans.

[152] The dissenting reasons rely on the chambers judge’s conclusion that the OWA would “probably” perform the abandonments eventually, while downplaying the fact that he also concluded that this would not “necessarily [occur] within a definite timeframe” (paras. 261 and 278, citing the chambers judge’s reasons, at para. 173). Given the most conservative timeline — the 10 years discussed by the chambers judge — it is difficult to predict anything occurring with sufficient certainty. Much could change within the next decade, both in terms of government policy and in terms of the willingness of those in the Alberta oil and gas industry to discharge environmental liabilities. This is not at all the same situation as in *Northstar*, in which the MOE had already commenced environmental work.

[153] Perhaps more to the point, this lengthy timeline means that, should it ultimately perform the work, the OWA will not advance a claim for reimbursement. Advancement of a claim is an element of the test that is just as essential as performance of the work. The OWA itself has no ability to seek reimbursement of its costs from licensees and, although the costs of abandonment carried out by a person authorized by the Regulator constitute a debt payable to the Regulator under s. 30(5) of the *OGCA*, no evidence has been adduced that the Regulator has exercised its power to recover such costs in comparable cases. There is a good reason for this: the reality is that, by the time the OWA got around to abandoning any of Redwater’s wells, the estate would be finalized and GTL long since discharged. In sum, the chambers judge erred in failing to consider whether the OWA can be treated as the regulator and in failing to appreciate that, even if it can, it is not sufficiently certain that the OWA will

qu’une priorité particulièrement grande serait accordée dans l’arriéré aux biens faisant l’objet de la renonciation. Même si la possibilité d’attribuer des fonds supplémentaires se concrétise, l’organisme de réglementation fait valoir que cela prendra une génération ou plus avant que l’OWA ne puisse s’occuper de son inventaire actuel d’orphelins.

[152] Les motifs dissidents se fondent sur la conclusion du juge siégeant en cabinet selon laquelle l’OWA effectuerait « probablement » le processus d’abandon, tout en minimisant le fait qu’il a également conclu que l’OWA ne le ferait pas « nécessairement dans un délai précis » (par. 261 et 278, citant les motifs du juge siégeant en cabinet, par. 173). Vu l’échéancier le plus conservateur — celui de 10 ans dont a parlé le juge siégeant en cabinet —, il est difficile de prédire quoi que ce soit avec une certitude suffisante. La donne pourrait changer considérablement au cours de la prochaine décennie, tant au chapitre de la politique gouvernementale qu’à celui de la volonté de l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta de s’acquitter de ses responsabilités environnementales. Il ne s’agit pas du tout de la même situation que dans *Northstar*, où le ME avait déjà amorcé les travaux environnementaux.

[153] Plus particulièrement, ce long échéancier garantit que, s’il finit par exécuter les travaux, l’OWA ne présentera pas de demande de remboursement. La présentation de la demande est un élément tout aussi essentiel du critère que l’exécution des travaux. L’OWA lui-même ne peut faire rembourser ses frais par les titulaires de permis et, même si les coûts des processus d’abandon effectués par la personne autorisée par l’organisme de réglementation constituent une dette payable à cet organisme suivant le par. 30(5) de l’*OGCA*, on n’a produit aucune preuve montrant que l’organisme de réglementation a exercé son pouvoir de recouvrer ces frais dans des cas analogues, et pour cause : le fait est qu’au moment où l’OWA en arriverait à abandonner l’un ou l’autre des puits de Redwater, la liquidation de l’actif serait terminée et GTL serait libéré depuis longtemps. En somme, le juge siégeant en cabinet a eu tort de ne pas se demander si l’OWA peut être assimilé à l’organisme de réglementation et en ne

in fact perform the abandonments and advance a claim for reimbursement.

[154] Accordingly, even if the Regulator had acted as a creditor in issuing the Abandonment Orders, it cannot be said with sufficient certainty that it would perform the abandonments and advance a claim for reimbursement.

(b) *The Conditions for the Transfer of Licenses*

[155] I will deal briefly with the LMR conditions for the transfer of licences. Much of the foregoing analysis with regard to the Abandonment Orders also applies to these conditions. As noted by Martin J.A., the requirement of regulatory approval for licence transfers is difficult to compare directly with the remediation orders at issue in *Abitibi*. However, this Court confirmed that the *Abitibi* test applies to a class of regulatory obligations that is broader than “orders” in *Moloney*, at paras. 54-55. The LMR conditions are a “non-monetary obligation” for the Redwater estate, since they must be satisfied before the Regulator will approve the transfer of any of Redwater’s licences. However, it is notable that, even apart from the LMR conditions, licences are far from freely transferrable. The Regulator will not approve the transfer of licences where the transferee is not a licensee under the *OGCA*, the *Pipeline Act*, or both. The Regulator also reserves the right to reject a proposed transfer where it determines that the transfer is not in the public interest, such as where the transferee has outstanding compliance issues.

[156] In a sense, the factors suggesting an absence of sufficient certainty are even stronger for the LMR requirements than for the Abandonment Orders. There is a debt enforcement scheme under the *OGCA* and the *Pipeline Act* in respect of abandonment, but

considérant pas que, même s’il peut l’être, il n’est pas suffisamment certain qu’il effectuera dans les faits le processus d’abandon et présentera une demande de remboursement.

[154] En conséquence, même si l’organisme de réglementation avait agi comme un créancier en rendant les ordonnances, on ne saurait dire avec une certitude suffisante qu’il effectuerait les processus d’abandon et présenterait une demande de remboursement.

b) *Les conditions liées au transfert de permis*

[155] Je traiterai brièvement des conditions relatives à la CGR dont est assorti le transfert de permis. Une grande partie de l’analyse qui précède concernant les ordonnances d’abandon vaut tout autant pour ces conditions. Comme l’a souligné la juge Martin, il est difficile de comparer directement la nécessité d’obtenir une approbation réglementaire pour les transferts de permis et les ordonnances de décontamination en litige dans *Abitibi*. Or, notre Cour a confirmé aux par. 54-55 de *Moloney* que le critère d’*Abitibi* s’applique à une catégorie d’obligations réglementaires plus large que les « ordonnances ». Les conditions relatives à la CGR forment une « obligation non pécuniaire » de l’actif de Redwater, car elles doivent être remplies avant que l’organisme de réglementation n’approuve le transfert de tout permis de Redwater. Cependant, il convient de noter que, même mises à part les conditions relatives à la CGR, les permis sont loin d’être librement transférables. L’organisme n’approuvera pas le transfert des permis si le cessionnaire n’est pas un titulaire de permis au sens de l’*OGCA* ou de la *Pipeline Act* ou des deux. L’organisme de réglementation se réserve également le droit de rejeter un transfert proposé lorsqu’il juge que le transfert n’est pas dans l’intérêt public, comme dans un cas où le cessionnaire a des problèmes non résolus touchant à la conformité.

[156] En un sens, les facteurs laissant croire qu’il n’y a pas de certitude suffisante militent encore plus fortement en faveur des exigences relatives à la CGR que des ordonnances d’abandon. L’*OGCA* et la *Pipeline Act* prévoient un régime de recouvrement

there is no such scheme for the LMR requirements. The Regulator's refusal to approve licence transfers unless and until the LMR requirements have been satisfied does not give it a monetary claim against Redwater. It is true that compliance with the LMR requirements results in a reduction in the value of the bankrupt estate. However, as discussed earlier, not every obligation that diminishes the value of the bankrupt estate, and therefore the amount available to secured creditors, satisfies the "sufficient certainty" step. The question is not whether an obligation is intrinsically financial.

[157] Compliance with the LMR conditions prior to the transfer of licences reflects the inherent value of the assets held by the bankrupt estate. Without licences, Redwater's *profits à prendre* are of limited value at best. All licences held by Redwater were received by it subject to the end-of-life obligations that would one day arise. These end-of-life obligations form a fundamental part of the value of the licensed assets, the same as if the associated costs had been paid up front. Having received the benefit of the Renounced Assets during the productive period of their life cycles, Redwater cannot now avoid the associated liabilities. This understanding is consistent with *Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada*, 2013 SCC 29, [2013] 2 S.C.R. 336, which dealt with the statutory reforestation obligations of holders of forest tenures in Alberta. This Court unanimously held that the reforestation obligations were "a future cost embedded in the forest tenure that serves to depress the tenure's value at the time of sale" (para. 29).

[158] The fact that regulatory requirements may cost money does not transform them into debt collection schemes. As noted by Martin J.A., licensing requirements predate bankruptcy and apply to all licensees regardless of solvency. GTL does not dispute the fact that Redwater's licences can be transferred only to other licensees nor that the Regulator retains the authority in appropriate situations to

de créances en matière d'abandon, mais il n'existe aucun régime de ce genre pour les exigences liées à la CGR. Le refus de l'organisme de réglementation d'approuver les transferts de permis jusqu'à ce que ces exigences aient été satisfaites ne lui donne pas une réclamation pécuniaire contre Redwater. Certes, le respect des exigences relatives à la CGR entraîne une diminution de la valeur de l'actif du failli. Toutefois, comme nous l'avons vu plus tôt, toute obligation qui diminue la valeur de l'actif du failli, et donc la somme que peuvent recouvrer les créanciers garantis, ne franchit pas nécessairement l'étape de la « certitude suffisante ». Il ne s'agit pas de savoir si une obligation est intrinsèquement financière.

[157] Le respect des conditions liées à la CGR avant le transfert des permis reflète la valeur inhérente des biens détenus par l'actif du failli. Sans les permis, les profits à prendre appartenant à Redwater ont, au mieux, peu de valeur. Tous les permis détenus par Redwater ont été reçus par elle, sous réserve d'obligations de fin de vie qui prendraient naissance un jour. Ces obligations constituent une part fondamentale de la valeur des biens visés par des permis, comme si les frais connexes avaient été payés d'emblée. Ayant reçu le bénéfice des biens faisant l'objet de la renonciation pendant la période productive de leur cycle de vie, Redwater ne peut plus éviter les engagements connexes. Cette interprétation concorde avec l'arrêt *Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada*, 2013 CSC 29, [2013] 2 R.C.S. 336, qui portait sur les obligations légales de reboisement des détenteurs de tenures forestières en Alberta. Notre Cour a conclu à l'unanimité que les obligations relatives au reboisement constituaient « un coût futur inhérent à la tenure forestière qui a pour effet d'en diminuer la valeur au moment de la vente » (par. 29).

[158] La possibilité que des exigences réglementaires coûtent de l'argent ne les transforme pas en régimes de recouvrement de créances. Comme l'a fait remarquer la juge Martin, les exigences en matière de permis précèdent la faillite et s'appliquent à tous les titulaires de permis, peu importe leur solvabilité. GTL ne conteste pas le fait que les permis de Redwater ne peuvent être transférés qu'à

reject proposed transfers due to safety or compliance concerns. There is no difference between such conditions and the condition that the Regulator will not approve transfers where they would leave the requirement to satisfy end-of-life obligations unaddressed. All these regulatory conditions depress the value of the licensed assets. None of them creates a monetary claim in the Regulator's favour. Licensing requirements continue to exist during bankruptcy, and there is no reason why GTL cannot comply with them.

(3) Conclusion on the *Abitibi* test

[159] Accordingly, the end-of-life obligations binding on GTL are not claims provable in the Redwater bankruptcy, so they do not conflict with the general priority scheme in the *BIA*. This is not a mere matter of form, but of substance. Requiring Redwater to pay for abandonment before distributing value to creditors does not disrupt the priority scheme of the *BIA*. In crafting the priority scheme set out in the *BIA*, Parliament intended to permit regulators to place a first charge on real property of a bankrupt affected by an environmental condition or damage in order to fund remediation (see s. 14.06(7)). Thus, the *BIA* explicitly contemplates that environmental regulators will extract value from the bankrupt's real property if that property is affected by an environmental condition or damage. Although the nature of property ownership in the Alberta oil and gas industry meant that s. 14.06(7) was unavailable to the Regulator, the Abandonment Orders and the LMR replicate s. 14.06(7)'s effect in this case. Furthermore, it is important to note that Redwater's only substantial assets were affected by an environmental condition or damage. Accordingly, the Abandonment Orders and LMR requirements did not seek to force Redwater to fulfill end-of-life obligations with assets unrelated to the environmental condition or damage. In other words, recognizing that the Abandonment Orders and LMR requirements are not provable claims

d'autres titulaires de permis, ni le fait que l'organisme de réglementation conserve le pouvoir, dans les situations qui s'y prêtent, de rejeter les transferts proposés en raison de préoccupations relatives à la sécurité ou à la conformité. Il n'y a aucune différence entre ces conditions et celle voulant que l'organisme de réglementation n'approuve pas les transferts qui laisseraient en suspens l'exigence de satisfaire aux obligations de fin de vie. Toutes ces conditions réglementaires font baisser la valeur des biens visés par des permis. Aucune ne donne naissance à une réclamation pécuniaire en faveur de l'organisme de réglementation. Les exigences en matière de permis subsistent pendant la faillite, et il n'y a aucune raison pour laquelle GTL ne peut s'y conformer.

(3) Conclusion sur le critère d'*Abitibi*

[159] En conséquence, les obligations de fin de vie incombant à GTL ne sont pas des réclamations prouvables dans la faillite de Redwater et n'entrent donc pas en conflit avec le régime de priorité général instauré dans la *LFI*. Ce n'est pas une simple question de forme, mais de fond. Obliger Redwater à payer l'abandon avant de répartir la valeur entre les créanciers ne perturbe pas le régime de priorité établi dans la *LFI*. Au moment d'élaborer ce régime, le Parlement voulait permettre aux organismes de réglementation d'imposer une charge prioritaire sur le bien réel du failli touché par un fait ou dommage lié à l'environnement en vue de financer la décontamination (voir le par. 14.06(7)). Ainsi, la *LFI* envisage explicitement la possibilité que des organismes de réglementation tire une valeur des biens réels du failli touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Bien que l'organisme de réglementation n'ait pu se prévaloir du par. 14.06(7), compte tenu de la nature de la propriété des biens dans l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta, les ordonnances d'abandon et la CGR reproduisent l'effet du par. 14.06(7) en l'espèce. De plus, il importe de souligner que les seuls biens de valeur de Redwater étaient touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR n'avaient donc pas pour objet de forcer Redwater à s'acquitter des obligations de fin de vie avec des biens étrangers au fait

in this case does not interfere with the aims of the *BIA* — rather, it facilitates them.

[160] Bankruptcy is not a licence to ignore rules, and insolvency professionals are bound by and must comply with valid provincial laws during bankruptcy. They must, for example, comply with non-monetary obligations that are binding on the bankrupt estate, that cannot be reduced to provable claims, and the effects of which do not conflict with the *BIA*, notwithstanding the consequences this may have for the bankrupt's secured creditors. The Abandonment Orders and the LMR requirements are based on valid provincial laws of general application — exactly the kind of valid provincial laws upon which the *BIA* is built. As noted in *Moloney*, the *BIA* is clear that “[t]he ownership of certain assets and the existence of particular liabilities depend upon provincial law” (para. 40). End-of-life obligations are imposed by valid provincial laws which define the contours of the bankrupt estate available for distribution.

[161] Finally, as noted earlier, the *BIA*'s general purpose of facilitating financial rehabilitation is not relevant for a corporation such as Redwater. Corporations with insufficient assets to satisfy their creditors will never be discharged from bankruptcy because they cannot satisfy all their creditors' claims in full (*BIA*, s. 169(4)). Thus, no conflict with this purpose is caused by the conclusion that the end-of-life obligations binding Redwater are not provable claims.

IV. Conclusion

[162] There is no conflict between Alberta's regulatory regime and the *BIA* requiring portions of the former to be rendered inoperative in the context of bankruptcy. Although GTL remains fully protected from personal liability by federal law, it cannot walk away from the environmental liabilities of the bankrupt estate by invoking s. 14.06(4). On a

ou dommage lié à l'environnement. Autrement dit, la reconnaissance que les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR ne sont pas des réclamations prouvables en l'espèce facilite l'atteinte des objets de la *LFI* au lieu de la contrecarrer.

[160] La faillite n'est pas un permis de faire abstraction des règles, et les professionnels de l'insolvabilité sont liés par les lois provinciales valides au cours de la faillite. À titre d'exemple, ils doivent respecter les obligations non pécuniaires liant l'actif du failli qui ne peuvent être réduites à des réclamations prouvables et dont les effets n'entrent pas en conflit avec la *LFI*, sans égard aux répercussions que cela peut avoir sur les créanciers garantis du failli. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR reposent sur des lois provinciales valides d'application générale et elles représentent exactement le genre de loi provinciale valide sur lequel se fonde la *LFI*. Tel qu'il est signalé dans *Moloney*, la *LFI* indique clairement que « [l]a propriété de certains biens et l'existence de dettes particulières relèvent du droit provincial » (par. 40). Les obligations de fin de vie sont imposées par des lois provinciales valides qui définissent les contours de l'actif du failli susceptible d'être partagé.

[161] Enfin, rappelons que l'objet général de la *LFI* de favoriser la réhabilitation financière ne concerne pas une société comme Redwater. Les sociétés n'ayant pas assez de biens pour satisfaire leurs créanciers ne seront jamais libérées de leur faillite puisqu'elles ne peuvent acquitter entièrement toutes les réclamations de leurs créanciers (*LFI*, par. 169(4)). Ainsi, la conclusion selon laquelle les obligations de fin de vie incombant à Redwater ne sont pas des réclamations prouvables n'est à l'origine d'aucun conflit avec cet objet.

IV. Conclusion

[162] Il n'y a aucun conflit entre le régime de réglementation de l'Alberta et la *LFI* en raison duquel des parties du premier doivent être inopérantes dans le contexte de la faillite. Bien que GTL demeure entièrement dégagé de toute responsabilité personnelle par le droit fédéral, il ne peut se soustraire aux engagements environnementaux qui lient l'actif du

proper application of the *Abitibi* test, the Redwater estate must comply with ongoing environmental obligations that are not claims provable in bankruptcy.

[163] Accordingly, the appeal is allowed. In *Alberta Energy Regulator v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37, Wakeling J.A. declined to stay the precedential effect of the Court of Appeal’s decision. As he noted, the interests of the Regulator itself were already protected. Pursuant to earlier orders of the Alberta courts, GTL had already sold or renounced all of Redwater’s assets, and the sale proceeds were being held in trust. Accordingly, the Regulator’s request for an order that the proceeds from the sale of Redwater’s assets be used to address Redwater’s end-of-life obligations is granted. Additionally, the chambers judge’s declarations in paras. 3 and 5-16 of his order are set aside.

[164] As the successful party in the appeal, the Regulator would normally be entitled to its costs. However, the Regulator specifically did not seek costs. Accordingly, there will be no order made as to costs.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[165] Redwater Energy Corporation (“Redwater”) is a bankrupt oil and gas company. Its estate principally consists of two types of properties or assets: valuable, producing oil wells and facilities that are still capable of generating revenue; and value-negative, non-producing assets, including depleted wells that are subject to onerous environmental liabilities. Redwater’s receiver and trustee in bankruptcy, Grant Thornton Limited (“GTL”), purports to have disclaimed ownership of the non-producing

failli en invoquant le par. 14.06(4). D’après une juste application du critère d’*Abitibi*, l’actif de Redwater doit respecter les obligations environnementales continues qui ne sont pas des réclamations prouvables en matière de faillite.

[163] En conséquence, le pourvoi est accueilli. Dans *Alberta Energy Regulator c. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37, le juge Wakeling a refusé de suspendre l’effet de précédent de l’arrêt rendu par la Cour d’appel. Comme il l’a fait remarquer, les intérêts de l’organisme de réglementation lui-même étaient déjà protégés. Conformément aux ordonnances rendues auparavant par les tribunaux albertains, GTL avait déjà vendu l’ensemble des biens de Redwater ou y avait renoncé et le produit de la vente a été détenu en fiducie. Ainsi, la Cour rend l’ordonnance demandée par l’organisme de réglementation selon laquelle le produit de la vente des biens de Redwater doit être utilisé pour satisfaire aux obligations de fin de vie de Redwater. En outre, les déclarations du juge siégeant en cabinet qui figurent aux par. 3 et 5-16 de son ordonnance sont annulées.

[164] Puisqu’il a gain de cause dans le cadre de ce pourvoi, l’organisme de réglementation aurait normalement droit aux dépens. Toutefois, il a expressément mentionné ne pas les demander. C’est pourquoi aucune ordonnance ne sera rendue à cet égard.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[165] Redwater Energy Corporation (« Redwater ») est une société pétrolière et gazière en faillite. Son actif se compose principalement de deux types de biens : des puits de pétrole et des installations pétrolières de valeur productifs qui sont encore susceptibles de générer un revenu; et des biens inexploités ayant une valeur négative, notamment des puits taris auxquels se rattachent de lourds engagements environnementaux. Le séquestre et syndic de faillite de Redwater, Grant Thornton Limited (« GTL »),

assets. It did so in order to sell the valuable, producing wells separately — unencumbered by the liabilities attached to the disclaimed properties — and to distribute the proceeds of that sale to the estate’s creditors.

[166] However, Alberta law does not recognize GTL’s disclaimers as enforceable. Shortly after GTL’s appointment as receiver, the Alberta Energy Regulator (“AER”) issued “Abandonment Orders” for the disclaimed assets, directing Redwater and its working interest participants to carry out environmental work on those properties. Specifically, the AER sought to have GTL “abandon” the non-producing properties, which meant to render the wells environmentally safe according to the AER’s directives. It later notified GTL that it would refuse to approve any sale of Redwater’s valuable assets unless GTL did one of three things: sell the disclaimed properties in a single package with the producing wells and facilities; complete the abandonment and reclamation work itself; or post security to cover the environmental liabilities associated with the disclaimed properties.

[167] The evidence reveals that none of these options is economically viable. The net value of Redwater’s 127 licensed properties is negative, so no rational purchaser would ever agree to buy them as a package. This is precisely why GTL opted to disclaim the burdensome properties in the first place. As to the remaining options, GTL cannot undertake or guarantee the abandonment and reclamation work because the environmental liabilities attached to the disclaimed assets exceed the estate’s realizable value — and in any event, GTL could not access the funds necessary to satisfy these commitments until after a sale of the estate’s valuable assets was completed. The effect of the AER’s position, then, is to hamper GTL in its administration of the estate, preventing it from realizing *any* value for *any* of Redwater’s creditors, including the AER. And the AER’s position effectively leaves the valuable and producing wells in limbo, creating a real risk that

prétend avoir renoncé à la propriété des biens inexploités, et ce, afin de vendre séparément les puits de valeur productifs — non grevés des engagements se rattachant aux biens visés par les renonciations — et de répartir le produit de cette vente entre les créanciers de l’actif.

[166] Toutefois, la loi albertaine ne reconnaît pas de force exécutoire aux renonciations de GTL. Peu de temps après la nomination de GTL à titre de séquestre, l’Alberta Energy Regulator (« AER ») a rendu des « ordonnances d’abandon » à l’égard des biens visés par les renonciations, ordonnant à Redwater et à ses participants en participation directe d’exécuter des travaux environnementaux sur ceux-ci. En particulier, l’AER souhaitait que GTL « abandonne » les biens inexploités, ce qui signifie rendre les puits sûrs pour l’environnement, selon les directives de l’AER. Il a ensuite avisé GTL qu’il refuserait d’approuver toute vente des biens de valeur de Redwater à moins que GTL ne fasse l’une des trois choses suivantes : vendre les biens visés par les renonciations avec les puits et les installations productifs comme un tout unique; achever elle-même les travaux d’abandon et de remise en état; ou verser un dépôt de garantie pour couvrir les engagements environnementaux liés aux biens visés par les renonciations.

[167] La preuve révèle qu’aucune de ces possibilités n’est viable sur le plan économique. La valeur nette des 127 biens de Redwater qui sont visés par des permis est négative, de sorte qu’aucun acheteur sensé n’accepterait de les acquérir ensemble. C’est précisément pour cette raison que GTL a choisi de renoncer aux biens représentant un fardeau en premier lieu. Quant aux autres possibilités, GTL ne peut ni exécuter les travaux d’abandon et de remise en état ni en garantir l’exécution parce que les engagements environnementaux se rattachant aux biens visés par les renonciations dépassent la valeur de réalisation de l’actif et que, de toute façon, GTL ne pourrait obtenir les sommes nécessaires pour satisfaire à ces engagements qu’après avoir procédé à la vente des biens de valeur se trouvant dans l’actif. La position de l’AER a donc pour effet d’entraver GTL dans son administration de l’actif, l’empêchant de réaliser une *quelconque* valeur pour *l’un ou l’autre* des créanciers

they, too, will become “orphans” — assets that are unable to be sold to another company and are left entirely unrealized.

[168] According to Wagner C.J., GTL is without recourse because federal law enables it only to protect itself from personal liability and because the AER was entitled to assert its environmental liability claims outside of the bankruptcy process. I disagree on both points. In my view, two aspects of Alberta’s regulatory regime conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). This result flows from a proper and accurate understanding of fundamental principles of constitutional and insolvency law.

[169] First, Alberta’s statutes regulating the oil and gas industry define the term “licensee” as including receivers and trustees in bankruptcy. The effect of this definition is that insolvency professionals are subject to the same obligations and liabilities as Redwater itself — including the obligation to comply with the AER’s Abandonment Orders and the risk of personal liability for failing to do so. The *BIA*, however, permits a trustee in bankruptcy to disclaim assets encumbered by environmental liabilities. This power was available to GTL in the circumstances of this case, and GTL validly disclaimed the non-productive assets. The result is that it is no longer subject to the environmental liabilities associated with those assets. Because Alberta’s statutory regime does not recognize these disclaimers as lawful (by virtue of the fact that receivers and trustees are regulated as licensees, who cannot disclaim assets), there is an unavoidable operational conflict between federal and provincial law. Alberta’s legislation governing the oil and gas sector should therefore be held inoperative to the extent that it does not recognize the legal effect of GTL’s disclaimers.

de Redwater, y compris l’AER. La position de l’AER place de fait les puits de valeur productifs dans une situation incertaine, créant un risque réel qu’ils deviennent, eux aussi, des [TRADUCTION] « orphelins » — des biens qui ne peuvent être vendus à une autre société et dont la valeur demeure entièrement non réalisée.

[168] Selon le juge en chef Wagner, GTL est sans recours parce que la loi fédérale ne l’autorise qu’à se dégager de toute responsabilité personnelle, et que l’AER avait le droit de faire valoir ses réclamations environnementales en dehors du processus de faillite. Je suis en désaccord sur les deux points. À mon avis, deux aspects du régime de réglementation albertain entrent en conflit avec la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »). Une compréhension adéquate et fidèle des principes fondamentaux du droit constitutionnel et du droit de l’insolvabilité conduit à ce résultat.

[169] D’abord, les lois albertaines qui règlementent l’industrie pétrolière et gazière précisent que le terme [TRADUCTION] « titulaire de permis » vise les séquestres et syndics de faillite. Cette définition a pour effet d’assujettir les professionnels de l’insolvabilité aux mêmes obligations et responsabilités que Redwater elle-même — notamment l’obligation de se conformer aux ordonnances d’abandon de l’AER et le risque d’engager sa responsabilité personnelle pour ne pas l’avoir fait. La *LFI*, par contre, autorise le syndic de faillite à renoncer aux éléments d’actif grevés d’engagements environnementaux. GTL disposait de ce pouvoir dans les circonstances de l’espèce et elle a valablement renoncé aux biens inexploités. Elle n’est donc plus assujettie aux engagements environnementaux liés à ces biens. Étant donné que le régime législatif albertain ne reconnaît pas la légalité de ces renonciations (en raison du fait que les séquestres et les syndics sont réglementés comme des titulaires de permis, qui ne peuvent renoncer à des biens), il y a un conflit d’application inévitable entre la loi fédérale et la loi provinciale. La loi albertaine régissant l’industrie pétrolière et gazière devrait donc être déclarée inopérante dans la mesure où elle ne reconnaît pas l’effet juridique des renonciations de GTL.

[170] Second, the AER has required that GTL satisfy Redwater's environmental liabilities ahead of the estate's other debts, which contravenes the *BIA*'s priority scheme. Because the Abandonment Orders are "claims provable in bankruptcy" under the three-part test outlined by this Court in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 — from which this Court should not depart either explicitly or implicitly — the AER cannot assert those claims outside the bankruptcy process. To do so would frustrate an essential purpose of the *BIA*: distributing the estate's value in accordance with the statutory priority scheme. Nor can the AER achieve the same result indirectly by imposing conditions on the sale of Redwater's valuable assets. The province's licensing scheme effectively operates as a debt collection mechanism in relation to a bankrupt company: it prevents GTL from discharging its duties as trustee unless the AER's environmental claims are satisfied. As such, it should be held inoperative as applied to Redwater under the second prong of the paramountcy test, frustration of purpose.

II. Background

[171] Redwater was a publicly traded oil and gas company that operated wells, pipelines and other facilities in central Alberta. In mid-2014, it suffered a number of financial setbacks following a series of acquisitions and unsuccessful drilling initiatives. As a result, it became unable to meet its obligations to its largest secured creditor, ATB Financial, which commenced enforcement proceedings.

[172] GTL was appointed as Redwater's receiver on May 12, 2015. Upon its appointment, but before taking possession of any AER-licensed properties, GTL carried out an analysis of the economic viability and marketability of Redwater's assets. It determined that only a portion of the company's properties was actually saleable and that it would not

[170] Ensuite, l'AER a exigé que GTL acquitte les engagements environnementaux de Redwater avant les autres dettes de l'actif, ce qui contrevient au régime de priorité établi par la *LFI*. Comme les ordonnances d'abandon sont des « réclamations prouvables en matière de faillite » selon le test à trois volets énoncé par la Cour dans l'arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 — test dont notre Cour ne devrait pas s'écarter explicitement ou implicitement — l'AER ne peut faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite. Agir ainsi entraverait la réalisation d'un objet essentiel de la *LFI* : le partage de la valeur de l'actif conformément au régime de priorités établi par la loi. L'AER ne peut pas non plus atteindre indirectement le même résultat en imposant des conditions à la vente des biens de valeur de Redwater. Le régime provincial de délivrance de permis sert en fait de mécanisme de recouvrement de créances à l'endroit d'une société en faillite : il empêche GTL de s'acquitter de ses obligations à titre de syndic si les réclamations environnementales de l'AER ne sont pas réglées. Par conséquent, il devrait être déclaré inopérant en ce qui concerne Redwater, suivant le second volet du critère de la prépondérance, l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral.

II. Contexte

[171] Redwater était une société pétrolière et gazière cotée en bourse qui exploitait des puits, des pipelines et d'autres installations dans le centre de l'Alberta. Au milieu de l'année 2014, elle a connu plusieurs déboires financiers à la suite d'une série d'acquisitions et d'initiatives de forage infructueuses. Elle n'a donc plus été en mesure de respecter ses obligations envers son plus important créancier garanti, ATB Financial, qui a introduit une procédure d'exécution.

[172] Le 12 mai 2015, GTL a été nommé séquestre de Redwater. Après sa nomination, mais avant de prendre possession de quelconque bien visé par un permis délivré par l'AER, GTL a procédé à une analyse de la viabilité économique et de la valeur commerciale des biens de Redwater. Elle a déterminé que seule une partie des biens de la

be in Redwater's best interests — or in the interests of its creditors — for GTL, as receiver, to take possession of the non-producing properties. It therefore informed the AER on July 3, 2015, that it would take possession of only 20 of Redwater's 127 licensed wells and facilities. On November 2, 2015, shortly after its appointment as trustee, GTL again disclaimed the same non-producing properties it had previously renounced in its capacity as receiver.

[173] According to GTL's assessment, Redwater's valuable assets were worth \$4.152 million and would generate significant value for the estate's creditors if they were sold at auction. On the other hand, the net value of the non-producing properties was -\$4.705 million, reflecting the extensive abandonment and reclamation liabilities owed to the AER. The net value of the estate as a whole was -\$0.553 million. This was why, in GTL's business judgment, a sale of all the estate's assets together was simply not realistic.

[174] The AER responded to GTL's first disclaimer notice by issuing the Abandonment Orders which required Redwater to carry out environmental work on the non-producing properties that GTL had disclaimed. But the AER's enforcement efforts were not limited to the debtor's estate itself. In its initial application that spurred this litigation, the AER filed suit against GTL seeking three principal remedies: (1) a declaration that GTL's disclaimers were void and unenforceable; (2) an order compelling GTL, in its capacity as receiver, to comply with the Abandonment Orders issued in relation to a portion of Redwater's assets; and (3) an order compelling GTL to fulfill its obligations as licensee under Alberta's legislation, specifically in relation to the abandonment, reclamation and remediation of Redwater's licensed properties.

[175] The genesis of this litigation, then, was a clear and forceful effort by the AER to require GTL

société était réellement vendable, et qu'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur de Redwater — ni dans l'intérêt de ses créanciers — que GTL, à titre de séquestre, prenne possession des biens inexploités. Elle a donc informé l'AER le 3 juillet 2015 qu'elle prendrait possession de seulement 20 des 127 puits et installations de Redwater visés par un permis. Le 2 novembre 2015, peu après sa nomination à titre de syndic, GTL a encore une fois renoncé aux biens inexploités auxquels elle avait déjà renoncé en sa qualité de séquestre.

[173] Selon l'estimation de GTL, les biens de valeur de Redwater valaient 4,152 millions de dollars et créeraient une valeur importante pour les créanciers de l'actif s'ils étaient vendus aux enchères. Par contre, la valeur nette des biens inexploités était de -4,705 millions de dollars, reflétant les engagements énormes relatifs à l'abandon et à la remise en état envers l'AER. La valeur nette de l'ensemble de l'actif était de -0,553 million de dollars. C'est pourquoi, selon le jugement d'affaire de GTL, une vente de l'ensemble des biens de l'actif n'était tout simplement pas réaliste.

[174] L'AER a répondu au premier avis de renonciation de GTL en rendant les ordonnances d'abandon qui obligeaient Redwater à exécuter des travaux environnementaux sur les biens inexploités auxquels GTL avait renoncé. Mais les mesures d'exécution prises par l'AER ne visaient pas uniquement l'actif de la débitrice en tant que tel. Dans sa demande initiale ayant donné naissance au présent litige, l'AER a intenté une poursuite contre GTL, sollicitant trois mesures de réparation principales : (1) un jugement déclaratoire portant que les renonciations de GTL sont nulles et non exécutoires; (2) une ordonnance obligeant GTL, en sa qualité de séquestre, à se conformer aux ordonnances d'abandon rendues à l'égard d'une partie des biens de Redwater; et (3) une ordonnance contraignant GTL à respecter les obligations que lui impose la loi albertaine en tant que titulaire de permis, concernant plus précisément l'abandon, la remise en état et la décontamination des biens de Redwater visés par des permis.

[175] Le présent litige tire donc son origine d'un effort manifeste et vigoureux de l'AER dans le but

to satisfy Redwater's environmental obligations. To understand why the AER took that approach, it is important to note that it had provincial law on its side. Under the *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 ("OGCA") and the *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15 ("PLA"), the term "licensee" is defined to include receivers and trustees in bankruptcy (OGCA, s. 1(1)(cc); PLA, s. 1(1)(n)). As a result, insolvency professionals become subject to the same regulatory obligations as the insolvent debtor itself by effectively stepping into its shoes. They can therefore be compelled to carry out abandonment and reclamation work on the direction of the AER (OGCA, s. 27; PLA, s. 23; *Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71 ("OGCA Rules"), s. 3.012); to reimburse anyone else who does abandonment work (OGCA, ss. 29 and 30; PLA, s. 25); to pay the orphan fund levy for any of the debtor's assets (OGCA, s. 74); to provide a security deposit, under certain circumstances, at the AER's request (OGCA Rules, s. 1.100(2)); and to pay a fine for failing to comply with an order made by the AER (OGCA, ss. 108 and 110(1); PLA, ss. 52(2) and 54(1)). These liabilities are all personal in nature. Other comparable legislation expressly limits the liability of insolvency professionals. For example, the *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, states that the liability of a receiver or trustee under an environmental protection order "is limited to the value of the assets that the person is administering", absent "gross negligence or wilful misconduct" (s. 240(3)). Alberta's oil and gas statutory regime, however, does not include such a clause protecting receivers and trustees. And as the AER's initial application makes clear, the AER itself viewed these obligations as personal. This was why it sued GTL to compel it, among other things, to comply with its obligations as a licensee under provincial law.

d'obliger GTL à acquitter les obligations environnementales de Redwater. Pour comprendre pourquoi l'AER a agi de la sorte, il est important de souligner que l'AER avait la loi provinciale de son côté. Aux termes de l'*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (« OGCA »), et de la *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15 (« PLA »), le terme [TRADUCTION] « titulaire de permis » est défini de façon à inclure les séquestres et les syndics de faillite (OGCA, al. 1(1)(cc); PLA, al. 1(1)(n)). Les professionnels de l'insolvabilité deviennent par le fait même assujettis aux mêmes obligations réglementaires que le débiteur insolvable lui-même, en se mettant de fait à sa place. Ils peuvent donc être contraints d'exécuter des travaux d'abandon et de remise en état sur ordre de l'AER (OGCA, art. 27; PLA, art. 23; *Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71 (« Règles prises en vertu de l'OGCA »), art. 3.012), de rembourser n'importe qui d'autre effectue les travaux d'abandon (OGCA, art. 29 et 30; PLA, art. 25), de payer au fonds pour les puits orphelins la redevance requise à l'égard de n'importe lequel des biens du débiteur (OGCA, art. 74), de verser un dépôt de garantie, dans certaines circonstances, à la demande de l'AER (Règles prises en vertu de l'OGCA, par. 1.100(2)) et de payer une amende pour avoir omis de se conformer à une ordonnance de l'AER (OGCA, art. 108 et par. 110(1); PLA, par. 52(2) et 54(1)). Ces obligations sont toutes de nature personnelle. D'autres lois comparables limitent expressément la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité. Par exemple, l'*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, prévoit que la responsabilité du séquestre ou du syndic à l'égard d'une ordonnance de protection environnementale [TRADUCTION] « ne dépasse pas la valeur des biens qu'administre cette personne », en l'absence de « négligence grave ou d'inconduite délibérée » (par. 240(3)). Le régime législatif albertain en matière de pétrole et de gaz ne contient toutefois aucune disposition semblable visant à protéger les séquestres et les syndics. Et, comme il ressort de sa demande initiale, l'AER considérait lui-même ces obligations comme des obligations personnelles. C'est pourquoi il a poursuivi GTL afin de le contraindre, notamment, à respecter les obligations que lui impose la loi provinciale en tant que titulaire de permis.

[176] The AER also exercised its enforcement power in another capacity. In addition to issuing the Abandonment Orders, the AER imposed restrictions and conditions on the sale of Redwater’s assets — conditions that effectively required GTL to satisfy those same obligations before a sale could be approved. Thus, even if GTL defied the AER’s request to abandon the non-producing properties, it would still be unable to discharge its duties as receiver and trustee.

[177] Both the chambers judge and the majority of the Court of Appeal found in favour of GTL on each prong of the paramountcy test, concluding that there is an operational conflict and a frustration of purpose (2016 ABQB 278, 33 Alta. L.R. (6th) 221; 2017 ABCA 124, 50 Alta. L.R. (6th) 1). They agreed with GTL and ATB Financial that the provisions of Alberta’s statutory regime permitting the AER to enforce compliance with Redwater’s environmental abandonment and reclamation obligations were constitutionally inoperative during bankruptcy. The AER and the Orphan Well Association (“OWA”) then appealed to this Court.

III. Analysis

[178] The *Constitution Act, 1867*, grants the federal government exclusive jurisdiction to regulate matters relating to bankruptcy and insolvency (s. 91(21)). In the exercise of that jurisdiction, Parliament enacted the *BIA*, “a complete code governing bankruptcy” (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 40; see also *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 85). The *BIA* outlines, among other things, the powers, duties and functions of receivers and trustees responsible for administering bankrupt or insolvent estates and the scope of claims that fall within the bankruptcy process (see *BIA*, ss. 16 to 38 and 121 to 154).

[179] Although the operation of the *BIA* “depends upon the survival of various provincial rights” (*Moloney*, at para. 40), this is true only to the extent that “substantive provisions of any [provincial] law or

[176] L’AER a également exercé son pouvoir de faire appliquer la loi à un autre titre. En plus de rendre les ordonnances d’abandon, l’AER a imposé des restrictions et conditions à la vente des biens de Redwater — conditions qui obligent en fait GTL à satisfaire auxdites obligations avant même qu’une vente puisse être approuvée. Par conséquent, même si GTL n’accédait pas à la demande de l’AER visant l’abandon des biens inexploités, il ne serait toujours pas en mesure de s’acquitter de ses obligations à titre de séquestre et de syndic.

[177] Le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont tous donné raison à GTL quant à chacun des volets du test de la prépondérance, concluant qu’il existe un conflit d’application et une entrave à la réalisation d’un objet fédéral (2016 ABQB 278, 33 Alta. L.R. (6th) 221; 2017 ABCA 124, 50 Alta. L.R. (6th) 1). Ils ont convenu avec GTL et ATB Financial que les dispositions du régime législatif albertain permettant à l’AER d’assurer le respect des obligations d’abandon et de remise en état de Redwater étaient constitutionnellement inopérantes durant une faillite. L’AER et l’Orphan Well Association (« OWA ») se sont ensuite pourvus devant la Cour.

III. Analyse

[178] La *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral la compétence exclusive pour réglementer la faillite et l’insolvabilité (par. 91(21)). Dans l’exercice de cette compétence, le Parlement a édicté la *LFI*, « un code complet en matière de faillite » (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 40; voir aussi *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 85). La *LFI* expose notamment les pouvoirs, obligations et attributions des séquestres et syndics chargés d’administrer l’actif du failli ou l’actif insolvable ainsi que la portée des réclamations qui relèvent du processus de faillite (voir *LFI*, art. 16 à 38 et 121 à 154).

[179] Quoique l’application de la *LFI* « dépend[e] de la subsistance de divers droits provinciaux » (*Moloney*, par. 40), ce n’est vrai que dans la mesure où « les dispositions de droit substantif d’une [. . .] loi ou

statute relating to property . . . are not in conflict with [the *BIA*]” (*BIA*, s. 72(1)). When a conflict arises, the *BIA* necessarily prevails (*Moloney*, at paras. 16 and 29; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 16). This reflects the constitutional principle that federal laws are paramount (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 32).

[180] The respondents in this appeal — GTL and ATB Financial — posit two distinct conflicts between the federal and provincial legislation. First, they argue that the *BIA* grants receivers and trustees the power to disclaim any interest in any real property, even where they are not at risk of personal liability by virtue of their possession of the property. This disclaimer power enables trustees to renounce valueless and liability-laden property of a bankrupt in pursuit of their primary goal, which is to maximize global recovery for all creditors. The respondents argue that GTL validly disclaimed the non-producing assets and therefore cannot be held responsible for carrying out the Abandonment Orders; nor can the AER make any sale of Redwater’s assets conditional on the fulfillment of obligations with respect to the disclaimed properties.

[181] Second, they argue that the AER’s Abandonment Orders constitute “claims provable in bankruptcy”. In their view, it would undermine the *BIA*’s priority scheme if the AER could assert those claims outside the bankruptcy process — and ahead of the estate’s secured creditors — whether by compelling GTL to carry out those orders or by making the sale of Redwater’s valuable assets conditional on the fulfillment of those obligations.

[182] In my view, GTL and ATB Financial have satisfied their burden of demonstrating a genuine inconsistency between federal and provincial law under both branches of the paramouncy test. In what follows, I first discuss the operational conflict that arises between Alberta’s regulatory regime and s. 14.06(4) of the *BIA*. I then turn to the second

règle de droit [provinciale] concernant la propriété [. . .] [ne sont pas] incompatibles avec la [*LFI*] » (*LFI*, par. 72(1)). Lorsqu’il y a un conflit, la *LFI* doit prévaloir (*Moloney*, par. 16 et 29; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 16). Cela reflète le principe constitutionnel selon lequel les lois fédérales sont prépondérantes (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32).

[180] Les intimées en l’espèce — GTL et ATB Financial — plaident qu’il existe deux conflits distincts entre la législation fédérale et la législation provinciale. D’abord, ils soutiennent que la *LFI* confère aux séquestres et aux syndics le pouvoir de renoncer à tout intérêt sur un bien réel, même lorsque le séquestre ou le syndic ne risque pas d’engager sa responsabilité personnelle du fait qu’il est en possession du bien. Ce pouvoir de renonciation permet aux syndics de renoncer aux biens sans valeur et grevés d’engagements du failli en vue d’atteindre leur objectif premier : maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. Les intimées soutiennent que GTL a valablement renoncé aux biens inexploités et qu’il ne peut donc être tenu responsable de l’exécution des ordonnances d’abandon; l’AER ne peut pas non plus faire dépendre la vente des biens de Redwater de l’acquiescement d’obligations à l’égard des biens faisant l’objet de la renonciation.

[181] Ensuite, ils soutiennent que les ordonnances d’abandon de l’AER constituent des « réclamations prouvables en matière de faillite ». À leur avis, ce serait saper le régime de priorités établi par la *LFI* que de permettre à l’AER de faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite — et en priorité par rapport aux créanciers garantis de l’actif — que ce soit en obligeant GTL à exécuter ces ordonnances, ou en faisant dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l’acquiescement de ces obligations.

[182] À mon avis, GTL et ATB Financial se sont acquittés de leur fardeau de démontrer qu’il existe une incompatibilité véritable entre la loi fédérale et la loi provinciale selon les deux volets du test de la prépondérance. Dans les paragraphes qui suivent, j’analyse d’abord le conflit d’application qui existe entre le régime de réglementation albertain et le

branch of the paramountcy analysis, frustration of purpose.

A. *Operational Conflict*

[183] The first branch of the paramountcy test is operational conflict. An operational conflict arises where “it is impossible to comply with both laws” (*Moloney*, at para. 18) — “where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’”, or where “the same citizens are being told to do inconsistent things” (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191; see also *Lemare Lake*, at para. 18).

[184] In essence, an operational conflict analysis is an exercise in statutory interpretation: the Court must ascertain the meaning of each competing enactment in order to determine whether dual compliance is possible. Although this interpretation exercise takes place within the guiding confines of cooperative federalism, a concept that allows for some interplay and overlap between federal and provincial legislation, this Court recently set out the limits to this concept:

[C]ooperative federalism may be used neither to “override nor [to] modify the division of powers itself” (*Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, [2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467] at para. 39), nor to impose “limits on the otherwise valid exercise of legislative competence” (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693] at para. 19; *Reference re Securities Act*, [2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837] at paras. 61-62). It cannot, therefore, be used to make *ultra vires* legislation *intra vires*. By fostering cooperation between Parliament and the legislatures within the existing constitutional boundaries, however, cooperative federalism works to support, rather than supplant, the division of legislative powers (see: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22).

(*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 18)

[185] Properly understood, cooperative federalism operates as a straightforward interpretive

par. 14.06(4) de la *LFI*. J’examine ensuite le second volet de l’analyse relative à la prépondérance, l’en-trave à la réalisation d’un objet fédéral.

A. *Conflit d’application*

[183] Le premier volet du test de la prépondérance est le conflit d’application. Il y a conflit d’application lorsqu’« il est impossible de respecter les deux lois » (*Moloney*, par. 18) — « lorsqu’une loi dit “oui” et que l’autre dit “non” », ou lorsque l’« on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles » (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191; voir aussi *Lemare Lake*, par. 18).

[184] L’analyse relative au conflit d’application relève essentiellement de l’interprétation des lois : la Cour doit déterminer le sens de chaque loi concurrente afin de décider s’il est possible de respecter les deux lois. Bien que cette démarche d’interprétation s’effectue à l’intérieur du cadre directeur du fédéralisme coopératif, une notion qui permet une certaine interaction et un certain chevauchement entre la loi fédérale et la loi provinciale, notre Cour a récemment fixé les limites de cette notion :

[L]e fédéralisme coopératif ne peut servir « ni [à] l’emporter sur le partage [des compétences] lui-même ni [à] le modifier » (*Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, [2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467] par. 39), pas plus qu’il ne peut imposer « des limites à l’exercice par ailleurs valide d’une compétence législative » (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693] par. 19; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837] par. 61-62). Il ne peut donc servir à rendre *intra vires* une loi *ultra vires*. En favorisant la coopération entre le Parlement et les législatures à l’intérieur des limites constitutionnelles existantes, le fédéralisme coopératif appuie le partage des compétences législatives au lieu de le supplanter : voir *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

(*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 18)

[185] Interprété correctement, le fédéralisme coopératif fait office de simple présomption en matière

presumption — one that supports, rather than supplants, the modern approach to statutory interpretation. This Court recognized as much in *Moloney*, where Gascon J. wrote that courts should “favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws” on the basis of a presumption “that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (para. 27). But where “the proper meaning of the provision” — one that is not limited to “a mere literal reading of the provisions at issue” — cannot support a harmonious interpretation, it is beyond this Court’s power to create harmony where Parliament did not intend it (para. 23; see also *Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 18; *Lemare Lake*, at paras. 78-79, per Côté J., dissenting, but not on this point).

[186] In my view, my colleague places undue reliance on the principle of cooperative federalism to narrow the scope of federal law and find a harmonious interpretation where no plausible one exists. Courts must be especially careful about using cooperative federalism to interpret legislative provisions narrowly in a case like this where Parliament expressly envisioned that the disclaimer right could come into conflict with provincial law. This is evident from the very first line of s. 14.06(4), which states that the disclaimer power applies “[n]otwithstanding anything in any federal or provincial law”. The notion that judicial restraint should compel a different interpretation is therefore belied by the fact that Parliament considered, acknowledged and *accepted* the potential for conflict. To rely on judicial restraint, then, to avoid a conflict between federal and provincial law is to disregard Parliament’s express instruction. Simply put, this is not a case where a drastic power is to be assumed from the statute; it is one where such a power is clearly provided for. In my view, reliance on cooperative federalism must never result in an interpretation of s. 14.06(4) that is inconsonant with its language, context and purpose.

d’interprétation — qui appuie, sans la supplanter, la méthode moderne d’interprétation des lois. La Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Moloney*, où le juge Gascon a écrit que les tribunaux doivent « favoris[er] une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois » en se fondant sur la présomption « que le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales » (par. 27). Mais lorsque « le sens qu’il convient de donner à la disposition » — sens qui ne se limite pas à « une lecture littérale de la disposition en cause » — ne peut appuyer une interprétation harmonieuse, la Cour n’a pas le pouvoir de créer l’harmonie là où le Parlement n’a pas eu l’intention de le faire (*Moloney*, par. 23; voir aussi *Réglementation pan-canadienne des valeurs mobilières*, par. 18; *Lemare Lake*, par. 78-79, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point).

[186] À mon avis, mon collègue se fonde indûment sur le principe du fédéralisme coopératif pour limiter la portée d’une loi fédérale et trouver une interprétation harmonieuse là où il n’en existe aucune qui soit plausible. Les tribunaux doivent être très prudents lorsqu’il s’agit de se fonder sur le fédéralisme coopératif pour interpréter étroitement des dispositions législatives dans un cas comme l’espèce, où le Parlement a expressément prévu que le droit de renonciation pouvait entrer en conflit avec le droit provincial. Cela ressort à l’évidence de la toute première ligne du par. 14.06(4), qui énonce que le pouvoir de renonciation s’applique « [p]ar dérogation au droit fédéral et provincial ». L’idée selon laquelle la retenue judiciaire devrait commander une interprétation différente est donc contredite par le fait que le Parlement a envisagé, reconnu et *accepté* la possibilité de conflit. Recourir à la retenue judiciaire pour éviter un conflit entre le droit fédéral et le droit provincial équivaut donc à faire fi de la directive expresse du Parlement. Autrement dit, il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où un pouvoir draconien doit être déduit de la loi; il s’agit d’un cas où un tel pouvoir est clairement prévu. À mon avis, le recours au principe du fédéralisme coopératif ne doit jamais donner lieu à une interprétation du par. 14.06(4) qui est incompatible avec son libellé, son contexte et son objet.

[187] It is undisputed in this appeal that Alberta law does not recognize GTL's disclaimers of assets licensed by the AER as enforceable to the extent that they relieve GTL of the obligation to satisfy the environmental liabilities associated with the assets. As receiver and trustee, GTL steps into Redwater's shoes as a "licensee" under provincial law; and, GTL submits, it can therefore, without the disclaimers, be held liable for the debtor's abandonment and reclamation obligations in the same manner as Redwater itself. The question, then, is whether the *BIA* permits GTL to disclaim these properties and what legal effect results from such disclaimer.

[188] Section 14.06 of the *BIA*, reproduced in full in the appendix, outlines a trustee's powers and duties with respect to environmental liabilities and the disclaimer of property. Specifically, s. 14.06(4) states that the trustee is "not personally liable for failure to comply" with an order requiring it to "remedy any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy", provided that the trustee "abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property . . . affected by the condition or damage" within the statutory timeframes. The timing of GTL's disclaimers is not at issue here.

[189] My colleague concludes that, regardless of whether GTL could have properly invoked the disclaimer power in this case, the effect of any such disclaimer would simply be to protect it from personal liability. He states that, in any event, the exercise of the disclaimer power was unnecessary in this case because GTL was already fully protected from personal liability through the operation of s. 14.06(2). Further, he argues, because the AER has not sought to hold GTL personally liable, there is no conflict between federal and provincial law on the facts of this case. With respect, I disagree with this approach to the language of the *BIA*, which does not properly account for fundamental principles of constitutional and insolvency law. I will begin by addressing the proper scope of the disclaimer power provided to trustees, explaining that the actual existence of a risk of personal liability is not a necessary condition for

[187] Il n'est pas contesté en l'espèce que la loi albertaine ne reconnaît pas de force exécutoire aux renonciations de GTL à des biens visés par un permis délivré par l'AER dans la mesure où elles soustraient GTL à l'obligation de respecter les engagements environnementaux liés aux biens. À titre de séquestre et de syndic, GTL remplace Redwater en tant que « titulaire de permis » selon la loi provinciale, et GTL soutient qu'il peut par conséquent, en l'absence des renonciations, être tenu responsable des obligations d'abandon et de remise en état de la débitrice au même titre que Redwater elle-même. Il s'agit donc de savoir si la *LFI* autorise GTL à renoncer à ces biens et quel est l'effet de cette renonciation en droit.

[188] L'article 14.06 de la *LFI*, reproduit intégralement en annexe, décrit les pouvoirs et responsabilités du syndic quant aux engagements environnementaux et à la renonciation aux biens. Plus précisément, le par. 14.06(4) prévoit que le syndic est « dégagé de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect » d'une ordonnance l'obligeant à « répar[er] [. . .] tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien visé par une faillite », pourvu que le syndic « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s'en dessaisit » dans les délais prévus par la loi. Le moment des renonciations de GTL n'est pas en litige en l'espèce.

[189] Mon collègue conclut que, peu importe si GTL avait pu invoquer à juste titre le pouvoir de renonciation en l'espèce, cette renonciation a simplement pour effet de le dégager de toute responsabilité personnelle. Selon lui, en tout état de cause, il était inutile d'exercer le pouvoir de renonciation dans la présente affaire parce que GTL était déjà entièrement à l'abri de toute responsabilité personnelle par application du par. 14.06(2). Il soutient en outre que, comme l'AER n'a pas cherché à tenir GTL personnellement responsable, il n'y a aucun conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale en l'espèce. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation du libellé de la *LFI*, qui ne tient pas dûment compte des principes fondamentaux du droit constitutionnel et du droit de l'insolvabilité. Je commencerai par traiter de la portée que doit avoir le pouvoir de renonciation accordé aux syndics, en

the exercise of this power and that, while protection from personal liability is one effect of a valid disclaimer, it is not the only one. In my view, this interpretation makes s. 14.06(4) consistent with the remainder of the section and is therefore to be preferred. With respect, I do not accept that Parliament intended s. 14.06(4) simply to protect trustees from the exact same liability that it had already addressed through s. 14.06(2). Subsection (4) must have a meaningful role to play within Parliament's bankruptcy and insolvency regime; I reject the suggestion that Parliament crafted a superfluous provision. I will also deal briefly with the AER's argument that the disclaimer power is not available at all in the context of Alberta's oil and gas statutory regime. In my view, it is available in this context.

(1) The Power to Disclaim Under Section 14.06(4)

[190] The “natural meaning which appears when the provision is simply read through” (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735) is that s. 14.06(4) assumes and incorporates a pre-existing common law right to disclaim property in the context of bankruptcy and insolvency (see L. Silverstein, “Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization” (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467, at pp. 468-72; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328, at paras. 24-31; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007 (Ont. S.C. (App. Div.)), at p. 1008). This right is in keeping with the fundamental objective of court officers in insolvencies: the maximization of recovery for creditors as a whole by realizing the estate's valuable assets. By allowing trustees to disclaim assets with substantial liabilities, this power enables them to administer the estate in the most efficient manner and to avoid significant costs of administration that would reduce creditor recovery. Section 14.06(4)

expliquant que l'existence d'un risque de responsabilité personnelle ne constitue pas une condition essentielle à l'exercice de ce pouvoir et que, même si la protection contre toute responsabilité personnelle est un effet d'une renonciation valide, ce n'est pas le seul. À mon avis, cette interprétation fait en sorte que le par. 14.06(4) s'accorde avec le reste de l'article et il convient donc de la privilégier. Avec égards, je n'accepte pas que le Parlement voulait par ce paragraphe mettre simplement les syndic à l'abri de la même responsabilité, ce qu'il avait déjà fait au par. 14.06(2). Le paragraphe (4) doit avoir un rôle significatif à jouer dans le régime de faillite et d'insolvabilité du Parlement; je rejette la thèse selon laquelle le Parlement a conçu une disposition superflue. Je me pencherai aussi brièvement sur l'argument de l'AER selon lequel il n'est pas du tout possible d'exercer le pouvoir de renonciation dans le contexte du régime législatif de l'Alberta en matière de pétrole et de gaz. J'estime qu'il peut être exercé dans ce contexte.

(1) Le pouvoir de renonciation en vertu du par. 14.06(4)

[190] Le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition dans son ensemble » (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735) est que le par. 14.06(4) présume et incorpore un droit préexistant en common law de renoncer à des biens dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité (voir L. Silverstein, « Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization » (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467, p. 468-472; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328, par. 24-31; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007 (C.S. Ont. (Div. app.)), p. 1008). Ce droit est en accord avec l'objectif fondamental poursuivi par les officiers de la cour en insolvabilité : maximiser le recouvrement au bénéfice de l'ensemble des créanciers par la réalisation des éléments de valeur de l'actif. En permettant aux syndic de renoncer à des biens grevés d'engagements substantiels, ce pouvoir donne aux syndic la faculté d'administrer l'actif le plus efficacement

recognizes and supports this foundational principle of insolvency law.

[191] This reading offers the clearest and most obvious explanation for the manner in which the provision is drafted, in that it plainly describes a result or legal effect of disclaimer: a trustee “is not personally liable for failure to comply” with an environmental order “if . . . the trustee . . . abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property” (s. 14.06(4)). We should interpret s. 14.06(4) as authorizing the act of disclaimer in light of the principle that “[t]he legislator does not speak in vain” (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 37, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). If a trustee did not have the power to disclaim property, and if that power were not recognized and provided for in the statute, a provision describing the effect of such a disclaimer would serve no purpose.

[192] The AER submits that property may be disclaimed only where it is necessary for a trustee to avoid personal liability with respect to an environmental order. This interpretation entirely inverts the language of the provision, turning a stated *effect* of disclaimer into a necessary condition that circumscribes the exercise of the power. The operative clauses are neither written nor ordered in this manner. Rather, s. 14.06(4) expresses the disclaimer right in unqualified terms and emphasizes that a trustee may not be held liable whenever that right is exercised. If Parliament truly intended to condition the right to disclaim property on the actual existence of a risk of personal liability, “it is hard to conceive of a more convoluted and sibylline way of stating something that could be so easily expressed in clear and direct terms” (*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 124).

possible et leur épargne des frais considérables d’administration qui réduiraient le recouvrement au profit des créanciers. Le paragraphe 14.06(4) reconnaît et appuie ce principe fondamental du droit de l’insolvabilité.

[191] Cette interprétation offre l’explication la plus claire et la plus évidente de la façon dont la disposition est rédigée, en ce qu’elle décrit simplement un résultat ou effet juridique d’une renonciation : le syndic est « dégage de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect » d’une ordonnance environnementale « si [. . .] il abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit » (al. 14.06(4)). Nous devons interpréter le par. 14.06(4) comme autorisant l’acte de renonciation à la lumière du principe selon lequel « le législateur ne parle pas pour ne rien dire » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 37, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Si le syndic n’avait pas le pouvoir de renoncer à des biens et si ce pouvoir n’était pas reconnu et prévu dans la loi, une disposition décrivant l’effet d’une telle renonciation n’aurait aucune utilité.

[192] L’AER soutient qu’il est possible de renoncer à un bien uniquement lorsque cela est nécessaire pour que le syndic échappe à toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale. Cette interprétation inverse complètement le libellé de la disposition, transformant un *effet* énoncé de la renonciation en condition essentielle circonscrivant l’exercice du pouvoir. Les dispositions applicables ne sont ni rédigées ni ordonnées de cette façon. Le paragraphe 14.06(4) exprime plutôt le droit de renonciation en des termes qui ne comportent aucune restriction et fait ressortir que le syndic ne peut être tenu responsable quand ce droit est exercé. Si le Parlement avait vraiment voulu rendre le droit de renoncer à un bien tributaire de l’existence d’un risque de responsabilité personnelle, « il est difficile d’imaginer une façon plus compliquée et sibylline d’exprimer quelque chose qui pouvait être dit si facilement dans des termes clairs et directs » (*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 124).

[193] My colleague adopts a slightly different approach. Rather than accepting the argument that the risk of personal liability is a necessary condition to the exercise of the disclaimer power in s. 14.06(4), he concludes that protection from personal liability for non-compliance with environmental orders is the only consequence of a valid disclaimer. Therefore, he says, the bankrupt's estate is not relieved of its obligations under the environmental orders and the trustee can be compelled to expend the entirety of the estate's assets on compliance. With respect, this also cannot be the correct reading of the subsection. Nor do I believe that the brief references to s. 14.06(4) in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123 — a case in which this subsection was not directly in issue and this Court was not tasked with interpreting it in any meaningful way — provide much assistance in this case.

[194] I accept that the opening words of s. 14.06(4) refer to the personal liability of the trustee. However, when the words of the subsection are read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”, as the courts are required to do (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu*, at para. 26, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87), their meaning becomes apparent.

[195] Section 14.06(4) both assumes and relies on the common law power of trustees to disclaim assets, a power that the majority of the Court of Appeal described as “commonplace” (para. 47). Even my colleague appears to accept that this disclaimer power “predates” s. 14.06(4) itself (at para. 95). Indeed, the majority of the Court of Appeal recognized that “[s]ection 14.06 does not appear to create a right in a trustee to abandon properties without value, but rather assumes that one exists upon bankruptcy” (para. 63). This is the only rational explanation for why Parliament made the effects of s. 14.06(4) available when the trustee “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”. While avoiding personal liability is one effect

[193] Mon collègue adopte une approche légèrement différente. Au lieu d'accepter l'argument selon lequel le risque d'engager la responsabilité personnelle est une condition essentielle à l'exercice du pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4), il conclut que la protection contre toute responsabilité personnelle pour non-respect d'ordonnance environnementale est l'unique conséquence d'une renonciation valide. Par conséquent, dit-il, l'actif du failli n'est pas déchargé des obligations que lui imposent les ordonnances environnementales et on peut contraindre le syndic à consacrer la valeur entière de l'actif au respect des ordonnances. Avec égards, il ne peut s'agir de la lecture correcte du par. 14.06(4). Je ne crois pas non plus que les brèves mentions de ce paragraphe dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123, une affaire où le par. 14.06(4) n'était pas directement en cause et où notre Cour n'avait pas à l'interpréter de façon significative, se révèlent fort utiles en l'espèce.

[194] Certes, le début du par. 14.06(4) parle de la responsabilité personnelle du syndic. Cependant, lorsqu'on lit les termes du paragraphe « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur », tel que doivent le faire les tribunaux (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu*, par. 26, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87), leur sens devient apparent.

[195] Le paragraphe 14.06(4) tient pour acquis et repose sur le pouvoir des syndics en common law de renoncer à des biens, un pouvoir dont l'exercice est [TRADUCTION] « monnaie courante », affirment les juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 47). Même mon collègue semble accepter que ce pouvoir de renonciation « précède » le par. 14.06(4) lui-même (par. 95). En effet, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu que « [l']article 14.06 ne semble pas créer le droit du syndic d'abandonner des biens sans valeur; il en tient plutôt l'existence pour acquise en cas de faillite » (par. 63). C'est la seule explication logique pour laquelle le Parlement a laissé le par. 14.06(4) produire ses effets lorsque le syndic « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien

of the appropriate exercise of this power, it is not the only effect. Disclaimer operates to “determine, as from the date of the disclaimer, the rights, interests and liabilities” in the disclaimed property (R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4th ed. 2011), at p. 202). By properly disclaiming certain assets, the trustee is relieved of any liabilities associated with the disclaimed property and loses the ability to sell the property for the benefit of the estate. The author Frank Bennett, writing about the administration of the bankrupt’s real property, explains that “[w]here the trustee disclaims its interest, the disclaimer releases and disclaims any and all right, title and interest to the property” (*Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies* (5th ed. 2006), at p. 482 (footnote omitted)).

[196] The majority asserts that s. 14.06(4) does not allow a trustee to “walk away” from assets and the environmental liabilities associated with them (paras. 86, 100 and 102). However, *disclaiming* property does have precisely this effect. It permits the trustee not to realize assets that would provide no value to the estate’s creditors and whose realization would therefore undermine the trustee’s fundamental objective. A recognized purpose of the disclaimer power is to “avoid the continuance of liabilities in respect of onerous property which would be payable as expenses of the liquidation, to the detriment of unsecured creditors” (Goode, at p. 200 (footnote omitted)). These principles are no less valid in relation to valueless real property than they are in relation to unprofitable and burdensome executory contracts. Indeed, there has been no suggestion in this appeal, including from the AER and the OWA, that trustees can never disclaim onerous real property.

[197] This explanation of the disclaimer power is borne out by GTL’s actions in the instant case. After assessing the economic viability and marketability of Redwater’s assets, GTL determined that it would be most beneficial to Redwater’s creditors as a whole if it disclaimed the non-producing, liability-laden assets.

réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit ». Bien que la protection contre toute responsabilité personnelle soit un effet de l’exercice régulier de ce pouvoir, ce n’est pas le seul. La renonciation sert à [TRADUCTION] « déterminer, à partir de sa date, les droits, intérêts et engagements » sur le bien auquel le syndic a renoncé (R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4^e éd. 2011), p. 202). En renonçant à bon droit à certains biens, le syndic est dégagé de toute responsabilité associée aux biens faisant l’objet de la renonciation et ne peut plus vendre les biens au profit de l’actif. Dans le contexte de l’administration des biens réels du failli, l’auteur Frank Bennett explique que [TRADUCTION] « [l]orsque le syndic renonce à son intérêt, la renonciation emporte dessaisissement de tout droit, titre et intérêt sur le bien en question » (*Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies* (5^e éd. 2006), p. 482 (note en bas de page omise)).

[196] Les juges majoritaires font valoir que le par. 14.06(4) n’autorise pas le syndic à « délaisser » des biens ou à se soustraire aux engagements environnementaux qui s’y rattachent (par. 86, 100 et 102). Or, c’est exactement ce qu’entraîne la *renonciation* à des biens. Elle permet au syndic de ne pas réaliser des biens qui ne seraient pas profitables aux créanciers de l’actif et compromettraient par le fait même son objectif principal. Le pouvoir de renonciation a pour objet reconnu [TRADUCTION] « [d’]éviter la poursuite des engagements à l’égard de biens onéreux qui seraient payables aux dépens de la liquidation, et ce, au détriment des créanciers non garantis » (Goode, p. 200 (note en bas de page omise)). Ces principes valent tout autant dans le cas des biens réels sans valeur que dans celui des contrats exécutoires non rentables et contraignants. En fait, personne n’a laissé entendre en l’espèce, pas même l’AER ou l’OWA, que les syndics ne peuvent jamais renoncer à des biens réels onéreux.

[197] Cette explication du pouvoir de renonciation est confirmée par les agissements de GTL en l’espèce. Après avoir estimé la viabilité économique et la qualité marchande des biens de Redwater, GTL a décidé que ce qui serait le plus profitable aux créanciers de Redwater dans leur ensemble, ce serait qu’il renonce aux biens inexploités et grevés d’engagements.

[198] Parliament’s recognition of this common law disclaimer power in s. 14.06(4) is not new. The power is also referred to in another section, albeit in a broader context. Section 20(1) of the *BIA*, provides trustees with the ability to “divest” themselves of “any real property or immovable of the bankrupt” generally. However, the disclaimer power itself does not derive from this section. Nor is a trustee required to invoke s. 20(1) in order to exercise the disclaimer power described in s. 14.06(4), which incorporates that power and spells out the particular effects of its exercise in the specific context of environmental remediation orders. In any event, this Court is not required in this appeal to comment on the full effects of s. 20(1).

[199] Under my colleague’s interpretation, it is unclear why Parliament chose to enact the disclaimer mechanism. It is surely true that Parliament could have achieved the same outcome through the use of simpler language. Had it merely intended to protect trustees from personal liability for failure to comply with environmental orders, it could have easily done so directly — in fact, it had already done so in s. 14.06(2). There is no reason why Parliament would have attempted to achieve this relatively straightforward result through the convoluted mechanism of requiring trustees to disclaim property while at the same time not intending such disclaimer to have its “commonplace” common law effects. There is a reason why Parliament has referred to the power to disclaim in s. 14.06(4); we must give effect to this choice and to the words that Parliament has used.

[200] It follows, then, that I respectfully disagree that s. 14.06(4) only protects trustees from specific types of personal liability. But it does not follow that the *estate* is relieved of its liabilities once a trustee exercises the disclaimer power — a misconception that is pervasive in the AER’s submissions and the majority’s analysis. The disclaimed property ultimately reverts to the estate at the conclusion of the bankruptcy proceedings, as is the case with unrealized assets (see *BIA*, s. 40; see also Bennett, at

[198] La reconnaissance par le Parlement, au par. 14.06(4), de ce pouvoir de renonciation en common law n’a rien de nouveau. Le pouvoir est aussi mentionné dans une autre disposition, quoique dans un contexte plus général. Le paragraphe 20(1) de la *LFI* donne au syndic la possibilité de « renoncer » à « un immeuble ou [à] un bien réel du failli » en général. Le pouvoir de renonciation lui-même ne découle cependant pas de cette disposition. Le syndic n’est pas non plus obligé d’invoquer le par. 20(1) pour exercer le pouvoir de renonciation décrit au par. 14.06(4), lequel incorpore ce pouvoir et expose certains effets de son exercice dans le contexte précis des ordonnances de décontamination environnementale. Quoi qu’il en soit, notre Cour n’a pas à commenter en l’espèce tous les effets du par. 20(1).

[199] Suivant l’interprétation de mon collègue, la raison pour laquelle le Parlement a choisi d’instaurer le mécanisme de renonciation n’est pas claire. Il ne fait aucun doute que le Parlement aurait pu atteindre le même résultat en employant un langage plus simple. Si le Parlement comptait simplement protéger les syndics contre toute responsabilité personnelle découlant du non-respect d’ordonnances environnementales, il aurait pu aisément le faire directement; en fait, il l’avait déjà fait au par. 14.06(2). Il n’y a aucune raison pour laquelle le Parlement aurait tenté d’obtenir ce résultat relativement simple par le mécanisme alambiqué consistant à exiger des syndics qu’ils renoncent aux biens, tout en évitant que cette renonciation ait « couramment » des effets en common law. Il y a une raison pour laquelle le Parlement a mentionné le pouvoir de renonciation au par. 14.06(4); nous devons donner effet à ce choix et aux mots qu’il a utilisés.

[200] Par conséquent, avec égards, je ne suis pas d’accord pour dire que le par. 14.06(4) protège les syndics uniquement contre certains types de responsabilité personnelle. Mais cela ne signifie pas que l’*actif* est déchargé de ses engagements une fois que le syndic exerce son pouvoir de renonciation — une idée fausse qui est omniprésente dans les observations de l’AER et l’analyse de la majorité. Le bien visé par une renonciation retourne ultimement dans l’actif à l’issue du processus de faillite, comme c’est

p. 528). The estate remains liable for the remediation obligations attached to the land. Whether the estate has sufficient assets capable of satisfying those liabilities at that point in time is a separate question that is unrelated to the underlying fact of ongoing liability. In any case, the regulatory scheme continues to apply with respect to the retained assets. In referring repeatedly to the idea that disclaimer does not “immunize bankrupt estates from environmental liabilities” (para. 81), the majority misunderstands the impact and purpose of the disclaimer power. The estate itself is not relieved of environmental obligations. As I have noted, the trustee does not take possession of the bankrupt’s assets in order to continue the life of the bankrupt indefinitely. The trustee’s function is to realize on the estate’s valuable assets and maximize global recovery for all creditors. Allowing the trustee to deal only with the value-positive assets to achieve this goal does not relieve the *estate* of its environmental obligations. As a result, the disclaimer power, and its incorporation into s. 14.06(4), is entirely consistent with the foundational principles of insolvency law.

[201] In s. 14.06(4), Parliament has expressly referred to this disclaimer power and spelled out the particular effects flowing from its proper exercise. By doing so, it has purposefully incorporated the disclaimer power into its statutory scheme to achieve its desired purposes.

[202] My interpretation of s. 14.06(4) finds ample support in the Hansard evidence. In the debates preceding the enactment of s. 14.06(4) in 1997, Jacques Hains, a director in the Department of Industry Canada who had been involved in drafting the amendments to the *BIA*, discussed the new options being provided to trustees when faced with an environmental remediation order:

First, he could decide to carry out the order and remedy the environmental damage, the costs to be charged as costs of administration from the bankrupt’s assets.

le cas pour les biens non réalisés (voir *LFI*, art. 40; voir aussi Bennett, p. 528). L’actif demeure responsable des obligations de décontamination qui se rattachent au terrain. La question de savoir si les éléments d’actif sont suffisants pour satisfaire à ces engagements à ce moment précis est une question distincte qui n’a aucun rapport avec le fait sous-jacent de la responsabilité continue. Dans tous les cas, le régime de réglementation continue de s’appliquer aux biens conservés. En exprimant maintes fois l’idée que la renonciation ne met pas « les biens des faillis à l’abri de toute responsabilité environnementale » (par. 81), la majorité se méprend sur l’incidence et l’objet du pouvoir de renonciation. L’actif en soi n’est pas libéré des obligations environnementales. Comme je l’ai noté, le syndic ne prend pas possession des biens du failli en vue de poursuivre indéfiniment la vie du failli. Il a pour fonction de réaliser les biens de valeur de l’actif et de maximiser le recouvrement global au profit de tous les créanciers. Permettre au syndic de s’occuper uniquement des biens de valeur pour atteindre cet objectif ne libère pas l’*actif* de ses obligations environnementales. Ainsi, le pouvoir de renonciation et son incorporation au par. 14.06(4) s’accordent parfaitement avec les principes fondamentaux du droit de l’insolvabilité.

[201] Au paragraphe 14.06(4), le Parlement a mentionné expressément ce pouvoir de renonciation et exposé les effets particuliers découlant de son exercice approprié. Il a incorporé ainsi à dessein à son régime législatif le pouvoir de renonciation pour en réaliser les objectifs visés.

[202] Mon interprétation du par. 14.06(4) est amplement étayée par les débats parlementaires. Lors des débats qui ont précédé l’adoption du par. 14.06(4) en 1997, Jacques Hains, directeur au ministère d’Industrie Canada qui avait participé à la rédaction des modifications à la *LFI*, a discuté des nouvelles solutions qui s’offraient aux syndics aux prises avec des ordonnances de décontamination environnementale :

Premièrement, ils pourraient décider de se conformer à l’ordonnance et d’effectuer la dépollution, dont les coûts seraient des coûts d’administration des actifs du failli.

The second option would be to challenge this order to remedy before the appropriate courts; these two options are already to be found in environmental legislation.

The third option would be for the monitor to apply to the appropriate court for a period of stay to assess the economic viability of complying with the order, whether it is worth the trouble and whether the assets are sufficient to cover the clean up costs.

As a fourth option, if he considers that this course has absolutely no economic viability, he may give notification that he has renounced the real property to which the order applies. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996, at 15:45 to 15:50)

The above passage makes no reference to the personal liability of a trustee who is considering whether to invoke the “fourth option” and disclaim the property. Mr. Hains was clear that the decision to disclaim is based on the “economic viability” of complying with the remediation orders, specifically “whether the assets are sufficient to cover the clean up costs”. This makes sense only in the context of the trustee’s obligation to maximize economic recovery for creditors.

[203] Several months later, Mr. Hains reiterated this fourth option, explaining that, after assessing the economic viability of complying with the order and “knowing that the bill will be too expensive and will not be economically viable, the trustees are then out of it and can abandon that piece of property subject to the order” (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at p. 13:68 (emphasis added)). This description plainly reflects the function of the disclaimer power, which does indeed allow trustees to “walk away” from liability-laden assets that will not contribute to maximizing creditor recovery.

[204] Mr. Hains’ answers to questions from the House of Commons Standing Committee further

Comme deuxième option, ils pourraient contester devant les tribunaux compétents cette ordonnance de dépollution; ces deux options sont déjà prévues dans les lois en matière d’environnement.

La troisième option du praticien consisterait à demander à un tribunal compétent du temps de réflexion pour évaluer s’il est économique de se conformer à l’ordonnance ou non, si cela en vaut la peine et si les actifs sont suffisants pour couvrir les frais de dépollution.

Comme quatrième option, s’il croit que ce n’est absolument pas une décision économique, il pourra signifier qu’il abandonne les sites faisant l’objet de l’ordonnance. [Je souligne.]

(Comité permanent de l’industrie, *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996, entre 15 h 45 et 15 h 50)

Le passage précité ne mentionne aucunement la responsabilité personnelle du syndic qui se demande s’il y a lieu de se prévaloir de la « quatrième option » et de renoncer au bien. M. Hains a clairement affirmé que la décision de renoncer repose sur la viabilité « économique » du respect des ordonnances de décontamination, tout particulièrement sur la question de savoir « si les actifs sont suffisants pour couvrir les frais de dépollution ». Cela n’est logique que dans le contexte de l’obligation du syndic de maximiser le recouvrement au profit des créanciers.

[203] Plusieurs mois plus tard, M. Hains a répété cette quatrième option, expliquant qu’après avoir évalué s’il est économique de se conformer à l’ordonnance et « sachant que la facture sera trop élevée et que la proposition ne sera donc pas économiquement viable, le syndic peut s’en laver les mains et abandonner la propriété visée par l’ordonnance » (*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 13:68 (je souligne)). Cette description traduit clairement la fonction du pouvoir de renonciation, qui permet au syndic de « délaissé » les biens grevés d’engagement qui ne contribuent pas à maximiser le recouvrement au profit des créanciers.

[204] Les réponses de M. Hains aux questions du Comité permanent de la Chambre des communes

confirms this interpretation of the disclaimer power. The following exchange is very telling:

Mr. Lebel [Member of Parliament for Chambly]: When a trustee decides to give up the land and realize[s] assets elsewhere, for example by making a profit from the sale of assets, having released himself from the obligation to clean up the land, he would be sharing a dividend realized from other profitable assets and telling the creditors to manage as best they can with the real property. If the creditors are not willing to touch it, he will then tell the government to clean it up. In such a case, each of the bankruptcy creditors would also . . . stand to earn a small dividend, as it is referred to in Bankruptcy Law.

Do you not think that your bill should require the trustee to carry out a clean-up from the assets of the bankruptcy before the dividends are distributed?

Mr. Hains: It's an excellent question that was put to me only three weeks ago by colleagues from the Department of the Environment of Quebec, whom I was meeting to discuss this subject. There were a number of matters of interest to them, particularly the one raised by Mr. Lebel. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Industry, June 11, 1996, at 16:55)

Mr. Hains went on to reference various other features of the scheme to assuage Mr. Lebel's concerns and noted that provincial environmental agencies would be responsible for performing the remediation work. Significantly, at no point did Mr. Hains contradict Mr. Lebel's understanding of the bill's provisions. Nor did he take issue with the premise underlying the question: that the new legislation does not "require the trustee to carry out a clean-up from the assets of the bankruptcy" before they are distributed to creditors. Mr. Hains did not claim that provincial regulators might still enforce such a requirement.

[205] This exchange between Mr. Lebel and Mr. Hains clearly demonstrates the collective understanding of all parties that the proposed amendments, containing what would become s. 14.06(4), specifically *did not* require the trustee to expend

confirment elles aussi cette interprétation du pouvoir de renonciation. L'échange qui suit est fort éloquent :

M. Lebel [député de Chambly] : Lorsque le syndic décide de renoncer au terrain et réalise des actifs par ailleurs, par exemple en faisant un profit par la vente d'actifs, s'étant libéré de son obligation de dépolluer le terrain, il partage un dividende réalisé sur d'autres actifs rentables et dit aux créanciers de s'organiser avec le terrain. Si les créanciers ne veulent pas y toucher, il dit au gouvernement de le dépolluer. À ce moment-là, chacun des autres créanciers de la faillite ressort avec un petit dividende. C'est ainsi qu'on appelle cela en droit de la faillite.

Ne pensez-vous pas que votre projet de loi devrait forcer le syndic à faire la décontamination à même les actifs de la faillite avant de distribuer des dividendes?

M. Hains : C'est une excellente question qui m'a été posée il y a à peine trois semaines par des collègues du ministère de l'Environnement du Québec, que j'ai rencontrés pour parler de ce sujet-là. Il y avait des questions qui les intéressaient, notamment celle que M. Lebel soulève. [J souligne.]

(Comité permanent de l'industrie, 11 juin 1996, à 16 h 55)

M. Hains a ensuite mentionné plusieurs autres caractéristiques du régime pour dissiper les préoccupations de M. Lebel et a fait remarquer que les organismes de réglementation environnementaux provinciaux devraient exécuter les travaux de décontamination. Fait important, M. Hains ne contredit jamais la conception que M. Lebel se fait des dispositions du projet de loi. Il ne conteste pas non plus la prémisse qui sous-tend la question : la nouvelle loi ne « force [. . .] pas le syndic à faire la décontamination à même les actifs de la faillite » avant leur répartition entre les créanciers. M. Hains ne prétend pas que les organismes de réglementation provinciaux peuvent toujours assurer le respect d'une telle exigence.

[205] Cet échange entre MM. Lebel et Hains démontre clairement que toutes les parties s'entendent pour dire que les modifications proposées, lesquelles contiennent ce qui allait devenir le par. 14.06(4), n'obligeaient *pas* expressément le syndic à dépenser

the estate's assets to comply with environmental remediation orders. The drafters of s. 14.06(4) thus turned their minds directly to this issue, and their understanding of the provision's effects was contrary to that proposed by the majority.

[206] Based on these references to Hansard, I cannot agree with the majority's statement that the legislative debates provide "no hint" of a parliamentary intention to relieve trustees of the obligation to expend estate assets on environmental remediation (para. 81). This intention was clearly expressed on multiple occasions.

[207] As courts must read statutory provisions in their entire context, and as Parliament is presumed to craft sections and subsections of legislation as parts of a coherent whole, it is important to carefully examine the other subsections of s. 14.06. This is true regardless of whether a party to litigation seeks to apply them or to put them directly in issue (majority reasons, at paras. 88 and 101). Significantly, the immediate statutory context surrounding s. 14.06(4) confirms that a trustee's right to disclaim property is not limited in the manner suggested by the AER or my colleague. Four provisions adjacent to s. 14.06(4) support this conclusion.

[208] First, s. 14.06(5) provides that a court may stay an environmental order "for the purpose of enabling the trustee to assess the economic viability of complying with the order". Assessing "economic viability" is, on its face, broader than assessing the risk of personal liability. This provision indicates that a trustee is entitled to disclaim assets based on a rational economic analysis geared toward maximizing the value of the estate, and not merely in order to protect itself from personal liability. Otherwise, there would be no reason for Parliament to permit a court to grant a stay for the purpose of assessing economic viability. This understanding is consistent with the fundamental principles of insolvency law and with the Hansard evidence, as noted above, as well as with one of the recognized justifications for the disclaimer power more generally: to allow a trustee

les biens de l'actif pour respecter les ordonnances de décontamination environnementale. Les rédacteurs du par. 14.06(4) se sont ainsi directement attardés à cette question et leur conception des effets de la disposition contredisait celle proposée par les juges majoritaires.

[206] Étant donné les extraits précédents des débats parlementaires, je ne peux souscrire à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les débats législatifs ne donnent « aucun indice » d'une intention du Parlement de relever les syndics de l'obligation de consacrer des biens de l'actif à la décontamination environnementale (par. 81). Le Parlement a clairement manifesté cette intention à maintes reprises.

[207] Puisque les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, et que le Parlement est présumé rédiger les articles et paragraphes d'une loi comme un tout cohérent, il importe d'examiner avec soin les autres paragraphes de l'art. 14.06. Il en est ainsi, peu importe qu'une partie au litige cherche à les appliquer ou à les mettre directement en cause (motifs des juges majoritaires, par. 88 et 101). Fait révélateur, le contexte immédiat du par. 14.06(4) confirme que le droit du syndic de renoncer à des biens n'est pas limité de la façon suggérée par l'AER ou mon collègue. Quatre dispositions adjacentes au par. 14.06(4) étayaient cette conclusion.

[208] Premièrement, le par. 14.06(5) prévoit que le tribunal peut suspendre une ordonnance environnementale « [e]n vue de permettre au syndic d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance ». Évaluer les « conséquences économiques » a, à première vue, une portée plus large qu'évaluer le risque de responsabilité personnelle. Cette disposition indique que le syndic a le droit de renoncer à des biens en se fondant sur une analyse économique rationnelle visant à maximiser la valeur de l'actif, et non simplement afin de se prémunir contre une responsabilité personnelle. Sinon, le Parlement n'aurait aucune raison d'autoriser le tribunal à accorder une suspension en vue de permettre l'évaluation des conséquences économiques. Cette interprétation s'accorde avec les principes fondamentaux du droit de l'insolvabilité et les débats parlementaires, tel que

“to complete the administration of the liquidation without being held up by continuing obligations on the company under . . . continued ownership and possession of assets which are of no value to the estate” (Goode, at p. 200).

[209] Second, s. 14.06(7) grants the government a super priority for environmental claims in cases where it has already taken action to remedy the condition or damage. This provision would serve little purpose if a government regulator could assert a super priority for *all* environmental claims, as the AER effectively purports to do here by refusing to recognize GTL’s disclaimers as lawful. It also suggests that Parliament specifically envisioned that the government could obtain a super priority and leapfrog other creditors, but *only* where the government itself has already remediated the environmental damage. An analogous argument was central to the reasoning in *Abitibi*, where this Court observed that the existence of a Crown priority limited to the contaminated property and certain related property under s. 11.8(8) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, undercut the argument that Parliament “intended that the debtor always satisfy all remediation costs” in circumstances where that express priority was inapplicable and where the Crown had no further priority with respect to the totality of the estate’s assets (para. 33).

[210] Third, s. 14.06(6) provides that claims for costs of remedying an environmental condition or environmental damage cannot rank as costs of administration if the trustee has disclaimed the property in question. Again, if the AER could effectively assert a super priority by compelling GTL to use all of Redwater’s assets to satisfy its outstanding environmental liabilities, this provision would be unnecessary, because the costs of environmental

je l’ai signalé précédemment, de même qu’avec l’une des justifications reconnues du pouvoir de renonciation de façon plus générale : permettre au syndic [TRADUCTION] « de mener à terme la liquidation sans être freiné par les obligations permanentes de la société [. . .] en conservant la propriété et la possession de biens qui n’augmentent en rien la valeur de l’actif » (Goode, p. 200).

[209] Deuxièmement, le par. 14.06(7) accorde au gouvernement une superpriorité à l’égard des réclamations environnementales dans les cas où il a déjà pris des mesures pour réparer le fait ou le dommage. Cette disposition serait fort peu utile si un organisme de réglementation gouvernemental pouvait faire valoir une superpriorité à l’égard de *toutes* les réclamations environnementales, comme l’AER a effectivement la prétention de le faire en l’espèce, en refusant de reconnaître la légalité des renoncements de GTL. Elle donne également à penser que le Parlement a expressément prévu que le gouvernement pouvait obtenir une superpriorité et devancer les autres créanciers, mais *seulement* lorsqu’il a lui-même déjà réparé le dommage lié à l’environnement. Un argument analogue a constitué l’élément central du raisonnement dans *Abitibi*, où la Cour a fait remarquer que l’existence d’une priorité de la Couronne portant uniquement sur les biens contaminés et certains biens connexes en vertu du par. 11.8(8) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, mine l’argument selon lequel le Parlement a eu « l’intention d’obliger le débiteur à supporter dans tous les cas tous les coûts des travaux de décontamination » dans les situations où ce droit de priorité exprès était inapplicable et où la Couronne ne disposait d’aucune autre priorité sur l’ensemble des biens de l’actif (par. 33).

[210] Troisièmement, le par. 14.06(6) prévoit que les réclamations visant les frais de réparation du fait ou dommage lié à l’environnement ne peuvent faire partie des frais d’administration si le syndic a renoncé au bien en question. Encore une fois, si l’AER pouvait effectivement faire valoir une superpriorité en obligeant GTL à utiliser tous les biens de Redwater pour satisfaire aux engagements environnementaux non acquittés de celle-ci, cette disposition

remediation would rank *ahead* of administrative costs in the priority structure. Moreover, s. 14.06(6) highlights the potential for a direct conflict between federal and provincial law. A trustee cannot comply with the AER's instruction to pay environmental costs as part of its administration of the estate while simultaneously complying with the BIA's requirement that such costs *not* be included in the trustee's administrative costs. This further raises the spectre of bankruptcy professionals being forced to expend their own funds under Alberta's regulatory regime — a notion that Parliament clearly rejected by amending the BIA in response to *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280 (see C.A. reasons, at para. 63). This is a risk that is not adequately addressed under my colleague's interpretation.

[211] Fourth, s. 14.06(2) already deals with the circumstances in which a trustee can be held personally liable for a bankrupt's environmental liabilities. Under this provision, personal liability can arise only where environmental damage occurs as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct. If a risk of personal liability is, in fact, a necessary condition to disclaim under s. 14.06(4), or if protection from personal liability is the only effect of disclaimer, this would mean that the disclaimer power is available or useful only in cases where the underlying environmental condition arises after the trustee's appointment and the trustee is responsible for gross negligence or wilful misconduct.

[212] This obvious absurdity cannot be sidestepped by trying to distinguish between liability for environmental *damage* (purportedly covered by s. 14.06(2)) and liability for *a failure to comply with an order to remedy such damage* (purportedly covered by s. 14.06(4)). This distinction is entirely artificial. If the AER issues an abandonment order in relation to a licensed property, it effectively creates liability for

ne serait pas nécessaire parce que les frais de décontamination environnementale passeraient *avant* les frais d'administration dans l'ordre de priorité. De plus, le par. 14.06(6) fait ressortir la possibilité d'un conflit direct entre la loi fédérale et la loi provinciale. Le syndic ne peut pas obtempérer à la directive de l'AER lui indiquant de supporter les frais environnementaux dans le cadre de son administration de l'actif tout en respectant l'exigence de la LFI selon laquelle ces frais *ne font pas* partie des frais d'administration du syndic. Cela fait également apparaître le spectre de l'obligation pour les professionnels de la faillite de dépenser leurs propres fonds en application du régime de réglementation albertain, une idée que le Parlement a clairement rejetée en modifiant la LFI en réaction à l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280 (voir motifs de la Cour d'appel, par. 63). C'est un risque auquel l'interprétation de mon collègue ne répond pas adéquatement.

[211] Quatrièmement, le par. 14.06(2) traite déjà des circonstances dans lesquelles le syndic peut être tenu personnellement responsable des engagements environnementaux du failli. Selon cette disposition, la responsabilité personnelle du syndic ne peut être engagée que si le dommage lié à l'environnement est imputable à sa négligence grave ou à son inconduite délibérée. Si le risque de responsabilité personnelle constitue, en fait, une condition essentielle à la renonciation prévue par le par. 14.06(4), ou si la protection contre toute responsabilité personnelle est le seul effet de la renonciation, cela signifie que le pouvoir de renonciation ne peut être exercé ou n'est utile que dans les cas où le fait sous-jacent lié à l'environnement prend naissance après la nomination du syndic et où ce dernier est responsable de négligence grave ou d'inconduite délibérée.

[212] On ne saurait contourner ce résultat manifestement absurde en tentant d'établir une distinction entre la responsabilité découlant d'un *dommage* lié à l'environnement (qui serait visée par le par. 14.06(2)) et la responsabilité découlant du *non-respect de toute ordonnance* de réparation de ce dommage (qui serait visée par le par. 14.06(4)). Cette distinction est tout à fait artificielle. Si l'AER rend une ordonnance

the underlying condition itself — liability that would still be encompassed by s. 14.06(2). This is evident from the marginal note for s. 14.06(2), “[l]iability in respect of environmental matters”, which is capacious enough to include liability that flows from a failure to comply with an environmental order. In any event, it is difficult to imagine why Parliament would intend to immunize a trustee from personal liability for an environmental *condition*, but still hold the trustee liable for a failure to comply with an *order* to remedy that exact same condition — and then further, permit the trustee to avoid that very liability by disclaiming the property, but either not permit the trustee to disclaim that property in any other circumstance or make it pointless to do so. This convoluted reasoning not only misreads s. 14.06(4), but also rewrites s. 14.06(2) in the process. It effectively creates a sector specific exemption from bankruptcy law that would prohibit many receivers and trustees that operate in the oil and gas industry from disclaiming assets (see N. Bankes, *Majority of the Court of Appeal Confirms Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (online)).

[213] I also cannot accept that Parliament enacted s. 14.06(4) simply to protect trustees from personal liability in the narrow subset of circumstances not already covered by s. 14.06(2) — namely where an environmental condition or environmental damage arises after a trustee’s appointment and as a result of the trustee’s gross negligence or wilful misconduct — for two main reasons. Firstly, the terms of the provision itself belie this theory. The opening lines of s. 14.06(4) expressly make the limitation of liability “subject to subsection (2)”. This indicates that Parliament deliberately intended subs. (2) to supersede subs. (4) in the determination of liability. Thus, where a trustee has caused an environmental condition or environmental damage through its wilful misconduct or gross negligence, the trustee *will still be personally liable*, despite any valid disclaimer

d’abandon à l’égard d’un bien visé par un permis, il crée effectivement une responsabilité découlant du fait sous-jacent lui-même — une responsabilité qui serait toujours visée par le par. 14.06(2). Cela ressort clairement de la note marginale du par. 14.06(2), « [r]esponsabilité en matière d’environnement », qui est suffisamment vaste pour englober la responsabilité découlant du non-respect d’une ordonnance environnementale. Quoi qu’il en soit, il est difficile d’imaginer pourquoi le Parlement voudrait mettre le syndic à l’abri d’une responsabilité personnelle découlant d’un *fait* lié à l’environnement, tout en tenant néanmoins le syndic responsable du non-respect d’une *ordonnance* de réparation concernant exactement le même fait — pour ensuite permettre au syndic d’être déchargé de cette même responsabilité en renonçant au bien, mais en ne permettant pas au syndic de renoncer à ce bien dans d’autres circonstances ou en rendant inutile cette renonciation. Non seulement ce raisonnement alambiqué constitue-t-il une mauvaise interprétation du par. 14.06(4), mais il équivaut en même temps à une reformulation du par. 14.06(2). Cela revient en fait à créer une exemption sectorielle à l’application du droit de la faillite qui empêcherait les séquestres et les syndics qui exercent leurs activités dans l’industrie pétrolière et gazière de renoncer à des biens (voir N. Bankes, *Majority of the Court of Appeal Confirms Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, 3 mai 2017 (en ligne)).

[213] Je ne peux non plus accepter que le Parlement a adopté le par. 14.06(4) dans le simple but de protéger les syndics contre toute responsabilité personnelle dans le sous-ensemble restreint de circonstances qui ne sont pas déjà visées par le par. 14.06(2) — à savoir celles où un fait ou dommage lié à l’environnement survient après la nomination du syndic et à cause de sa négligence grave ou de son inconduite délibérée — pour deux raisons principales. Tout d’abord, le texte de la disposition contredit lui-même cette théorie. Les premières lignes du par. 14.06(4) limitent expressément la responsabilité « sous réserve du paragraphe (2) ». Le Parlement tenait donc à ce que le par. (2) l’emporte sur le par. (4) pour ce qui est de déterminer la responsabilité. Ainsi, le syndic ayant causé un fait ou dommage lié à l’environnement par son inconduite délibérée ou sa négligence grave

under subs. (4). Secondly, there is no evidence, or indeed any rationale, to explain why Parliament would have drafted s. 14.06(4) to protect trustees in such narrow circumstances, through the method of disclaiming property, and to shield them from liability where they cause environmental issues through their own wrongdoing.

[214] The majority of this Court accepts that, on its interpretation, no meaningful distinction can be drawn between the protection from personal liability provided by subs. (2) and that provided by subs. (4). Indeed, the majority appears to believe that such a distinction is not even necessary, accepting that “s. 14.06(4) does not provide trustees with protection from personal liability any broader than the protection provided by s. 14.06(2)” (para. 93). However, the effect of this interpretation is to render subs. (4) entirely meaningless and redundant. Trustees would have no reason to exercise their power to disclaim assets, as the only effect of doing so would be to protect them from personal liability from which they are already fully shielded by subs. (2). Section 14.06(4) would therefore serve no purpose whatsoever within Parliament’s bankruptcy regime. I cannot understand the logic of Parliament explicitly referring to, and incorporating, the ability of trustees to disclaim assets — and specifically outlining one consequence of that power — simply to mandate that such an action has no meaningful effect. We must presume that Parliament does not speak in vain and did not craft a pointless provision (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 87). It is a trite principle of statutory interpretation that every provision of a statute should be given meaning:

It is presumed that every feature of a legislative text has been deliberately chosen and has a particular role to play in the legislative design. The legislature does not include unnecessary or meaningless language in its statutes; . . . it does not make the same point twice.

(R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 43)

engagera toujours sa responsabilité personnelle, malgré toute renonciation dûment effectuée en vertu du par. (4). Ensuite, aucune preuve, ni raison en fait, n’explique pourquoi le Parlement aurait rédigé le par. 14.06(4) afin de protéger les syndicis dans des situations aussi particulières, par la renonciation à des biens, et de les mettre à l’abri de leur responsabilité lorsqu’ils endommagent l’environnement par leurs propres actes répréhensibles.

[214] Les juges majoritaires reconnaissent que, d’après leur interprétation, on ne peut établir de distinction utile entre l’immunité de responsabilité personnelle accordée par le par. (2) et celle fournie par le par. (4). En effet, ils semblent croire que cette distinction n’est même pas nécessaire, acceptant que « le par. 14.06(4) n’offre pas aux syndicis une protection contre la responsabilité personnelle plus large que celle fournie par le par. 14.06(2) » (par. 93). Cette interprétation a cependant pour effet de rendre le par. (4) tout à fait dénué de sens et redondant. Le syndic n’aurait aucune raison d’exercer son pouvoir de renoncer à des biens, car cette mesure ne servirait qu’à le protéger contre la responsabilité personnelle dont le par. (2) le met déjà entièrement à l’abri. Ainsi, le par. 14.06(4) n’aurait absolument aucune utilité dans le régime de faillite du Parlement. Je ne peux saisir la logique, pour le Parlement, de mentionner explicitement et d’incorporer le pouvoir du syndic de renoncer à ces biens — et d’énoncer en termes exprès une conséquence de ce pouvoir — simplement pour disposer que cette mesure n’a aucun effet utile. Nous devons présumer que le Parlement ne parle pas pour ne rien dire et qu’il n’a pas rédigé une disposition inutile (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 87). Un principe reconnu d’interprétation législative veut que chaque disposition d’une loi reçoive un sens :

[TRADUCTION] On présume que chaque caractéristique d’un texte de loi a été délibérément choisie et a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif. Le législateur n’emploie pas de termes inutiles ou dénués de sens dans ses lois; [. . .] il ne dit pas la même chose deux fois.

(R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 43)

[215] This evident absurdity cannot be avoided by suggesting that s. 14.06(4) was created to clarify to trustees that they may be required to expend the entire value of a bankrupt estate to comply with environmental orders, despite valid disclaimers. If Parliament's intent was truly to undermine the disclaimer power in this way, it is difficult to conceive of a more convoluted, tortuous and unclear method to achieve this result than s. 14.06(4). Had Parliament simply sought to make clear to trustees that disclaimer would not allow them to relieve themselves from satisfying environmental liabilities, it could easily have done so directly rather than enacting a provision that describes protection from personal liability they do not actually face.

[216] Section 14.06, when read as a whole, indicates that subs. (4) does more than merely protect trustees from personal liability. My colleague has declined to even consider the remaining subsections of s. 14.06 that I have discussed, other than subs. (2). Nonetheless, he says that the plain meaning of a provision cannot be "contorted to make its scheme more coherent" (para. 101). The conclusion that would result from such an approach would be that Parliament simply intended to craft a largely incoherent framework. I disagree that we should reach this conclusion here. As Dickson J. (as he then was) stated in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 676: "We should pay Parliament the respect of not assuming readily that it has enacted legislative inconsistencies or absurdities." A determination that Parliament designed s. 14.06 as an incoherent whole is inconsistent with the role of the courts in statutory interpretation, which is to read the words of a statute in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute. As Ruth Sullivan has noted:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically,

[215] Il est impossible d'éviter cette absurdité évidente en affirmant que le par. 14.06(4) visait à préciser au syndic qu'il devait dépenser toute la valeur de l'actif d'un failli pour se conformer à des ordonnances environnementales en dépit de renoncements valides. Si le Parlement avait vraiment eu l'intention de miner ainsi le pouvoir de renonciation, il est difficile d'imaginer un moyen plus alambiqué, tortueux et vague d'atteindre ce résultat que le par. 14.06(4). Si le Parlement avait simplement voulu préciser au syndic que la renonciation ne leur permettrait pas d'être déchargés de l'obligation de respecter les engagements environnementaux, il lui aurait été facile de le faire directement, plutôt que d'adopter une disposition décrivant une immunité de responsabilité personnelle dont le syndic n'a pas besoin.

[216] Lu dans son ensemble, l'art. 14.06 indique que le par. (4) ne se borne pas à dégager les syndics de toute responsabilité personnelle. Mon collègue a même refusé d'examiner les autres paragraphes de l'art. 14.06 dont j'ai parlé, sauf le par. (2). Peu importe, dit-il, on ne peut « déforme[r] le sens clair d'une disposition pour en rendre le régime plus cohérent » (para. 101). Cette approche mènerait à la conclusion selon laquelle le Parlement voulait simplement concevoir un cadre incohérent en grande partie. Je suis en désaccord avec cette conclusion. Tel que l'a mentionné le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 676 : « Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités ». La conclusion que le Parlement a conçu l'art. 14.06 comme un tout incohérent est incompatible avec la tâche confiée aux tribunaux dans l'interprétation législative, laquelle consiste à lire les termes d'une loi dans leur contexte global en harmonie avec l'économie de la loi. Comme l'a fait remarquer Ruth Sullivan :

[TRADUCTION] Les dispositions d'une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout. Les parties sont présumées s'assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que ce cadre a un objet, ses éléments sont aussi

each contributing something toward accomplishing the intended goal.

The presumption of coherence is also expressed as a presumption against internal conflict. It is presumed that the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other. [Footnote omitted.]

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 337; see also *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at para. 47.)

[217] Where it is possible to read the provisions of a statute — especially the various subsections of a single section — in a consistent manner, that interpretation is to be preferred over one that results in internal inconsistency. In my view, as I have set out above, it is possible to read s. 14.06(4) coherently with the remainder of the section. This is the interpretation that Parliament is presumed to have intended. In this case, I see no compelling reason to depart from this presumption.

[218] My colleague’s analysis is reminiscent of the strictly textual or literal approach to statutory interpretation — the “plain meaning rule” — that this Court squarely rejected in *Rizzo*. This is apparent from the fact that he relies strictly on what he alleges to be the “clear and unambiguous” wording of s. 14.06(4), while discounting the context of the provision. With respect, I am of the view that the Court should rely on the predominant and well-established modern approach to statutory interpretation: the words of an Act must be “‘read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’” (*Rizzo*, at para. 21; *Bell ExpressVu*, at para. 26, both quoting Driedger, at p. 87).

[219] In *Rizzo*, Iacobucci J. explained that “statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone” (para. 21). The Court of Appeal in *Rizzo*, which had adopted the plain

présupposés s’appliquent ensemble de façon dynamique, chacun contribuant à la réalisation de l’objectif visé.

La présomption de cohérence se traduit également par une présomption d’absence d’incompatibilité intrinsèque. Il est présumé que l’ensemble des textes législatifs édictés par une législature ne comporte pas de contradictions ou d’incohérences et que chaque disposition peut être appliquée sans entrer en conflit avec une autre. [Note en bas de page omise.]

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 337; voir aussi *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 47.)

[217] Quand il est possible d’interpréter les dispositions d’une loi — surtout les divers paragraphes d’un même article — de façon cohérente, il faut privilégier cette interprétation à une interprétation qui donne lieu à une incohérence intrinsèque. À mon avis, et comme je l’ai déjà dit, il est possible de lire le par. 14.06(4) de façon cohérente avec le reste de l’article. Voilà l’interprétation que le Parlement est présumé avoir donnée à ce paragraphe. En l’espèce, je ne vois aucune raison impérieuse de s’écarter de cette présomption.

[218] L’analyse de mon collègue rappelle la méthode purement textuelle ou littérale d’interprétation des lois — la « règle du sens ordinaire » — que notre Cour a rejetée sans équivoque dans *Rizzo*. Cela ressort du fait qu’il se fonde strictement sur ce qu’il prétend être le texte « clai[r] et non ambig[u] » du par. 14.06(4), tout en ne tenant pas compte du contexte de la disposition. Avec égards, j’estime que la Cour devrait recourir à la méthode prédominante et bien établie d’interprétation des lois : il faut lire les termes d’une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo*, par. 21; *Bell ExpressVu*, par. 26, citant tous les deux Driedger, p. 87).

[219] Dans l’arrêt *Rizzo*, le juge Iacobucci a expliqué que « l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » (par. 21). La Cour d’appel saisie de l’affaire *Rizzo*, qui avait retenu

meaning interpretation, “did not pay sufficient attention to the scheme of the [Act], its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized” (para. 23).

[220] In interpreting s. 14.06(4) of the *BIA*, the majority similarly relies on the supposed plain meaning of the words of the provision but does not pay sufficient attention to the scheme of s. 14.06 as a whole; nor does it appropriately recognize the context of the words.

[221] Even if we were to leave aside the wording of the provision itself and its immediate statutory context, a purposive interpretation would lead to the same result. Consider the consequences of the analysis of the AER or the analysis of my colleague in other cases like this, where an oil company’s environmental liabilities exceed the value of its realizable assets. Insolvency professionals, knowing in advance that they can be compelled to funnel all of the estate’s remaining assets toward those environmental liabilities (either because they cannot disclaim value-negative assets absent a risk of personal liability or because their disclaimer will be ineffective to prevent this), will never accept mandates in the first place. This is sensible business practice: if the estate’s entire realizable value must go toward its environmental liabilities, leaving nothing behind to cover administrative costs, insolvency professionals will have nothing to gain — and much to lose — by stepping in to serve as receivers and trustees, irrespective of whether they are protected from personal liability. Debtors and creditors alike, knowing that this is the case, will have no reason to even petition for bankruptcy. The result is that *none* of a bankrupt estate’s assets will be sold — not even an oil company’s valuable wells — and the number of orphaned properties will increase. This is a far cry from the objectives of the 1997 amendments to the *BIA* as discussed in Parliament, which were to “encourage [insolvency professionals] to accept mandates” and to “reduce the number of abandoned sites” (Standing Committee on Industry, June 11, 1996, at 15:49). It is difficult to imagine that Parliament would have intended a construction

l’interprétation fondée sur le sens ordinaire, « n’a pas accordé suffisamment d’attention à l’économie de la [Loi], à son objet ni à l’intention du législateur; le contexte des mots en cause n’a pas non plus été pris en compte adéquatement » (par. 23).

[220] En interprétant le par. 14.06(4) de la *LFI*, la majorité s’appuie elle aussi sur le supposé sens ordinaire des mots de la disposition mais n’accorde pas suffisamment d’attention à l’économie de l’art. 14.06 dans son ensemble; elle ne prend pas non plus adéquatement en compte le contexte de ces mots.

[221] Même si nous faisons abstraction du libellé de la disposition elle-même et de son contexte législatif immédiat, une interprétation téléologique mènerait au même résultat. Considérons les conséquences de l’analyse de l’AER ou de celle de mon collègue dans d’autres cas comme celui qui nous occupe, où les engagements environnementaux de la société pétrolière excèdent la valeur de son actif réalisable. Les professionnels de l’insolvabilité, sachant d’avance qu’ils peuvent être contraints de canaliser tous les autres éléments d’actif vers ces engagements environnementaux (soit parce qu’ils ne peuvent renoncer à des biens ayant une valeur négative en l’absence du risque d’engager leur responsabilité personnelle, soit parce que leur renonciation n’empêchera pas cette éventualité de se produire), n’accepteront jamais de mandats au départ. Il s’agit là d’une pratique commerciale sensée : si toute la valeur réalisable de l’actif doit être dirigée vers ces engagements environnementaux, et qu’il ne reste rien pour couvrir les frais administratifs, les professionnels de l’insolvabilité n’auront rien à gagner — et beaucoup à perdre — en acceptant d’exercer les fonctions de séquestre et de syndic, indépendamment de la question de savoir s’ils sont protégés contre toute responsabilité personnelle. Les débiteurs tout comme les créanciers, sachant qu’il en est ainsi, n’auront aucune raison de même présenter une requête de mise en faillite. Il s’ensuit qu’*aucun* des biens de l’actif du failli ne sera vendu — pas même les puits de valeur de la société pétrolière — et que le nombre de biens orphelins augmentera. Cela est bien loin des objectifs des modifications apportées à la *LFI* en 1997 qui ont été débattues au Parlement

of s. 14.06(4) that explicitly undermines its stated purposes.

[222] The majority appears to accept that the purposes of s. 14.06(4) of the *BIA* included encouraging insolvency professionals to accept mandates in cases where there may be environmental liabilities (paras. 80-81). However, merely protecting trustees from personal liability in such cases will fail to achieve Parliament's desired result. As I have explained, even where prospective trustees face no risk of personal liability, they will be reluctant to accept mandates if provincial entities can require the entire value of a bankrupt's realizable estate to be applied to satisfy environmental obligations.

[223] Since I have explained that s. 14.06(4) provides trustees with the power to disclaim assets even where there is no risk of personal liability, it is now necessary to briefly consider whether this power was available to GTL on the facts of this case. Here, the statutory conditions to the exercise of this power were met. The Abandonment Orders clearly relate to the remediation of an "environmental condition" (or "tout fait . . . lié à l'environnement" in the French version of the *BIA*, which can be translated literally as "any fact . . . related to the environment"). Indeed, even the AER and the OWA have never contested this point. In response to such orders, GTL was therefore entitled to exercise the disclaimer power provided for in s. 14.06(4).

(2) Section 14.06(4) Applies to Alberta's Oil and Gas Industry

[224] The AER raised an additional argument that the right of disclaimer is entirely inapplicable in the context of the statutory regime governing the oil and gas industry due to the role played by third-party surface landowners and the nature of the property

et qui devaient « encourager [les professionnels de l'insolvabilité] à accepter des mandats » et « réduire le nombre de sites abandonnés » (Comité permanent de l'industrie, 11 juin 1996 à 15 h 49). Il est difficile d'imaginer que le Parlement aurait privilégié une interprétation du par. 14.06(4) qui nuit explicitement aux objectifs qu'il a énoncés.

[222] La majorité semble reconnaître que le par. 14.06(4) de la *LFI* a eu notamment pour objectif d'encourager les professionnels de l'insolvabilité à accepter des mandats dans des cas où il existe peut-être des engagements environnementaux (par. 80-81). Or, le simple fait de mettre les syndics à l'abri de la responsabilité personnelle en pareil cas ne permettra pas d'atteindre le résultat escompté par le Parlement. Comme je l'ai expliqué, même lorsque les syndics potentiels ne courent aucun risque d'engager leur responsabilité personnelle, ils seront réticents à accepter des mandats si des entités provinciales peuvent exiger que toute la valeur de l'actif réalisable d'un failli serve à acquitter des obligations environnementales.

[223] Ayant expliqué que le par. 14.06(4) confère aux syndics le pouvoir de renoncer à des biens même en l'absence d'un risque de responsabilité personnelle, je dois maintenant me demander brièvement si GTL disposait de ce pouvoir à la lumière des faits de la présente affaire. En l'espèce, les conditions statutaires préalables à l'exercice de ce pouvoir étaient réunies. Les ordonnances d'abandon se rapportent clairement à la réparation de « tout fait [. . .] lié à l'environnement » (dans la version française de la *LFI*) ou d'une « condition environnementale » (une traduction littérale du terme « *environmental condition* » dans la version anglaise de la *LFI*). En effet, même l'AER et l'OWA n'ont jamais contesté ce point. En réaction à de telles ordonnances, GTL pouvait donc exercer le pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4).

(2) Le paragraphe 14.06(4) s'applique à l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta

[224] L'AER a également soutenu que le droit de renonciation ne s'applique aucunement dans le contexte du régime législatif régissant l'industrie pétrolière et gazière en raison du rôle joué par les tiers propriétaires de droits de surface et de la nature

interests involved which rendered the Crown's super priority under s. 14.06(7) impractical. Martin J.A. (as she then was), writing in dissent at the Alberta Court of Appeal, reached the same conclusion. With respect, I cannot agree. Parliament did not make the disclaimer power in s. 14.06(4) conditional on the availability of the Crown's super priority.

[225] In delineating what interests may be disclaimed by a trustee under s. 14.06(4), Parliament used exceptionally broad language. The trustee is permitted to disclaim "any interest" in "any real property". While Redwater's AER-issued licences may not be real property, all of the parties accept that *profits à prendre* and surface leases can be characterized as real property interests. In the context of this case, it is these interests that GTL truly sought to disclaim. The AER argued that s. 14.06(4) permits the disclaimer only of "true real property", meaning land currently or previously owned by the bankrupt, without any third-party landowners. This interpretation is not consistent with the actual language used by Parliament. Had Parliament intended to restrict the disclaimer power solely to fee simple interests, it could have stated this, rather than referring to "any interest in any real property".

[226] Further, the Alberta oil and gas industry is far from the only natural resource sector in which companies traditionally operate on the land of third parties, whether the Crown or private landowners. The potential liability of trustees would explode if the mere presence of these third-party landowners rendered the disclaimer power in s. 14.06(4) entirely inapplicable. The language of the section is clearly broad enough to capture the statutory regime governing Alberta's oil and gas sector.

(3) Conclusion on Operational Conflict

[227] In light of this interpretation of s. 14.06(4), I agree with both courts below that there is an operational conflict to the extent that Alberta's statutory

des droits de propriété en cause qui empêchaient la Couronne de se prévaloir de la superpriorité dont elle jouit en vertu du par. 14.06(7). La juge Martin (maintenant juge de notre Cour), dissidente en Cour d'appel de l'Alberta, est parvenue à la même conclusion. Avec égards, je ne peux partager son avis. Le Parlement n'a pas rendu le pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4) conditionnel à la possibilité pour la Couronne de se prévaloir de sa superpriorité.

[225] En décidant des intérêts auxquels peut renoncer un syndic en vertu du par. 14.06(4), le Parlement a utilisé des mots exceptionnellement larges. Il est permis au syndic de renoncer à « tout intérêt » sur « le bien réel ». Bien que les permis réglementaires de Redwater ne soient peut-être pas des biens réels, toutes les parties reconnaissent que les profits à prendre et droits de surface peuvent être qualifiés d'intérêts sur des biens réels. Dans le contexte de la présente affaire, ce sont les droits auxquels GTL veut vraiment renoncer. L'AER a soutenu que le par. 14.06(4) autorise uniquement la renonciation à de « véritables biens réels », soit un terrain qui appartient ou appartenait au failli, sans tiers propriétaires fonciers. Cette interprétation ne s'accorde pas avec les mots employés par le Parlement. Si ce dernier avait voulu ne restreindre le pouvoir de renonciation qu'aux intérêts en fief simple, il aurait pu le dire plutôt que de parler de « tout intérêt sur le bien réel ».

[226] De plus, l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta est loin d'être le seul secteur de ressources naturelles où les sociétés exercent depuis longtemps leurs activités sur le terrain de tiers, qu'il s'agisse de la Couronne ou de propriétaires privés. La responsabilité potentielle des syndics exploserait si la simple présence de ces tiers propriétaires fonciers écartait complètement l'application du pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4). Le texte du paragraphe est manifestement assez large pour embrasser le régime législatif régissant le secteur pétrolier et gazier de l'Alberta.

(3) Conclusion sur le conflit d'application

[227] Compte tenu de cette interprétation du par. 14.06(4), je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire qu'il y a un

regime holds receivers and trustees liable as “licensees” in relation to the disclaimed assets (see chambers judge reasons, at para. 181; C.A. reasons, at para. 57). This conflict is far from hypothetical. Under federal law, GTL is entitled to disclaim the bankrupt’s assets affected by the Abandonment Orders. Under the *BIA*, GTL cannot be compelled to take action with respect to properties it has validly disclaimed, since the act of disclaimer relieves it of any rights, interests and liabilities in respect of the disclaimed properties. But under provincial law, the AER can order GTL to abandon the disclaimed assets, among other things (see para. 11). This is exactly what happened here. Not only did the AER order GTL to complete the work, but it also made the sale of Redwater’s valuable assets conditional on GTL either abandoning the non-producing properties itself or packaging those properties with the estate’s valuable assets for the purposes of any sale. In doing so, the AER impermissibly disregarded the effect of GTL’s disclaimers. This remains the case, irrespective of whether GTL could (or would) ever be held personally liable for the costs of abandoning the properties above and beyond the entire value of the estate.

[228] My colleague claims that the AER “has never attempted to hold a trustee personally liable” (para. 107). What is clear is that, on the facts of this case, the AER directly sought to require GTL to perform or pay for the abandonment work itself, whether this is referred to as personal liability or not. It is critical to observe that this litigation began when the AER filed an application seeking to compel GTL to comply with its obligations as a licensee, including the obligation to abandon the non-producing properties. Practically speaking, this amounted to an effort to hold GTL personally liable. Where else would the money required to abandon the disclaimed properties have come from? The value of the estate as a whole was negative, and the AER refused to permit GTL to sell the valuable properties on their own. No purchaser would have agreed to buy all of the assets together. Therefore,

conflit d’application dans la mesure où le régime législatif albertain tient les séquestres et les syndics responsables en tant que « titulaires de permis » relativement aux biens faisant l’objet d’une renonciation (voir les motifs du juge en cabinet, par. 181; motifs de la Cour d’appel, par. 57). Ce conflit est loin d’être hypothétique. En vertu de la loi fédérale, GTL peut renoncer aux biens du failli touchés par les ordonnances d’abandon. Selon la *LFI*, GTL ne peut être contraint de prendre des mesures à l’égard des biens auxquels il a valablement renoncé puisque l’acte de renonciation le libère de tous les droits, intérêts et obligations à l’égard des biens visés par la renonciation. Mais selon la loi provinciale, l’AER peut notamment ordonner à GTL d’abandonner les biens ayant fait l’objet d’une renonciation (voir par. 11). C’est exactement ce qui s’est passé en l’espèce. Non seulement l’AER a-t-il ordonné à GTL de mener les travaux à terme, mais il a aussi rendu la vente des biens de valeur de Redwater conditionnelle à l’abandon des biens inexploités par GTL lui-même ou de la vente de ces biens avec les biens de valeur de l’actif comme un tout unique. En agissant ainsi, l’AER a indûment fait abstraction de l’effet des renonciations de GTL. Cela demeure vrai indépendamment de la question de savoir si GTL pouvait (ou allait) être tenue personnellement responsable des frais d’abandon des biens susmentionnés au-delà de la valeur totale de l’actif.

[228] Mon collègue prétend que l’AER « n’a jamais essayé d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic » (par. 107). Ce qui est clair, c’est qu’à la lumière des faits de l’espèce, l’AER a directement tenté de contraindre GTL à exécuter ou à payer lui-même les travaux d’abandon, que l’on qualifie cela de responsabilité personnelle ou non. Il est primordial de faire remarquer que le présent litige a commencé lorsque l’AER a déposé une demande visant à contraindre GTL à respecter ses obligations en tant que titulaire de permis, notamment l’obligation d’abandonner des biens inexploités. Sur le plan pratique, cela constituait une tentative de tenir GTL personnellement responsable. Où d’autre aurait-on pris l’argent nécessaire à l’abandon des biens visés par les renonciations? La valeur de l’actif dans son ensemble était négative, et l’AER a refusé de permettre à GTL de vendre isolément les biens de

GTL had no way to recoup any value from the estate, as Redwater was bankrupt and no longer generating income. The *only* source of funds, in this scenario, was GTL itself. This is why the AER filed suit to compel GTL to carry out Redwater's abandonment obligations. As this makes clear, I cannot agree with the suggestion that the provincial regime has never been utilized to hold trustees personally liable in contravention of federal law. That is precisely what happened in this very case.

[229] This conclusion cannot be avoided by referring to the fact that, pursuant to orders of the Alberta courts, GTL has already sold the valuable Redwater assets and the proceeds are being held in trust pending the outcome of this appeal (see majority reasons, at para. 108). This is precisely the result the AER sought to prevent by precluding GTL from selling only the valuable properties, without the disclaimed ones. GTL was able to do so only as a direct result of this litigation.

[230] My colleague states that, if the AER "were to attempt to hold GTL personally liable under the Abandonment Orders, this would create an operational conflict between the *OGCA* and the *Pipeline Act*, and s. 14.06(2) of the *BIA*, rendering the former two Acts inoperative to the extent of the conflict" (para. 107). Thus, even on my colleague's interpretation of s. 14.06 — which I do not accept — an operational conflict does exist on the facts of this case, specifically as a result of the AER's application to the Alberta Court of Queen's Bench seeking to have GTL personally satisfy the environmental obligations associated with the disclaimed assets.

[231] All of that being said, creditors with provable claims can still seek payment in accordance with the *BIA*'s priority scheme (*Abitibi*, at para. 98). As I discuss below, the AER's environmental claims remain valid as against the Redwater estate, and it may pursue those claims through the normal bankruptcy

valeur. Personne n'aurait consenti à acheter les biens tous ensemble. GTL ne disposait par conséquent d'aucun moyen de recouvrer une quelconque valeur de l'actif, car Redwater était en faillite et ne générait plus aucun revenu. La *seule* source de fonds, dans ce scénario, était GTL lui-même. C'est pourquoi l'AER a intenté une poursuite visant à contraindre GTL à exécuter les obligations d'abandon de Redwater. Il est donc clair que je ne puis souscrire à l'idée que le régime provincial n'a jamais été utilisé pour tenir les syndics personnellement responsables en violation de la loi fédérale. C'est justement ce qui s'est passé dans la présente affaire.

[229] On ne peut éviter cette conclusion en invoquant le fait que, conformément aux ordonnances des tribunaux albertains, GTL a déjà vendu les biens de valeur de Redwater et que le produit de leur vente est détenu en fiducie en attendant l'issue du présent pourvoi (voir les motifs de la majorité, par. 108). C'est exactement le résultat que l'AER a cherché à prévenir en empêchant GTL de vendre uniquement les biens de valeur, sans les biens faisant l'objet de la renonciation. GTL n'est parvenu à le faire qu'à la suite du présent litige.

[230] Mon collègue dit que, si l'AER « devait tenter d'obliger personnellement GTL à se conformer aux ordonnances d'abandon, cela engendrerait un conflit d'application entre, d'une part, l'*OGCA* et la *Pipeline Act* et, d'autre part, le par. 14.06(2) de la *LFI*, ce qui rendrait les deux premières lois inopérantes dans la mesure de ce conflit » (par. 107). Ainsi, même d'après l'interprétation donnée par mon collègue à l'art. 14.06 — que je ne retiens pas — il existe bel et bien un conflit d'application eu égard aux faits de l'espèce, surtout du fait de la demande présentée par l'AER à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour que GTL respecte personnellement les obligations environnementales associées aux biens faisant l'objet de la renonciation.

[231] Tout cela étant dit, les créanciers ayant des réclamations prouvables peuvent toujours demander un paiement conformément au régime de priorité établi par la *LFI* (*Abitibi*, par. 98). Comme je l'explique plus loin, les réclamations environnementales de l'AER demeurent valides à l'égard de l'actif de

process. Thus, even if s. 14.06(4) does not permit GTL to disclaim the non-producing wells and relieve itself of the environmental obligations associated with them, it is nevertheless the case that the AER cannot compel GTL to satisfy its claims ahead of those of Redwater's secured creditors.

B. *Frustration of Purpose*

[232] The second branch of the paramountcy test is frustration of purpose. Even where dual compliance with both federal and provincial law is, strictly speaking, possible, provincial legislation or provisions will nevertheless be rendered inoperative to the extent that they have the effect of frustrating a valid federal legislative purpose (*Moloney*, at para. 25; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at pp. 154-55; *Canadian Western Bank*, at para. 73). The focus of the analysis is on the effect of the provincial legislation or provisions, not its purpose (*Moloney*, at para. 28; *Husky Oil*, at para. 39).

[233] This Court has repeatedly recognized that one of the purposes of the *BIA* is “the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors” (*Moloney*, at para. 32; *Husky Oil*, at para. 7). It achieves this goal through a collective proceeding model — one that maximizes creditors’ total recovery and promotes order and efficiency by distributing the estate’s assets in accordance with a designated priority scheme (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 22). All claims that are “provable in bankruptcy” are subject to this priority scheme. Exercises of provincial power that have the effect of altering bankruptcy priorities are therefore inoperative because they frustrate Parliament’s purpose of equitably distributing the estate’s assets in accordance with the federal statutory regime (*Abitibi*, at para. 19; *Husky Oil*, at para. 32).

[234] The question here is whether the environmental claims asserted by the AER (i.e., the Abandonment Orders) are provable in bankruptcy. If they

Redwater, et il peut faire valoir ces réclamations dans le cadre du processus normal de faillite. Donc, même si le par. 14.06(4) n’autorise pas GTL à renoncer aux puits inexploités et à se libérer des obligations environnementales qui s’y rattachent, il n’en demeure pas moins que l’AER ne peut pas contraindre GTL à régler ses propres réclamations avant celles des créanciers garantis de Redwater.

B. *Entrave à la réalisation d’un objet fédéral*

[232] Le second volet du test de la prépondérance est l’entrave à la réalisation d’un objet fédéral. Même lorsqu’il est à proprement parler possible de se conformer à la fois à la loi fédérale et à la loi provinciale, la loi ou les dispositions provinciales seront néanmoins rendues inopérantes dans la mesure où elles ont pour effet d’entraver la réalisation d’un objet valide d’une loi fédérale (*Moloney*, par. 25; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 154-155; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73). L’analyse est axée sur l’effet de la loi ou des dispositions provinciales, et non sur son objet (*Moloney*, par. 28; *Husky Oil*, par. 39).

[233] La Cour a maintes fois reconnu que l’un des objets de la *LFI* est « le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers » (*Moloney*, par. 32; *Husky Oil*, par. 7). Elle réalise cet objectif au moyen d’un modèle de procédure collective — modèle qui maximise le recouvrement intégral au profit des créanciers et fait régner l’ordre et l’efficacité en partageant les biens de l’actif conformément à un régime de priorité désigné (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 22). Toutes les réclamations « prouvables en matière de faillite » sont assujetties à ce régime de priorité. Les exercices d’un pouvoir provincial ayant pour effet de modifier les priorités en matière de faillite sont donc inopérants parce qu’ils entravent la réalisation de l’objectif du Parlement d’assurer le partage équitable des biens de l’actif conformément au régime établi par la loi fédérale (*Abitibi*, par. 19; *Husky Oil*, par. 32).

[234] Il s’agit de savoir en l’espèce si les réclamations environnementales que fait valoir l’AER (c.-à-d. les ordonnances d’abandon) sont prouvables

are, then the AER is not permitted to assert those claims outside of the bankruptcy process and ahead of Redwater's secured creditors because this would frustrate the purpose of the federal priority scheme. Rather, it must abide by the *BIA* and seek recovery from the estate through the normal bankruptcy procedures (*Abitibi*, at para. 40).

[235] In *Abitibi*, this Court established a three-part test, rooted in the language of the *BIA*, to determine whether a claim is provable in bankruptcy: "First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation" (para. 26 (emphasis in original)). Since there is no dispute that Redwater's environmental obligations arose before it became bankrupt, I limit my analysis below to the first and third prongs of the *Abitibi* test: whether the liability is owed to a creditor, and whether it is possible to attach a monetary value to that liability.

[236] The first prong of the *Abitibi* test asks whether the debt, liability or obligation at issue is owed by a bankrupt entity to a creditor. Deschamps J., writing for a majority of the Court, suggested that this is not an exacting requirement: "The only determination that has to be made at this point is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. When it does so, it identifies itself as a creditor, and the requirement of this stage of the analysis is satisfied" (para. 27 (emphasis added)). Though I would not go so far as to suggest that the analysis under the first prong is merely perfunctory or pro forma, and circumstances may well exist where it is not satisfied, Deschamps J. made clear in *Abitibi* that "[m]ost environmental regulatory bodies can be creditors", again stressing that government entities cannot systematically evade the priority requirements of federal bankruptcy legislation under the guise of enforcing public duties (para. 27 (emphasis added)).

en matière de faillite. Si elles le sont, l'AER n'est pas autorisé à faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite et avant les créanciers garantis de Redwater, car cela entraverait la réalisation de l'objet du régime de priorité fédéral. Il doit plutôt se conformer à la *LFI* et tenter de recouvrer de l'actif par le truchement de la procédure normale de faillite (*Abitibi*, par. 40).

[235] Dans *Abitibi*, la Cour a établi un test à trois volets, fondé sur le libellé de la *LFI*, pour déterminer si une réclamation est prouvable en matière de faillite : « Premièrement, on doit être en présence d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation » (par. 26 (en italique dans l'original)). Comme personne ne conteste le fait que les obligations environnementales de Redwater ont pris naissance avant que cette dernière ne devienne faillie, je limiterai mon analyse ci-dessous aux premier et troisième volets du test établi dans *Abitibi* : la question de savoir si l'engagement est dû à un créancier, et celle de savoir s'il est possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cet engagement.

[236] Le premier volet du test *Abitibi* pose la question de savoir si la dette, l'engagement ou l'obligation en cause sont dus par une entité faillie à un créancier. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Deschamps a laissé entendre qu'il ne s'agit pas d'une exigence rigoureuse : « [à] cette étape, la seule question à trancher est de savoir si l'organisme administratif a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. Lorsqu'il le fait, il s'identifie alors comme créancier et la condition de cette étape est respectée » (par. 27 (je souligne)). Je n'irais pas jusqu'à dire que l'analyse à effectuer au premier volet est une simple analyse superficielle ou *pro forma* et il peut fort bien exister des cas où il n'est pas satisfait à ce volet, mais la juge Deschamps indique clairement dans *Abitibi* que « [l]a plupart des organismes administratifs [environnementaux] peuvent agir à titre de créanciers » (par. 27 (je souligne)), soulignant encore une

Even Martin J.A., writing in dissent at the Court of Appeal in this case, acknowledged that “*Abitibi* cast[s] the creditor net widely” (para. 186). The language of *Abitibi* admits of no ambiguity, uncertainty or doubt in this regard.

[237] The majority suggests that applying *Abitibi* on its own terms will make it “impossible for a regulator *not* to be a creditor” (para. 136 (emphasis in original)). Without seeking to speculate on all possible scenarios, I would simply note that there will be many obvious circumstances in which regulators are not even exercising enforcement powers against particular debtors and the analysis from *Abitibi* can be concluded at a very early stage. Provincial regulators do many things that do not qualify as enforcement mechanisms against specific parties. For example, a regulatory agency may publish guidelines for the benefit of all actors in a certain industry or it may issue a license or permit to an individual. In such cases, any discussion of frustrating federal purposes will not go far. However, as Deschamps J. expressly acknowledged, the first prong of the test will have very broad application. This Court should not feel compelled to limit its scope when *Abitibi* employed clear language in full recognition of its wide-ranging effects.

[238] Here, there is no doubt that the AER exercised its enforcement power against a debtor when it issued orders requiring Redwater to perform the environmental work on the non-producing properties. The reasoning is simple: Redwater owes a debt to the AER, and the AER has attempted to enforce that debt by issuing the Abandonment Orders, which require Redwater to make good on its obligation. If Redwater (or GTL, as the receiver and trustee) does not abide by those orders — to the detriment of the estate’s other creditors — it can be held liable

fois que les entités gouvernementales ne sauraient systématiquement se soustraire aux exigences en matière de priorité de la loi fédérale sur la faillite sous le couvert de l’obligation de faire respecter les devoirs publics. Même la juge d’appel Martin, dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés, a reconnu que [TRADUCTION] « l’arrêt *Abitibi* ratifie large en ce qui a trait à la qualité de créancier » (par. 186). Le texte de cet arrêt ne laisse place à aucune ambiguïté, incertitude ou doute à cet égard.

[237] Les juges majoritaires soutiennent que, si l’on applique tel quel l’arrêt *Abitibi*, cela « exclut la possibilité qu’un organisme de réglementation *ne* soit *pas* un créancier » (par. 136 (en italique dans l’original)). Sans vouloir conjecturer tous les scénarios possibles, je ferai simplement remarquer qu’il existe de nombreuses situations évidentes où des organismes de réglementation n’exercent même pas de pouvoirs d’application à l’encontre de débiteurs en particulier, et l’analyse tirée d’*Abitibi* peut être menée à terme très tôt. Les organismes de réglementation font bien des choses qui ne participent pas de mécanismes d’application à l’encontre de certaines parties. Par exemple, un organisme de réglementation peut publier des lignes directrices pour le bien de tous les acteurs d’une industrie donnée, ou encore délivrer une licence ou un permis à un particulier. Dans ces cas, toute analyse de l’entrave à la réalisation d’objets fédéraux sera brève. Or, comme l’a explicitement reconnu la juge Deschamps, le premier volet du test sera d’application très large. Notre Cour ne devrait pas se sentir contrainte d’en restreindre la portée alors que des termes clairs sont employés dans cet arrêt pour reconnaître sans réserve ses vastes effets.

[238] En l’espèce, il ne fait aucun doute que l’AER a exercé son pouvoir d’appliquer la loi à l’encontre d’une débitrice lorsqu’il a rendu les ordonnances enjoignant à Redwater d’accomplir les travaux environnementaux sur les biens inexploités. Le raisonnement est simple : Redwater a une dette envers l’AER, et l’AER a tenté de recouvrer cette créance en rendant les ordonnances d’abandon, qui enjoignent à Redwater d’honorer son obligation. Si Redwater (ou GTL, en tant que séquestre et syndic) ne respecte pas ces ordonnances — au détriment des autres

under provincial law. This is, by any definition, an exercise of enforcement power, which is precisely what *Abitibi* describes. In fact, the AER itself conceded this point *twice* — first before the Court of Queen’s Bench, and again at the Court of Appeal (chambers judge reasons, at para. 164; C.A. reasons, at para. 73).

[239] The conclusion that I reach with respect to the AER’s status as a creditor follows from a straightforward application of *Abitibi*. My colleague, however, seeks to reformulate this prong of the test. He suggests that a regulator is acting as a creditor only where it is not acting in the public interest and where the regulator itself, or the general revenue fund, is the beneficiary of the environmental obligation. He endorses the holding allegedly made in *Northern Badger* that “a regulator enforcing a public duty by way of non-monetary order is not a creditor” (para. 130).

[240] In my view, it is neither appropriate nor necessary in this case to attempt to redefine this prong of *Abitibi* and narrow the broad definition of “creditor” provided by Deschamps J. This Court should leave her clear description of the provable claim standard to stand on its own terms. Respectfully, I disagree with the manner in which the majority is attempting to reformulate the “creditor” analysis, for a number of reasons.

[241] Firstly, I do not believe that this case represents an appropriate opportunity to revisit the “creditor” stage of the *Abitibi* test. The AER conceded in both of the courts below that it was in fact a creditor of GTL. As a direct result of these concessions, neither the Alberta Court of Queen’s Bench nor the majority of the Court of Appeal directly addressed this issue; instead, they merely provided cursory comments. This issue appears to have been raised for the first time by Martin J.A. in her dissenting judgment. However, even her analysis is relatively brief, comprising only three paragraphs and consisting mainly of the statement that the costs of

créanciers de l’actif — elle peut être tenue responsable en application de la loi provinciale. Il s’agit, par définition, de l’exercice d’un pouvoir d’appliquer la loi, ce qui est précisément ce que décrit l’arrêt *Abitibi*. En fait, l’AER a lui-même concédé ce point *à deux reprises* — la première fois devant la Cour du Banc de la Reine, et la deuxième fois devant la Cour d’appel (motifs du juge en cabinet, par. 164; motifs de la Cour d’appel, par. 73).

[239] La conclusion que je tire quant au statut de créancier de l’AER découle d’une application pure et simple de l’arrêt *Abitibi*. Mon collègue, en revanche, cherche à reformuler ce volet du critère. Il soutient qu’un organisme de réglementation agit comme créancier seulement lorsqu’il ne le fait pas dans l’intérêt public et lorsque l’organisme lui-même, ou le Trésor, est le bénéficiaire de l’obligation environnementale. Il fait sienne la conclusion qui aurait été tirée dans *Northern Badger* selon laquelle « un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public au moyen d’une ordonnance non pécuniaire n’est pas un créancier » (par. 130).

[240] À mon sens, il n’est ni approprié ni nécessaire en l’espèce d’essayer de redéfinir ce volet du critère *Abitibi* et de restreindre le large sens attribué par la juge Deschamps au mot « créancier ». La Cour devrait s’en tenir à la description claire que fait la juge Deschamps de la norme de la réclamation prouvable. Avec égards, je ne puis me rallier à la façon dont les juges majoritaires tentent de reformuler l’analyse relative au « créancier », et ce, pour plusieurs raisons.

[241] Premièrement, je ne crois pas que la présente affaire soit une bonne occasion de revoir l’étape « créancier » du critère *Abitibi*. L’AER a concédé devant les deux tribunaux d’instance inférieure qu’il était en effet un créancier de GTL. Ces concessions ont pour conséquence directe que la question n’a été abordée directement ni par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta ni par les juges majoritaires de la Cour d’appel, qui se sont plutôt contentés de formuler de brefs commentaires. Cette question semble avoir été soulevée pour la première par la juge d’appel Martin dans ses motifs dissidents. Toutefois, même son analyse est relativement brève, ne compte

abandonment are “not owed to the Regulator, or to the province” (para. 185). While it is true that the parties briefly addressed this issue in their written and oral submissions to this Court, it was clearly not a substantial focus of their arguments. Without the benefit of considered reasons from the lower courts or thorough submissions on the continued application of the first prong of the test formulated in *Abitibi*, this Court should not attempt to significantly alter it.

[242] Secondly, the majority states that no fairness concerns are raised by disregarding the AER’s concessions below. It makes this point predominantly because the issue was raised and argued before this Court and because of the AER’s unilateral assertion in its letter to GTL in May 2015. However, it is important to note that the effect of the AER’s concessions was that GTL and ATB Financial were no longer required to adduce any evidence on this issue (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at p. 1387). This point is important given that the majority’s reformulation of the “creditor” requirement under the first prong of the test is highly fact-specific and dependent on the circumstances of the particular case. As a direct result of the AER’s concession in the Alberta Court of Queen’s Bench, we cannot know what evidence GTL or ATB Financial could have adduced on this issue. Therefore, there may indeed be real prejudice occasioned to these parties by disregarding the AER’s concession at this point in time.

[243] Thirdly, my colleague relies on the fact that the chambers judge in *Abitibi* found that the Province had already expropriated three of the five sites for which it issued remediation orders and was likely using the orders as a means to offset AbitibiBowater’s NAFTA claims. While the chambers judge did in fact make these findings, they were inconsequential to Deschamps J.’s analysis on the “creditor” prong of the test. When applying the test to the facts of

que trois paragraphes et se limite principalement à l’affirmation portant que les coûts liés à l’abandon ne sont pas dûs à [TRADUCTION] « l’organisme de réglementation ou à la province » (par. 185). Bien que les parties aient abordé succinctement la question dans leurs observations écrites et leurs plaidoiries présentées à la Cour, ce n’était clairement pas au cœur de leur argumentaire. En l’absence de motifs réfléchis des tribunaux d’instance inférieure ou d’observations exhaustives sur l’application continue du premier volet du test formulé dans *Abitibi*, la Cour ne devrait pas tenter de le modifier substantiellement.

[242] Deuxièmement, selon les juges majoritaires, on ne soulève aucune préoccupation en matière d’équité en ne tenant pas compte de la concession faite par l’AER devant les tribunaux d’instance inférieure. La majorité apporte cette précision principalement parce que la question a été soulevée et débattue devant la Cour et en raison de l’affirmation unilatérale contenue dans la lettre de l’AER adressée à GTL en mai 2015. Il importe toutefois de noter que les concessions de l’AER ont eu pour effet que GTL et ATB Financial ne sont plus tenus de présenter de la preuve à cet égard (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), p. 1387). Il s’agit d’un point important étant donné que la reformulation, par les juges majoritaires, de l’exigence « créancier » au premier volet du test est largement tributaire des faits et dépend des circonstances de l’affaire en cause. La concession de l’AER devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a pour résultat direct qu’il nous est impossible de savoir quels éléments de preuve GTL ou ATB Financial aurait présentés à ce sujet. Par conséquent, ne pas tenir compte de la concession à ce moment-ci pourrait bien causer un véritable préjudice aux parties.

[243] Troisièmement, mon collègue s’appuie sur le fait que, dans *Abitibi*, le juge en cabinet a conclu que la Province avait déjà exproprié trois des cinq sites pour lesquels elle avait émis des ordonnances exigeant la décontamination et qu’elle utilisait vraisemblablement ces ordonnances pour compenser les réclamations d’AbitibiBowater fondées sur l’ALENA. Bien que le juge en cabinet soit effectivement arrivé à ces conclusions, celles-ci n’ont eu

Abitibi, she explained that the first prong was “easily satisfied” because “the Province had identified itself as a creditor by resorting to [*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2] enforcement mechanisms” (*Abitibi*, at para. 49). She placed no reliance on the fact that the Province might itself derive a financial benefit from its actions and was not enforcing a purely public duty. Her analysis was in no way based on a finding that the Province’s actions were a “colourable attempt” to recover a debt or that they demonstrated an “ulterior motive” (majority reasons, at para. 128).

[244] Fourthly, in my view, it is incorrect to rely on *Northern Badger* in this case. That decision does not support my colleague’s position in the manner he alleges. The issue in *Northern Badger* was also whether environmental remediation orders could be considered claims provable in bankruptcy. However, the crux of the dispute was whether “enforcing the requirement for the proper abandonment of oil and gas wells” (p. 57) gave rise to a provable claim because it would require the receiver to expend funds. Laycraft C.J.A. never addressed the question of whether the regulator could be said to have a contingent claim because it would complete the abandonment work itself and assert a claim for reimbursement. It was in the context of the regulator requiring the receiver to fulfill the abandonment obligations *itself* that the Alberta Court of Appeal discussed the enforcement of a public duty. It is important to carefully examine what the Court of Appeal actually said in this regard:

The statutory provisions requiring the abandonment of oil and gas wells are part of the general law of Alberta, binding every citizen of the province. All who become licensees of oil and gas wells are bound by them. Similar statutory obligations bind citizens in many other areas of

aucune incidence sur l’analyse de la juge Deschamps relativement au volet « créancier » du test. Appliquant le test aux faits dans l’affaire *Abitibi*, elle a expliqué qu’il était « facile de répondre » au premier volet étant donné que « la province s’est elle-même présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d’application de l’[*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2] » (*Abitibi*, par. 49). Elle n’a pas tenu compte du fait que la Province pourrait elle-même tirer un avantage financier de ses actions et qu’elle n’appliquait pas un devoir purement public. Son analyse ne reposait aucunement sur la conclusion suivant laquelle les mesures de la Province étaient une « tentative déguisée » de recouvrer une créance ou témoignaient de « motifs obliques » (motifs des juges majoritaires, par. 128).

[244] Quatrièmement, il me paraît incorrect de s’appuyer sur l’arrêt *Northern Badger* en l’espèce. Cet arrêt n’étaye pas la position de mon collègue comme il l’affirme. L’arrêt *Northern Badger* portait également sur la question de savoir si des ordonnances de décontamination environnementale pouvaient être considérées comme des réclamations prouvables en matière de faillite. Le nœud du litige consistait toutefois à établir si [TRADUCTION] « l’application de l’exigence concernant l’abandon de puits de pétrole et de gaz » (p. 57) donnait naissance en soi à une réclamation prouvable parce qu’elle exigerait du séquestre qu’il débourse des fonds. Le juge en chef Laycraft de la Cour d’appel n’a jamais abordé la question de savoir s’il était possible d’affirmer que l’organisme de réglementation pouvait faire valoir une réclamation éventuelle du fait qu’il achèverait lui-même les travaux et présenterait une demande de remboursement. C’est dans le contexte où l’organisme de réglementation exige du séquestre qu’il s’acquitte *lui-même* des obligations liées à l’abandon que la Cour d’appel de l’Alberta s’est prononcée sur l’exécution d’un devoir public par l’organisme de réglementation. Il est important d’examiner avec soin les propos tenus par la Cour d’appel à cet égard :

[TRADUCTION] Les dispositions statutaires exigeant l’abandon des puits de pétrole et de gaz font partie des lois d’application générale de l’Alberta et lient tous les citoyens de la province. Quiconque devient titulaire de permis relativement à de tels puits y est assujéti. Les

modern life. Rules relating to health, or the prevention of fires, or the clearing of ice and snow, or the demolition of unsafe structures are examples which come to mind. But the obligation of the citizen is not to the peace officer, or public authority which enforces the law. The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed.

It is true that this board has the power by statute to create in its own favour a statutory debt if it chooses to do so. It may, under Sections 91(1) and (2) of the *Oil and Gas Conservation Act* (discussed above) do the work of abandonment itself and become a creditor for the sums expended. But the Board has not done so in this case. Rather it is simply in the course of enforcing observance of a part of the general law of Alberta. [Emphasis added; paras. 33-34.]

[245] As is evident from para. 34 of *Northern Badger*, quoted above, the Court of Appeal never stated in that case that a regulator is not — or cannot be — a creditor when it is acting to enforce a public duty. In *Abitibi*, when referring to *Northern Badger*, Deschamps J. explained that the Alberta Court of Appeal “found that the duty to undertake remediation work is owed to the public at large until the regulator exercises its power to assert a monetary claim” (*Abitibi*, at para. 44 (emphasis added)). Laycraft C.J.A. accepted that when the regulator fulfills an environmental obligation itself and asserts a claim for reimbursement, it does indeed “become a creditor for the sums expended”. Even in this situation, the public is still the ultimate beneficiary of the remediation work. This is largely consistent with Deschamps J.’s formulation of the test for a provable claim. In fact, this Court simply extended this principle in *Abitibi*, concluding that a regulator may also be a creditor with a provable contingent claim

citoyens sont liés par des obligations statutaires similaires dans de nombreux domaines de la vie moderne. Notons, par exemple, les règles relatives à la santé, à la prévention des incendies, à l’enlèvement de la glace et de la neige ou à la démolition des structures non sécuritaires. Mais l’obligation qui incombe au citoyen n’incombe pas au policier ou à l’autorité publique qui applique la loi. L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application d’une loi générale. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation.

Il est vrai que la loi autorise l’Office à créer une créance légale en sa faveur s’il le désire. En vertu des par. 91(1) et (2) de l’*Oil and Gas Conservation Act* (analysée précédemment), l’Office peut exécuter lui-même les travaux d’abandon et devenir créancier à l’égard des sommes dépensées. Mais il n’a pas procédé de cette façon en l’espèce. En réalité, il applique simplement une partie des lois d’application générale de l’Alberta. [Je souligne; par. 33-34.]

[245] Comme il ressort du par. 34 précité de l’arrêt *Northern Badger*, la Cour d’appel n’a jamais mentionné dans cette affaire qu’un organisme de réglementation n’a pas — ou ne peut avoir — le statut de créancier lorsqu’il fait respecter un devoir public. En parlant de *Northern Badger* dans l’arrêt *Abitibi*, la juge Deschamps a expliqué que la Cour d’appel de l’Alberta a « conclu que l’obligation d’entreprendre les travaux de décontamination est due au public en général jusqu’à ce que l’organisme administratif exerce son pouvoir de faire valoir une réclamation pécuniaire » (*Abitibi*, par. 44 (je souligne)). Le juge Laycraft a reconnu que l’organisme de réglementation qui s’acquitte lui-même d’une obligation environnementale et présente une demande de remboursement devient effectivement [TRADUCTION] « créancier à l’égard des sommes dépensées ». Même dans une telle situation, le public demeure l’ultime bénéficiaire des travaux de décontamination, ce qui cadre largement avec la norme de la réclamation

when it is sufficiently certain that the regulator will perform the remediation work and advance a claim for reimbursement. This is precisely the situation with the AER and the OWA here, as I will explain in more detail below. The Alberta Court of Appeal did not frame the issue in terms of the three-part test that would later be developed in *Abitibi*; it did not divide its analysis of whether a provable claim existed. However, viewed properly, Deschamps J. dealt with the concerns raised in *Northern Badger* under the third prong of the *Abitibi* test. It is not appropriate to duplicate these principles under the first prong as well, as the majority proposes. For this reason, it is misguided to rely on *Northern Badger* in this appeal to conclude that the AER is not a creditor.

[246] However, even if the majority were correct about the reasoning in *Northern Badger* with respect to whether regulators enforcing public duties can be creditors — which I do not concede — I do not accept its conclusion that *Abitibi* did not overturn that reasoning. The Court was well aware of the decision in *Northern Badger* and cited it directly. Despite this, Deschamps J., when formulating the first prong of the test, made no distinction between regulators acting in the public interest and regulators acting for their own benefit. Instead, she stated that “the only determination that has to be made” (para. 27) is whether the regulator is exercising its enforcement powers against a debtor. In referring to *Northern Badger*, she expressly noted that “[t]he real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged” (paras. 27 and 46 (emphasis added)).

[247] Finally, and perhaps most importantly, suggesting that a regulator is not acting as a creditor

prouvable énoncée par la juge Deschamps. En fait, notre Cour a simplement élargi ce principe dans *Abitibi*, concluant que l’organisme de réglementation peut également avoir le statut de créancier relativement à une revendication éventuelle prouvable s’il est suffisamment certain qu’il exécutera les travaux de décontamination et présentera une demande de remboursement. Comme je l’expliquerai plus en détail, il s’agit précisément de la situation dans laquelle se trouvent l’AER et OWA en l’espèce. La Cour d’appel de l’Alberta n’a pas formulé la question sous l’angle du test à trois volets qui a été élaboré par la suite dans *Abitibi*; elle n’a pas divisé son analyse de la question de savoir s’il existait une réclamation prouvable. Toutefois, il est juste de considérer que la juge Deschamps a traité des préoccupations exprimées dans *Northern Badger* en fonction du troisième volet du test *Abitibi*. Il ne convient pas de reprendre ces principes au premier volet également, comme le propose la majorité. C’est pourquoi il est malavisé de se fonder sur l’arrêt *Northern Badger* en l’espèce pour conclure que l’AER n’est pas un créancier.

[246] Cependant, même si les juges majoritaires avaient raison quant au raisonnement dans l’arrêt *Northern Badger* à savoir si un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public peut avoir le statut de créancier — ce que je ne concède pas — je ne retiens pas leur conclusion portant que l’arrêt *Abitibi* n’a pas écarté ce raisonnement. La Cour était bien au fait de la décision rendue dans *Northern Badger* et l’a citée textuellement. Malgré cela, lorsqu’elle a formulé le premier volet du test, la juge Deschamps n’a établi aucune distinction entre les organismes de réglementation qui agissent dans un intérêt public et ceux qui agissent dans leur propre intérêt. Elle a plutôt affirmé que « la seule question à trancher » (par. 27) est de savoir si l’organisme exerce ses pouvoirs d’application de la loi à l’encontre d’un débiteur. En mentionnant l’arrêt *Northern Badger*, elle a souligné expressément que « [l]a véritable question n’est pas de savoir à qui est due l’obligation, puisque la loi y répond en indiquant qui peut en exiger l’exécution » (par. 27 et 46 (je souligne)).

[247] Enfin, et fait peut-être plus important encore, laisser entendre qu’un organisme de réglementation

where its environmental enforcement activities are aimed at the public good and are for the benefit of the public effectively overrules the first prong of the *Abitibi* test. Under my colleague's approach, it is no longer the case that the *only* determination that has to be made at the creditor stage of the analysis is "whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor" (*Abitibi*, at para. 27). Instead, the court must consider whether the regulatory body is enforcing a public duty and whether it stands to benefit financially from the fulfillment of the obligation in question.

[248] Provincial regulators, in exercising their statutory environmental powers, will, in some sense, virtually always be acting in some public interest or for the benefit of some segment of the public. Under my colleague's reformulation of the first prong of the *Abitibi* test, it will be nearly impossible to find that regulators acting to protect environmental interests are ever creditors, outside the facts of *Abitibi* itself. As a result, provincial entities will be able to completely disregard the *BIA*'s priority scheme as long as they can plausibly point to some public interest that is furthered by their actions. Such a result strips *Abitibi* of its central holding and entitles provincial regulators to easily upend Parliament's purpose of providing an equitable recovery scheme in bankruptcy for all creditors.

[249] In my view, it is insufficient to simply note that the facts of *Abitibi* differ from those of the present appeal (majority reasons, at para. 136). Deschamps J.'s broad articulation of the first prong of the test was in no way made dependent upon the particular facts of *Abitibi*. She sought to provide a clear general framework for determining when a regulator will be classified as a creditor — a framework that the majority's reasons effectively rewrite.

[250] Further, it is worth noting that this Court in *Moloney* followed *Abitibi* in applying the broad

n'agit pas comme créancier quand ses activités de protection de l'environnement visent le bien public et profitent au public écarte dans les faits le premier volet du test *Abitibi*. Suivant l'approche de mon collègue, la question de savoir « si l'organisme [de réglementation] a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi » (*Abitibi*, par. 27) n'est plus la *seule* question à trancher à l'étape « créancier » de l'analyse. Le tribunal doit plutôt se demander si l'organisme de réglementation fait respecter un devoir public et s'il peut tirer un avantage financier de l'acquittement de l'obligation en question.

[248] Dans l'exercice des pouvoirs que la loi leur confie en matière d'environnement, les organismes de réglementation provinciaux agissent, en quelque sorte, toujours dans un intérêt public ou au bénéfice d'une partie de la population. Selon le premier volet du test *Abitibi* reformulé par mon collègue, il sera presque impossible de conclure que les organismes de réglementation protégeant les droits environnementaux sont des « créanciers » à l'extérieur du cadre de l'arrêt *Abitibi* lui-même. Par conséquent, les entités provinciales pourront totalement ignorer le régime de priorité de la *LFI* tant qu'elles sont en mesure de relever un quelconque intérêt public qui est servi par leurs actions. Pareil résultat vide l'arrêt *Abitibi* de sa conclusion centrale et permet aux organismes de réglementation provinciaux de faire obstacle aisément à l'objectif du Parlement d'instaurer un régime équitable de recouvrement des créances en matière de faillite au bénéfice de tous les créanciers.

[249] À mon avis, il ne suffit pas de noter simplement que les faits de l'affaire *Abitibi* diffèrent de ceux de l'espèce (motifs des juges majoritaires, par. 136). Les termes larges employés par la juge Deschamps pour formuler le premier volet du test n'étaient aucunement tributaires des faits propres à cette affaire. Elle a cherché à établir un cadre général clair indiquant dans quelles circonstances l'organisme de réglementation sera considéré comme un créancier, un cadre effectivement remanié dans les motifs de la majorité.

[250] En outre, il convient de souligner que, dans *Moloney*, la Cour a suivi l'arrêt *Abitibi* en

definition of “creditor”. In *Moloney*, this Court concluded that the Province of Alberta was acting as a creditor even though the debt it was collecting was reimbursement for compensating a third party who had been injured by the debtor in a car accident (para. 55). I fail to see how any meaningful distinction can be drawn between that situation and a situation in which a regulator seeks reimbursement for the costs incurred to remedy environmental damage caused to the land of third parties by the debtor.

[251] “[G]reat care should be taken” before this Court overturns or overrules one of its prior decisions (*Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317, at para. 65). It is “a step not to be lightly undertaken” (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24). In order to do so, “the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled” (*Craig*, at para. 25; see also *Teva*, at para. 65). The reasons for exercising such caution are clear and sound, namely to ensure “certainty, consistency and institutional legitimacy” and to recognize that “the public relies on our disciplined ability to respect precedent” (*Teva*, at para. 65). When this Court decides that it is necessary to depart from one of its past decision, it should be clear about what it is doing and why.

[252] Despite these clear admonitions against this Court too easily overturning its own precedents, that is precisely what the majority proposes to do in this case. Its approach effectively overrules the unequivocal definition of “creditor” provided in *Abitibi* — a considered decision rendered by a majority of this Court a mere six years ago. Not only does the majority fail to provide compelling reasons why Deschamps J.’s clear definition is wrong, but it also does not acknowledge that it is overturning a recent decision of this Court, rejecting the suggestion that this is the impact of its reasoning (para. 136). Further, this is being done without complete and robust submissions on the issue. Such an approach to our own precedents does not serve

appliquant la définition large de « créancier ». Dans cette affaire, la Cour a conclu que la province de l’Alberta agissait à titre de créancier même si la créance qu’elle cherchait à recouvrer était le remboursement d’une indemnité versée à une tierce partie blessée par le débiteur dans un accident de voiture (par. 55). Je ne vois pas en quoi il est possible d’établir quelque véritable distinction que ce soit entre cette situation et celle d’un organisme de réglementation qui chercherait à obtenir le remboursement des dépenses engagées pour réparer des dommages environnementaux causés au terrain d’un tiers par le débiteur.

[251] « [U]ne grande prudence s’impose » avant que notre Cour n’infirmes ou n’écarte l’un de ses précédents (*Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317, par. 65). Cette étape ne peut être accomplie « à la légère » (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24). Pour ce faire, la Cour doit « être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu’elle devrait être écartée » (*Craig*, par. 25; voir aussi *Teva*, par. 65). Il y a de bonnes raisons qui, clairement, justifient de prendre une telle précaution, à savoir assurer « la certitude, la cohérence et la légitimité institutionnelle » et reconnaître que « le public s’attend à ce que nous respections scrupuleusement nos précédents » (*Teva*, par. 65). Lorsque la Cour juge nécessaire de s’écarter de l’un de ses précédents, sa décision et ce qui la motive devraient être clairs.

[252] Malgré ces mises en garde claires contre l’idée pour la Cour d’écarter trop aisément ses propres précédents, c’est précisément ce que les juges majoritaires proposent de faire en l’espèce. Leur approche revient, dans les faits, à infirmer la définition sans équivoque de « créancier » énoncée dans l’arrêt *Abitibi* — une décision réfléchie rendue par les juges majoritaires de la Cour il y a six ans à peine. En plus de ne fournir aucune raison impérieuse qui expliquerait en quoi la définition claire de la juge Deschamps est erronée, les juges majoritaires, dans leurs motifs, ne reconnaissent pas qu’ils écartent une décision récente de la Cour et rejettent la proposition que c’est là l’incidence de leur raisonnement (par. 136). Qui plus est, ils ont pris leur décision en l’absence d’observations complètes

the goals of certainty, consistency or institutional legitimacy.

[253] This Court should continue to apply the “creditor” prong of the test as it was clearly articulated in *Abitibi*. Deschamps J.’s definition ensures that provincial regulators are not able to easily appropriate for themselves a higher priority in bankruptcy and undermine Parliament’s priority scheme. It advances the goals of orderliness and fairness in insolvency proceedings. Under that broad standard, the AER plainly acted as a creditor with respect to the Redwater estate. That is likely why it conceded this point in both of the courts below.

[254] Since there is no dispute that the second prong of the *Abitibi* test is satisfied, I turn next to the third prong, which asks whether it is sufficiently certain that the regulator will perform the work and make a claim for reimbursement. As explained in *Abitibi* in the context of an environmental order:

With respect to the third requirement, that it be possible to attach a monetary value to the obligation, the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms. I note that when a regulatory body claims an amount that is owed at the relevant date, that is, when it frames its order in monetary terms, the court does not need to make this determination, because what is being claimed is an “indebtedness” and therefore clearly falls within the meaning of “claim” as defined in s. 12(1) of the CCAA.

...

The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative (*Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the

et étoffées à ce sujet. Adopter une telle approche à l’égard de nos propres précédents ne permet pas d’atteindre les objectifs de certitude, de cohérence ou de légitimité institutionnelle.

[253] La Cour devrait continuer d’appliquer l’analyse relative au « créancier » telle qu’elle a été clairement formulée dans l’arrêt *Abitibi*. La définition de la juge Deschamps empêche les organismes de réglementation provinciaux de s’approprier facilement un rang supérieur en matière de faillite et de saper le régime de priorité du Parlement. Cette définition favorise l’atteinte des objectifs d’ordre et d’équité dans les procédures d’insolvabilité. Suivant ce critère général, l’AER a clairement agi comme créancier relativement à l’actif de Redwater, et c’est probablement pour cette raison qu’il a concédé ce point devant les deux tribunaux d’instance inférieure.

[254] Puisque personne ne conteste qu’il est satisfait au second volet du test *Abitibi*, je passe maintenant au troisième volet, qui pose la question de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera les travaux et présentera une demande de remboursement. Comme l’explique l’arrêt *Abitibi*, dans le contexte d’une ordonnance environnementale :

En ce qui concerne la troisième condition, soit qu’il doit être possible d’attribuer à l’obligation une valeur pécuniaire, la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes. Je souligne que lorsqu’un organisme administratif réclame une somme qui est due à la date pertinente, il formule ainsi son ordonnance en termes pécuniaires. Le tribunal n’a alors aucune détermination à faire à cette étape car ce qui est réclamé est une « dette » et est, par conséquent, clairement visé par la définition d’une « réclamation » prévue au par. 12(1) de la LACC.

...

Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d’insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l’événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural (*Confederation Treasury Service Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). Dans le contexte d’une ordonnance environnementale, cela signifie qu’il doit y avoir

enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process. [Emphasis added; paras. 30 and 36.]

[255] In my view, it is sufficiently certain that either the AER or the OWA will ultimately perform the abandonment and reclamation work and assert a monetary claim for reimbursement. Therefore, the final prong of the *Abitibi* test is satisfied. The chambers judge made three critical findings of fact — each of which is entitled to deference on appeal (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10) — that easily support this conclusion.

[256] First, Wittmann C.J. found that GTL was not in possession of the disclaimed properties and, in any event, “has no ability to perform any kind of work on these assets” because the environmental liabilities exceeded the value of the estate itself (para. 170; see also *Abitibi*, at para. 53 where the Court stated that: “*Abitibi* had no means to perform the remediation work”). He discounted the possibility that any of Redwater’s working interest participants would step in to perform the work, even for the small number of Redwater’s licensed assets for which such partners existed (chambers judge reasons, at para. 171). In sum, he concluded that “there is no other party who could be compelled to carry out the abandonment work” (para. 172).

[257] Two decisions of the Ontario Court of Appeal highlight why this is important. In *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159, Juriansz J.A. found that the “sufficient certainty” standard was *not* satisfied in respect of certain sites because those sites had already been sold so the purchasers could be compelled to carry out the work on the basis that they were jointly and severally liable for the remediation obligations (paras. 39-40). But in *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, Juriansz J.A. found that the

des indications suffisantes permettant de conclure que l’organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d’application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire afin d’obtenir le remboursement de ses débours. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l’ordonnance peut être assujettie au processus d’insolvabilité. [Je souligne; par. 30 et 36]

[255] À mon avis, il est suffisamment certain que l’AER ou l’OWA effectuera ultimement les travaux d’abandon et de remise en état et fera valoir une réclamation pécuniaire afin d’obtenir un remboursement. Il est donc satisfait au dernier volet du test *Abitibi*. Le juge en cabinet a tiré trois conclusions de fait cruciales — chacune d’elles commandant la déférence en appel (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10) — qui appuient aisément cette conclusion.

[256] Premièrement, le juge en chef Wittmann a conclu que GTL n’était pas en possession des biens visés par les renoncations et, de toute façon, il [TRADUCTION] « ne peut pas exécuter de travaux sur les biens » parce que les engagements environnementaux dépassaient la valeur de l’actif même (par. 170; voir également *Abitibi*, par. 53, où la Cour a dit que : « *Abitibi* ne disposait d’aucune ressource pour exécuter les travaux »). Il a écarté la possibilité que les participants en participation directe de Redwater se chargent de le faire même à l’égard des quelques biens visés par des permis de Redwater pour lesquels de tels partenaires existaient (motifs du juge en cabinet, par. 171). Bref, il a conclu [TRADUCTION] « qu’il n’existe aucune autre partie susceptible d’être contrainte d’exécuter les travaux d’abandon » (par. 172).

[257] Deux décisions de la Cour d’appel de l’Ontario font ressortir pourquoi cela est important. Dans *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159, le juge Juriansz a conclu qu’il *n’était pas* satisfait au critère de la « certitude suffisante » relativement à certains sites parce que ceux-ci avaient déjà été achetés. Les acheteurs pouvaient par conséquent être contraints d’exécuter les travaux parce qu’ils étaient solidairement responsables des obligations de décontamination (par. 39-40). Mais dans *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600,

“sufficient certainty” standard *was* satisfied because there was no purchaser that could be compelled by the regulator to complete the work. While it is true that fresh evidence on appeal revealed that the Ministry of the Environment had commenced the remediation work, Juriansz J.A. found that the fact that there were no subsequent purchasers had grounded the application judge’s implicit conclusion regarding sufficient certainty (paras. 16-17). The present case is like *Northstar*, which is perfectly applicable to the facts of this case: there is no purchaser to take on Redwater’s assets, and the debtor itself is insolvent. The chambers judge in this case concluded that there was no other party who could be compelled to carry out the work.

[258] Second, in light of the fact that neither GTL nor Redwater’s working interest participants would (or could) undertake this work, Wittmann C.J. found as a fact that “the AER will ultimately be responsible for [the abandonment] costs” (para. 171). He concluded that “the AER has the power [to seek recovery of abandonment costs] and has actually performed the work on occasion” (para. 168). In fact, in this very case, “the AER has expressly stated an intention to seek reimbursement for the costs of abandoning the renounced assets” (para. 172). This conclusion finds ample support in the record. In a cover letter sent with the Abandonment Orders on July 15, 2015, the AER unambiguously stated that if Redwater failed to abandon the disclaimed properties in accordance with its instructions, “the AER will, without further notice, use its process to have the properties abandoned” (GTL’s Record, vol. I, at p. 102 (emphasis added)). The letter further stated that “[t]he AER will exercise all remedies available to it to recover the costs from the liable parties” (p. 102 (emphasis added)). The chambers judge did not err in relying on these unequivocal statements from the AER itself — to the effect that it *will* have the abandonment work performed and seek reimbursement — to conclude that sufficient certainty existed in this case.

8 C.B.R. (6th) 154, le juge Juriansz a conclu qu’il *était* satisfait au critère de la « certitude suffisante » parce qu’il n’y avait pas d’acheteur qui pouvait être contraint d’exécuter les travaux par l’organisme de réglementation. Certes, les éléments de preuve nouveaux déposés en appel révèlent que le ministère de l’Environnement avait amorcé les travaux de décontamination, mais le juge Juriansz a conclu que l’absence d’acheteurs subséquents justifiait la conclusion implicite du juge de première instance quant à la certitude suffisante (par. 16-17). La présente affaire s’apparente à *Northstar*, qui s’applique parfaitement aux faits de l’espèce : il n’y a aucun acheteur pour prendre en charge les biens de Redwater, et la débitrice elle-même est insolvable. Le juge en cabinet en l’espèce a conclu qu’il n’existe aucune autre partie qui pourrait être contrainte d’exécuter les travaux.

[258] Deuxièmement, compte tenu du fait que ni GTL ni les participants en participation directe de Redwater ne voudraient (ou ne pourraient) entreprendre ces travaux, le juge en chef Wittmann a tiré la conclusion de fait selon laquelle [TRADUCTION] « l’AER sera en fin de compte responsable des frais [d’abandon] » (par. 171). Il a conclu que « l’AER a le pouvoir [de tenter de recouvrer les frais d’abandon] et a réellement exécuté les travaux à l’occasion » (par. 168). Dans les faits, en l’espèce, « l’AER a expressément manifesté l’intention de demander le remboursement des frais liés à l’abandon des biens faisant l’objet de la renonciation » (par. 172). Cette conclusion est amplement étayée par le dossier. Dans la lettre du 15 juillet 2015 accompagnant les ordonnances d’abandon, l’AER a déclaré sans équivoque que, si Redwater ne procède pas à l’abandon des biens visés par les renonciations conformément aux directives de l’AER, [TRADUCTION] « l’AER utilisera, sans autre avis, sa procédure pour faire abandonner les biens » (dossier de GTL, vol. I, p. 102 (je souligne)). La lettre indiquait également que « [l’]AER exercera tous les recours dont il dispose pour recouvrer les frais des parties responsables » (p. 102 (je souligne)). Le juge siégeant en cabinet n’a pas commis d’erreur en se fondant sur ces déclarations sans équivoque de l’AER lui-même — selon lesquelles il *fera* exécuter les travaux d’abandon et demandera un remboursement — pour conclure qu’il y avait une certitude suffisante en l’espèce.

[259] Although there is some contrary evidence in the record — principally, the remarks of an AER affiant, who stated that the AER would not abandon the properties — Wittmann C.J. did not commit any palpable and overriding error by giving more weight to the letter that the AER sent contemporaneously with the Abandonment Orders. Likewise, to the extent that the AER sent other correspondence stating that it was not a creditor and that it was not asserting a provable claim, Wittmann C.J. did not err in discounting these self-serving statements as insufficiently probative on the ultimate legal questions. There is therefore no basis to disturb these factual findings or to reweigh this evidence on appeal.

[260] Even if the AER’s admission that it would abandon the properties itself is not sufficient on its own, Wittmann C.J. made a third critical finding of fact: the AER’s only “realistic alternativ[e] to performing the remediation work itself” was to deem the renounced assets to be orphan wells (para. 172). In this circumstance, he found that “the legislation and evidence shows that if the AER deems a well an orphan, then the OWA will perform the work” (para. 166 (emphasis added)).

[261] In light of these factual determinations, Wittmann C.J. rightly concluded that the “sufficient certainty” standard of *Abitibi* was satisfied. He elaborated on the legal basis for that conclusion as follows:

Does this situation meet the sufficient certainty criterion as described in *AbitibiBowater*? The answer is no in a narrow and technical sense, since it is unclear whether the AER will perform the work itself or if it will deem the properties subject to the orders, orphans. If so, the OWA will probably perform the work, although not necessarily within a definite timeframe. However, the situation does meet, in my opinion, what was intended by the majority of the Court in *AbitibiBowater*. . . . In the result, I find that although not expressed in monetary terms, the AER orders are in this case intrinsically financial. [para. 173]

[259] Bien qu’il y ait certains éléments de preuve contraires au dossier — notamment les propos d’un déclarant de l’AER selon lesquels l’AER ne procéderait pas à l’abandon des biens — le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en accordant plus de poids à la lettre que l’AER a envoyée en même temps que les ordonnances d’abandon. De même, dans la mesure où l’AER a envoyé d’autres lettres dans lesquelles il déclarait ne pas être un créancier et ne pas faire valoir une réclamation prouvable, le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur en faisant abstraction de ces déclarations intéressées parce qu’elles n’étaient pas suffisamment probantes quant aux questions de droit ultimes. Il n’y a donc aucune raison de modifier ces conclusions de fait ou d’apprécier de nouveau ces éléments de preuve en appel.

[260] Même si la déclaration de l’AER selon laquelle il procéderait lui-même à l’abandon des biens n’est pas suffisante en soi, le juge en chef Wittmann a tiré une troisième conclusion de fait cruciale : la seule [TRADUCTION] « solution réaliste [qui s’offre à l’AER] autre que celle d’effectuer lui-même les travaux de décontamination » était de considérer les biens faisant l’objet de la renonciation comme des puits orphelins (par. 172). Il a conclu qu’en pareil cas, « les dispositions législatives et les éléments de preuve démontrent que, si l’AER considère un puits comme orphelin, l’OWA exécutera les travaux » (par. 166 (je souligne)).

[261] À la lumière de ces conclusions de fait, le juge en chef Wittmann a eu raison de conclure qu’il était satisfait à la norme de « certitude suffisante » énoncée dans *Abitibi*. Il a précisé ainsi le fondement juridique de cette conclusion :

[TRADUCTION] La situation répond-elle au critère de la certitude suffisante décrit dans l’arrêt *AbitibiBowater*? Au sens strict et technique du terme, la réponse est non, car il n’est pas clair si l’AER effectuera lui-même les travaux ou s’il considérera les biens visés par les ordonnances comme orphelins. Dans l’affirmative, l’OWA exécutera probablement les travaux, mais pas nécessairement dans un délai précis. La situation correspond toutefois, à mon avis, à ce qu’ont voulu les juges majoritaires de la Cour dans *AbitibiBowater*. . . . Par conséquent, je conclus que, bien qu’elles ne soient pas formulées en termes pécuniaires, les ordonnances de l’AER sont, en l’espèce, intrinsèquement financières. [par. 173]

[262] My colleague does not specify the standard of review he applies in overturning Wittmann C.J.'s application of the third prong of the *Abitibi* test to this case. Nevertheless, he disagrees with the chambers judge and holds that the "sufficient certainty" standard is not satisfied. He offers two reasons for overruling Wittmann C.J.'s finding; but in doing so, he does not identify any palpable and overriding error (or, even under the non-deferential standard of correctness, *any* true error) in the chambers judge's ultimate conclusion.

[263] The first reason — the purported legal error of determining that the Abandonment Orders are "intrinsically financial" — is little more than a distraction. Even if this is an erroneous application of *Abitibi*, it is evident that Wittmann C.J. was of the view, *at a minimum*, that either the AER or the OWA would complete the abandonment work. And as I describe below, this alone is enough to satisfy the "sufficient certainty" standard. My colleague over-emphasizes the import of this stray comment in the context of a thorough set of reasons that otherwise faithfully applies the correct standard. Any legal error on this basis, to the extent that one exists, does not displace the result that the chambers judge reached.

[264] The second reason is more substantial. According to Wagner C.J., whether the AER will perform the abandonment work itself or delegate that task to the OWA is dispositive, since it was the Province itself that undertook the reclamation work in *Abitibi*. Here, he suggests, "the OWA is not the regulator" (para. 147) and thus the involvement of the OWA "is insufficient to satisfy the 'sufficient certainty' test" (para. 146).

[265] Accepting, for a moment, the potential relevance of this distinction, I am of the view that any uncertainty as to whether the AER *would* delegate the reclamation work to the OWA is questionable. My colleague's emphasis on the self-serving remarks of an AER affiant and the fact that the AER took no immediate steps to perform the abandonment work

[262] Mon collègue ne précise pas la norme de contrôle qu'il applique en infirmant l'application par le juge en chef Wittmann du troisième volet du test *Abitibi* à la présente affaire. Néanmoins, il est en désaccord avec le juge en cabinet et conclut qu'il n'est pas satisfait au volet de la « certitude suffisante ». Il donne deux raisons pour infirmer la conclusion du juge en chef Wittmann; mais ce faisant, il ne relève aucune erreur manifeste et dominante (ni même une véritable erreur selon la norme de la décision correcte, qui ne commande aucune déférence) dans la conclusion ultime du juge en cabinet.

[263] La première raison, la prétendue erreur de droit consistant à décider que les ordonnances d'abandon sont [TRADUCTION] « intrinsèquement financières », n'est guère plus qu'une distraction. Même s'il s'agit d'une application erronée de l'arrêt *Abitibi*, il est manifeste que le juge en chef Wittmann a estimé, *au moins*, que l'AER ou l'OWA mènerait à terme les travaux d'abandon. Et comme je l'explique plus loin, cela suffit en soi pour satisfaire à la norme de « certitude suffisante ». Mon collègue surestime l'importance de ce commentaire isolé dans le contexte d'un ensemble de motifs étoffés où la norme appropriée est par ailleurs fidèlement appliquée. Toute erreur de droit de ce genre, dans la mesure où il en existe une, n'écarte en rien le résultat auquel est arrivé le juge en cabinet.

[264] La deuxième raison est plus sérieuse. Selon le juge en chef Wagner, la question de savoir si l'AER effectuera lui-même les travaux d'abandon ou s'il déléguera cette tâche à l'OWA est déterminante, car c'est la Province elle-même qui a procédé aux travaux de décontamination dans *Abitibi*. Dans l'affaire qui nous occupe, suggère-t-il, « l'OWA n'est pas l'organisme de réglementation » (par. 147) et, en conséquence, l'intervention de l'OWA « est insuffisante pour satisfaire au critère de la "certitude suffisante" » (par. 146).

[265] Acceptant pour un instant la pertinence éventuelle de cette distinction, j'estime que toute incertitude quant à la question de savoir si l'AER *délèguerait* l'exécution des travaux de décontamination à l'OWA est discutable. L'importance qu'accorde mon collègue aux propos intéressés d'un déclarant de l'AER et au fait que l'AER n'a rien fait sur-le-champ pour exécuter

itself amounts to little more than *post hoc* appellate fact finding, especially in light of the AER’s own statement. Although Wittmann C.J. suggested that it was “unclear” whether the AER would complete this work itself, his other findings of fact and law — that the AER has the statutory power to perform the work, that it has actually done so in the past, and that it expressly stated its intention to seek reimbursement here — suggest otherwise. Regardless, Wittmann C.J.’s remark that the “sufficient certainty” standard was not satisfied “in a narrow and technical sense” must be read in this context: he was simply suggesting that there was some uncertainty as to “whether the AER will perform the work itself” as opposed to delegating the work to the OWA (para. 173). He was *not* implying — let alone concluding as a matter of law — that GTL had failed to prove the third prong of the *Abitibi* test. That reading would vastly overstate, and completely decontextualize, the meaning of a few isolated words in his reasons.

[266] The more important problem, though, is that any distinction between the performance of the abandonment work by the AER and its performance by the OWA is meaningless. Form is elevated over substance if it is concluded that the “sufficient certainty” standard is not satisfied when a regulatory body’s delegate, as opposed to the regulatory body itself, performs the work. And despite my colleague’s suggestion that a regulatory body cannot act strategically to evade *Abitibi*, that is precisely what his analysis permits.

[267] We are told that the “OWA’s true nature” (majority reasons, at para. 147) — and therefore what purports to distinguish this case from impermissible examples of strategic delegation — rests on four factors: (1) the OWA is a non-profit organization; (2) it has an independent board of directors; (3) it has its own mandate and determines “when and how it will perform environmental work” (para. 148); and (4) it is “financially independent” (para. 148) as it is

lui-même les travaux d’abandon ne constitue rien de moins qu’une appréciation des faits après coup en appel, surtout compte tenu de la propre déclaration de l’AER. Bien que le juge en chef Wittmann ait affirmé qu’il n’était [TRADUCTION] « pas clair » si l’AER effectuerait lui-même les travaux, ses autres conclusions de fait et de droit — que la loi confère à l’AER le pouvoir d’exécuter les travaux, qu’il l’a réellement fait dans le passé et qu’il a expressément manifesté l’intention de demander un remboursement en l’espèce — indiquent le contraire. Quoi qu’il en soit, la remarque du juge en chef Wittmann selon laquelle il n’était pas satisfait à la norme de « certitude suffisante » « au sens strict et technique » doit être interprétée dans ce contexte : il voulait tout simplement dire qu’il y avait une certaine incertitude quant à savoir « si l’AER effectuera[it] lui-même les travaux » au lieu de déléguer les travaux à l’OWA (par. 173). Il *ne* sous-entendait *pas* — et concluait encore moins en droit — que GTL n’avait pas réussi à établir le troisième volet du test *Abitibi*. Cette interprétation exagère considérablement le sens de quelques mots isolés contenus dans ses motifs, et sort complètement ces mots de leur contexte.

[266] Le problème le plus important, cependant, c’est que toute distinction entre l’exécution des travaux d’abandon par l’AER et leur exécution par l’OWA est dénuée de sens. C’est faire passer la forme avant le fond que de conclure qu’il n’est pas satisfait à la norme de « certitude suffisante » lorsque le délégué de l’organisme de réglementation, et non l’organisme de réglementation lui-même, effectue les travaux. Et malgré l’affirmation de mon collègue selon laquelle un organisme de réglementation ne saurait stratégiquement éviter l’arrêt *Abitibi*, c’est précisément ce que son analyse permet de faire.

[267] On nous dit que la « véritable nature de l’OWA » (motifs majoritaires, par. 147) — et, par conséquent, ce qui est censé distinguer la présente affaire des exemples inadmissibles de délégation stratégique — repose sur quatre facteurs : (1) l’OWA est un organisme sans but lucratif; (2) elle a un conseil d’administration indépendant; (3) elle dispose de son propre mandat et décide « quand et de quelle manière elle exécutera des travaux environnementaux »

funded “almost entirely” by a tax on the oil and gas industry (para. 23).

[268] The first point is true, but irrelevant. Why does an organization’s non-profit status have any bearing on whether it is being used as a vehicle to avoid the “sufficient certainty” standard under *Abitibi*?

[269] The second point is not accurate. The AER appoints members of the OWA’s board of directors, as does another provincial body, Alberta Environment and Parks — underscoring the extent to which the provincial government can influence the OWA’s activities.

[270] The third point overstates the OWA’s level of independence. The *Orphan Fund Delegated Administration Regulation*, Alta. Reg. 45/2001, gives the AER substantial power to influence the OWA’s decision making. Section 3(2)(b) of the regulation expressly states that, in fulfilling its delegated powers, duties and functions, the OWA must act in accordance with “applicable requirements, guidelines, directions and orders of the [AER]”. The regulation also mandates that the OWA provide information to the AER on request and regularly submit reports indicating or containing its budget, “goals, strategies and performance measures”, activities for the previous year and financial statements (s. 6). The AER appears to be able to exercise substantial control and oversight over the OWA if it so chooses, including over the manner in which the OWA carries out its environmental work.

[271] The fourth point is also inaccurate and would probably be irrelevant even if it were accurate. The Province has provided funding to the OWA in the past, including a \$30 million contribution in 2009 and an additional \$50,000 in 2012, and it has announced that it will loan the OWA an additional \$230 million (see A.F., at para. 99 (alluding to this loan); recall *Abitibi*, at para. 58 where the Court stated that: “Earmarking money may be a strong

(par. 148); (4) elle est « financièrement indépendante » (par. 148) et « presque entièrement » financée par une taxe imposée à l’industrie pétrolière et gazière (par. 23).

[268] Le premier point est exact, mais non pertinent. Pourquoi le statut d’organisme sans but lucratif aurait-il une incidence sur la question de savoir s’il est utilisé comme moyen d’éviter la norme de « certitude suffisante » fixée dans *Abitibi*?

[269] Le deuxième point est inexact. L’AER nomme les membres du conseil d’administration de l’OWA, comme le fait un autre organisme provincial, Alberta Environment and Parks — ce qui fait ressortir à quel point le gouvernement provincial peut influencer les activités de l’OWA.

[270] Le troisième point surestime l’indépendance de l’OWA. Le *Orphan Fund Delegated Administration Regulation*, Alta. Reg. 45/2001, accorde à l’AER le pouvoir important d’influencer la prise de décisions de l’OWA. L’alinéa 3(2)(b) du règlement dispose en termes exprès que, dans l’exercice des pouvoirs, obligations et attributions qui lui sont déléguées, l’OWA doit se conformer aux [TRADUCTION] « conditions, lignes directrices, directives et ordonnances applicables de [l’AER] ». Le règlement exige que l’OWA fournisse sur demande des renseignements à l’AER et dépose périodiquement des rapports décrivant son budget de même que ses « objectifs, stratégies, mesures du rendement », activités de l’année précédente et états financiers (art. 6). L’AER semble être à même d’exercer beaucoup d’emprise et de surveillance sur l’OWA, si tel est son désir, y compris sur la manière dont l’OWA effectue ses travaux environnementaux.

[271] Le quatrième point est lui aussi inexact et il n’aurait probablement aucune pertinence même s’il était exact. La Province a fourni des fonds à l’OWA dans le passé, notamment une contribution de 30 millions de dollars en 2009 et une somme supplémentaire de 50 000 \$ en 2012, et elle a annoncé qu’elle prêterait une somme supplémentaire de 230 millions de dollars à l’OWA (voir le m.a., par. 99 (faisant allusion à ce prêt); rappelons ce que la Cour a affirmé

indicator that a province will perform remediation work”).

[272] In any event, it is important to note the more salient features of the OWA and its relationship with the AER (and, more generally, with the provincial government). The OWA operates under legal authority delegated to it by the AER and in accordance with a Memorandum of Understanding it has signed with both the AER and Alberta Environment and Parks. The orphan fund itself is administered by the AER, which prescribes and collects industry contributions and remits the funds to the OWA. The OWA cannot increase the industry levy without first obtaining approval from the Alberta Treasury Board. In addition, the *OGCA* makes clear that abandonment costs incurred by any person authorized by the AER — which would include the OWA — constitute a debt payable to the AER (*OGCA*, s. 30(5)). The record shows that the AER has remitted abandonment costs to the OWA in the past, in the form of security deposits and amounts recovered through successful enforcement action against licensees.

[273] The AER and the OWA are therefore inextricably intertwined. We should see this arrangement for what it is: when the AER exercises its statutory powers to declare a property an “orphan” under s. 70(2) of the *OGCA*, it effectively delegates the abandonment work to the OWA. Treating the OWA’s work as meaningfully different from abandonment activities carried out by the AER turns a blind eye to this reality and does nothing to further the underlying principles of paramouncy. To the contrary, it provides provincial regulators with an easy way to evade the test of *Abitibi* through strategic behaviour, thereby undermining the legitimate federal interest in enforcing the *BIA*’s priority scheme. It should not matter which body carries out the work (see C.A. reasons, at para. 78; *OGCA*, s. 70(1)(a)(ii)).

[274] The majority faults the chambers judge for “failing to consider whether the OWA can be treated as the regulator” (para. 153). However, the chambers

dans *Abitibi*, par. 58 : « [l]e fait de prévoir un budget peut constituer un indicateur clair qu’une province exécutera des travaux de décontamination »).

[272] Quoi qu’il en soit, il importe de souligner les caractéristiques plus saillantes de l’OWA et de sa relation avec l’AER (et, de façon plus générale, avec le gouvernement provincial). L’OWA agit en vertu du pouvoir légal qui lui est délégué par l’AER et conformément au protocole d’entente qu’elle a signé avec l’AER et Alberta Environment and Parks. Le fonds pour les puits orphelins est lui-même administré par l’AER, qui fixe et recueille les contributions de l’industrie et remet les fonds à l’OWA. L’OWA ne peut pas augmenter les prélèvements qu’elle effectue auprès de l’industrie sans d’abord obtenir l’approbation du Conseil du trésor de l’Alberta. De plus, l’*OGCA* indique clairement que les frais liés à l’abandon engagés par toute personne autorisée par l’AER — y compris l’OWA — constituent une dette payable à l’AER (*OGCA*, par. 30(5)). Le dossier révèle que l’AER a versé des frais d’abandon à l’OWA dans le passé, sous la forme de dépôts de garantie et de sommes recouvrées grâce à des mesures de recouvrement réussies à l’encontre des titulaires de permis.

[273] L’AER et l’OWA sont donc inextricablement liés. Il faut reconnaître cet arrangement pour ce qu’il est : lorsque l’AER exerce le pouvoir de déclarer un bien [TRADUCTION] « orphelin » que lui confère le par. 70(2) de l’*OGCA*, il délègue effectivement l’exécution des travaux d’abandon à l’OWA. Considérer les travaux de l’OWA comme significativement différents des activités d’abandon menées par l’AER ne tient pas compte de cette réalité et n’aide en rien à favoriser l’application des principes sous-jacents de la prépondérance. Au contraire, cela donne aux organismes de réglementation provinciaux un moyen facile d’échapper au test *Abitibi* par l’adoption d’un comportement stratégique, minant ainsi l’intérêt légitime du gouvernement fédéral à assurer le respect du régime de priorité établi par la *LFI*. Il importe peu de savoir qui effectue les travaux (voir les motifs de la Cour d’appel, par. 78; *OGCA*, sous-al. 70(1)(a)(ii)).

[274] La majorité reproche au juge en cabinet de « ne pas se demander si l’OWA [pouvait] être assimilé à l’organisme de réglementation » (par. 153).

judge cannot have erred by failing to appreciate a level of independence that simply does not exist.

[275] The majority also offers an alternative conclusion: it is not sufficiently certain that even the OWA will perform the abandonment work (para. 149). Whether the chambers judge's conclusion to the contrary amounts to a palpable and overriding error, or something else, we are not told.

[276] Again, such an approach would permit the AER to benefit from strategic gamesmanship by manipulating the timing of its intervention in order to escape the insolvency regime and strip Redwater of its assets. This arbitrary line-drawing exercise, in which a period of 10 years before the wells are abandoned is too long (but presumably some shorter time line would not be), has no basis in law. As Slatter J.A. convincingly observed in his reasons, the AER

cannot insist that security be posted to cover environmental costs, but at the same time argue that it may be a long time before the Orphan Well Association actually does the remediation. If the Regulator takes security for remediating Redwater's orphan wells, those funds cannot be used for any other purpose. If security is taken, it is no answer that the security might be held for an indefinite period of time; the consequences to the insolvency proceedings and distribution of funds to the creditors are immediate and certain. Further, if security is taken, the environmental obligation has clearly been reduced to monetary terms. [Emphasis added; para. 79.]

[277] Moreover, the OWA's estimate of 10 to 12 years was put forward at the start of this litigation more than 3 years ago. Whether that estimate remains accurate after the province's proposed infusion of nearly a quarter of a billion dollars into the orphan fund (A.F., at para. 99)¹ — money that will undoubt-

¹ I am assuming that the AER's factum is accurate in referring to the existence and amount of this loan (which no other party contested).

Le juge en cabinet ne peut toutefois avoir fait erreur en n'appréciant pas une indépendance qui n'existe tout simplement pas.

[275] La majorité tire aussi une conclusion subsidiaire : il n'est pas suffisamment certain que même l'OWA exécutera les travaux d'abandon (par. 149). Quant à savoir si la conclusion contraire du juge en cabinet équivaut à une erreur manifeste et dominante, ou à quelque chose d'autre, on ne nous le dit pas.

[276] Là encore, une telle approche permettrait à l'AER de tirer profit de manœuvres stratégiques en manipulant le moment de son intervention afin de se soustraire au régime d'insolvabilité et de dépouiller Redwater de ses biens. Cet exercice de délimitation arbitraire, dans lequel une période de 10 ans avant que les puits fassent l'objet d'un abandon est trop longue (mais selon lequel une période plus courte ne le serait présumément pas), n'a aucun fondement en droit. Comme le juge Slatter l'a fait observer de manière convaincante dans ses motifs, l'AER

[TRADUCTION] ne peut exiger qu'un dépôt de garantie soit versé pour couvrir les frais environnementaux, et en même temps faire valoir qu'il pourrait s'écouler beaucoup de temps avant que l'Orphan Well Association procède réellement à la décontamination. Si l'organisme de réglementation prend un dépôt de garantie afin de décontaminer les puits orphelins de Redwater, ces fonds ne peuvent être utilisés à aucune autre fin. Si un dépôt de garantie est pris, il ne suffit pas de répondre que ce dépôt pourrait être conservé pendant une période indéterminée; les conséquences pour la procédure d'insolvabilité et la distribution des fonds aux créanciers sont immédiates et certaines. De plus, si un dépôt de garantie est pris, l'obligation environnementale est clairement réduite à une obligation formulée en termes pécuniaires. [Je souligne; par. 79.]

[277] De plus, l'estimation de 10 à 12 ans de l'OWA a été mise de l'avant au début du présent litige il y a plus de 3 ans. La question de savoir si cette estimation demeure exacte après l'injection proposée par la province de près d'un quart de milliard de dollars dans le fonds pour les puits orphelins (m.a., par. 99)¹ — des

¹ Je suppose que le mémoire de l'AER est exact quand il fait état de l'existence et du montant de ce prêt (des faits qui n'ont pas été contestés par une autre partie).

edly speed up the OWA’s abandonment efforts — is an open question. In any case, the changing factual context highlights the essential problem with the majority’s approach: pinning the constitutional analysis on the timing of the OWA’s intervention is arbitrary and irrational, as it causes the result to shift based on decisions made by the very actor that stands to benefit from a finding that the “sufficient certainty” standard is not satisfied.

[278] All that aside, the chambers judge’s recognition that the OWA will “probably” abandon the properties should be enough (chambers judge reasons, at para. 173). Concluding otherwise is not justified, since it would mean applying a stricter certainty requirement than is called for by *Abitibi* itself. Deschamps J. expressly rejected an alternative standard — a “likelihood approaching certainty” — adopted by McLachlin C.J. in dissent (*Abitibi*, at para. 60). But here, dismissing as insufficient the chambers judge’s conclusion that the OWA would “probably” complete the work essentially means requiring a “likelihood approaching certainty”. Since *Abitibi* does not require absolute certainty, or even a likelihood approaching certainty, Wittmann C.J. did not err in concluding that the third prong was satisfied (see the *Oxford English Dictionary* (online), which defines “probably” as “with likelihood (though not with certainty)”; “almost certainly; as far as one knows or can tell; in all probability; most likely”).

[279] After concluding that it is not sufficiently certain that the AER will abandon the sites, the majority goes on to find that the AER’s licence transfer restrictions similarly do not satisfy the *Abitibi* test. This is so, it says, because the AER’s refusal to approve a licence transfer does not give it a monetary claim against Redwater and because compliance with the Licensee Management Ratio (“LMR”) conditions “reflects the inherent value of the assets held by the bankrupt estate” (para. 157). At the outset, I wish to

sommes qui accéléreront sans doute les efforts d’abandon de l’OWA — demeure sans réponse. Quoi qu’il en soit, le contexte factuel changeant met en lumière le problème fondamental que pose l’approche de la majorité : arrimer l’analyse constitutionnelle au moment de l’intervention de l’OWA est arbitraire et irrationnel, car cette approche a pour effet d’inverser le résultat en fonction de décisions prises par l’acteur même qui peut bénéficier de la conclusion selon laquelle il n’est pas satisfait à la norme de « certitude suffisante ».

[278] Mis à part tout ce qui précède, la reconnaissance par le juge en cabinet que l’OWA abandonnera [TRADUCTION] « probablement » les biens devrait suffire (motifs du juge en cabinet, par. 173). Il n’est pas justifié de conclure le contraire, car cela reviendrait à appliquer une norme plus stricte en matière de certitude que celle que commande l’arrêt *Abitibi* lui-même. La juge Deschamps a expressément rejeté la norme subsidiaire — une « probabilité proche de la certitude » — qu’a adoptée la juge en chef McLachlin dans ses motifs dissidents (*Abitibi*, par. 60). Mais en l’espèce, rejeter comme insuffisante la conclusion du juge en cabinet selon laquelle l’OWA mènerait « probablement » à terme les travaux revient essentiellement à exiger une « probabilité proche de la certitude ». Étant donné que l’arrêt *Abitibi* n’exige pas une certitude absolue, ni même une probabilité proche de la certitude, le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il était satisfait au troisième volet du test (voir l’*Oxford English Dictionary* (en ligne), qui définit [TRADUCTION] « probablement » comme « selon la vraisemblance (mais sans certitude) »; « presque certainement; pour autant que l’on sache ou que l’on puisse le dire; selon toute vraisemblance; vraisemblablement »).

[279] Après avoir conclu qu’il n’est pas suffisamment certain que l’AER abandonnera les sites, la majorité juge que les restrictions imposées par l’AER au transfert de permis ne satisfont pas non plus au test *Abitibi*. Il en est ainsi, dit-elle, parce que le refus de l’AER d’approuver le transfert d’un permis ne lui confère pas une réclamation pécuniaire contre Redwater et que le respect des conditions liées au ratio de gestion du titulaire de permis (« RGTP ») « reflète la valeur inhérente des biens détenus par

make clear that I have already concluded that, since GTL lawfully disclaimed the non-producing properties under s. 14.06(4) of the *BIA*, an operational conflict arises to the extent that the AER included those disclaimed properties in calculating Redwater's LMR for the purpose of imposing conditions on the sale of Redwater's assets. In the analysis that follows, I reach that same conclusion under the frustration of purpose aspect of the paramountcy test as well.

[280] I take issue with the majority's conclusion regarding the LMR conditions for two reasons. First, this approach elevates form over substance, disregarding Gascon J.'s admonition in *Moloney* that "[t]he province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly" (para. 28; see also *Husky Oil*, at para. 41). Refusing to approve a sale of Redwater's assets unless GTL satisfies Redwater's environmental liabilities is no different, in substance, from directly ordering Redwater or GTL to undertake that work. This is because the AER achieves the exact same thing — the fulfillment of Redwater's environmental obligations — by making any sale conditional on GTL completing the work itself, posting security or packaging the non-producing assets into the sale, which reduces the sale price by the exact amount of those liabilities and ensures that the purchaser can be compelled, as the subsequent "licensee" under provincial law, to comply with the Abandonment Orders.

[281] The only difference between these two exercises of provincial power is the means by which the AER has opted to enforce the underlying obligations. The Abandonment Orders carry a threat of liability for non-compliance; imposing conditions on the sale of Redwater's assets, on the other hand, does not create a liability in a formal sense, but it does preclude any sale from occurring unless and until those obligations are satisfied. Since the trustee must sell the assets in order to carry out its mandate, the *effect* of imposing conditions on the sale of Redwater's assets

l'actif du failli » (par. 157). Tout d'abord, je tiens à préciser une chose : j'ai déjà conclu qu'étant donné que GTL a légalement renoncé aux biens inexploités en vertu du par. 14.06(4) de la *LFI*, il y a un conflit d'application dans la mesure où l'AER a inclus ces biens visés par les renoncements dans le calcul du RGTP de Redwater afin d'imposer des conditions à la vente des actifs de Redwater. Dans l'analyse qui suit, j'arrive également à la même conclusion en m'appuyant sur le second volet concernant l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral du test de la prépondérance.

[280] Je suis en désaccord avec la conclusion de la majorité quant aux conditions relatives au RGTP pour deux raisons. D'abord, cette approche fait passer la forme avant le fond, ignorant la mise en garde du juge Gascon dans l'arrêt *Moloney* selon laquelle « [l]a province ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement » (par. 28; voir aussi *Husky Oil*, par. 41). Refuser d'approuver la vente des biens de Redwater à moins que GTL ne satisfasse aux obligations environnementales de Redwater n'est pas différent, au fond, que d'ordonner directement à Redwater ou à GTL de procéder à ces travaux. Il en est ainsi parce que l'AER atteint exactement le même résultat — le respect des obligations environnementales de Redwater — en faisant dépendre la vente de l'exécution des travaux par GTL lui-même, du versement par celle-ci d'un dépôt de garantie ou de l'inclusion des biens inexploités dans la vente, ce qui réduit le prix de vente du montant exact de ces engagements et permet de contraindre l'acheteur, en tant que « titulaire de permis » subséquent sous le régime de la loi provinciale, à se conformer aux ordonnances d'abandon.

[281] La seule différence entre ces deux exercices d'un pouvoir provincial est le moyen par lequel l'AER a choisi de faire exécuter les obligations sous-jacentes. Les ordonnances d'abandon comportent un risque de responsabilité pour non-respect; l'imposition de conditions à la vente des actifs de Redwater, par contre, ne crée pas formellement de responsabilité, mais empêche effectivement toute vente de se réaliser tant et aussi longtemps qu'il n'est pas satisfait à ces obligations. Étant donné que le syndic doit vendre les biens afin de remplir

is the same as that of issuing abandonment orders — and, as my colleague acknowledges, it is the effect of provincial action, not its intent or its form, that is central to the paramountcy analysis (para. 116; see also *Husky Oil*, at para. 40). In either case, then, the effect of the AER’s action is to create a debt enforcement scheme — one that requires the environmental obligations owed to the AER to be discharged ahead of the bankrupt’s other debts.

[282] Second, it is irrelevant to this analysis that the licensing requirements predate Redwater’s bankruptcy and apply to all licensees. This is no different from *Abitibi*, where the obligation to close down and remediate the properties predated AbitibiBowater’s bankruptcy and could also have been said to constitute an “inherent” limitation on the value of the regulatory licence. Yet the obligations at issue there were provable claims. So too here. Alberta is, of course, free to affect the priority of claims in non-bankruptcy contexts. For example, it can leverage its licensing power to condition the sale of assets by *solvent* corporations on the payment of outstanding debts to the province. But “once bankruptcy has occurred [the BIA] determines the status and priority of the claims” (*Husky Oil*, at para. 32, quoting A. J. Roman and M. J. Sweatman, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and The Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at p. 79).

[283] In this case, imposing conditions on the sale of Redwater’s valuable assets *does* result in a monetary debt in the AER’s favour, whether in the form of: (1) the posting of security; (2) actual completion of the environmental work; or (3) the sale of the non-producing properties to another entity that is then regulated as a “licensee” and, as such, can be compelled under provincial law to complete the work. In each case, the result is the same: the AER is conditioning any sale of Redwater’s assets on its

son mandat, l’effet de l’imposition de conditions à la vente des biens de Redwater est le même que celui des ordonnances d’abandon — et, comme le reconnaît mon collègue, c’est l’effet de l’action provinciale, et non son intention ou sa forme, qui est au cœur de l’analyse relative à la prépondérance (par. 116; voir aussi *Husky Oil*, par. 40). L’effet de l’action de l’AER est donc, dans les deux cas, de créer un régime de recouvrement des créances — qui exige que les obligations environnementales envers l’AER soient acquittées avant les autres dettes du failli.

[282] Ensuite, le fait que les exigences en matière de permis précèdent la faillite et s’appliquent à tous les titulaires de permis n’est pas pertinent pour les besoins de la présente analyse. La situation n’est pas différente de celle dans l’affaire *Abitibi*, où l’obligation de fermer et de décontaminer les biens précédait la faillite d’AbitibiBowater et aurait également pu être considérée comme constituant une limite « inhérente » à la valeur du permis réglementaire. Pourtant, les obligations en cause dans cette affaire étaient des réclamations prouvables. C’est également le cas en l’espèce. Il est certes loisible à l’Alberta de modifier l’ordre de priorité des réclamations dans un contexte autre que celui d’une faillite. Par exemple, elle peut se servir de son pouvoir de délivrer des permis pour faire dépendre la vente des biens des sociétés *solvables* du paiement des dettes impayées envers la province. Mais « dès qu’il y a faillite, c’est [la LFI] qui détermine le statut et l’ordre de priorité des réclamations » (*Husky Oil*, par. 32, citant A. J. Roman et M. J. Sweatman, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77, p. 79).

[283] En l’espèce, l’imposition de conditions à la vente des actifs de valeur de Redwater entraîne *bel et bien* une créance pécuniaire en faveur de l’AER, que ce soit sous forme : (1) de versement d’un dépôt de garantie; (2) d’achèvement réel des travaux environnementaux; ou (3) de vente des biens inexploités à une autre entité qui est alors réglementée comme « titulaire de permis » et qui peut ainsi être contrainte en application de la loi provinciale à mener à bien les travaux. Dans un cas comme dans l’autre, le résultat

ability to recover a pre-existing debt owed to it by the bankrupt.

[284] An approach which artificially separates the Abandonment Orders and the transfer requirements in order to treat them as analytically distinct under the *Abitibi* test would cause the paramountcy analysis to turn on irrelevant subtleties in the manner or form in which the province has chosen to exercise its power. The two measures must be seen in tandem as the AER's means of enforcing a debt against the Redwater estate. As I have described, there is no meaningful difference in the bankruptcy context between a formal abandonment order directing a trustee to engage in remediation work and a rigid licensing system that imposes the exact same obligations as a condition of sale — a sale that, if the trustee is to carry out its mandate, *must* occur. The only effect of the majority's analysis is to encourage regulators to collect on their debts in more creative ways. None of this serves the purposes of paramountcy; and, more critically, nothing in that analysis offers insolvency professionals (or regulators, for that matter) clear guidance as to the types of obligations that will or will not satisfy the *Abitibi* test.

[285] Since it is sufficiently certain that the AER (or the OWA, as its delegate) will complete the abandonment and reclamation work, all three prongs of the *Abitibi* test are satisfied. The Abandonment Orders are provable claims, and therefore the AER may not compel Redwater or its trustee to fulfill the obligations in question outside of the *BIA*'s priority scheme. Likewise, the AER may not condition the sale of Redwater's valuable assets on the performance of those same obligations.

[286] Towards the end of its analysis, the majority makes the point that the AER's enforcement actions in this case facilitate, rather than frustrate,

est le même : l'AER fait dépendre la vente des biens de Redwater de sa capacité de recouvrer une dette préexistante que lui devait le failli.

[284] Une approche qui différencie artificiellement les ordonnances d'abandon et les exigences relatives au transfert afin de leur réserver un traitement distinct sur le plan analytique en application du critère *Abitibi* ferait reposer l'analyse relative à la prépondérance sur des subtilités non pertinentes concernant la manière dont la province a choisi d'exercer son pouvoir ou la forme que prend ce choix. Les deux mesures doivent être considérées ensemble comme le moyen employé par l'AER pour recouvrer une créance à l'encontre de l'actif de Redwater. Comme je l'ai expliqué, il n'existe aucune différence significative dans le contexte de la faillite entre une ordonnance officielle d'abandon enjoignant au syndic de procéder à des travaux de décontamination et un système de délivrance de permis rigide qui impose exactement les mêmes obligations comme condition de la vente — une vente qui, si le syndic veut remplir son mandat, *doit* avoir lieu. Le seul effet qu'a l'analyse de la majorité est d'encourager les organismes de réglementation à trouver des façons plus ingénieuses de recouvrer leurs créances. Rien de tout cela ne sert les fins de la prépondérance; et, fait plus important, rien dans cette analyse ne donne aux professionnels de l'insolvabilité (ni aux organismes de réglementation, d'ailleurs) des indications claires quant aux types d'obligations qui peuvent ou non satisfaire au test *Abitibi*.

[285] Comme il est suffisamment certain que l'AER (ou l'OWA, sa délégitaire) achèvera les travaux d'abandon et de remise en état, il est satisfait aux trois volets du test *Abitibi*. Les ordonnances d'abandon sont des réclamations prouvables, et l'AER ne peut donc contraindre Redwater ou son syndic à acquitter les obligations en cause à l'extérieur du régime de priorité établi par la *LFI*. De la même façon, l'AER ne peut faire dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l'exécution de ces mêmes obligations.

[286] Vers la fin de son analyse, la majorité soutient que les mesures d'application prises par l'AER en l'espèce favorisent, au lieu de contrecarrer, la

Parliament's intentions behind the *BIA* priority scheme due to the super priority for environmental remediation costs set out in s. 14.06(7) (para. 159). Respectfully, I completely reject this contention. No party attempted to argue that the super priority in subs. (7) was applicable on the facts of this case. Indeed, it is clear that it is not, as the majority itself acknowledges. I cannot accept that where Parliament has set out a particular super priority for the Crown for environmental remediation costs, secured against specific real property assets of the bankrupt, and where certain conditions are met, it somehow "facilitates" Parliament's priority scheme to, in effect, impose that super priority over other assets, in the absence of those statutory conditions being satisfied. It is wrong to rely on s. 14.06(7) to recognize an effective super priority for the AER in circumstances where the terms of that subsection are inapplicable. Doing so clearly undermines the detailed and comprehensive priority scheme that Parliament set out in the *BIA* to achieve its purposes. Had Parliament wished to extend a Crown super priority for environmental remediation costs beyond the circumstances in s. 14.06(7), it could have done so.

[287] As a final note, GTL and ATB Financial advance alternative arguments that some aspects of Alberta's statutory regime, including the definition of "licensee", frustrate the purposes of the 1997 amendments to the *BIA* — purposes that, they say, include protecting insolvency professionals from liability and reducing the number of orphaned sites.

[288] It is not strictly necessary for me to address these arguments, since I have already found that there is an operational conflict (the Alberta regime's failure to recognize the lawfulness of GTL's disclaimers) as well as a frustration of purpose on other grounds (interference with the *BIA*'s priority scheme). I would note, however, that GTL has stated that it would immediately seek a discharge if it were required to carry out the abandonment work, which would result

réalisation des intentions du Parlement qui sous-tendent le régime de priorité de la *LFI* en raison de la superpriorité prévue au par. 14.06(7) pour les frais de décontamination environnementale (par. 159). Avec égards, je rejette entièrement cette prétention. Aucune partie n'a tenté de faire valoir que la superpriorité visée au par. (7) s'appliquait aux faits de l'espèce. En effet, elle ne s'applique clairement pas, comme le reconnaît elle-même la majorité. Je ne peux accepter que, dans les cas où le Parlement a conféré à la Couronne une superpriorité lorsque certaines conditions sont réunies pour les frais de décontamination environnementale et l'a garantie par une sûreté sur certains biens réels du failli, on « favorise » d'une façon ou d'une autre le régime de priorité du Parlement en imposant dans les faits cette superpriorité sur d'autres biens alors que ces conditions statutaires ne sont pas remplies. Il est erroné d'invoquer le par. 14.06(7) pour reconnaître à l'AER une superpriorité dans des situations où les conditions de ce paragraphe ne s'appliquent pas. Agir de la sorte sape clairement le régime de priorité détaillé et complet que le Parlement a établi dans la *LFI* pour réaliser ses objectifs. Si le Parlement avait souhaité étendre une superpriorité de la Couronne pour des frais de décontamination environnementale dans d'autres cas que ceux visés au par. 14.06(7), il aurait pu le faire.

[287] En terminant, GTL et ATB Financial font valoir des arguments subsidiaires selon lesquels certains aspects du régime de réglementation albertain, notamment la définition de « titulaire de permis », entravent la réalisation des objets des modifications apportées à la *LFI* en 1997 — objets qui, affirmatifs, comprennent la protection des professionnels de l'insolvabilité contre la responsabilité et la réduction du nombre de sites orphelins.

[288] Il n'est pas strictement nécessaire que j'examine ces arguments, car j'ai déjà conclu qu'il existe un conflit d'application (la non-reconnaissance par le régime albertain de la légalité des renoncations de GTL) ainsi qu'une entrave à la réalisation d'objet pour d'autres motifs (atteinte au régime de priorité établi par la *LFI*). Je tiens toutefois à souligner que GTL a déclaré qu'elle demanderait immédiatement une libération si elle était tenue d'exécuter les

in the remaining Redwater assets being surrendered to the OWA. The result in this circumstance, which does not appear to be acknowledged, or which appears to be ignored, in my colleague's reasons, would be *more* orphaned oil wells. To the extent, then, that the 1997 amendments were intended to reduce the number of orphaned properties, that purpose is also frustrated by preventing a receiver or trustee from disclaiming value-negative assets.

IV. Conclusion

[289] There is much to be said in the context of this appeal about which outcome will optimally balance environmental protection and economic development. On the one hand, enforcing the AER's remediation orders would effectively wipe out the estate's remaining value and leave all of its creditors (except the AER) without any recovery. It would also likely discourage insolvency professionals from accepting mandates in cases such as this one — potentially resulting in more orphaned properties across the province. On the other hand, permitting GTL to disclaim the non-producing wells and preventing the AER from enforcing environmental obligations before the estate's value is depleted would leave open the question of who, exactly, should foot the bill for remediating the affected land.

[290] Whatever the merits of these competing positions, in matters of statutory interpretation this Court is one of law, not of policy. As the majority recognizes, at para. 30, “it is not the role of this Court to decide the best regulatory approach to the oil and gas industry”; decisions on these matters are made — indeed, they *have been made* — by legislators, not judges. And the law in this case supports only one outcome. But this does not mean that the AER is without options to protect the public from bearing the costs of abandoning oil wells. It could adjust its LMR requirements to prevent other oil companies from reaching the point of bankruptcy with unfunded abandonment obligations (as it has already done since this litigation began). It could

travaux d'abandon, ce qui entraînerait la cession du reste des biens de Redwater à l'OWA. Il en résulterait, ce qui ne semble pas être reconnu ou paraît être passé sous silence dans les motifs de mon collègue, un nombre *plus élevé* de puits de pétrole orphelins. Dans la mesure où les modifications de 1997 étaient censées entraîner une réduction du nombre de biens orphelins, la réalisation de cet objet est également entravée en empêchant le séquestre ou le syndic de renoncer aux biens ayant une valeur négative.

IV. Conclusion

[289] Il y a beaucoup à dire, dans le contexte du présent pourvoi, sur l'issue qui établirait un équilibre optimal entre la protection de l'environnement et le développement économique. D'une part, faire exécuter les ordonnances de décontamination de l'AER aurait pour effet d'éliminer la valeur restante de l'actif et priverait tous ses créanciers (sauf l'AER) de tout recouvrement. En outre, cela découragerait vraisemblablement les professionnels de l'insolvabilité d'accepter des mandats dans des cas comme celui qui nous occupe, ce qui pourrait occasionner une augmentation du nombre de biens orphelins dans l'ensemble de la province. D'autre part, permettre à GTL de renoncer aux puits inexploités en empêchant l'AER de faire exécuter les obligations environnementales avant que l'actif soit épuisé laisserait sans réponse la question de savoir qui, exactement, devrait payer la facture de la décontamination des terrains concernés.

[290] Quel que soit le bien-fondé de ces positions opposées en matière d'interprétation statutaire, notre Cour est un tribunal de droit, et non de politique. Comme le reconnaît la majorité (par. 30), « il ne revient pas à notre Cour de décider de la meilleure approche réglementaire pour l'industrie pétrolière et gazière » : les décisions sur ces enjeux sont prises — et ont d'ailleurs *été prises* — par les législateurs, et non par les juges. Et le droit en l'espèce n'appuie qu'une seule issue. Mais cela ne veut pas dire qu'aucune solution ne s'offre à l'AER pour empêcher le public d'avoir à supporter les frais liés à l'abandon des puits de pétrole. Il pourrait ajuster ses exigences relatives à la RGTP afin d'éviter que d'autres sociétés pétrolières soient acculées à la faillite en raison

adopt strategies used in other jurisdictions, such as requiring the posting of security up-front so that abandonment costs are not borne entirely at the end of an oil well's life cycle. One of the interveners, the Canadian Bankers' Association, noted that such systems of up-front bonding are prevalent in American jurisdictions. The AER could work with industry to increase levies so that the orphan fund has sufficient resources to respond to the recent increase in the number of orphaned properties. It could seek judicial intervention in cases where it suspects that a company is strategically using insolvency as a voluntary step to avoid its environmental liabilities (*Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156, at para. 84). And, as I have noted, it can continue to apply the province's statutory regime to all assets of an insolvent or bankrupt debtor that are retained by a receiver or trustee, including wells and facilities that the receiver or trustee seeks to operate rather than sell.

[291] The AER may not, however, disregard federal bankruptcy law in the pursuit of otherwise valid statutory objectives. Yet that is precisely what it has done here by effectively displacing the "polluter-pays" principle enacted by Parliament in favour of a "lender-pays" regime, in which responsibility for the bankrupt's environmental liabilities is transferred to the estate's creditors. Our paramountcy jurisprudence does not permit that result.

[292] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and affirm the orders made by the chambers judge.

d'obligations d'abandon non financées (comme il l'a déjà fait depuis que le présent litige a commencé). Il pourrait adopter les stratégies utilisées dans d'autres ressorts, comme exiger dès le début le versement d'un dépôt de garantie afin que les frais liés à l'abandon ne soient pas entièrement supportés à la fin du cycle de vie du puits de pétrole. L'une des intervenants, l'Association des banquiers canadiens, a fait remarquer que de tels systèmes de dépôts de garantie au départ abondent dans les États américains. L'AER pourrait collaborer avec l'industrie pour augmenter les prélèvements afin que le fonds pour les puits orphelins dispose de ressources suffisantes pour répondre à la récente augmentation du nombre de biens orphelins. Il pourrait solliciter l'intervention des tribunaux dans les cas où il soupçonne une société d'utiliser stratégiquement l'insolvabilité comme une mesure facultative lui permettant de se soustraire à ses engagements environnementaux (*Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156, par. 84). Et, comme je l'ai mentionné, il peut continuer d'appliquer le régime législatif provincial à tous les biens d'un débiteur insolvable ou en faillite qui sont conservés par un séquestre ou un syndic, y compris les puits et installations que le séquestre ou le syndic veut exploiter plutôt que de les vendre.

[291] L'AER ne peut pas, cependant, faire abstraction du droit fédéral de la faillite pour atteindre des objectifs statutaires par ailleurs valides. Or, c'est précisément ce qu'il a fait en l'espèce en écartant effectivement le principe du « pollueur-payeur » adopté par le Parlement en faveur d'un régime du « prêteur-payeur », dans le cadre duquel la responsabilité à l'égard des engagements environnementaux du failli passe aux créanciers de l'actif. Notre jurisprudence en matière de prépondérance n'admet pas ce résultat.

[292] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les ordonnances rendues par le juge en cabinet.

APPENDIX

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

14.06 (1) No trustee is bound to assume the duties of trustee in matters relating to assignments, bankruptcy orders or proposals, but having accepted an appointment in relation to those matters the trustee shall, until discharged or another trustee is appointed in the trustee's stead, perform the duties required of a trustee under this Act.

(1.1) In subsections (1.2) to (6), a reference to a trustee means a trustee in a bankruptcy or proposal and includes

- (a) an interim receiver;
- (b) a receiver within the meaning of subsection 243(2); and
- (c) any other person who has been lawfully appointed to take, or has lawfully taken, possession or control of any property of an insolvent person or a bankrupt that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person or bankrupt.

...

(2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, a trustee is not personally liable in that position for any environmental condition that arose or environmental damage that occurred

- (a) before the trustee's appointment; or
- (b) after the trustee's appointment unless it is established that the condition arose or the damage occurred as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct or, in the Province of Quebec, the trustee's gross or intentional fault.

(3) Nothing in subsection (2) exempts a trustee from any duty to report or make disclosure imposed by a law referred to in that subsection.

(4) Notwithstanding anything in any federal or provincial law but subject to subsection (2), where an order is made which has the effect of requiring a trustee to remedy

ANNEXE

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3

14.06 (1) Le syndic n'est pas tenu d'assumer les fonctions de syndic relativement à des cessions, à des ordonnances de faillite ou à des propositions concordataires; toutefois, dès qu'il accepte sa nomination à ce titre, il doit accomplir les fonctions que la présente loi lui impose, jusqu'à ce qu'il ait été libéré ou qu'un autre syndic ait été nommé à sa place.

(1.1) Les paragraphes (1.2) à (6) s'appliquent également aux syndics agissant dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition ainsi qu'aux personnes suivantes :

- a) les séquestres intérimaires;
- b) les séquestres au sens du paragraphe 243(2);
- c) les autres personnes qui sont nommément habilitées à prendre — ou ont pris légalement — la possession ou la responsabilité d'un bien acquis ou utilisé par une personne insolvable ou un failli dans le cadre de ses affaires.

...

(2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic est, ès qualités, dégage de toute responsabilité personnelle découlant de tout fait ou dommage lié à l'environnement survenu avant ou après sa nomination, sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée ou, dans la province de Québec, par sa faute lourde ou intentionnelle.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de soustraire le syndic à une obligation de faire rapport ou de communiquer des renseignements prévue par le droit applicable en l'espèce.

(4) Par dérogation au droit fédéral et provincial, mais sous réserve du paragraphe (2), le syndic est, ès qualités, dégage de toute responsabilité personnelle découlant du

any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy, proposal or receivership, the trustee is not personally liable for failure to comply with the order, and is not personally liable for any costs that are or would be incurred by any person in carrying out the terms of the order,

(a) if, within such time as is specified in the order, within ten days after the order is made if no time is so specified, within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, or during the period of the stay referred to in paragraph (b), the trustee

(i) complies with the order, or

(ii) on notice to the person who issued the order, abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage;

(b) during the period of a stay of the order granted, on application made within the time specified in the order referred to in paragraph (a), within ten days after the order is made or within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, by

(i) the court or body having jurisdiction under the law pursuant to which the order was made to enable the trustee to contest the order, or

(ii) the court having jurisdiction in bankruptcy for the purposes of assessing the economic viability of complying with the order; or

(c) if the trustee had, before the order was made, abandoned or renounced or been divested of any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage.

(5) The court may grant a stay of the order referred to in subsection (4) on such notice and for such period as the court deems necessary for the purpose of enabling the trustee to assess the economic viability of complying with the order.

(6) If the trustee has abandoned or renounced any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the environmental condition or environmental

non-respect de toute ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien visé par une faillite, une proposition ou une mise sous séquestre administrée par un séquestre, et de toute responsabilité personnelle relativement aux frais engagés par toute personne exécutant l'ordonnance :

a) si, dans les dix jours suivant l'ordonnance ou dans le délai fixé par celle-ci, dans les dix jours suivant sa nomination si l'ordonnance est alors en vigueur ou pendant la durée de la suspension visée à l'alinéa b) :

(i) il s'y conforme,

(ii) il abandonne, après avis à la personne ayant rendu l'ordonnance, tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s'en dessaisit;

b) pendant la durée de la suspension de l'ordonnance qui est accordée, sur demande présentée dans les dix jours suivant l'ordonnance visée à l'alinéa a) ou dans le délai fixé par celle-ci, ou dans les dix jours suivant sa nomination si l'ordonnance est alors en vigueur :

(i) soit par le tribunal ou l'autorité qui a compétence relativement à l'ordonnance, en vue de permettre au syndic de la contester,

(ii) soit par le tribunal qui a compétence en matière de faillite, en vue d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance;

c) si, avant que l'ordonnance ne soit rendue, il avait abandonné tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y avait renoncé, ou s'en était dessaisi.

(5) En vue de permettre au syndic d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance, le tribunal peut en ordonner la suspension après avis et pour la période qu'il estime indiqués.

(6) Si le syndic a abandonné tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y a renoncé, les réclamations pour les frais de réparation du

damage, claims for costs of remedying the condition or damage shall not rank as costs of administration.

(7) Any claim by Her Majesty in right of Canada or a province against the debtor in a bankruptcy, proposal or receivership for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property or an immovable of the debtor is secured by security on the real property or immovable affected by the environmental condition or environmental damage and on any other real property or immovable of the debtor that is contiguous with that real property or immovable and that is related to the activity that caused the environmental condition or environmental damage, and the security

(a) is enforceable in accordance with the law of the jurisdiction in which the real property or immovable is located, in the same way as a mortgage, hypothec or other security on real property or immovables; and

(b) ranks above any other claim, right, charge or security against the property, despite any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law.

(8) Despite subsection 121(1), a claim against a debtor in a bankruptcy or proposal for the costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property or an immovable of the debtor shall be a provable claim, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date of the filing of the proposal or the date of the bankruptcy.

Appeal allowed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Bennett Jones, Calgary; Alberta Energy Regulator, Calgary.

Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Calgary; Gowling WLG (Canada), Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

fait ou dommage lié à l'environnement et touchant le bien ne font pas partie des frais d'administration.

(7) En cas de faillite, de proposition ou de mise sous séquestre administrée par un séquestre, toute réclamation de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province contre le débiteur pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un de ses immeubles ou biens réels est garantie par une sûreté sur le bien en cause et sur ceux qui sont contigus à celui où le dommage est survenu et qui sont liés à l'activité ayant causé le fait ou le dommage; la sûreté peut être exécutée selon le droit du lieu où est situé le bien comme s'il s'agissait d'une hypothèque ou autre garantie sur celui-ci et, par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial, a priorité sur tout autre droit, charge, sûreté ou réclamation visant le bien.

(8) Malgré le paragraphe 121(1), la réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant l'immeuble ou le bien réel du débiteur constitue une réclamation prouvable, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle de la faillite ou du dépôt de la proposition.

Pourvoi accueilli, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureurs des appelants : Bennett Jones, Calgary; Alberta Energy Regulator, Calgary.

Procureurs des intimées : Blake, Cassels & Graydon, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Calgary; Gowling WLG (Canada), Calgary.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Ecojustice Canada Society: Ecojustice Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Clinique Ecojustice à l'Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers: Lawson Lundell, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers : Lawson Lundell, Calgary.

Solicitors for the intervener Greenpeace Canada: Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Greenpeace Canada : Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the intervener Action Surface Rights Association: University of Calgary Public Interest Law Clinic, Calgary.

Procureur de l'intervenante Action Surface Rights Association : University of Calgary Public Interest Law Clinic, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers' Association: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
REGISTRY OF MONTREAL

No.: 500-09-028436-194, 500-09-028474-195, 500-09-028476-190
(500-11-049838-150)

DATE: May 21, 2020

**CORAM: THE HONOURABLE MARK SCHRAGER, J.A.
PATRICK HEALY, J.A.
LUCIE FOURNIER, J.A.**

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT

No.: 500-09-028436-194

HOME DEPOT OF CANADA INC.

APPELLANT – Impleaded Party

v.

9323-7055 QUÉBEC INC. (Formerly known as Aquadis International Inc.)

RAYMOND CHABOT INC.

RESPONDENTS/ INCIDENTAL RESPONDENTS

and

HOME HARDWARE STORES LIMITED

IMPLEADED PARTY//INCIDENTAL APPELLANT– Impleaded party

and

RONA INC.

ROYAL & SUN ALLIANCE INSURANCE COMPANY OF CANADA

CATHAY CENTURY INSURANCE CO., LTD

JING YUDH INDUSTRIAL CO., LTD

GROUPE BMR INC. (Formerly known as Gestion BMR Inc.)

GROUPE PATRICK MORIN INC. (Formerly known as Patrick Morin Inc.)

MATÉRIAUX LAURENTIENS INC.

DESJARDINS GENERAL INSURANCE INC.

THE PERSONAL GENERAL INSURANCE INC.

INTACT INSURANCE COMPANY

**L'UNIQUE GENERAL INSURANCE INC.
LA CAPITALE GENERAL INSURANCE INC.
PROMUTUEL INSURANCE BAGOT
PROMUTUEL INSURANCE BORÉALE
PROMUTUEL INSURANCE BOIS-FRANCS
PROMUTUEL INSURANCE CHAUDIÈRE-APPALACHES
PROMUTUEL INSURANCE L'ESTUAIRE
PROMUTUEL INSURANCE DEUX-MONTAGNES
PROMUTUEL INSURANCE LAC AU FLEUVE
PROMUTUEL INSURANCE OUTAOUAIS
PROMUTUEL INSURANCE LA VALLÉE
PROMUTUEL INSURANCE MONTMAGNY-L'ISLET
PROMUTUEL INSURANCE PORTNEUF-CHAMPLAIN
PROMUTUEL INSURANCE RÉASSURANCE
PROMUTUEL INSURANCE RIVE-SUD
PROMUTUEL INSURANCE VALLÉE DU SAINT-LAURENT
PROMUTUEL INSURANCE VAUDREUIL- SOULANGES
PROMUTUEL INSURANCE VERCHÈRES-LES-FORGES
PROMUTUEL INSURANCE LANAUDIÈRE
AIG TAIWAN INSURANCE CO LTD
AVIVA INSURANCE COMPANY OF CANADA
SOVEREIGN GENERAL INSURANCE COMPANY
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PLUMBING AND MECHANICAL OFFICIALS
JYIC INDUSTRIAL CORPORATION
INSURANCE COMPANY OF NORTH AMERICA
IAPMO RESEARCH AND TESTING INC.
FUBON INSURANCE CO. LTD
GEAREX CORPORATION
SEAN MURPHY in his capacity as Canada's attorney for Lloyd's underwriters
IMPLEADED PARTIES – Impleaded Parties**

No.: 500-09-028474-195

**GROUPE BRM INC. (Formerly known as Gestion BMR inc.)
GROUPE PATRICK MORIN INC. (Formerly known as Patrick Morin inc.)
MATÉRIAUX LAURENTIENS INC.
INTACT INSURANCE COMPANY
APPELLANTS – Impleaded Parties**

v.

**9323-7055 QUÉBEC INC. (Formerly known as Aquadis International Inc.)
RAYMOND CHABOT INC.
RESPONDENTS/INCIDENTAL RESPONDENTS**

and

HOME HARDWARE STORES LIMITED

IMPLEADED PARTY/INCIDENTAL APPELLANT– Impleaded party

and

CATHAY CENTURY INSURANCE CO., LTD

JING YUDH INDUSTRIAL CO., LTD

DESJARDINS GENERAL INSURANCE INC.

THE PERSONAL GENERAL INSURANCE INC.

L'UNIQUE GENERAL INSURANCE INC.

LA CAPITAL GENERAL INSURANCE INC.

PROMUTUEL INSURANCE BAGOT

PROMUTUEL INSURANCE BORÉALE

PROMUTUEL INSURANCE BOIS-FRANCS

PROMUTUEL INSURANCE CHAUDIÈRES-APPALACHES

PROMUTUEL INSURANCE L'ESTUAIRE

PROMUTUEL INSURANCE DEUX-MONTAGNES

PROMUTUEL INSURANCE LAC AU FLEUVE

PROMUTUEL INSURANCE OUTAOUAIS

PROMUTUEL INSURANCE LA VALLÉE

PROMUTUEL INSURANCE MONTMAGNY-L'ISLET

PROMUTUEL INSURANCE PORTNEUF-CHAMPLAIN

PROMUTUEL INSURANCE RÉASSURANCE

PROMUTUEL INSURANCE RIVE-SUD

PROMUTUEL INSURANCE VALLÉE DU SAINT-LAURENT

PROMUTUEL INSURANCE VAUDREUIL-SOULANGES

PROMUTUEL INSURANCE VERCHÈRES-LES-FORGES

PROMUTUEL INSURANCE LANAUDIÈRE

RONA INC.

ROYAL & SUN ALLIANCE INSURANCE COMPANY OF CANADA

HOME DEPOT OF CANADA INC.

AIG TAIWAN INSURANCE CO LTD

AVIVA INSURANCE COMPANY OF CANADA

SOVEREIGN GENERAL INSURANCE COMPANY

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PLUMBING AND MECHANICAL OFFICIALS

JYIC INDUSTRIAL CORPORATION

INSURANCE COMPANY OF NORTH AMERICA

IAPMO RESEARCH AND TESTING INC.

FUBON INSURANCE CO. LTD

GEAREX CORPORATION

SEAN MURPHY in his capacity as Canada's attorney for Lloyd's underwriters

IMPLEADED PARTIES – Impleaded Parties

No.: 500-09-028476-190

RONA INC.

ROYAL & SUN ALLIANCE INSURANCE COMPANY OF CANADA

APPELLANTS – Impleaded Parties

v.

9323-7055 QUÉBEC INC. (Formerly known as Aquadis International inc.)

RAYMOND CHABOT INC.

RESPONDENTS/INCIDENTAL RESPONDENTS

and

HOME HARDWARE STORES LIMITED

IMPLEADED PARTY/INCIDENTAL APPELLANT – Impleaded party

and

HOME DEPOT OF CANADA INC.

CATHAY CENTURY INSURANCE CO., LTD

JING YUDH INDUSTRIAL CO., LTD

GROUPE BMR INC. (Formerly known as Gestion BMR Inc.)

GROUPE PATRICK MORIN INC. (Formerly known as Patrick Morin inc.)

MATÉRIAUX LAURENTIENS INC.

DESJARDINS GENERAL INSURANCE INC.

THE PERSONAL GENERAL INSURANCE INC.

INTACT INSURANCE COMPANY

L'UNIQUE GENERAL INSURANCE INC.

LA CAPITALE GENERAL INSURANCE INC.

PROMUTUEL INSURANCE BAGOT

PROMUTUEL INSURANCE BORÉALE

PROMUTUEL INSURANCE BOIS-FRANCS

PROMUTUEL INSURANCE CHAUDIÈRE-APPALACHES

PROMUTUEL INSURANCE L'ESTUAIRE

PROMUTUEL INSURANCE DEUX-MONTAGNES

PROMUTUEL INSURANCE LAC AU FLEUVE

PROMUTUEL INSURANCE OUTAOUAIS

PROMUTUEL INSURANCE LA VALLÉE

PROMUTUEL INSURANCE MONTMAGNY-L'ISLET

PROMUTUEL INSURANCE PORTNEUF-CHAMPLAIN

PROMUTUEL INSURANCE RÉASSURANCE

PROMUTUEL INSURANCE RIVE-SUD

PROMUTUEL INSURANCE VALLÉE DU SAINT-LAURENT

PROMUTUEL INSURANCE VAUDREUIL-SOULANGES

PROMUTUEL INSURANCE VERCHÈRES-LES-FORGES

PROMUTUEL INSURANCE LANAUDIÈRE

AIG TAIWAN INSURANCE CO LTD

AVIVA INSURANCE COMPANY OF CANADA

SOVEREIGN GENERAL INSURANCE COMPANY

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LUMBING MECHANICAL OFFICIALS

**JYIC INDUSTRIAL CORPORATION
INSURANCE COMPANY OF NORTH AMERICA
IAPMO RESEARCH AND TESTING INC.
FUBON INSURANCE CO. LTD
GEAREX CORPORATION
SEAN MURPHY in his capacity as Canada's attorney for Lloyd's underwriters
IMPLEADED PARTIES – Impleaded Parties**

JUDGMENT

[1] On appeal from a judgment rendered on July 4, 2019 by the Superior Court, District of Montreal, Commercial Division (the Honourable David R. Collier), that approved a plan of arrangement (the "**Plan of Arrangement**" or the "**Plan**") under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("**CCAA**") relating to Aquadis International Inc. (now the Respondent 9323-7055 Québec Inc.).

[2] For the reasons of Justice Schragger, J.A., with which Justices Healy and Fournier, J.J.A., concur, **THE COURT**:

In the file 500-09-028436-194

[3] **DISMISSES** the appeal with legal costs;

[4] **DISMISSES** the incidental appeal without legal costs

In the file 500-09-028474-195

[5] **DISMISSES** the appeal with legal costs;

[6] **DISMISSES** the incidental appeal without legal costs

In the file 500-09-28476-190

[7] **DISMISSES** the appeal with legal costs;

[8] **DISMISSES** the incidental appeal without legal costs.

MARK SCHRAGER, J.A.

PATRICK HEALY, J.A.

LUCIE FOURNIER, J.A.

Mtre Hubert Sibre
Mtre Rosemarie Sarrazin
MILLER THOMSON
For Home Depot of Canada Inc.

Mtre Pierre Goulet
For Groupe BMR Inc., Groupe Patrick Morin Inc., Matériaux Laurentiens, Intact
Compagnie d'assurance inc.

Mtre Julie Himo
Mtre Dominic Dupoy
Mtre Arad Mojtahedi
NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA
For Rona Inc., Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada

Mtre Jocelyn Perreault
Mtre Gabriel Faure
McCARTHY TÉTRAULT
Mtre Antoine Melançon
LAPOINTE ROSENSTEIN MARCHAND MELANÇON
For Raymond Chabot inc.

Mtre Éric Savard
LANGLOIS AVOCATS
For Desjardins General Insurance Inc., The Personal General Insurance Inc., Intact
Insurance Company, L'unique General Insurance Inc., La Capital General Insurance
Inc., Promutuel Insurance Bagot, Promutuel Insurance Boréale, Promutuel Insurance
Bois-Francis, Promutuel Insurance Chaudières-Appalaches, Promutuel Insurance
L'estuaire, Promutuel Insurance Deux-Montagnes, Promutuel Insurance Lac Au Fleuve,
Promutuel Insurance Outaouais, Promutuel Insurance La Vallée, Promutuel Insurance
Montmagny-L'islet, Promutuel Insurance Portneuf-Champlain, Promutuel Insurance
Réassurance, Promutuel Insurance Rive-Sud, Promutuel Insurance Vallée Du Saint-
Laurent, Promutuel Insurance Vaudreuil-Soulanges, Promutuel Insurance Verchères-
Les-Forges, Promutuel Insurance Lanaudière, Royal Sun Alliance Insurance Company

500-09-028436-194, 500-09-028474-195, 500-09-028476- 190
of Canada, Aviva Insurance Company of Canada

PAGE: 7

Mtre Alexandre Bayus
GOWLING WLG (Canada)
For Home Hardware Stores Limited

Date of hearing: March 11, 2020

REASONS OF SCHRAGER, J.A.

[9] These are appeals from a judgment rendered on July 4, 2019 by the Superior Court, District of Montreal, Commercial Division (the Honourable David R. Collier),¹ that approved a plan of arrangement (the "**Plan of Arrangement**" or the "**Plan**") under the *Companies' Creditors Arrangement Act*² ("**CCAA**") relating to Aquadis International Inc. (now the Respondent 9323-7055 Québec Inc.).

[10] The Appellants (sometimes hereinafter the "**Retailers**") oppose the Plan because it authorizes the Respondent Raymond Chabot Inc. (the "**Monitor**") to take legal proceedings against them on behalf of creditors of Aquadis International Inc. ("**Aquadis**" or the "**Debtor**"). Most of the creditors are insurers by way of subrogation in the rights of policy holders whose homes were damaged due to the allegedly defective faucets sold by Aquadis.

[11] The appeals are concerned with the scope of the powers that may be conferred on the Monitor.

[12] The Monitor was authorized to exercise the rights of creditors rather than those of the Debtor. While some reported judgments may present certain analogies, the present case appears to be unique in Canadian jurisprudence.

[13] There are also procedural issues raised against the Appellants' challenge of the specific clause in the Plan of Arrangement. As will be explained below, the Respondents argue primarily that these appeals are an indirect challenge of the CCAA judge's November 2016 order to vary the Monitor's powers (the "**November 2016 Order**").

I. **FACTS AND PROCEDURAL HISTORY**

[14] The case arises from the sale of faucets that were allegedly affected by manufacturing defects and the subsequent claims arising from the resulting water damage suffered by purchasers of the product.

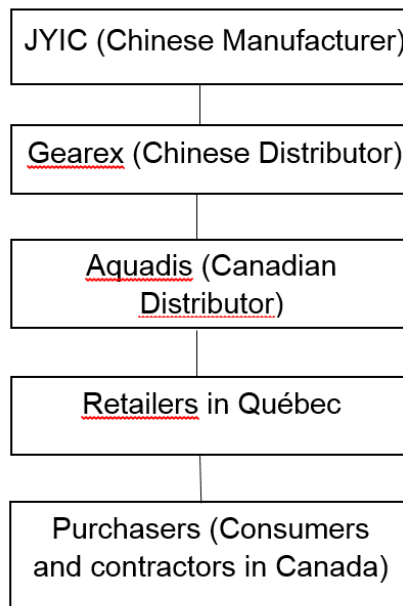
[15] Aquadis imported and distributed bathroom products, including faucets.

[16] Jing Yudh Industrial Co. ("**JYIC**") is a China-based manufacturer of various valve products. The faucets in question were manufactured by JYIC and sold to a Chinese

¹ Judgment in appeal.

² *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36.

distributor, Gearex, which, in turn, sold them to Aquadis. The latter resold the faucets to various retailers in Quebec. These include the Appellants Rona Inc. ("**Rona**"), BMR Group Inc. ("**BMR**"), The Home Depot of Canada ("**Home Depot**"), Matériaux Laurentiens and Home Hardware Stores Limited ("**Home Hardware**"). The Appellants ultimately resold the faucets to Quebec-based consumers or contractors. The flowchart in the Appellants' factum, appropriately translated, represents the chain of distribution as follows:



[17] It should be noted that the Retailers are not creditors in the insolvency proceedings in that they did not file proofs of claim. Rona sought leave to file two years after the deadline set forth in the court-approved claims protocol. Such leave was denied by the CCAA judge on March 13, 2019.³

[18] Claiming water damage caused by faulty faucets, many consumers sought compensation from their insurers, who upon payment were subrogated in the rights of their insureds.

[19] The insurers then instituted legal proceedings against Aquadis, the aggregate of which claims exceeded Aquadis' insurance coverage. Faced with this multitude of recourses, Aquadis obtained stays of proceedings through the filing of a notice of intention to file a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*⁴ ("**BIA**") in June 2015, which was continued under the CCAA pursuant to an initial order made on

³ *Arrangement relatif à 9323-7055 Québec inc. (Aquadis International Inc.)*, 2019 QCCS 1396.

⁴ *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 [BIA].

December 9, 2015. Raymond Chabot Inc. was appointed Monitor and granted the powers of the board of directors given the resignation of all members of the board. Legal proceedings instituted against Aquadis or anyone in the distribution chain (i.e., the Retailers) were suspended in accordance with the provisions of the CCAA. At the time, approximately 20 actions regrouping several hundred consumers' claims were pending before the courts of Quebec and two other provinces.⁵

[20] On January 6, 2016, the Superior Court issued an order regarding the filing and processing of creditors' claims.

[21] On November 9, 2016, the Monitor sought an order to amend its powers "to conclude transactions or, failing that, to take proceedings against persons having resold or installed defective products purchased from Aquadis, such as distributors, retailers and general contractors". Rona was the only Appellant that was notified of the motion giving rise to such order as it was the only one that had requested to be entered on the service list.

[22] On November 14, 2016, the Court granted the application to vary the Monitor's powers and thus granted the Monitor the right to commence or continue any action for and in the name of Aquadis' creditors having any connection with defective faucets. This is the November 2016 Order referred to above.⁶

[23] That judgment was not appealed nor was there an attempt to seek its revision in the lower court or in the present appeal.

[24] Following the issuance of the November 2016 Order, the Monitor began negotiations with the Retailers that stretched over a period of two years with a view to arriving at a "global settlement" in virtue of which the Retailers would contribute to a litigation pool in exchange for full releases from any liability arising as a result of the sale of any defective faucets.

[25] On December 19, 2016, the Monitor initiated legal proceedings against JYIC and Gearex to enforce the rights of Aquadis regarding the defective faucets. Settlements were reached with some of JYIC's and Gearex's insurers generating the receipt of over \$7 million (\$4.7 million net of fees and costs) in consideration of full releases. However,

⁵ In virtue of arts. 1728, 1729 and 1730 C.C.Q., each group in the supply chain would have a recourse against relevant parties above them at each step in the chain.

⁶ The November 2016 Order is in these terms:

initier ou continuer toute réclamation, poursuite, action en garantie ou autre recours des créanciers de 9323-7055 Québec inc. (anciennement connue sous le nom d'Aquadis International inc., « Aquadls ») au nom et pour le compte de ces créanciers contre des personnes opérant au Canada découlant, directement ou indirectement, ou ayant un lien ou pouvant avoir raisonnablement un lien, direct ou indirect, avec un défaut de fabrication affectant des biens vendus par Aquadis, avec l'accord préalable du comité des créanciers constitué par le paragraphe n° 24 de l'Ordonnance initiale (le « Comité des créanciers »). (Emphasis added)

the Monitor was unable to reach an agreement with one of JYIC's insurers, Cathay Century Insurance Co. Ltd. On June 20, 2018, the Superior Court approved these transactions between Aquadis, its insurers and the manufacturer of the products in a judgment executory notwithstanding appeal. The Retailers opposed this because, in their view, the proceedings under the CCAA were being used to settle disputes not involving Aquadis' creditors, but rather third parties. On June 28, 2018, Rona sought leave to appeal and a stay of the foregoing judgment which was dismissed by a judge of this Court since the matter had become hypothetical given the completion of the transaction immediately following the issuance of the judgment.⁷

[26] At the beginning of 2019, the Monitor filed the Plan of Arrangement providing for the establishment of a litigation pool made up of all the sums collected by the Monitor in exchange for full releases. The Plan of Arrangement also includes the power of the Monitor to sue the Retailers on behalf of the creditors, which is the subject of these appeals.

[27] The Plan, as amended, was unanimously approved at the meeting of creditors called for such purpose on April 25, 2019. All creditors voting (831 in number representing \$20,686,727) were in favour. The total claims in the file (885) are \$22,424,476, of which 738 creditors held \$18,190,120 (or 81%) of the debt. These 738 creditors, who are represented on the creditors' committee, all voted in favour. They are all insurers of consumers who claimed damages arising from the faucets.

[28] On May 23, 2019, the Monitor instituted actions in damages against the Retailers as contemplated in the Plan. These actions were suspended pending judgment in these appeals. The Monitor seeks condemnations against the Retailers based on the total amount of claims received for damages incurred by consumers divided amongst the Retailers on the basis of the proportion of defective faucets sold. The validity of the approach is not in issue in these appeals. The eventual success or failure of these actions based on the evidence presented will be for another day in another court.

[29] The Plan of Arrangement, as amended at the meeting of creditors, was approved by the Superior Court on July 4, 2019 despite the Retailers' contestation. This is the judgment in appeal.

II. THE JUDGMENT IN APPEAL

[30] The CCAA judge emphasized from the outset that the Retailers' opposition was based primarily on the fact that Aquadis had no right of action against them. He undertook an analysis of the Plan of Arrangement in light of the three criteria developed by the case law as relevant to approval: (1) that all statutory provisions are complied

⁷ Arrangement relatif à 9323-7055 Québec inc., 2018 QCCA 1345 (Schrager, J.A.).

with; (2) that nothing was done that was not authorized by the CCAA; and (3) that the plan is fair and reasonable.

[31] The first two criteria were not in issue. The judge concluded that the Plan of Arrangement satisfies the third criterion since the Monitor's main objective was to achieve an overall solution to all the actions brought against Aquadis. The Monitor's proceedings against the Retailers were therefore aimed at maximizing Aquadis' assets in liquidation, which is a proper purpose recognized in the case law. Thus, the Plan would, upon resolution of the law suits, allow for distribution of all the sums collected in partial satisfaction of creditors' claims.

[32] The judge rejected the Appellants' argument that the objectives of the CCAA are being thwarted by allowing the Monitor to pursue a remedy to which it is not entitled. He characterized this argument as technical and unconvincing because, in the absence of consensual settlements, recourse against the Retailers (and JYIC) is the only possible avenue leading to a global treatment of Aquadis' liabilities. Thus, the powers sought by the Monitor were deemed necessary in order to materially advance the restructuring process. The judge accepted this course of action as the only practical resolution of this case. As such, he indicated that the solution chosen was a sensible use of judicial resources since it avoids the multiplication of individual actions outside the framework of the Plan of Arrangement. He also pointed out that the Appellants cannot complain that they are prejudiced by having to defend themselves against a single action rather than a "cascade of litigation by individual insurers".

[33] Finally, the judge noted that the Retailers were aware, in 2016, of the November 2016 Order granting the Monitor the power to sue them but failed to challenge it. As such, their challenge of such power in the Plan of Arrangement was late.

[34] The judge thus approved the Plan of Arrangement.

III. ISSUES

[35] The Appellants submit two questions to the Court:

- a) Can a monitor appointed under the provisions of the CCAA exercise the rights, not of the insolvent debtor, but of certain creditors of the insolvent debtor to sue third parties for damages?
- b) Does the mere fact that the Retailers did not challenge the November 2016 Order mean that they could not challenge the application for approval of the corresponding provision of the Plan of Arrangement?

[36] The Respondent Monitor adds that the appeal should be dismissed as hypothetical, since the November 2016 Order granting it the power to sue is not challenged and as such will remain in effect even if this Court allows the appeals.

IV. APPELLANTS' POSITION

[37] The Appellants submit to the Court that the judge of first instance erred in granting the Monitor the right to bring actions on behalf of Aquadis' creditors against the Retailers, because this power is not "in respect of the company" within the meaning of section 23 of the CCAA which enumerates the Monitor's duties.

[38] In addition, they argue that since these claims are not assets of the Debtor, the mere fact that the law suits relate to products distributed by the Debtor is insufficient to give the Monitor the right to sue the Retailers on behalf of the creditors. The Appellants contend that the Monitor cannot pursue recourses between the various creditors of an insolvent company given the lack of a sufficient connection with the insolvency of the Debtor. Stays of proceedings granted by a CCAA judge should apply only to actions against the debtor and its assets. Lawsuits by the creditors against the Retailers fall outside the CCAA estate and should not be stayed or otherwise dealt with in the file.

[39] The Appellants further submit that the Monitor's exercise of remedies on behalf of Aquadis' creditors compromises the Monitor's duty of neutrality. They argue that by exercising the rights of the creditors the Monitor is acting for the benefit of some of the Debtor's creditors. They also point out that the Monitor failed to act transparently in the process leading up to the November 2016 Order and that the contingency fee agreed upon with the creditors' committee places the Monitor in a conflict of interest.

[40] The Appellants contend that the hearings of damage actions based on the *Civil Code of Québec* before the Commercial Division of the Superior Court results in inappropriate preferential treatment of such claims over similar ones filed before the Civil Division, which is contrary to the proper administration of justice. Specifically, the Monitor, by instituting proceedings in the Commercial Division, avoids the filing of a case protocol⁸ and may improperly rely on the *Canada Evidence Act*.⁹ They add that their rights of appeal under the CCAA are subject to leave¹⁰ whereas under the *Code of Civil Procedure* they would have a right of appeal for any condemnation exceeding \$60,000.¹¹

[41] The Appellants also argue that, according to established and recognized principles of statutory interpretation, a tribunal must favour an interpretation of the law

⁸ Under arts. 148 and following *Code of Civil Procedure* [C.C.P.].

⁹ *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 [CEA].

¹⁰ See s. 13 CCAA.

¹¹ See art. 30 C.C.P.

that is respectful of the division of powers under the *Canadian Constitution*.¹² They point out that an interpretation conferring rights on the Monitor to exercise remedies on behalf of solvent creditors against solvent defendants (the Retailers) constitutes an unwarranted intrusion by Parliament into the jurisdiction of the provincial legislatures over property and civil rights, thereby contravening the division of powers. They argue that the interpretation of the scope of CCAA jurisdiction should be directed to a result that is constitutionally coherent.

[42] As for the second question in appeal, the Appellants argue that they are entitled to challenge the Plan of Arrangement and are not precluded from doing so despite the absence of any contestation of the November 2016 Order, now or previously.

[43] For the Appellants, the Plan of Arrangement is not merely a confirmation of the powers granted by the November 2016 Order, but rather has the effect of replacing the interlocutory orders. In that sense, the present challenge is not, in their view, a collateral attack on the November 2016 Order. Moreover, since that order is the product of an interlocutory decision, it does not benefit from the presumption of *res judicata*.

[44] The Appellants further indicate that they were not notified of the application to vary the Monitor's powers until two years after the fact and, in that sense, they could not oppose the granting of the November 2016 Order. They further state that the consumers or their insurers (i.e. the creditors) are not prejudiced by the failure to challenge the November 2016 Order as this has had no impact on any party who chose to settle.

[45] In addition, the Appellants contend that even if they are effectively precluded from challenging the November 2016 Order, the question as to whether the judge had jurisdiction to sanction a plan of arrangement granting the Monitor the right to exercise the rights of creditors against the Retailers remains open. In that sense, the November 2016 Order does not, in the Appellants' view, establish the validity of any such power under a plan of arrangement made pursuant to the CCAA.

V. DISCUSSION

[46] I am of the view that the judge's approval of the Plan of Arrangement and, specifically, the Monitor's power to institute proceedings to recover from the Retailers damages allegedly suffered by consumers is not tainted by a reviewable error. Though I think that reasoning in addition to that found in the judgment is required to justify such a position, the result is not an erroneous or unreasonable exercise of the judge's discretion. As such, I propose to dismiss the appeals.

¹² *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, Appendix II, No. 5 [*Constitution Act*].

[47] Given such results, it is not strictly necessary to dispose of the Appellants' second ground regarding the right to challenge the Plan given the November 2016 Order, but I think a few words are appropriate to set the record straight from the point of view of both Appellants and Respondent Monitor, because of the emphasis put on such matter by the parties.

[48] The judge said this:

[27] It bears mention that the Opposing Retailers were aware in November 2016 of the Court's Order authorizing the Monitor to institute legal action against Canadian distributors. They did not oppose the Order at that time, or thereafter attempt to have it set aside or varied. The Opposing Retailers claim they are not challenging the Order now, but they are clearly doing so, and their complaint is late. The Plan merely continues the power granted to the Monitor over two and a half years ago.

[49] This, essentially, is in answer to the Monitor's argument, reiterated in appeal, that the contestation of the Plan of Arrangement by the Appellants constitutes a collateral attack against the November 2016 Order long after the expiry of the time limit to appeal and after the expiry of any time limit which could be reasonable to either revoke it (under the *Code of Civil Procedure*)¹³ or vary it (under the comeback clause in the initial order issued under the CCAA), the whole given the Appellants' lack of diligence in the matter.

[50] The time limit to seek leave to appeal under the CCAA is 21 days.¹⁴ The "comeback clause" in the initial order¹⁵ permits parties such as the Appellants, who may be affected by an order of the CCAA court, to seek to vary such provision even after the expiry of the time limit to appeal. Even in the absence of such a clause, a party that was not served with the proceedings could seek its revision.¹⁶ However, a party seeking "comeback relief" must act diligently.¹⁷

[51] The Appellants underline that with the exception of Rona, they were not served with the proceedings giving rise to the November 2016 Order as they were not on the service list. They contend that they were only informed two years after the fact as

¹³ Arts. 347 and 348 C.C.P.

¹⁴ S. 14 (2) CCAA.

¹⁵ Paragraph 44 of the Order of December 9, 2016.

¹⁶ Janis P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013, pp. 58-60. *Indalex Limited (Re)*, 2011 ONCA 265, para. 55 [*Indalex*]; *Canada North Group Inc (Companies' Creditors Arrangement Act)*, 2017 ABQB 550, para. 48 [*Canada North Group*].

¹⁷ See *Indalex, supra*, note 16, paras. 157, 161 and 166, reversed on other grounds in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Parc Industriel Laprade Inc. v. Conporec Inc.*, 2008 QCCA 2222, paras. 7 and 17; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 3236, para. 33; *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 1679, para. 238; *Muscletech Research and Development Inc., Re*, 2006 CanLII 1020 (Ont. Sup. Ct.), para. 5; *Canada North Group Inc, supra*, note 16, para. 48.

disclosed by the correspondence filed as exhibits.¹⁸ However, and though the record does not *per se* disclose it, the fact of not being on the service list is, experience indicates, purely a result of not asking the Monitor or its counsel to be placed on the list.¹⁹

[52] The Respondents contend that the Appellants have not acted with sufficient diligence in the matter and point to analogous situations arising before the Ontario Court of Appeal in *Indalex* and before the Quebec Superior Court in *Aveos*.²⁰

[53] In *Indalex*, the interim lender sought the benefit from the proceeds of asset sales in the repayment of loans in accordance with the priority granted by the CCAA court three months earlier. The debtor company's pension fund sought to enforce its alleged priority over the monies, which the monitor contested, pleading that the pension fund was in effect attacking the security previously granted the lenders in priority to the pension fund. The Ontario Court of Appeal held that the pension fund had acted in a timely manner since it was only upon the court application to distribute the funds received from the asset sales that "it became clear" that the debtor company was abandoning the pension plans in their underfunded states.

[54] In *Aveos*, the Superintendent of Financial Institutions claimed that the statutory deemed trust created in its favour afforded a priority for monthly pension plan contributions to defray the pension plan deficit. These payments were stopped with court approval at the inception of the CCAA process. The present Respondents quote the undersigned, then the CCAA judge treating the argument, as follows:

[92] The Initial Order was renewed six (6) times. The Superintendent has been on the service list. It is not sufficient to reserve one's rights. These rights must be exercised. Where a failure to exercise those rights may cause prejudice to other parties, those rights, though not time barred by statute, may be subject to an estoppel in virtue of the doctrine of laches in common law or as a result of the doctrine of "fin de non-recevoir" in civil law.

(...)

[95] Accordingly, in the opinion of the undersigned, the Superintendent is barred from seeking an amendment to the Initial Order at this time to, in effect, retroactively reverse the power of *Aveos* to interrupt the pension payments and to order *Aveos* to pay to the pension fund the \$2,804,450.00.²¹

¹⁸ The record indicates that this is not the case for all of the Appellants (*infra*, para. [55]).

¹⁹ Para. 41 of the Initial Order of December 9, 2015 provides for service of proceedings to all who have given notice to the Monitor or its counsel.

²⁰ *Aveos Fleet Performance Inc./Aveos Performance aéronautique inc. (Arrangement relatif à)*, 2013 QCCS 5762 [*Aveos*] and *Indalex*, *supra*, note 16, reversed on other grounds in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

²¹ *Aveos*, *supra*, note 20, paras. 85, 91-95.

Aveos does not support the Respondents' position on the matter of delay since, in effect, the secured creditor in Aveos would have retroactively been obliged to cede priority to the \$2.8 million of pension deficit. The debtor company and the secured creditor acted throughout on the premise arising from the court's order that the pension payments need not be made in priority to repayments to the secured creditor. In the present matter, the inaction of the Appellants since November 2016 has not caused the Monitor to act to its detriment. The only material prejudice the Monitor points to is the time and energy invested in negotiating with the Retailers, but there is no quantification of a proof of loss and, in any event, the Monitor's fees are calculated on a contingency basis, not on a "time spent on the matter" basis.

[55] In the cases at bar, the Appellants contend that until the Plan was approved (and almost simultaneously the legal proceedings against them filed) it was not clear that their potential liability in the matter would be the object of litigation rather than negotiated settlements. However, they had previously received demand letters from the Monitor²² and contested the approval of settlements reached by the Monitor with the insurers of the Debtor and the manufacturer. The judgment of Collier, J.S.C., approving the settlements, refers specifically to the November 2016 Order, and counsel for the Appellants Home Depot, Rona and BMR were heard on the application.²³

[56] The Appellants appear to have had sufficient knowledge of the November 2016 Order prior to the filing of the Plan in 2019. However, even if I were to ignore this, I think that they would still be barred from seeking the revision of the November 2016 Order as part of their contestation of the Plan of Arrangement simply because they have not sought any formal conclusions regarding the November 2016 Order. They target only the powers afforded the Monitor in clause 6.2 of the Plan of Arrangement. The Respondents plead that even if the Plan is set aside, the same powers subsist under the November 2016 Order.²⁴ As such, the Monitor maintains that the Appellants' contestation is an indefensible collateral attack²⁵ on the November 2016 Order or, alternatively, that the appeal raises a moot point,²⁶ because, as stated above, even if

²² BMR, Groupe Patrick Morin inc. and Rona appear to have received the letters in 2016 while Home Hardware and Matériaux Laurentiens inc. received one in 2018. No letter addressed to Home Dépôt is filed in the record.

²³ *Arrangement relatif à 9323-7055 Québec inc. (Aquadis International Inc.)*, 2018 QCCS 2945.

²⁴ Moreover, the Monitor amended the Plan at the meeting of creditors to provide that the previous orders survive the Plan sanction: "6.2(d) ... the Initial Order remains in effect ... until the final distribution date." This is reflected in para. 19 of the sanction order.

²⁵ See for example: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 par. 61; *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279, para. 35; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, paras. 33-34.

²⁶ *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. See also: *R. v. Oland*, 2017 SCC 17; [2017] 1 S.C.R. 250; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Forget v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, paras. 67-68. Art. 10, para. 3 C.C.P.

section 6.2(c) of the Plan is set aside, the power to sue the Retailers subsists under the November 2016 Order.

[57] I would tend to think that, on the facts, no reviewable error is made out in the judge's conclusion that the attack is late. Moreover, the November 2016 Order would survive the Plan sanction and, in all events, the Appellants do not directly seek conclusions contrary to said order. However, as mentioned earlier, these questions do not require definite resolution given my answer to the primary point of the appeal, which is the validity of the power granted the Monitor in the Plan to sue on behalf of a group of creditors rather than in the exercise of the Debtor's rights. I now address that issue.

* * *

[58] As indicated in the review of the facts above, parties in the distribution chain would in the normal course have recourse against those above them in the flowchart. The recourses (exercised or not) of the ultimate purchasers of the faucets (and their insurers) and the Retailers were stayed upon the initial insolvency filing in 2015. The November 2016 Order led to some negotiated settlements. The consumers (or their insurers) filed proofs of claim; the Retailers did not, nor did they settle any claims asserted by the Monitor. It is against this factual background that the Monitor was granted the power to sue the Retailers under the Plan of Arrangement.

[59] The purpose of the proposed legal proceedings is consonant with a legitimate purpose under the CCAA, as the Monitor seeks to establish a "litigation pool" with a view to paying creditors of Aquadis on a *pro rata* basis. In itself, this more than satisfies the spirit of the CCAA, but is also supported by examples in the reported cases. Specifically, and of close resemblance is the arrangement in the matter of *Muscletech*,²⁷ where the debtor was a distributor of dietary supplements in the middle of a multi-tier distribution chain between the manufacturer at one end and ultimate consumers at the other. The plan of arrangement provided for releases from liability to be given to those in the chain who paid into the litigation pool as compensation arising from selling the defective product. The scheme was voluntary – i.e. the monitor was not given power to sue. However, the situation is similar to that in the case at bar. Other examples of voluntary litigation pools where contributors receive releases exist, but the precise factual matrix of the present plan, where the Monitor is empowered to sue, appears to be novel.²⁸

²⁷ *Muscletech Research and Development Inc. (Re)*, 2007 CanLII 5146 (Ont. Sup. Ct.).

²⁸ *Société industrielle de décolletage et d'outillage (SIDO) ltée (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCA 403, paras. 6 and 33; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp (Re)*, 2008 ONCA 587, paras. 69-71 [*Metcalfe*]; *Montreal, Maine & Atlantic City Canada Co./ (Montreal, Maine & Atlantique Canada Cie) (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 3235.

[60] The granting of releases for third parties in consideration of their contribution to a litigation pool to satisfy creditors' claims is now well entrenched in CCAA jurisprudence.²⁹

[61] The CCAA expressly provides for certain powers and duties of the monitor.³⁰ These powers and duties may be extended, because s. 23 CCAA provides that a monitor is required to "do anything in respect of the company that the court directs the monitor to do".³¹ Thus, while the law does provide the basic framework within which the monitor must act, the courts may use their discretion to grant additional powers considered appropriate.³²

[62] This discretion cannot be exercised arbitrarily; it must be exercised in a manner consistent with and directed toward the attainment of the objectives of the CCAA. In *Century Services Inc.*, Justice Deschamps observed for the Supreme Court that:

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as "the hothouse of real-time litigation" has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs". (References omitted)

She added that judicial discretion may be exercised in furtherance of the CCAA's purposes,³³ which in the case at bar is the maximization of creditor recovery, since Aquadis has ceased carrying on business.

[63] The courts, however, have expressed reservations regarding the imposition of third-party settlements under the CCAA, indicating that the purpose of the CCAA is not to settle disputes between parties other than the debtor and its creditors.³⁴ Nonetheless, the precise point in issue – i.e. whether a judge may allow a monitor to exercise the rights and remedies of certain creditors against other persons or creditors of a debtor appears to be without precedent.

²⁹ *Metcalf*, *supra*, note 28.

³⁰ S. 23 CCAA.

³¹ S. 23 (1) (k) CCAA.

³² *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Limited*, 2017 ONCA 1014, paras. 105-106 [*Essar*]; *MEI Computer Technology Group Inc. (Bankruptcy), Re*, 2005 CanLII 15656 (Qc. Sup. Ct.), para. 20.

³³ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, para. 59.

³⁴ The courts have also indicated that proceedings under the CCAA were not intended to alter priorities amongst creditors: "The CCAA is to be interpreted in a broad and liberal fashion to facilitate that objective. That broad and liberal interpretation, however, must not permit the enhancement of one stakeholders (sic) position at the expense of others - there should be no confiscation of legal rights.": *843504 Alberta Ltd., Re*, 2003 ABQB 1015, para. 13. See also: *Royal Oak Mines Inc., Re*, 1999 CanLII 14843 (Ont. Sup. Ct.), para. 1.

[64] In *Urbancorp*,³⁵ the Ontario Superior Court of Justice refused to recognize the power of a monitor to claw back a payment in kind made by the debtor to a third party who was a creditor of a company related to the debtor. While Justice Myers acknowledged that "... Monitors can certainly be empowered to bring legal proceedings to act on behalf of CCAA debtors",³⁶ he disagreed that the monitor should act as a bankruptcy trustee to bring proceedings in the place of CCAA creditors. The latter could initiate their own proceedings outside of the insolvency or provoke a bankruptcy for a trustee to initiate those proceedings for them. It should be emphasized that a single payment was in issue in *Urbancorp*. Justice Myers distinguished *Essar*,³⁷ which is relied on by Respondents. In that case, the Ontario Court of Appeal confirmed the lower court's authorization of the monitor to institute oppression proceedings for the benefit of various creditors (or stakeholders) in the CCAA estate: "(...) the Monitor could efficiently advance an oppression claim, representing a conglomeration of stakeholders, namely the pensioners, retirees, employees, and trade creditors (...)"³⁸ The court noted as well that the debtor would also benefit from such proceedings, particularly in the sense that an impediment to restructuring would potentially be removed by the oppression remedy.

[65] The result in *Urbancorp* was echoed in *Pacific Coastal Airlines*,³⁹ where the British Columbia Supreme Court indicated that "proceedings under the CCAA are not intended to resolve disputes between a creditor and third parties":

[24] It is true that, in addition to alleging breach of contract by Canadian, the Dispute Notice made reference to allegations against Air Canada for inducing breach of contract, breach of fiduciary duty and other economic torts. However, the Plaintiff could not have pursued those claims in the CCAA proceedings. The purpose of a CCAA proceeding, as reflected in the preamble to the legislation, is to "facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors". Its purpose is not to deal with disputes between a creditor of a company and a third party, even if the company was also involved in the subject matter of the dispute. While issues between the debtor company and non-creditors are sometimes dealt with in CCAA proceedings, it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company.⁴⁰

[66] The *Stelco*⁴¹ case, for its part, raised issues relating to a dispute between certain creditors near the end of the debtor's restructuring process over the distribution of

³⁵ *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc., (Re)*, 2017 ONSC 7649.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Essar, supra*, note 32.

³⁸ *Essar, supra*, note 32, para. 124.

³⁹ *Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada*, 2001 BCSC 1721, para. 24; see also *Stelco Inc., Re*, 2005 CanLII 42247 (Ont. C.A.), para. 32 [*Stelco*].

⁴⁰ *Id.*, para. 24.

⁴¹ *Stelco, supra*, note 39.

certain amounts payable to holders of subordinated notes and the priority entitlement to interest payments. Farley, J. commented as follows:

[7] The CCAA is styled as “An act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors” and its short title is: *Companies’ Creditors Arrangement Act*. Ss. 4, 5 and 6 talk of compromises or arrangements between a company and its creditors. There is no mention of this extending by statute to encompass a change of relationship among the creditors vis-à-vis the creditors themselves and not directly involving the company.⁴² (References omitted)

[67] The *dicta* in all of these cases reflect the orthodox view of the law put forward by the Appellants. However, none of the fact patterns resemble the chain of distribution in the present case. Nor were these judgments focused on a huge number of claims, which were stayed in this case and are effectively replaced by the Monitor’s proceedings authorized under the Plan. This factual distinction makes these judgments of limited instructive or precedential value.

[68] What is inescapable and particularly applicable here is the acceptance, in the practice and case law, of the liquidating CCAA⁴³ and the expanded view of the role of the monitor, indeed the baptism of the “super monitor”.⁴⁴ The Appellants concede, if only indirectly, that the Monitor could be authorized to exercise rights of the Debtor against third parties as could a bankruptcy trustee. However, they object to the Monitor’s power to sue one group of creditors (the Respondents) on behalf of another group of creditors (the consumers or their insurers).

[69] In my opinion, the Appellants objections are not well founded.

[70] Firstly, the bankruptcy trustee analogy is only a half truth. Trustees are the assignees of a bankrupt’s property, and as such, exercise the patrimonial rights of the debtor but they also wear a second hat.⁴⁵ Trustees exercise rights and recourses on behalf of creditors against other creditors and against third parties.⁴⁶ Such rights and recourses arise from the *BIA* (for example, under s. 95 for preferences) as well as under the civil law generally (for example, the paulian action under arts. 1631 and following *C.C.Q.*). Most significantly, the *BIA* recourses to attack preferences, transfers under value and dividends paid by insolvent corporations have been available to CCAA monitors since the amendments adopted in 2007.⁴⁷ Thus, the mere fact that the

⁴² *Stelco Inc., Re*, 2005 CanLII 41379 (Ont. Sup. Ct.).

⁴³ *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, para. 42 [*Callidus*].

⁴⁴ Luc Morin and Arad Mojtahedi, “In Search of a Purpose: The Rise of Super Monitors & Creditor-Driven CCAAs” in Jill Corraini and Blair Nixon (eds.), *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, p. 650.

⁴⁵ *Giffen (Re)*, 1998 CanLII 844 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 91, para. 33.

⁴⁶ *Lefebvre (Trustee of); Tremblay (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326, paras. 32-40.

⁴⁷ S. 36.1 CCAA.

judgment in appeal empowers the Monitor to sue to enforce rights of creditors is not conceptually foreign to the general framework of insolvency law.

[71] Moreover, and without making too fine a point, the Appellants' are not creditors of the CCAA estate. They might have been, but they chose not to file claims. As such, they are third parties. This eliminates another conceptual, if not legal, difficulty in that, they do not potentially share in the litigation pool after contributing to it.

[72] The Appellants also object, saying that the power given to the Monitor to sue runs contrary to the principle of a monitor's neutrality. However, the case law and literature recognize that this neutrality is far from absolute:

[110] Of necessity, the positions taken will favour certain stakeholders over others depending on the context. Again, as stated by Messrs. Kent and Rostom:

Quite fairly, monitors state that creditors and the Court currently expect them to express opinions and make recommendations. ... [T]he expanded role of the monitor forces the monitor more and more into the fray. Monitors have become less the detached observer and expert witness contemplated by the Court decisions, and more of an active participant or party in the proceedings.

(...)

[119] Generally speaking, the monitor plays a neutral role in a CCAA proceeding. To the extent it takes positions, typically those positions should be in support of a restructuring purpose. As stated by this court in *Ivaco Inc., Re* (2006), 2006 CanLII 34551 (ON CA), 83 O.R. (3d) 108 (C.A.), at paras. 49-53, a monitor is not necessarily a fiduciary; it only becomes one if the court specifically assigns it a responsibility to which fiduciary duties attach.

[120] However, in exceptional circumstances, it may be appropriate for a monitor to serve as a complainant. (...).⁴⁸

[73] As long as the monitor is objective and not biased and takes positions based on reasoned criteria to further legitimate CCAA purposes, it now appears inescapable that the neutrality it must maintain is attenuated.

[74] It must be repeated that the Retailers are not creditors in the CCAA estate as they did not file proofs of claim. As such, their status as "stakeholders" is tenuous, so that any resulting duty to them by the Monitor is questionable.

[75] Neither is the contingency fee arrangement of the Monitor and its counsel a valid ground to attack the Monitor's neutrality. The contingency fee may give the Monitor an interest in the outcome of the litigation, but such arrangements have a long history, particularly with lawyers' mandates, and are recognized as legitimate and, indeed, as

⁴⁸ *Essar, supra*, note 32.

enhancing access to justice. The fee arrangement dates back to the initial order. Given that Aquadis had no assets, there would be no other way to pay professionals to act in the matter. In effect, the professionals are financing the recovery efforts.

[76] The Appellants also submitted that the Monitor has lacked transparency. This position has no merit. The Plan sanction was the product of a legal process served on parties that appeared in the record by entry on the service list and followed a creditors' meeting and a court hearing before an impartial judge. The Monitor's agenda was not hidden.

* * *

[77] I agree with the judge that on practical and equitable grounds the power accorded to the Monitor to sue the Retailers in the context of the present matter makes CCAA sense. In my mind, however, that is not enough to justify the judge's exercise of discretion to approve the Plan.

[78] The broad judicial discretion propounded in much of the case law and literature is not boundless.⁴⁹ It, like all judicial discretion, must be exercised judiciously, meaning that it must be based on legal rules and principles. In my opinion mere commercial expediency or good sense is not enough to qualify the exercise of judicial discretion under the CCAA as appropriate⁵⁰ nor for a plan to qualify as fair and reasonable. Rulings (even discretionary ones) must have some measure of predictability if confidence in the legal system is to be maintained.⁵¹ That predictability stems from adherence to the application of the law. I am not willing to cross the Rubicon from the realm of the law to the land of the lore.

[79] That being said, there is, in the present case, legal and not merely commercial or practical justification for the judgment. The Appellants attack it based on an analogous reasoning of the powers of a bankruptcy trustee to exercise the debtor's rights against third parties but not the rights of creditors. However, this is not really true as I have indicated above. The trustee in bankruptcy can exercise rights for the benefit of creditors.

[80] Significantly, the creditors voted unanimously that their rights against the Retailers be exercised by the Monitor in their place and stead and for their benefit through the proposed proceedings and the litigation pool within the CCAA framework.

⁴⁹ *Callidus, supra*, note 43, paras. 48-49.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ See Sharpe, Robert J., *Good judgment – Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, p. 129; *Nechi Investments Inc. v. Autorité des marchés financiers*, 2011 QCCA 214, paras. 22-23.

[81] Absent a CCAA process, the creditors would have been free to consensually assign their rights or subrogate others, including, by way of example, a trustee of a litigation trust. Again, there is precedent in CCAA matters for such litigation trusts,⁵² which trusts include rights of actions against third parties.⁵³ With the CCAA file, the Monitor, through the Plan, the vote and the sanctioning judgment in appeal, is in such position to exercise those rights against the Retailers. The Monitor is putting into effect the collective will of the creditors expressed through their unanimous vote approving the Plan of Arrangement. Giving effect to creditor democracy reflected in the CCAA⁵⁴ is a sound basis for a court to approve the Plan.

[82] Accordingly and in conclusion, given that the parties being sued are third parties vis-à-vis the CCAA estate and as such, have no claim on the litigation pool, and given that the creditors/beneficiaries of the litigation pool voted unanimously in favour of the Plan of Arrangement, there is sufficient legal rationale to grant the power in question. In addition, as indicated by the trial judge, the mechanism is a direct and practical way to maximize recovery for creditors.

* * *

[83] The Appellants have also argued that granting the Monitor the power to sue is a misuse of the resources of the Commercial Division of the Superior Court, since the proposed proceedings should be taken in the Civil Division. This, however, is purely a matter of case management for the Superior Court. There is but one Superior Court; its administrative divisions, such as the Commercial Division, are not separate and distinct tribunals.⁵⁵ Accordingly, there is no valid argument based on the jurisdiction of the Superior Court which can be brought to bear against the judgment of the lower court.

[84] The Appellants submit that they are prejudiced by the judgment in that eventual rights of appeal are restricted because leave is required under the CCAA but not under the *C.C.P.* for awards exceeding \$60,000. The argument is not persuasive given that the judgment is not erroneous, the Monitor's recourses against the Retailers fall under the CCAA and consequently eventual appeals would be governed by s. 14 CCAA.

[85] In addition, the Appellants put forward a constitutional argument claiming that since the creditors and Retailers are not insolvent, proceedings of one against the other under the umbrella of the CCAA should not apply to them.

⁵² Plan of Compromise and re-organization of Sino-Forest Corporation, December 3, 2012, Ont. Sup. Ct. CV-12-9667-00CL.

⁵³ *Lutheran Church Canada (Re)*, 2016 ABQB 419, paras. 125, 134 and 135.

⁵⁴ S. 6 CCAA.

⁵⁵ *Re Arctic Gardens Inc.*, 1990 R.J.Q. 6 (Qc. C.A.). See also *TVA Publications inc. v. Quebecor World Inc.*, 2009 QCCA 1352, para. 71 (Morissette, J.A.); *Formula E Operations Limited v. Ville de Montréal*, 2019 QCCS 884.

[86] The constitutional validity of the CCAA is grounded in Parliament's jurisdiction under s. 91(21) of the *Constitution Act*⁵⁶ with respect to bankruptcy and insolvency. The statute should be applied, say the Appellants, in a manner consistent with its constitutional foundation.

[87] The Ontario Court of Appeal made it clear in *Metcalfe & Mansfield* that the granting of releases to solvent third parties in proceedings under the CCAA is not contrary to the constitutional division of powers. To the extent that the granting of such powers to the Monitor enables the objectives of the CCAA to be achieved, the impact of the exercise of ancillary powers in respect of solvent third parties (such as suing the Retailers) cannot constitute an infringement of the constitutional division of powers. Rather, the powers granted to the Monitor in clause 6.2 of the Plan arise out of, and are necessary for, the valid exercise of federal jurisdiction.⁵⁷

[88] In the case at bar, the Plan provides for releases to be granted to, *inter alia*, Retailers who contribute to the litigation pool destined to satisfy claims of creditors against the Debtor. The Monitor has the additional power to compel such contribution by instituting legal proceedings. Such actions are calculated to maximize creditor recovery, a proper CCAA purpose⁵⁸ falling within the ambit of s. 91(21) of the *Constitution Act*. Moreover, the parties who might have raised a contestation analogous to that of the objecting parties in *Metcalfe & Mansfield* are the consumers (or their insurers) who can no longer sue the Retailers outside of the Plan of Arrangement. However, they voted unanimously in favour of the arrangement.

[89] As for the other consequence for the Appellants, their direct recourse for any loss would be against Aquadis, but that recourse is stayed and such stay of proceedings is, self-evidently, a valid exercise by way of the CCAA of federal jurisdiction in insolvency matters under s. 91(21) of the *Constitution Act*.

[90] The Appellants' submissions based on the division of powers have no merit.

* * *

[91] Plans of arrangement are sanctioned by the courts where considered "fair and reasonable", which raises mixed questions of fact and law. Accordingly, the standard of review is one of deference.⁵⁹ Appellate intervention is only warranted where the

⁵⁶ *Constitution Act*, *supra*, note 12, s. 91; See *Reference re constitutional validity of the Companies Creditors Arrangement Act (Dom.)*, [1934] S.C.R. 659.

⁵⁷ *Metcalfe*, *supra*, note 28.

⁵⁸ *Essar*, *supra*, note 32, para. 103.

⁵⁹ *Metcalfe*, *supra*, note 28.

judgment is affected by an error of principle or results from an unreasonable exercise of judicial discretion.⁶⁰ The Appellants have failed to satisfy this standard.

[92] For all the foregoing reasons, I propose that the appeals be dismissed with legal costs.

MARK SCHRAGER, J.A.

⁶⁰ *Re New Skeena Forest Products Inc.*, 2005 BCCA 192, para. 20; *Ivaco Inc., Re*, 2006 CanLII 34551 (Ont. C.A.), para. 71; *Re Air Canada*, 2003 CanLII 36792 (Ont. C.A.), para. 25; *Re Royal Crest Lifecare Group Inc.*, 2004 CanLII 19809 (Ont. C.A.), para. 23; *Algoma Steel Inc. v. Union Gas Ltd.*, 2003 CanLII 30833 (Ont. C.A.), para. 16.

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: **Bellatrix Exploration Ltd (Re), 2021 ABCA 85**

Date: 20210305
Docket: 2101-0011-AC
Registry: Calgary

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36,
as amended**

- and -

In the Matter of the *Compromise or Arrangement of Bellatrix Exploration Ltd.*

Between:

BP Canada Energy Group ULC

Applicant

- and -

National Bank of Canada

Respondent

- and -

Bellatrix Exploration Ltd.

Respondent

**Reasons for Decision of
The Honourable Mr. Justice Jack Watson**

Application for Permission to Appeal

**Reasons for Decision of
The Honourable Mr. Justice Jack Watson**

I. Introduction

[1] The applicant, BP Canada Energy Group ULC, (“BPC”) seeks leave to appeal to this Court from a decision of Romaine J whereby she rejected various submissions of BPC concerning the disposition of proceedings as to Bellatrix Exploration Ltd. (“Bellatrix”) under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 (“*CCAA*”): 2020 ABQB 809, [2020] AJ No 1453 (QL) (“Reasons”).

[2] BPC’s application before me is governed by s 13 of the *CCAA* which reads as follows:

Leave to appeal

13 Except in Yukon, any person dissatisfied with an order or a decision made under this Act may appeal from the order or decision on obtaining leave of the judge appealed from or of the court or a judge of the court to which the appeal lies and on such terms as to security and in other respects as the judge or court directs

Permission d’en appeler

13 Sauf au Yukon, toute personne mécontente d’une ordonnance ou décision rendue en application de la présente loi peut en appeler après avoir obtenu la permission du juge dont la décision fait l’objet d’un appel ou après avoir obtenu la permission du tribunal ou d’un juge du tribunal auquel l’appel est porté et aux conditions que prescrit ce juge ou tribunal concernant le cautionnement et à d’autres égards

[3] The test for grant of leave to appeal under s 13 of the *CCAA* was encapsulated in *Re: Blue Range Resource Corporation*, 1999 ABCA 255 at paras 2-5, 244 AR 103 as being a burden to show “serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties” coupled with this Court’s finding that “significance to the practice”, “precedential value” and “whether the appeal will unduly hinder the progress of the action” are also factors which fit into the determination under the broad language of s 13 of the *CCAA*: see also *Liberty Oil & Gas Ltd., Re*, 2003 ABCA 158 paras 15-16, 44 CBR (4th) 96.

[4] The *CCAA* is part of an integrated legislative scheme which includes the expeditious but just reorganization or winding down of companies which have fallen onto hard times. The role of the first instance judge is crucial: compare *9354-9186 Quebec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10 paras 38-52, 67-68, 444 DLR (4th) 373. There, Wagner CJC wrote:

39 The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

40 Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “*The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law*”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law* 2016 (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* 2nd ed. (2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

[5] By the terms of the common law criteria developed for the statutory test, leave to appeal is assessed in the round. As stated by Wagner CJC in *Callidus Capital*, that corresponds to the role played by the first instance judges:

47 One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

48 The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “*The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law*”, in J. P.

Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

49 The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).”

[6] Within such a (necessarily) discretionary zone of judicial action, the grant of leave to appeal is not automatic howsoever imaginatively the supporting argument is formulated. Rather, leave seems inappropriate for matters of essentially academic interest even if the answer might be of some interest to the practice; CCAA proceedings are no place for the endless mullings of Lord Chancellor Eldon. Nor does it appear likely to be beneficial to anyone to grant leave to appeal from case-specific decisions where the applicable standard of review is likely to sweep aside any future appeal.

[7] Nor is leave to be granted merely because success by the applicant might be profitable to the applicant in reconfiguring the distribution of losses (often the hard reality of CCAA proceedings) and the applicant has an interesting point: compare and *Cantore v Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, [2020] QJ No 7849 (QL) under motion to SCC at [2020] SCCA No 436 (QL) and *Shenker v Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1488, [2020] QJ No 9974 (QL) under motion to SCC at [2021] SCCA No 9 (QL). In *Shenker*, Marcotte JA addressed what was a novel but developing trend towards ‘reverse vesting orders’ which she said, at para 36, did “appear to qualify as being significant to the practice of insolvency”. But she concluded that the arguments for Cantore were a “bargaining tool” and she was not persuaded that his motion was not “purely strategic”. As to both Cantore and Shenker, she observed that:

42 This makes the leave to appeal a risky proposition that could turn into the potential “catastrophe” that the CCAA judge referred to in his reasons, one in which all stakeholders, including creditors, employees, suppliers, the Cree community and the local economies stand to lose. In such event, the rights being debated even if important may become theoretical.

43 As far as Shenker is concerned, while the issues that he proposes to raise with respect to overreaching third party releases are not devoid of merit, granting leave is likely to seriously prejudice creditors, with limited gains to be had on the part of shareholders whose rights remain entirely subordinated to those of the creditors. If

the manner of constituting the releases makes them invalid or unopposable, then Shenker, and any other party with a claim against directors, may still have a recourse.

[8] In other words, the ‘real world’ context is something to consider and the criteria are not assessed in isolation from each other. On the other hand, a matter might be significant to the practice if there is an important matter of interpretation that genuinely and arguably arises in the context, especially if it is a matter that has been problematic or disputed within the practice for some time and needs clarification and such clarification can be provided promptly without damage to the ongoing *CCAA* proceedings and to the parties. That said, if the significance of the issue raised arises merely because an applicant has developed a creative interpretive theory as a flyer, the other circumstances of the matter would be engaged to justify a finding that the practice significance criterion was met.

[9] The line of cases on leave to appeal also point out that deference is owed to the impugned decision unless the judge “acted unreasonably, erred in principle, or made a manifest error” as set out by Strekaf JA in *BMO Nesbitt Burns Inc. v. Bellatrix Exploration Ltd*, 2020 ABCA 264 at paras 7-8, 81 CBR (6th) 161:

7 The test for leave to appeal in *CCAA* proceedings requires “serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties”, which can be assessed by considering the following four factors (*Liberty Oil & Gas Ltd., Re*, 2003 ABCA 158 (Alta. C.A.) at paras 15-16):

- (1) Whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (2) Whether the point raised is of significance to the action itself;
- (3) Whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (4) Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

8 “An appellate court should exercise its power sparingly, when asked to intervene in issues which arise in *CCAA* proceedings”: *Blue Range Resource Corp., Re*, 1999 ABCA 255 (Alta. C.A.) at para 3. Decisions of a supervising chambers judge are accorded considerable deference and will be interfered with only if the judge acted unreasonably, erred in principle, or made a manifest error: *Royal Bank v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178 (Alta. C.A.) at para 3. The applicant must point to an error on a question of law, or a palpable and overriding error in findings of fact or in the exercise of discretion: *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABCA 149 (Alta. C.A. [In Chambers]) at paras 28-29.

In an analogical sense, one might therefore characterize this language about the test for leave as amounting to what Courts in the United States of America refer to as the “law of the case” respecting leave to appeal. The parties have accepted the criteria explained by Strekaf JA although they seem to construe their scope differently.

[10] On the subject of deference, there was a brief debate in the oral submissions before me as to whether Romaine J’s decision might be entitled to some lower level of deference because the case management judge had been Jones J and thus, so the argument went, he had greater familiarity with the matter. (Jones J had expressly determined that he was not ‘seized’ with this matter.) Generally, though not inevitably, courts should resist *gradations* of deference because it tends to be an unwieldy element of analysis: compare *Canada v Vavilov*, 2019 SCC 65 at paras 27-31. 441 DLR (4th) 1. In this case, I note that Romaine J has immense experience in matters of this kind: note paras 40 and 47 of *Callidus Capital*, above.

[11] True, even experts can be wrong and there is equally no concept of ‘hyper-deference’ for text book authors: *Wilson v DePuy International Ltd*, 2019 BCCA 440 at para 38, 31 BCLR (6th) 215, leave denied [2020] SCCA No 36 (QL) (SCC No 39044). Further still, extricable questions of law are reviewed for correctness regardless of expertise: compare (as to class action gatekeeping deference) *AIC Limited v Fischer*, 2013 SCC 69 at para 65, [2013] 3 SCR 949. Moreover, here there were agreed facts. Nonetheless, where reasonableness is the review standard, Romaine J’s expertise is a factor.

[12] Also applicable to this motion is s 14.5(1)(f) of the *Alberta Rules of Court*, AR 124/2010 as amended, which allows for appeals to the Court where permission to appeal is granted on “any decision where permission to appeal is required by an enactment”. There is no material difference between “leave” to appeal and “permission” to appeal in this context. The word “permission” is a modern expression lately adopted in the *Alberta Rules* and in provincial legislation as the nomenclature for the gatekeeping functions to be performed by single judges of this Court.

II. Synopsis

[13] The following synopsis does not rehearse all the facts. Instead, I choose to focus on what I think to be the principal points.

[14] At the heart of the matter in this motion are BPC’s contentions arising from the terms of a contract involving it and Bellatrix for the supply of natural gas (the “GasEDI Agreement”). The parties appear to have originally entered into this agreement as of March 1, 2010. There were two transaction confirmations as of December 12, 2017. There was a pricing formula based on posted index prices at specific or designated downstream pricing hubs in the US and Ontario, on a month to month basis.

[15] On October 2, 2019, Bellatrix was granted protection under the *CCAA*. As part of the *CCAA* proceedings, Bellatrix sought on November 25, 2019 to disclaim the GasEDI Agreement under s 32(1) of the *CCAA*. On November 26, 2019 Bellatrix stopped delivering gas to BPC. BPC and Bellatrix were unable to agree on a substitute arrangement after that. Section 32(1) which provides for “Disclaimer or resiliation of agreements” in the English language official version and for “Résiliation de contrats” in the French official language version.

[16] These official language versions are to be read such as to identify and apply their shared meaning: *R v Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 SCR 856; *Schreiber v Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62 at paras 55-56, [2002] 3 SCR 269; *R v Daoust*, 2004 SCC 6 at para 26, [2004] 1 SCR 217; *Re: Canada 3000 Inc.*, 2006 SCC 24 at para 49, [2006] 1 SCR 865; *Merck Frosst Canada Ltd v Canada (Health)*, 2012 SCC 3 at para 203 per Cromwell J, [2012] 1 SCR 23; *R v Quesnelle*, 2014 SCC 46 at paras 52-53, [2014] 2 SCR 390; *R v M(TJ)*, 2021 SCC 6 at para 16, [2021] SCJ No 6 (QL).

[17] The shared meaning principle is applied to accord with s 16 of the *Constitution Act, 1982*, s 133 of the *Constitution Act, 1867*, and the *Official Languages Act*, RSC 1985, c 31. This principle is applicable to the interpretation of s 32 of the *CCAA*. The mainly relevant provisions of s 32 of the *CCAA* read as follows:

Disclaimer or resiliation of agreements

32 (1) Subject to subsections (2) and (3), a debtor company may — on notice given in the prescribed form and manner to the other parties to the agreement and the monitor — disclaim or resiliate any agreement to which the company is a party on the day on which proceedings commence under this Act. The company may not give notice unless the monitor approves the proposed disclaimer or resiliation

Court may prohibit disclaimer or resiliation

(2) Within 15 days after the day on which the company gives notice under subsection (1), a party to the agreement may, on notice to the other parties to the agreement and the

Résiliation de contrats

32 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la compagnie débitrice peut — sur préavis donné en la forme et de la manière réglementaires aux autres parties au contrat et au contrôleur et après avoir obtenu l’acquiescement de celui-ci relativement au projet de résiliation — résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi.

Contestation

(2) Dans les quinze jours suivant la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), toute partie au contrat peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal

monitor, apply to a court for an order that the agreement is not to be disclaimed or resiliated.

[...]

Loss related to disclaimer or resiliation

(7) If an agreement is disclaimed or resiliated, a party to the agreement who suffers a loss in relation to the disclaimer or resiliation is considered to have a provable claim.

[...]

Exceptions

(9) This section does not apply in respect of

- (a) an eligible financial contract;
- (b) a collective agreement;
- (c) a financing agreement if the company is the borrower; or
- (d) a lease of real property or of an immovable if the company is the lessor

d'ordonner que le contrat ne soit pas résilié.

[...]

Pertes découlant de la résiliation

(7) En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable.

[...]

Exceptions

(9) Le présent article ne s'applique pas aux contrats suivants :

- a) les contrats financiers admissibles;
- b) les conventions collectives;
- c) les accords de financement au titre desquels la compagnie est l'emprunteur;
- d) les baux d'immeubles ou de biens réels au titre desquels la compagnie est le locateur.

[18] Reference to the French language official version is appropriate generally for federal legislation. But, in this case, such reference is particularly driven by the suggestion made by BPC in oral argument that the word “resiliate” included the concept of “breach” and that, accordingly, the operative effect of s 32(9) was to exclude the ability of an insolvent party to breach or repudiate an agreement in the nature of an “eligible financial contract” (“EFC”) under that subsection of the *CCAA*. This argument was hinted at in BPC’s Memorandum at para 10, referring to Bellatrix’s position that “a company in *CCAA* is permitted to simply breach executory contracts with impunity even when they cannot be *disclaimed or resiliated* under the governing legislation”. The hint there was that disclaimer and resiliation were significantly different phenomena. Nonetheless, this argument has no bottom. Nothing in the shared meaning of the provisions seems to connote that Parliament was referring in s 32(9) to anything other than the form of disclaimer exemption enacted by design for specific purposes.

[19] The main point for BPC was that on receipt of notice of the disclaimer in late 2019, BPC was entitled to reject it on the basis that the disclaimer was invalid under s 32(9)(a) of the *CCAA*. BPC took the position that the GasEDI Agreement was an EFC and s 32(1) therefore did not apply to it. As noted below, BPC carries forward from that position with a number of domino effects.

[20] BPC went on to contend that Bellatrix was therefore obliged to continue *to execute* on the GasEDI Agreement. BPC rejected the suggestion that Bellatrix could just desist, for lack of capacity, from carrying out the GasEDI Agreement outside s 32 of the *CCAA*, rendering BPC an unsecured creditor for whatever BPC could prove to be its claim. Along this line, BPC effectively suggested that Bellatrix had a continuing obligation to supply gas at the relevant price under the GasEDI Agreement. Further dominoes discussed below concern alleged further rights claimed by BPC in the *CCAA* process.

[21] Put one way, that delivery price was ‘uncommercial’ from Bellatrix’s perspective. It appears that Bellatrix and the Monitor estimated a saving of approximately \$14,500,000 for desisting the GasEDI Agreement and re-organizing Bellatrix’s failing business activities. It was with that in mind that Bellatrix, with the Monitor’s approval, issued the notice of disclaimer of the GasEDI Agreement. Using Bellatrix’s estimate, BPC contended that its anticipated calculable *gain* from the continuation of the GasEDI Agreement would be calculable as being arguably the same amount as the Bellatrix Monitor anticipated to be the effective calculable *loss* to Bellatrix (and hence its creditors) arising from continuation of the GasEDI Agreement to its conclusion on its terms.

[22] Based on its interpretation of the GasEDI Agreement and of the meaning of an EFC under s 32(9)(a) of the *CCAA*, BPC applied for an order from Jones J to declare the GasEDI Agreement was an “eligible financial contract” such that it could not be disclaimed.

[23] Indeed, Jones J found that the GasEDI Agreement was an EFC under s 32 of the *CCAA* and, as a result, the type of statutory disclaimer provided for under s 32(1) was not applicable under the circumstances: see ***Re: Bellatrix Exploration Ltd***, 2020, 77 CBR (6th) 230, [2020] AJ No 329 (QL). Leave to appeal that decision to this Court was granted at 2020 ABCA 178. A panel of this Court heard that appeal and that judgment is presently on reserve.

[24] It is important to note that although BPC sought a decision from Jones J that the effect of the EFC finding was that Bellatrix was obliged to continue to execute under the GasEDI Agreement, Jones J specifically did *not* make such a ruling: see Reasons at para 15; Formal Order of Jones J reproduced at p 230 of BPC’s Memorandum. Moreover, Jones J said he was “not seized with this matter” and BPC could apply “for such further advice or direction as may be required with respect to any remainder of relief” as sought by BPC. That appears to have been the doorway to the hearing before Romaine J.

[25] BPC further argued that the failure of Bellatrix to execute the terms of the GasEDI Agreement constituted a post-filing (ie after *CCAA* protection commenced) obligation of Bellatrix

and that BPC was therefore entitled to compensation out of funds that the Monitor acquired by the ultimate sale of all of the Bellatrix assets as part of the *CCAA* process to Spartan Delta Corporation as approved on May 8, 2020: see Reasons at paras 24-25.

[26] BPC contended, in effect, that – rather as if BPC was a creditor who agreed to advance to the debtor *after* *CCAA* protection has commenced in order to keep the debtor in operation and to enhance the value of the debtor’s assets or perhaps even save the debtor – BPC was entitled to recovery of its profit from the GasEDI Agreement even in priority to secured creditors of Bellatrix, let alone the unsecured creditors of Bellatrix.

[27] It must be noted as well that as of the date of Romaine J’s Reasons, BPC had paid into trust the sum of US\$1,583,859.38 for what it owed Bellatrix before *CCAA* protection “subject to any valid rights of set-off”: Reasons at para 12.

[28] BPC submitted that if it was not found to be a priority claim by the foregoing logic, the disclaimer provision of s 32(9)(a) of the *CCAA* would become meaningless. BPC contended that if *CCAA* debtors were allowed to breach EFCs at will, the result would be the same as if there were a court-approved disclaimer by the insolvent party. BPC said this would reduce the solvent counterparty BPC to a provable but unsecured claim unless otherwise provided under the contract. Put another way, BPC reasoned that the prohibition on disclaimer of EFCs under s 32(9)(a) of the *CCAA* would be nugatory in such situations, which would be the same as if the EFC were properly disclaimed.

[29] BPC raises the additional issue which concerns the money that BPC owed to Bellatrix for supplies of gas under the GasEDI Agreement prior to commencement of the *CCAA* protection. BPC argues, using similar reasoning to the above, that it, BPC, is entitled to set off this debt against the debt owed to BPC by Bellatrix under the GasEDI Agreement because it could not be disclaimed and it was a post-protection form of debt which continued to build up after *CCAA* protection commenced. Set off rights, says BPC, are preserved to creditors under s 21 of the *CCAA*:

Law of set-off or compensation to apply

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be

Compensation

21 Les règles de compensation s’appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

[30] Set-off rights are also pointed to in relation to solvent counterparties to an EFC under s 34(8) of the *CCAA*. It provides:

Permitted actions

(8) The following actions are permitted in respect of an eligible financial contract that is entered into before proceedings under this Act are commenced in respect of the company and is terminated on or after that day, but only in accordance with the provisions of that contract:

(a) the netting or setting off or compensation of obligations between the company and the other parties to the eligible financial contract; and

(b) any dealing with financial collateral including

(i) the sale or foreclosure or, in the Province of Quebec, the surrender of financial collateral, and

(ii) the setting off or compensation of financial collateral or the application of the proceeds or value of financial collateral

Opérations permises

(8) Si le contrat financier admissible conclu avant qu'une procédure soit intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie est résilié à la date d'introduction de la procédure ou par la suite, il est permis d'effectuer les opérations ci-après en conformité avec le contrat:

a) la compensation des obligations entre la compagnie et les autres parties au contrat;

b) toute opération à l'égard de la garantie financière afférente, notamment:

(i) la vente, la demande en forclusion ou, dans la province de Québec, la demande en délaissement,

(ii) la compensation, ou l'affectation de son produit ou de sa valeur

[31] In the end, the crucial points for BPC turn largely on BPC's interpretation of s 32 of the *CCAA* and what BPC says are its special contractual rights as against Bellatrix and its special priority status respecting assets of Bellatrix derived from those special rights. Without entirely conceding the point, BPC was in a position of acknowledging that if this Court decided the GasEDI Agreement was not an EFC on the other appeal, the threshold for this motion would disappear. Counsel for Bellatrix suggested that were that to happen, BPC just lapses into an unsecured creditor status for whatever claim BPC could prove, and set-off said to arise from the alleged increasing debt to BPC would not apply. At this stage it is appropriate to further elaborate on the positions of the parties respecting these issues.

III. Grounds of the Motion

[32] At para 22 of its Memorandum under the title “The point on appeal is of significance to the practice”, BPC argued that there were two “discrete questions of law” as follows:

(a) is a CCAA debtor obligated to perform executory contracts that cannot be lawfully disclaimed or resiliated?

(b) does the CCAA’s express preservation of rights of set-off permit the solvent party to an undisclaimed executory contract to avail itself of contractual and other set-off rights.

[33] Further under the same title, at paras 23 and 24 of its Memorandum, BPC said that it was agreeing with Bellatrix that there was not yet sufficient judicial guidance as to what constitutes an EFC. That issue is in reserve before the other panel and thus cannot be addressed by me. BPC goes on to say under this title that “in the absence of strict compliance with the statutory requirements for a valid disclaimer, the relevant executory contract will remain ‘in full force and effect’,” citing *Re: League Assets Corp*, 2016 BCSC 2262 at para 61, 42 CBR (6th) 217. In the Analysis part of my reasons I do not find *League Assets Corp* to be authority for the proposition asserted.

[34] In sum, this part of BPC’s argument is whether “a company in CCAA may simply breach its undisclaimed *executory contracts*”. As so expressed in the italicized part, that proposed ground of appeal is much more general than the specific issue whether a debtor company can disclaim an EFC.

[35] Next, under the title “The point on appeal is significant to the proceeding”, BPC accepts that Bellatrix’s assets have been liquidated. BPC asserts, at para 26 of its Memorandum, that it “stands to gain approximately \$14.5 million from funds currently held by the Monitor” whereas the Agent of the Lienholders argues those moneys should go to the Lienholders.

[36] Next, under the title “The Appeal is *prima facie* meritorious”, BPC again argues at para 27 that the issue is “whether in law a party (having obtained this Court’s protection under the CCAA) is required to perform obligations *under executory contracts* that cannot be lawfully disclaimed under section 32 of the CCAA, and whether a party to an industry-standard agreement can rely on contractually protected rights of set-off.” To repeat, the first part of this argument is considerably larger than the point whether the exception to disclaimer under s 32(9)(a) of the CCAA applies. The second part as to “*contractually protected* rights of set-off” is also noteworthy in how the argument further unfolds in the BPC Memorandum.

[37] Further under this title as to *prima facie* merit, BPC seems to revive some of the content of the six grounds (paras 14(a) to (f)) set out in its Application for Permission to Appeal. At para 29 of its written submission, BPC seems to elaborate from the two grounds set out in para 32 above, and seems to expand to four grounds as follows:

29 Moreover, the issues raised by BP on this appeal are *prima facie* meritorious. The Chambers Judge, in her decision, made at least four *manifest* errors of law, in that she:

(a) gave effect to an interpretation of the disclaimer provisions of the CCAA in which the power of companies to disclaim executory contracts is not only unlimited, but entirely unnecessary as any contract not capable of being disclaimed may simply be breached (rendering the restrictions on disclaimer of EFCs meaningless);

(b) incorrectly classified the BP claim as a pre-filing unsecured claim, notwithstanding that the disputed Notice of Disclaimer and concurrent Bellatrix breach occurred after the filing date (suggesting CCAA s. 32(7) can somehow apply to an undisclaimed contract, or an EFC);

(c) misinterpreted the plain terms of the GasEDI Agreement, which gave BP a right of setoff and the ability to withhold the December Payment and apply those funds to the damages resulting from the Bellatrix breaches (a right expressly preserved under the CCAA); and

(d) concluded BP was not entitled to legal set-off, without considering the test for legal setoff at all.

[38] As to the reading of s 32, BPC's Memorandum essentially argues that the effect of the Romaine J's Reasons is that "the entirety of s. 32 of the CCAA is unnecessary" (Memorandum at para 35) and, more specifically, that it renders s 32(9) a "practical nullity" (Memorandum at para 32), renders s 32(7) a "true nullity" (Memorandum at para 33), and that s 32(4) "fares no better" (Memorandum at para 34).

[39] I will address these points in the Analysis part of these reasons below. First, I turn to Romaine J's reasons.

IV. Reasons of Romaine J

[40] There was an agreed statement of facts before Romaine J. Once again, I elect to focus only on specific elements of the case as were set out in her Reasons.

[41] Romaine J noted the practical situation as to the sale to Spartan and the assumption by Spartan of "all of Bellatrix's liabilities in respect of its wells, environmental obligations, pre-filing cure costs in respect of assumed contracts and certain other assumed liabilities": Reasons at para 25. Romaine J described the situation of the First Lien Lenders and said:

27 On May 22, 2020, the Court granted a Stay Extension and Distribution Order authorizing Bellatrix to distribute \$47.5 million, a portion of the net proceeds from the Spartan sale, to the Agent of the First Lien Lenders in partial satisfaction of their secured claim. Bellatrix held back certain funds from distribution, including funds for disputed claims such as the BP claim.

28 Bellatrix remains indebted to the First Lien Lenders in excess of \$44.5 million. Bellatrix may not be able to pay the secured claim of the First Lien lenders in full given the results of the sale process. In the circumstances, a claims process has not been initiated in these CCAA proceedings.

29 The First Lien Lenders seek a declaration that they have a first priority interest in all the property of Bellatrix, including funds held back in relation to the BP claim, a declaration that amounts owing to BP, if any, are an unsecured claim, and an order directing the Monitor to make a further distribution to the Agent in the amount of approximately \$28.9 million. Bellatrix supports this position and submits that the Agent for the First Lien Holders is entitled to distribution of the sale proceeds and the December payment of approximately \$1.6 million held in trust by the Monitor in priority to BP.

30 In a cross application, BP seeks judgement for damages in an amount equivalent to US\$14.2 million, an order lifting the stay in the CCAA proceedings to permit BP to enforce the judgement, and an order directing the Monitor to pay BP the approximately US\$1.6 million December payment from the held-back funds, an order directing Bellatrix to pay the remainder of the claimed damages out of the sale of proceeds of its assets, or, in the alternate, granting BP a charge over the property of Bellatrix in the amount of the claimed damages with priority over the secured creditors and *pari passu* with the Interim Lenders Charge, or in the further alternative, an order declaring that any funds held by the Monitor and Bellatrix up to the amount of the claimed damages are held in trust for BP.”

[42] Romaine J also addressed the circumstances respecting the seeming decision of BPC not to seek any remedy compelling Bellatrix to perform the GasEDI Agreement during the period leading up to the sale of the assets of Bellatrix to Spartan, and that BPC, instead, chose to build up and pursue a claim for damages “with priority over the secured creditors and *pari passu* with the Interim Lenders Charge, or in the further alternative, an order declaring that any funds held by the Monitor and Bellatrix up to the amount of the claimed damages are held in trust for BP”: Reasons at paras 15-30. BPC seems to take exception to this aspect of her analysis, but it seems relevant to me and not incorrect.

[43] By way of interpreting the protection offered to a non-defaulting counterparty to an EFC under s 32(9)(a) of the CCAA, Romaine J referred, at para 37, to the Insolvency Institute of Canada *Report of the Task Force on Derivatives* dated September 26, 2013, which explained that the two

main purposes of this EFC exception were “(i) to protect non-defaulting counterparties from the risk of increasing exposure to the insolvent counterparty under the EFC and (ii) to reduce systemic risk in Canadian and global financial markets”.

[44] Assuming, *arguendo*, that the “law of the case” at this point is that which was determined by Jones J -- namely that the GasEDI Agreement was an EFC -- the analysis of Romaine J remains. Romaine J was fully aware of the position argued for BPC that to allow Bellatrix to repudiate or breach the GasEDI Agreement outside of s 32 of the *CCAA* would defeat the purpose of s 32(9)(a) of the *CCAA*. She noted that under s 32(4) of the *CCAA*, the judge was to consider a number of factors in deciding whether or not to permit the disclaimer. She rejected BPC’s position thus:

41 BP submits that, unless it is granted the relief it seeks, the practical effect of Bellatrix’s conduct would be to render the disclaimer rules of the *CCAA* meaningless. It notes that a valid disclaimer under section 32(7) of the *CCAA* results in a “provable claim”, unsecured unless otherwise provided for in the disclaimed contract. However, if *CCAA* debtors are allowed to breach executory contracts at will, the result is identical: the solvent party has a provable claim, unsecured unless otherwise provided for under the contract. BP submits that, if that is true, section 32(7) of the *CCAA* is without a purpose, as there is no practical difference between contracts that can and cannot be lawfully disclaimed. Either way, if the debtor chooses to breach the contract, the solvent counterparty is left with the same remedy -- which in many cases, is no remedy at all.

42 Therefore, BP submits that the “clear implication” of the statutory disclaimer provisions of the *CCAA* is that a company is required to perform its obligations under executory contracts as of the filing date, unless and until those contracts can be validly disclaimed under section 32.

43 As noted previously, the exception from EFCs included in the disclaimer provisions of the Act do not expressly provide that an EFC must be performed. Such a mandatory requirement would thwart the objectives of the *CCAA*, since compelling a *CCAA* debtor to perform an EFC that it cannot afford to perform would in many cases affect its ability to attempt to restructure.

44 The disclaimer provisions, while initiated by the debtor, provide the solvent party to a disclaimable contract an opportunity to object to the disclaimer and a process for doing so. Section 32(4) of the Act sets out factors that the court must consider in deciding the issue.

45 While the solvent party to a contract that the debtor merely stops performing may not have available to it the same statutory process, it may apply to the court for an order compelling performance as BP initially purported to do. The court supervising the *CCAA* proceedings in its consideration of such an application

would likely take into account factors similar to those set out in section 32(4), including whether compelling performance would interfere with the prospect of a viable arrangement, and whether refusing such an order would cause significant financial hardship to a party to the contract.

46 While the considerations may be similar, a disclaimer proceeding is initiated by the debtor, provides for a statutory process and mandates a termination date for the disclaimer. As noted by Morawetz, J. in *Re Target Canada Co*, 2015 CarswellOnt 3274, the disclaimer is beneficial to creditors generally because it enables the debtor to move forward with a liquidation plan without further delay. In contrast, the unilateral non-performance of a contract gives rise to uncertainty for both the debtor and the counterparty as to the status of the contract, including whether or not the solvent counterparty at its election will accept the termination of the contract as repudiated, and the date of its termination.

47 The disclaimer provisions are thus not rendered meaningless by the existence of a less formal option, but provide an opportunity for orderly termination and certainty to the parties to the disclaimed contract. Implying an obligation to perform an uneconomic contract that may affect the ability of the CCAA debtor to attempt to restructure would require more direct statutory language.

[45] Romaine J went on to determine that, also assuming the GasEDI Agreement was an EFC, BPC had not terminated the GasEDI Agreement and was not seeking a set off in order to “reduce exposure to risk”. It appears that she read s 34(8) of the *CCAA* as providing for permissible actions by EFC *creditors* as exceptions to the limitations arising under s 34(1) of the *CCAA*. BPC’s position is that s 34(8)(a) is not pertinent to this situation but s 21 of the *CCAA* is. I am not persuaded that BPC is correct on this if BPC is right that the GasEDI Agreement was an EFC. Parliament chose to enact set-off terms for EFCs. At some stage a first instance judge facing a set-off argument would presumably address the section.

[46] On the other hand, BPC explains its set-off position in these terms:

39 BP was thus entitled to assert a right of set-off in respect of the December Payment, a right which was confirmed by the GasEDI Agreement, which provided for the payment of stipulated damages to a non-defaulting party, the right to suspend payments owing to the defaulting party, and the right to apply those withheld funds to the amount owing by the defaulting party in each subsequent period of default. At the time of the December Payment, the default of Bellatrix had been ongoing for at least 30 days; under the GasEDI Agreement, the default of Bellatrix resulted in a liquidated claim for monetary damages, due and owing at the time of the December Payment, which BP had the right to set off against any amount otherwise owing.

[47] In my view, BPC’s position on this pre-supposes that the GasEDI Agreement could not be disclaimed because it is the alleged continuation of Bellatrix’s obligations to BPC that gives rise to a claim by BPC to set off against the existing claim of Bellatrix for gas supplied prior to *CCAA* protection. In other words, as I note in paras 29-31 of my reasons above, BPC’s claim of set-off arising after the beginning of the *CCAA* protection is also contingent on the finding that the GasEDI Agreement was an EFC. It is also contingent on proof of damages to BPC arising from the failure of Bellatrix to continue to deliver gas. Despite that, BPC argues that set-off is still available to it on “legal” grounds to recover the roughly \$1,600,000 in trust.

[48] Returning to Romaine J’s decision, it cannot be said that she was entirely oblivious to the concepts related in s 21 of the *CCAA* even if she did not directly mention the section by number. BPC argues that she failed to consider “legal” set off in addition to “contractual” set-off. In light of her discussion of equitable set-off at paras 55 to 63 of her Reasons, I am not persuaded that she missed the point. I return to the subject of set-off later in the Analysis.

[49] Romaine J went on to discuss other arguments before her as to lifting the *CCAA* stay and to what was said to be unjust enrichment of Bellatrix, wrongful conduct and bad faith of Bellatrix. None of these points were argued before me so I say nothing about them except as to one aspect. I have difficulty discerning what sort of bad faith would be said to arise merely because an insolvent debtor corporation seeks the protection of the *CCAA* when unable to pay out all its creditors in full. It eludes me what difference it makes from the perspective of bad faith that the contract that the debtor is unable to complete happens to be an executory contract. The parties opposing BPC contend that these assertions by BPC are essentially tendentious, and in service of the ultimate theory of resolving a priority dispute in favor of BPC.

[50] Nor do I find fingerprints of bad faith in the record of these proceedings. In quite a different context, the Supreme Court of Canada in *Wastech Services Ltd v Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 2021 SCC 7, [2021] SCJ No 7 (QL) recently identified some markers of bad faith in execution of a contract. To the extent those markers might be transferable to the present context of disclaiming a contract I do not see any of those markers here.

V. Analysis

[51] As do the parties, I will follow the criteria developed under s 13 of the *CCAA*, albeit not in the traditional order. To set the stage for this, I would draw again from *Callidus Capital* dealing further with the purposes of the *CCAA* at paras 41-46, notably as to what are called “liquidating *CCAAs*”:

41 Among these objectives, the *CCAA* generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (Century Services, at para. 70). As a result, the typical *CCAA* case has historically involved

an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state -- that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

42 That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress ... and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

43 Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “*Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?*”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

44 CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’g 1999 ABQB 379, 11

C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “*The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada*” (2014), 56 Can. Bus. L.J. 73, at pp. 88-92).

45 However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor company’s assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to “raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business” (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a “vehicle to restructure a business” by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

46 Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt’s financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt’s assets among creditors. However, in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.”

Those comments resonate here, at least for me.

Arguable Merit

[52] It is appropriate to deal firstly with arguable merit under s 13 of the *CCAA*. To begin with, I reject the interstitial submission for BPC that there was an error on the part of Romaine J in concluding that the claim of BPC was a claim that arose after *CCAA* protection came into effect.

[53] As Paperny JA said in *Repsol Canada Energy Partnership v Delphi Energy Corp*, 2020 ABCA 364 at paras 18-20, 2020 CarswellAlta 1855:

18 As was noted by Romaine J at para 25 of *SemCanada*, a “claim” for the purpose of the *CCAA* includes any “indebtedness, liability or obligation that would be provable under the Bankruptcy and Insolvency Act, RSC 1985, c B-3”. Section 121(1) of the *BIA* defines “provable claims” as “all debts and liabilities, present and future, to which the bankrupt is subject ... or to which the bankrupt may become subject... by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt...”; s 121(2) of the *BIA* makes clear that this includes contingent or unliquidated claims: *SemCanada* at paras 25-26.

19 The Supreme Court of Canada has confirmed that a claim may be provable in bankruptcy even if it is a contingent claim: see *AbitibiBowater Inc., Re*, 2012 SCC 67 (S.C.C.) at para 28; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 (S.C.C.) at para 36. “A ‘contingent claim is ‘a claim which may or may not ever ripen into a debt, according as some future event does or does not happen’”: *Orphan Well Association*, citing *Peters v. Remington*, 2004 ABCA 5 (Alta. C.A.) at para 23.

20 More recently, the Quebec Court of Appeal commented that “post-debts are only those incurred after and also resulting from an obligation originating after Determination”, and that “an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as at the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim if a court decision ‘deems it provable’”: *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268 (C.A. Que.) at para 77-78 [unofficial English translation].

[54] Patently, BPC has been arguing that its claims arise from the operation of the GasEDI Agreement. It seems to me that Paperny JA’s reasoning in *Repsol* is impeccable on this point: compare also *PricewaterhouseCoopers Inc. v Perpetual Energy Inc.*, 2021 ABCA 16 at para 87, [2021] AJ No 84 (QL).

[55] National Bank also makes a further argument that post-*CCAA* protection debts may still have no effect on priority: compare *Arrangement relatif à Gestion Éric Savard inc*, 2019 QCCA 1434 at paras 19-21, 2019 CarswellQue 7641. There is something to be said for that argument but I can leave the resolution of that point for another day. The element of the BPC submission that

their claim is a post-*CCAA* protection claim, whether analogous to a post-protection lender or otherwise, is not arguable under the applicable leave test.

[56] Even if there were some sort of notional accumulating indebtedness such as might arise from interest on a pre-*CCAA* protection indebtedness, that would not, *ipso jure*, be the same thing as the priming charges as to which a *CCAA* judge might grant advance priority: compare ***Canada v Canada North Group***, reserved (December 1, 2020) [2019] SCCA No 366 (QL) (SCC No 38871) from 2019 ABCA 314, 437 DLR (4th) 122.

[57] Next, I see no merit in the additional imbricated point for BPC that either the GasEDI Agreement or s 32 of the *CCAA* creates some sort of security instrument. I do not find substance in the challenge to Romaine J's interpretation that the GasEDI Agreement did not contain a security instrument to enforce delivery of gas. She gave her reading of the GasEDI Agreement in this respect mention at paras 5 and 98 of her Reasons: "The GasEDI Agreement does not provide BP with a security interest in respect of Bellatrix's obligations under the contract." I cannot see any vulnerability in that conclusion in light of the record.

[58] BPC suggests that correctness applies to the interpretation of the GasEDI Agreement on the basis it is a standard form agreement: see eg ***Ledcor Construction Ltd. v Northbridge Indemnity Insurance Co.***, 2016 SCC 37 at paras 4, 21-24, [2016] 2 SCR 23. There is certainly something to be said for this view, but largely because contractual interpretation of standard terms should have a steadiness upon which an edifice of commerce can safely sit. As Lord Steyn wrote in ***Jindal Iron and Steel Co Ltd & Ors v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc*** [2004] UKHL 49 at para 16, [2005] 1 All ER 175, referring to an observation of Lord Mansfield made in 1774:

In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether the rule is established one way or the other. Because speculators in trade then know what ground to go upon.

To be precise, Lord Steyn's homage to the great Mansfield was in part to uphold the idea of *stare decisis*, which itself should not be an artificial obstacle to societal evolution. But the wider point of predictability remains.

[59] Contractual interpretation law does not add strength to BPC's argument. Architectures of law have been established as to security interests in various statutes, both federal and provincial, and with considerable precision as to what constitutes a security interest and what is relevant to assessing priorities as between securities. It strikes me that BPC's position would undermine predictability as it amounts to an argument that a creditor might acquire, *mirabile dictu*, a security interest surpassing all others arising from its reading of s 32 of the *CCAA* and the content of the GasEDI Agreement. This approach would make a judicial interpretation a contributor to

inconsistency, an undesirable thing: see *Ledcor* at para 39; see also the concurring reasons of Brown J in *Wastech* at paras 117-122.

[60] More specifically to this case, I consider it noteworthy that Bellatrix suggests that there were other EFC creditors of Bellatrix, and that they had elected to provide for specific security remedies in their cases. Bellatrix said it would be at least ironic if BPC ended up with a better level of security than their EFC creditors who acted on their securities and accepted disclaimers from Bellatrix. Needless to say, as noted for the National Bank, other creditors had also chosen to establish security rights from the outset. The submissions of BPC about s 32(9)(a) having established a security interest for BPC is unsupportable on this record.

[61] As noted above, BPC's submissions as to s 32(9) of the *CCAA* go past whether the disclaimer by Bellatrix was ineffective under the section due to the GasEDI Agreement being an EFC. BPC would have me grant leave to argue to a panel of this Court that the ineligibility of Bellatrix and its Monitor to make an effective disclaimer under the *CCAA* means that Bellatrix was obliged to *continue to be bound* by the terms of the GasEDI Agreement. On this premise, even if Bellatrix was in no position to deliver gas under the GasEDI Agreement, the gain or profit that BPC would have acquired by Bellatrix continuing to deliver under the GasEDI Agreement would notionally continue to grow and to grow in a form of a constructive trust over the assets of Bellatrix collected by the Monitor.

[62] BPC cites no authority for this extraordinary (and multifaceted) proposition which is fundamentally based on legal fictions. The case of *Re: League Assets Corp* cited by BPC is quite distinguishable and does not go anywhere near that far.

[63] Section 32 of the *CCAA* should be read in light of the objectives, context, intent and policies of Parliament (which objectives, context, intent and policies are described in *Callidus Capital*): see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para 21, saying that the “words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see also *Canada Trustco Mortgage Co. v Canada*, 2005 SCC 54 para 10, [2005] 2 SCR 601, cited in *Callidus Capital* at para 60 and in *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd*, 2019 SCC 5 at para 88, [2019] 1 SCR 150.

[64] Section 32 should also be read consistently with the applicable canons of interpretation, including that the provision is part of a larger scheme across several pieces of legislation, and accordingly it should be read in harmony with the scheme and not so as to render any other parts of the scheme ineffective. This canon of interpretation also dates back to Lord Mansfield in *R v Loxdale* (1758) 1 Burr 445 at p 447 where he said:

Where there are different statutes *in pari materia* though made at different times, or even expired, and not referring to each other, they shall be taken and construed together, as one system, and explanatory of each other.

This was lately cited by the UKSC in *T W Logistics Ltd v Essex County Council and another*, [2021] UKSC 4 at para 75; see likewise *Food and Drug Administration et al. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. et al.*, 529 U.S. 120 (2000) where O'Connor J pointed to the need to see a statutory system as “as a symmetrical and coherent regulatory scheme”.

[65] Similarly, Antonin Scalia and Bryan Garner wrote in *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012) at p. 180:

The imperative of harmony among provisions is more categorical than most canons of construction because it is invariably true that intelligent drafters do not contradict themselves ... Hence there can be no justification for needlessly rendering provisions in conflict if they can be interpreted harmoniously”.

See also *Geophysical Service Inc v EnCana Corporation*, 2017 ABCA 125 at para 38, [2017] 9 WWR 55, leave denied [2017] SCCA No 260 (QL) (SCC No 37634).

[66] Rather than serving the objectives of the *CCAA*, BPC's thesis would undermine the operation of the statute. A court should not look with eagle eyes for technicalities that would frustrate key parts of legislation: see eg *Rollingson Racing Stable Ltd v Horse Racing Alberta*, 2020 ABCA 419 at para 30, [2020] AJ No 1272 (QL), under motion to SCC [2021] SCCA No 21 (QL) (SCC No 39546). A party in the position of BPC would virtually possess a veto over the liquidation of the company including a position tantamount to an ability to refuse to consent to its sale except on terms satisfactory to that party. In my view, BPC's interpretation would create an absurdity such as was rejected in *Keatley Surveying Ltd v Teranet Inc*, 2019 SCC 43 at para 96, 437 DLR (4th) 567 where Côté and Brown JJ wrote, citing *Rizzo* at para 27, that “the legislature does not intend to produce absurd consequences”, and “that an interpretation is “absurd” if it “defeat[s] the purpose of a statute or render[s] some aspect of it pointless or futile.”

[67] BPC paints a tenebrous portrait of the future of s 32(9)(a) of the *CCAA* if the reading of Romaine J is affirmed. I agree with her that the BPC concern is over-stated. The proposed ground of appeal that Romaine J erred in her interpretation of s 32 of the *CCAA* is not arguable in this case. The motion for grant of leave in this case stumbles at the first hurdle.

[68] As to the further ground of appeal related to set-off, this argument hinges on the interpretation of s 32 in my view. In my view, the GasEDI Agreement ceased to be operative after the *CCAA* protection came into effect. The debt of BPC to Bellatrix existed before that happened. No gradual accumulation of ‘claims’ by BPC by its notional theory of continuation of the GasEDI Agreement occurred and no such thing can cancel any of that debt out.

[69] The set-off argument has other problems.

[70] To begin with, I agree with National Bank that the record did not provide Romaine J with evidence of moneys owing to BPC by Bellatrix at the time of the December payment due in respect

of which it could exercise any contractual or equitable right of set-off. As exemplified by the decision of *Re: Androscoggin Energy LLC* (2005), 8 CBR (5th) 1 (Ont SCJ), the right to set-off must be grounded in the specific agreement or the rules of equity. The fact that the *CCAA* recognizes the application of the law of set-off does not mean it enacts an entitlement to set-off unmoored to the legal foundation for such.

[71] Apart from the rationalization by BPC of what it said to be its increasing claim against Bellatrix based on a mark to market price differential – at paras 39-40 of the its Memorandum – Romaine J does not appear to have been provided with an *evidential* case for damages to BPC that could be set off against the money BPC paid into trust.

[72] Romaine J did not err, as urged by BPC, in concluding that if the GasEDI Agreement was an EFC then the relevant provision as to set-off was s 34(8) of the *CCAA*. As a result of the language in s 34(8) of the *CCAA*, it would fall to BPC to show a liquidated claim – compare *Citibank Canada v Confederation Life Insurance* (1996), 42 CBR (3d) 288 at para 37.

[73] Similarly, the terms of s 34(8) of the *CCAA* would require termination of the EFC. Parliament is taken to know the common law. That would include the disallowance of simultaneous approbation and reprobation of the same contract. Nor, in my respectful opinion did Romaine J err in her analysis as to equitable set-off.

[74] Moreover, the invocation by BPC of the dollar figure which was estimated by the Monitor as an actuating factor in the disclaimer is not proof of a *gain* in fact by Bellatrix let alone a *loss* in the corresponding amount by BPC. Assuming that BPC might have a calculable loss of profit arising from the premature demise of the GasEDI Agreement, BPC would still have to make out the quantification of such a claim. And it would do so as an unsecured creditor.

[75] Furthermore, the argument that the residue of moneys held by the Monitor after the disposition of Bellatrix's assets and liabilities would contain any moneys arising from the cessation of the GasEDI Agreement is largely speculative. It does not rise to a question of law alone for the purposes of leave to appeal. For another thing, the sale of the Bellatrix assets to Spartan was unquestionably the result of negotiations, and the alleged 'gain' by Bellatrix of what it saved from backing out of the GasEDI Agreement may not even exist. Leave to appeal should not be granted to explore legal issues in an evidential void. This proposed ground of appeal also fails at the first stage.

Significance to the Action / Parties

[76] On balance, the delay caused as to the distribution of what's left of the Bellatrix moneys including, potentially, to employees of Bellatrix (as explained by counsel for Bellatrix) makes the outcome of greater significance to them than the doomed claim and set-off claim of BPC. Even assuming the secured creditors get all the remainder, their claims are established.

Significance to the Practice / Hinder the Action

[77] As noted at the outset, a material legal question of significance to the practice can arise in cases with otherwise relatively modest ramifications for the parties and where the point is one of those thorny issues which tends to be evasive of review. That is not this case. The grounds proposed are novel because they lack merit. That factor favors dismissal of the motion.

[78] As already mentioned, the resolution of Bellatrix's assets has occurred, but the distribution of what is left has not. There are eligible claimants waiting on the distribution. Counsel for Bellatrix spoke movingly about the wish of Bellatrix not to have disappointed so many people. Asking them to wait further as the corpus of the funds is gradually reduced by costs and economic factors is still a hindering of the process. That factor also favors dismissal of the motion.

VI. Conclusion

[79] The motion by BPC for leave to appeal is dismissed.

Application heard on February 17, 2021

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 5th day of March, 2021

Watson J.A.

Appearances:

H.A. Gorman, Q.C./G. Benediktsson
for the Applicant

K.J. Bourassa/J.W. Reid
for the Respondent National Bank of Canada

R.J. Chadwick/C. Descours
for the Respondent Bellatrix Exploration Ltd.

J.G.A Kruger, Q.C.
for PricewaterhouseCoopers Inc. in its capacity as the Court appointed Monitor of
Bellatrix Exploration Ltd.

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor
Resources Inc., 2019 ONCA 508
DATE: 20190619
DOCKET: C62925

Pepall, Lauwers and Huscroft JJ.A.

BETWEEN

Third Eye Capital Corporation

Applicant
(Respondent)

and

Ressources Dianor Inc. /Dianor Resources Inc.

Respondent
(Respondent)

and

2350614 Ontario Inc.

Interested Party
(Appellant)

Peter L. Roy and Sean Grayson, for the appellant 2350614 Ontario Inc.

Shara Roy and Nilou Nezhat, for the respondent Third Eye Capital Corporation

Stuart Brotman and Dylan Chochla, for the receiver of the respondent
Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc., Richter Advisory Group Inc.

Nicholas Kluge, for the monitor of Essar Steel Algoma Inc., Ernst & Young Inc.

Steven J. Weisz, for the intervener Insolvency Institute of Canada

Heard: September 17, 2018

On appeal from the order of Justice Frank J.C. Newbould of the Superior Court of Justice dated October 5, 2016, with reasons reported at 2016 ONSC 6086, 41 C.B.R. (6th) 320.

Pepall J.A.:

Introduction

[1] There are two issues that arise on this appeal. The first issue is simply stated: can a third party interest in land in the nature of a Gross Overriding Royalty (“GOR”) be extinguished by a vesting order granted in a receivership proceeding? The second issue is procedural. Does the appeal period in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) or the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C. 43 (“CJA”) govern the appeal from the order of the motion judge in this case?

[2] These reasons relate to the second stage of the appeal from the decision of the motion judge. The first stage of the appeal was the subject matter of the first reasons released by this court: see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./ Dianor Resources Inc.*, 2018 ONCA 253, 141 O.R. (3d) 192 (“First Reasons”). As a number of questions remained unanswered, further submissions were required. These reasons resolve those questions.

Background

[3] The facts underlying this appeal may be briefly outlined.

[4] On August 20, 2015, the court appointed Richter Advisory Group Inc. (“the Receiver”) as receiver of the assets, undertakings and properties of Dianor Resources Inc. (“Dianor”), an insolvent exploration company focused on the acquisition and exploitation of mining properties in Canada. The appointment was made pursuant to s. 243 of the BIA and s. 101 of the CJA, on the application of Dianor’s secured lender, the respondent Third Eye Capital Corporation (“Third Eye”) who was owed approximately \$5.5 million.

[5] Dianor’s main asset was a group of mining claims located in Ontario and Quebec. Its flagship project is located near Wawa, Ontario. Dianor originally entered into agreements with 3814793 Ontario Inc. (“381 Co.”) to acquire certain mining claims. 381 Co. was a company controlled by John Leadbetter, the original prospector on Dianor’s properties, and his wife, Paulette A. Mousseau-Leadbetter. The agreements provided for the payment of GORs for diamonds and other metals and minerals in favour of the appellant 2350614 Ontario Inc. (“235 Co.”), another company controlled by John Leadbetter.¹ The

¹ The original agreement provided for the payment of the GORs to 381 Co. and Paulette A. Mousseau-Leadbetter. The motion judge noted that the record was silent on how 235 Co. came to be the holder of these royalty rights but given his conclusion, he determined that there was no need to resolve this issue: at para. 6.

mining claims were also subject to royalty rights for all minerals in favour of Essar Steel Algoma Inc. (“Algoma”). Notices of the agreements granting the GORs and the royalty rights were registered on title to both the surface rights and the mining claims. The GORs would not generate any return to the GOR holder in the absence of development of a producing mine. Investments of at least \$32 million to determine feasibility, among other things, are required before there is potential for a producing mine.

[6] Dianor also obtained the surface rights to the property under an agreement with 381 Co. and Paulette A. Mousseau-Leadbetter. Payment was in part met by a vendor take-back mortgage in favour of 381 Co., Paulette A. Mousseau-Leadbetter, and 1584903 Ontario Ltd., another Leadbetter company. Subsequently, though not evident from the record that it was the mortgagee, 1778778 Ontario Inc. (“177 Co.”), another Leadbetter company, demanded payment under the mortgage and commenced power of sale proceedings. The notice of sale referred to the vendor take-back mortgage in favour of 381 Co., Paulette A. Mousseau-Leadbetter, and 1584903 Ontario Ltd. A transfer of the surface rights was then registered from 177 Co. to 235 Co. In the end result, in

addition to the GORs, 235 Co. purports to also own the surface rights associated with the mining claims of Dianor.²

[7] Dianor ceased operations in December 2012. The Receiver reported that Dianor's mining claims were not likely to generate any realization under a liquidation of the company's assets.

[8] On October 7, 2015, the motion judge sitting on the Commercial List, and who was supervising the receivership, made an order approving a sales process for the sale of Dianor's mining claims. The process generated two bids, both of which contained a condition that the GORs be terminated or impaired. One of the bidders was Third Eye. On December 11, 2015, the Receiver accepted Third Eye's bid conditional on obtaining court approval.

[9] The purchase price consisted of a \$2 million credit bid, the assumption of certain liabilities, and \$400,000 payable in cash, \$250,000 of which was to be distributed to 235 Co. for its GORs and the remaining \$150,000 to Algoma for its royalty rights. The agreement was conditional on extinguishment of the GORs and the royalty rights. It also provided that the closing was to occur within two days after the order approving the agreement and transaction and no later than August 31, 2016, provided the order was then not the subject of an appeal. The agreement also made time of the essence. Thus, the agreement

² The ownership of the surface rights is not in issue in this appeal.

contemplated a closing prior to the expiry of any appeal period, be it 10 days under the BIA or 30 days under the CJA. Of course, assuming leave to appeal was not required, a stay of proceedings could be obtained by simply serving a notice of appeal under the BIA (pursuant to s. 195 of the BIA) or by applying for a stay under r. 63.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.

[10] On August 9, 2016, the Receiver applied to the court for approval of the sale to Third Eye and, at the same time, sought a vesting order that purported to extinguish the GORs and Algoma's royalty rights as required by the agreement of purchase and sale. The agreement of purchase and sale, which included the proposed terms of the sale, and the draft sale approval and vesting order were included in the Receiver's motion record and served on all interested parties including 235 Co.

[11] The motion judge heard the motion on September 27, 2016. 235 Co. did not oppose the sale but asked that the property that was to be vested in Third Eye be subject to its GORs. All other interested parties including Algoma supported the proposed sale approval and vesting order.

[12] On October 5, 2016, the motion judge released his reasons. He held that the GORs did not amount to interests in land and that he had jurisdiction under the BIA and the CJA to order the property sold and on what terms: at para. 37. In any event, he saw "no reason in logic ... why the jurisdiction would not be the

same whether the royalty rights were or were not an interest in land”: at para. 40. He granted the sale approval and vesting order vesting the property in Third Eye and ordering that on payment of \$250,000 and \$150,000 to 235 Co. and Algoma respectively, their interests were extinguished. The figure of \$250,000 was based on an expert valuation report and 235 Co.’s acknowledgement that this represented fair market value.³

[13] Although it had in its possession the terms of the agreement of purchase and sale including the closing provision, upon receipt of the motion judge’s decision on October 5, 2016, 235 Co. did nothing. It did not file a notice of appeal which under s. 195 of the BIA would have entitled it to an automatic stay. Nor did it advise the other parties that it was planning to appeal the decision or bring a motion for a stay of the sale approval and vesting order in the event that it was not relying on the BIA appeal provisions.

[14] For its part, the Receiver immediately circulated a draft sale approval and vesting order for approval as to form and content to interested parties. A revised draft was circulated on October 19, 2016. The drafts contained only minor variations from the draft order included in the motion materials. In the

³ Although in its materials filed on this appeal, 235 Co. stated that the motion judge erred in making this finding, in oral submissions before this court, Third Eye’s counsel confirmed that this was the position taken by 235 Co.’s counsel before the motion judge, and 235 Co.’s appellate counsel, who was not counsel below, stated that this must have been the submission made by counsel for 235 Co. before the motion judge.

absence of any response from 235 Co., the Receiver was required to seek an appointment to settle the order. However, on October 26, 2016, 235 Co. approved the order as to form and content, having made no changes. The sale approval and vesting order was issued and entered on that same day and then circulated.

[15] On October 26, 2016, for the first time, 235 Co. advised counsel for the Receiver that “an appeal is under consideration” and asked the Receiver for a deferral of the cancellation of the registered interests. In two email exchanges, counsel for the Receiver responded that the transaction was scheduled to close that afternoon and 235 Co.’s counsel had already had ample time to get instructions regarding any appeal. Moreover, the Receiver stated that the appeal period “is what it is” but that the approval order was not stayed during the appeal period. Counsel for 235 Co. did not respond and took no further steps. The Receiver, on the demand of the purchaser Third Eye, closed the transaction later that same day in accordance with the terms of the agreement of purchase and sale. The mining claims of Dianor were assigned by Third Eye to 2540575 Ontario Inc. There is nothing in the record that discloses the relationship between Third Eye and the assignee. The Receiver was placed in funds by Third Eye, the sale approval and vesting order was registered on title and the GORs and the royalty interests were expunged from title. That same

day, the Receiver advised 235 Co. and Algoma that the transaction had closed and requested directions regarding the \$250,000 and \$150,000 payments.

[16] On November 3, 2016, 235 Co. served and filed a notice of appeal of the sale approval and vesting order. It did not seek any extension of time to appeal. 235 Co. filed its notice of appeal 29 days after the motion judge's October 5, 2016 decision and 8 days after the order was signed, issued and entered.

[17] Algoma's Monitor in its *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA") proceedings received and disbursed the funds allocated to Algoma. The \$250,000 allocated to 235 Co. are held in escrow by its law firm pending the resolution of this appeal.

Proceedings Before This Court

[18] On appeal, this court disagreed with the motion judge's determination that the GORs did not amount to interests in land: see First Reasons, at para. 9. However, due to an inadequate record, a number of questions remained to be answered and further submissions and argument were requested on the following issues:

- (1) Whether and under what circumstances and limitations a Superior Court judge has jurisdiction to extinguish a third party's interest in land, using a vesting order, under s. 100 of the CJA and s. 243 of the BIA, where s. 65.13(7) of the BIA; s. 36(6) of the CCAA; ss. 66(1.1) and 84.1 of the BIA; or s. 11.3 of the CCAA do not apply;

- (2) If such jurisdiction does not exist, should this court order that the Land Title register be rectified to reflect 235 Co.'s ownership of the GORs or should some other remedy be granted; and
- (3) What was the applicable time within which 235 Co. was required to appeal and/or seek a stay and did 235 Co.'s communication that it was considering an appeal affect the rights of the parties.

[19] The Insolvency Institute of Canada was granted intervener status. It describes itself as a non-profit, non-partisan and non-political organization comprised of Canada's leading insolvency and restructuring professionals.

A. Jurisdiction to Extinguish an Interest in Land Using a Vesting Order

(1) Positions of Parties

[20] The appellant 235 Co. initially took the position that no authority exists under s. 100 of the CJA, s. 243 of BIA, or the court's inherent jurisdiction to extinguish a real property interest that does not belong to the company in receivership. However, in oral argument, counsel conceded that the court did have jurisdiction under s. 100 of the CJA but the motion judge exercised that jurisdiction incorrectly. 235 Co. adopted the approach used by Wilton-Siegel J. in *Romspen Investment Corporation v. Woods Property Development Inc.*, 2011 ONSC 3648, 75 C.B.R. (5th) 109, at para. 190, rev'd on other grounds, 2011 ONCA 817, 286 O.A.C. 189. It took the position that if the real property interest is worthless, contingent, or incomplete, the court has jurisdiction to extinguish

the interest. However here, 235 Co. held complete and non-contingent title to the GORs and its interest had value.

[21] In response, the respondent Third Eye states that a broad purposive interpretation of s. 243 of the BIA and s. 100 of the CJA allows for extinguishment of the GORs. Third Eye also relies on the court's inherent jurisdiction in support of its position. It submits that without a broad and purposive approach, the statutory insolvency provisions are unworkable. In addition, the *Conveyancing and Law of Property Act*, R.S.O. 1990, c. C. 34 ("CLPA") provides a mechanism for rights associated with an encumbrance to be channelled to a payment made into court. Lastly, Third Eye submits that if the court accedes to the position of 235 Co., Dianor's asset and 235 Co.'s GORs will waste. In support of this argument, Third Eye notes there were only two bids for Dianor's mining claims, both of which required the GORs to be significantly reduced or eliminated entirely. For its part, Third Eye states that "there is no deal with the GORs on title" as its bid was contingent on the GORs being vested off.

[22] The respondent Receiver supports the position taken by Third Eye that the motion judge had jurisdiction to grant the order vesting off the GORs and that he appropriately exercised that jurisdiction in granting the order under s. 243 of the BIA and, in the alternative, the court's inherent jurisdiction.

[23] The respondent Algoma supports the position advanced by Third Eye and the Receiver. Both it and 235 Co. have been paid and the Monitor has disbursed the funds paid to Algoma. The transaction cannot now be unwound.

[24] The intervener, the Insolvency Institute of Canada, submits that a principled approach to vesting out property in insolvency proceedings is critical for a properly functioning restructuring regime. It submits that the court has inherent and equitable jurisdiction to extinguish third party proprietary interests, including interests in land, by utilizing a vesting order as a gap-filling measure where the applicable statutory instrument is silent or may not have dealt with the matter exhaustively. The discretion is a narrow but necessary power to prevent undesirable outcomes and to provide added certainty in insolvency proceedings.

(2) Analysis

(a) Significance of Vesting Orders

[25] To appreciate the significance of vesting orders, it is useful to describe their effect. A vesting order “effects the transfer of purchased assets to a purchaser on a *free and clear* basis, while preserving the relative priority of competing claims against the debtor vendor with respect to the proceeds generated by the sale transaction” (emphasis in original): David Bish & Lee Cassey, “Vesting Orders Part 1: The Origins and Development” (2015) 32:4

Nat'l. Insolv. Rev. 41, at p. 42 (“Vesting Orders Part 1”). The order acts as a conveyance of title and also serves to extinguish encumbrances on title.

[26] A review of relevant literature on the subject reflects the pervasiveness of vesting orders in the insolvency arena. Luc Morin and Nicholas Mancini describe the common use of vesting orders in insolvency practice in “Nothing Personal: the *Bloom Lake* Decision and the Growing Outreach of Vesting Orders Against *in personam* Rights” in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2017* (Toronto: Thomson Reuters, 2018) 905, at p. 938:

Vesting orders are now commonly being used to transfer entire businesses. Savvy insolvency practitioners have identified this path as being less troublesome and more efficient than having to go through a formal plan of arrangement or *BIA* proposal.

[27] The significance of vesting orders in modern insolvency practice is also discussed by Bish and Cassey in “Vesting Orders Part 1”, at pp. 41-42:

Over the past decade, a paradigm shift has occurred in Canadian corporate insolvency practice: there has been a fundamental transition in large cases from a dominant model in which a company restructures its business, operations, and liabilities through a plan of arrangement approved by each creditor class, to one in which a company instead conducts a sale of all or substantially all of its assets on a going concern basis outside of a plan of arrangement ...

Unquestionably, this profound transformation would not have been possible without the *vesting order*. It is the cornerstone of the modern “restructuring” age of corporate asset sales and secured creditor realizations ... The vesting order is the holy grail sought by every

purchaser; it is the carrot dangled by debtors, court officers, and secured creditors alike in pursuing and negotiating sale transactions. If Canadian courts elected to stop granting vesting orders, the effect on the insolvency practice would be immediate and extraordinary. Simply put, the system could not function in its present state without vesting orders. [Emphasis in original.]

[28] The authors emphasize that a considerable portion of Canadian insolvency practice rests firmly on the granting of vesting orders: see David Bish & Lee Cassey, “Vesting Orders Part 2: The Scope of Vesting Orders” (2015) 32:5 Nat’l Insolv. Rev. 53, at p. 56 (“Vesting Orders Part 2”). They write that the statement describing the unique nature of vesting orders reproduced from Houlden, Morawetz and Sarra (and cited at para. 109 of the reasons in stage one of this appeal)⁴ which relied on 1985 and 2003 decisions from Saskatchewan is remarkable and bears little semblance to the current practice. The authors do not challenge or criticize the use of vesting orders. They make an observation with which I agree, at p. 65, that: “a more transparent and conscientious

⁴ To repeat, the statement quoted from Lloyd W. Houlden, Geoffrey B. Morawetz & Janis P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed., loose-leaf (Toronto: Carswell, 2009), at Part XI, L§21, said:

A vesting order should only be granted if the facts are not in dispute and there is no other available or reasonably convenient remedy; or in exceptional circumstances where compliance with the regular and recognized procedure for sale of real estate would result in an injustice. In a receivership, the sale of the real estate should first be approved by the court. The application for approval should be served upon the registered owner and all interested parties. If the sale is approved, the receiver may subsequently apply for a vesting order, but a vesting order should not be made until the rights of all interested parties have either been relinquished or been extinguished by due process. [Citations omitted.]

application of the formative equitable principles and considerations relating to vesting orders will assist in establishing a proper balancing of interests and a framework understood by all participants.”

(b) Potential Roots of Jurisdiction

[29] In analysing the issue of whether there is jurisdiction to extinguish 235 Co.’s GORs, I will first address the possible roots of jurisdiction to grant vesting orders and then I will examine how the legal framework applies to the factual scenario engaged by this appeal.

[30] As mentioned, in oral submissions, the appellant conceded that the motion judge had jurisdiction; his error was in exercising that jurisdiction by extinguishing a property interest that belonged to 235 Co. Of course, a party cannot confer jurisdiction on a court on consent or otherwise, and I do not draw on that concession. However, as the submissions of the parties suggest, there are various potential sources of jurisdiction to vest out the GORs: s. 100 of the CJA, s. 243 of the BIA, s. 21 of the CLPA, and the court’s inherent jurisdiction. I will address the first three potential roots for jurisdiction. As I will explain, it is unnecessary to resort to reliance on inherent jurisdiction.

(c) The Hierarchical Approach to Jurisdiction in the Insolvency

Context

[31] Before turning to an analysis of the potential roots of jurisdiction, it is important to consider the principles which guide a court's determination of questions of jurisdiction in the insolvency context. In *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 65, Deschamps J. adopted the hierarchical approach to addressing the court's jurisdiction in insolvency matters that was espoused by Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra in their article "Selecting the Judicial Tool to Get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (Toronto: Thomson Carswell, 2008) 41. The authors suggest that in addressing under-inclusive or skeletal legislation, first one "should engage in statutory interpretation to determine the limits of authority, adopting a broad, liberal and purposive interpretation that may reveal that authority": at p. 42. Only then should one turn to inherent jurisdiction to fill a possible gap. "By determining first whether the legislation can bear a broad and liberal interpretation, judges may avoid the difficulties associated with the exercise of inherent jurisdiction": at p. 44. The authors conclude at p. 94:

On the authors' reading of the commercial jurisprudence, the problem most often for the court to resolve is that the legislation in question is under-

inclusive. It is not ambiguous. It simply does not address the application that is before the court, or in some cases, grants the court the authority to make any order it thinks fit. While there can be no magic formula to address this recurring situation, and indeed no one answer, it appears to the authors that practitioners have available a number of tools to accomplish the same end. In determining the right tool, it may be best to consider the judicial task as if in a hierarchy of judicial tools that may be deployed. The first is examination of the statute, commencing with consideration of the precise wording, the legislative history, the object and purposes of the Act, perhaps a consideration of Driedger's principle of reading the words of the Act in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament, and a consideration of the gap-filling power, where applicable. It may very well be that this exercise will reveal that a broad interpretation of the legislation confers the authority on the court to grant the application before it. Only after exhausting this statutory interpretative function should the court consider whether it is appropriate to assert an inherent jurisdiction. Hence, inherent jurisdiction continues to be a valuable tool, but not one that is necessary to utilize in most circumstances.

[32] Elmer A. Driedger's now famous formulation is that the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworth's, 1974), at p. 67. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141,

at para. 9. This approach recognizes that “statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone”: *Rizzo*, at para. 21.

(d) Section 100 of the CJA

[33] This brings me to the CJA. In Ontario, the power to grant a vesting order is conferred by s. 100 of the CJA which states that:

A court may by order vest in any person an interest in real or personal property that the court has authority to order be disposed of, encumbered or conveyed.

[34] The roots of s. 100 and vesting orders more generally, can be traced to the courts of equity. Vesting orders originated as a means to enforce an order of the Court of Chancery which was a court of equity. In 1857, *An Act for further increasing the efficiency and simplifying the proceedings of the Court of Chancery*, c. 1857, c. 56, s. VIII was enacted. It provided that where the court had power to order the execution of a deed or conveyance of a property, it now also had the power to make a vesting order for such property.⁵ In other words, it is a power to vest property from one party to another in order to implement the order of the court. As explained by this court in *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.), at para. 281, leave

⁵ Such orders were subsequently described as vesting orders in *An Act respecting the Court of Chancery*, C.S.U.C. 1859, c. 12, s. 63. The authority to grant vesting orders was inserted into the *The Judicature Act*, R.S.O. 1897, c. 51, s. 36 in 1897 when the Courts of Chancery were abolished. Section 100 of the CJA appeared in 1984 with the demise of *The Judicature Act*: see *An Act to revise and consolidate the Law respecting the Organization, Operation and Proceedings of Courts of Justice in Ontario*, S.O. 1984, c. 11, s. 113.

to appeal refused, [2001] S.C.C.A. No. 63, the court's statutory power to make a vesting order supplemented its contempt power by allowing the court to effect a change of title in circumstances where the parties had been directed to deal with property in a certain manner but had failed to do so. Vesting orders are equitable in origin and discretionary in nature: *Chippewas*, at para. 281.

[35] Blair J.A. elaborated on the nature of vesting orders in *Re Regal Constellation Hotel Ltd.* (2004), 71 O.R. (3d) 355 (C.A.), at para. 33:

A vesting order, then, had a dual character. It is on the one hand a court order ("allowing the court to effect the change of title directly"), and on the other hand a conveyance of title (vesting "an interest in real or personal property" in the party entitled thereto under the order).

[36] Frequently vesting orders would arise in the context of real property, family law and wills and estates. *Trick v. Trick* (2006), 81 O.R. (3d) 241 (C.A.), leave to appeal refused, [2006] S.C.C.A. No. 388, involved a family law dispute over the enforcement of support orders made under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). The motion judge in *Trick* had vested 100 per cent of the appellant's private pension in the respondent in order to enforce a support order. In granting the vesting order, the motion judge relied in part on s. 100 of the CJA. On appeal, the appellant argued that the vesting order contravened s. 66(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P. 8 which permitted execution against a pension benefit to enforce a support order only up to a

maximum of 50 per cent of the benefit. This court allowed the appeal and held that a vesting order under s. 100 of the CJA could not be granted where to do so would contravene a specific provision of the *Pension Benefits Act*: at para. 16. Lang J.A. stated at para. 16 that even if a vesting order was available in equity, that relief should be refused where it would conflict with the specific provisions of the *Pension Benefits Act*. In *obiter*, she observed that s. 100 of the CJA “does not provide a free standing right to property simply because the court considers that result equitable”: at para. 19.

[37] The motion judge in the case under appeal rejected the applicability of *Trick* stating, at para. 37:

That case [*Trick*] i[s] not the same as this case. In that case, there was no right to order the CPP and OAS benefits to be paid to the wife. In this case, the BIA and the *Courts of Justice Act* give the Court that jurisdiction to order the property to be sold and on what terms. Under the receivership in this case, Third Eye is entitled to be the purchaser of the assets pursuant to the bid process authorized by the Court.

[38] It is unclear whether the motion judge was concluding that either statute provided jurisdiction or that together they did so.

[39] Based on the *obiter* in *Trick*, absent an independent basis for jurisdiction, the CJA could not be the sole basis on which to grant a vesting order. There had to be some other root for jurisdiction in addition to or in place of the CJA.

[40] In their article “Vesting Orders Part 1”, Bish and Cassey write at p. 49:

Section 100 of the CJA is silent as to any transfer being on a *free and clear* basis. There appears to be very little written on this subject, but, presumably, the power would flow from the court being a court of equity and from the very practical notion that it, pursuant to its equitable powers, can issue a vesting order transferring assets and should, correspondingly, have the power to set the terms of such transfer so long as such terms accord with the principles of equity. [Emphasis in original.]

[41] This would suggest that provided there is a basis on which to grant an order vesting property in a purchaser, there is a power to vest out interests on a free and clear basis so long as the terms of the order are appropriate and accord with the principles of equity.

[42] This leads me to consider whether jurisdiction exists under s. 243 of the BIA both to sell assets and to set the terms of the sale including the granting of a vesting order.

(e) Section 243 of the BIA

[43] The BIA is remedial legislation and should be given a liberal interpretation to facilitate its objectives: *Ford Motor Company of Canada, Limited v. Welcome Ford Sales Ltd.*, 2011 ABCA 158, 505 A.R. 146, at para. 43; *Nautical Data International Inc., Re*, 2005 NLTD 104, 249 Nfld. & P.E.I.R. 247, at para. 9; *Re Bell*, 2013 ONSC 2682, at para. 125; and *Scenna v. Gurizzan* (1999), 11 C.B.R. (4th) 293 (Ont. S.C.), at para. 4. Within this context, and in order to understand

the scope of s. 243, it is helpful to review the wording, purpose, and history of the provision.

The Wording and Purpose of s. 243

[44] Section 243 was enacted in 2005 and came into force in 2009. It authorizes the court to appoint a receiver where it is “just or convenient” to do so. As explained by the Supreme Court in *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, prior to 2009, receivership proceedings involving assets in more than one province were complicated by the simultaneous proceedings that were required in different jurisdictions. There had been no legislative provision authorizing the appointment of a receiver with authority to act nationally. Rather, receivers were appointed under provincial statutes, such as the CJA, which resulted in a requirement to obtain separate appointments in each province or territory where the debtor had assets. “Because of the inefficiency resulting from this multiplicity of proceedings, the federal government amended its bankruptcy legislation to permit their consolidation through the appointment of a national receiver”: *Lemare Lake Logging*, at para. 1. Section 243 was the outcome.

[45] Under s. 243, the court may appoint a receiver to, amongst other things, take any other action that the court considers advisable. Specifically, s. 243(1) states:

243(1). Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or,

(c) take any other action that the court considers advisable.

[46] "Receiver" is defined very broadly in s. 243(2), the relevant portion of which states:

243(2) [I]n this Part, **receiver** means a person who

(a) is appointed under subsection (1); or

(b) is appointed to take or takes possession or control – of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt – under

(i) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a "security agreement"), or

(ii) a court order made under another Act of Parliament, or an Act of a legislature of a province, that provides for or authorizes the appointment of a receiver or a receiver – manager. [Emphasis in original.]

[47] *Lemare Lake Logging* involved a constitutional challenge to Saskatchewan's farm security legislation. The Supreme Court concluded, at para. 68, that s. 243 had a simple and narrow purpose: the establishment of a

regime allowing for the appointment of a national receiver and the avoidance of a multiplicity of proceedings and resulting inefficiencies. It was not meant to circumvent requirements of provincial laws such as the 150 day notice of intention to enforce requirement found in the Saskatchewan legislation in issue.

The History of s. 243

[48] The origins of s. 243 can be traced back to s. 47 of the BIA which was enacted in 1992. Before 1992, typically in Ontario, receivers were appointed privately or under s. 101 of the CJA and s. 243 was not in existence.

[49] In 1992, s. 47(1) of the BIA provided for the appointment of an interim receiver when the court was satisfied that a secured creditor had or was about to send a notice of intention to enforce security pursuant to s. 244(1). Section 47(2) provided that the court appointing the interim receiver could direct the interim receiver to do any or all of the following:

47(2) The court may direct an interim receiver appointed under subsection (1) to do any or all of the following:

- (a) take possession of all or part of the debtor's property mentioned in the appointment;
- (b) exercise such control over that property, and over the debtor's business, as the court considers advisable; and
- (c) take such other action as the court considers advisable.

[50] The language of this subsection is similar to that now found in s. 243(1).

[51] Following the enactment of s. 47(2), the courts granted interim receivers broad powers, and it became common to authorize an interim receiver to both operate and manage the debtor's business, and market and sell the debtor's property: Frank Bennett, *Bennett on Bankruptcy*, 21st ed. (Toronto: LexisNexis, 2019), at p. 205; Roderick J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2015), at pp. 505-506.

[52] Such powers were endorsed by judicial interpretation of s. 47(2). Notably, in *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) v. Curragh, Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Farley J. considered whether the language in s. 47(2)(c) that provided that the court could "direct an interim receiver ... to ... take such other action as the court considers advisable", permitted the court to call for claims against a mining asset in the Yukon and bar claims not filed by a specific date. He determined that it did. He wrote, at p. 185:

It would appear to me that Parliament did not take away any inherent jurisdiction from the Court but in fact provided, with these general words, that the Court could enlist the services of an interim receiver to do not only what "justice dictates" but also what "practicality demands." It should be recognized that where one is dealing with an insolvency situation one is not dealing with matters which are neatly organized and operating under predictable discipline. Rather the condition of

insolvency usually carries its own internal seeds of chaos, unpredictability and instability.

See also *Re Loewen Group Inc.* (2001), 22 B.L.R. (3d) 134 (Ont. S.C.)⁶.

[53] Although Farley J. spoke of inherent jurisdiction, given that his focus was on providing meaning to the broad language of the provision in the context of Parliament's objective to regulate insolvency matters, this might be more appropriately characterized as statutory jurisdiction under Jackson and Sarra's hierarchy. Farley J. concluded that the broad language employed by Parliament in s. 47(2)(c) provided the court with the ability to direct an interim receiver to do not only what "justice dictates" but also what "practicality demands".

[54] In the intervening period between the 1992 amendments which introduced s. 47, and the 2009 amendments which introduced s. 243, the BIA receivership regime was considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce ("Senate Committee"). One of the problems identified by the Senate Committee, and summarized in *Lemare Lake Logging*, at para. 56, was that "in many jurisdictions, courts had extended the power of interim receivers to such an extent that they closely resembled those of court-appointed receivers." This was a deviation from the original intention that interim receivers serve as "temporary watchdogs" meant to "protect and preserve" the debtor's estate and

⁶ This case was decided before s. 36 of the *Companies' Creditors Arrangements Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA") was enacted but the same principles are applicable.

the interests of the secured creditor during the 10 day period during which the secured creditor was prevented from enforcing its security: *Re Big Sky Living Inc.*, 2002 ABQB 659, 318 A.R. 165, at paras. 7-8; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* (Ottawa: Senate of Canada, 2003), at pp. 144-145 ("Senate Committee Report").⁷

[55] Parliament amended s. 47(2) through the *Insolvency Reform Act 2005* and the *Insolvency Reform Act 2007* which came into force on September 18, 2009.⁸ The amendment both modified the scope and powers of interim receivers, and introduced a receivership regime that was national in scope under s. 243.

[56] Parliament limited the powers conferred on interim receivers by removing the jurisdiction under s. 47(2)(c) authorizing an interim receiver to "take such other action as the court considers advisable". At the same time, Parliament

⁷ This 10 day notice period was introduced following the Supreme Court's decision in *R.E. Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726 (S.C.C.) which required a secured creditor to give reasonable notice prior to the enforcement of its security.

⁸ *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47 ("*Insolvency Reform Act 2005*"); *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36 ("*Insolvency Reform Act 2007*").

introduced s. 243. Notably Parliament adopted substantially the same broad language removed from the old s. 47(2)(c) and placed it into s. 243. To repeat,

243(1). On application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or,

(c) take any other action that the court considers advisable. [Emphasis added.]

[57] When Parliament enacted s. 243, it was evident that courts had interpreted the wording “take such other action that the court considers advisable” in s. 47(2)(c) as permitting the court to do what “justice dictates” and “practicality demands”. As the Supreme Court observed in *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140: “It is a well-established principle that the legislature is presumed to have a mastery of existing law, both common law and statute law”. Thus, Parliament’s deliberate choice to import the wording from s. 47(2)(c) into s. 243(1)(c) must be considered in interpreting the scope of jurisdiction under s. 243(1) of the BIA.

[58] Professor Wood in his text, at p. 510, suggests that in importing this language, Parliament's intention was that the wide-ranging orders formerly made in relation to interim receivers would be available to s. 243 receivers:

The court may give the receiver the power to take possession of the debtor's property, exercise control over the debtor's business, and take any other action that the court thinks advisable. This gives the court the ability to make the same wide-ranging orders that it formerly made in respect of interim receivers, including the power to sell the debtor's property out of the ordinary course of business by way of a going-concern sale or a break-up sale of the assets. [Emphasis added.]

[59] However, the language in s. 243(1) should also be compared with the language used by Parliament in s. 65.13(7) of the BIA and s. 36 of the CCAA. Both of these provisions were enacted as part of the same 2009 amendments that established s. 243.

[60] In s. 65.13(7), the BIA contemplates the sale of assets during a proposal proceeding. This provision expressly provides authority to the court to: (i) authorize a sale or disposition (ii) free and clear of any security, charge or other restriction, and (iii) if it does, order the proceeds of the sale or disposition be subject to a security, charge or other restriction in favour of the creditor whose security, charge or other restriction is to be affected by the order.

[61] The language of s. 36(6) of the CCAA which deals with the sale or disposition of assets of a company under the protection of the CCAA is identical to that of s. 65.13(7) of the BIA.

[62] Section 243 of the BIA does not contain such express language. Rather, as mentioned, s. 243(1)(c) simply uses the language “take any other action that the court considers advisable”.

[63] This squarely presents the problem identified by Jackson and Sarra: the provision is not ambiguous. It simply does not address the issue of whether the court can issue a vesting order under s. 243 of the BIA. Rather, s. 243 uses broad language that grants the court the authority to authorize any action it considers advisable. The question then becomes whether this broad wording, when interpreted in light of the legislative history and statutory purpose, confers jurisdiction to grant sale and vesting orders in the insolvency context. In answering this question, it is important to consider whether the omission from s. 243 of the language found in 65.13(7) of the BIA and s. 36(6) of the CCAA impacts the interpretation of s. 243. To assist in this analysis, recourse may be had to principles of statutory interpretation.

[64] In some circumstances, an intention to exclude certain powers in a legislative provision may be implied from the express inclusion of those powers in another provision. The doctrine of implied exclusion (*expressio unius est*

exclusio alterius) is discussed by Ruth Sullivan in her leading text *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at p. 154:

An intention to exclude may legitimately be implied whenever a thing is not mentioned in a context where, if it were meant to be included, one would have expected it to be expressly mentioned. Given an expectation of express mention, the silence of the legislature becomes meaningful. An expectation of express reference legitimately arises whenever a pattern or practice of express reference is discernible. Since such patterns and practices are common in legislation, reliance on implied exclusion reasoning is also common.

[65] However, Sullivan notes that the doctrine of implied exclusion “[l]ike the other presumptions relied on in textual analysis ... is merely a presumption and can be rebutted.” The Supreme Court has acknowledged that when considering the doctrine of implied exclusion, the provisions must be read in light of their context, legislative histories and objects: see *Marche v. Halifax Insurance Co.*, 2005 SCC 6, [2005] 1 S.C.R. 47, at para. 19, *per* McLachlin C.J.; *Copthorne Holdings Ltd. v. R.*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, at paras. 110-111.

[66] The Supreme Court noted in *Turgeon v. Dominion Bank*, [1930] S.C.R. 67, at pp. 70-71, that the maxim *expressio unius est exclusio alterius* “no doubt ... has its uses when it aids to discover intention; but, as has been said, while it is often a valuable servant, it is a dangerous master to follow. Much depends upon the context.” In this vein, Rothstein J. stated in *Copthorne*, at paras. 110-111:

I do not rule out the possibility that in some cases the underlying rationale of a provision would be no broader

than the text itself. Provisions that may be so construed, having regard to their context and purpose, may support the argument that the text is conclusive because the text is consistent with and fully explains its underlying rationale.

However, the implied exclusion argument is misplaced where it relies exclusively on the text of the ... provisions without regard to their underlying rationale.

[67] Thus, in determining whether the doctrine of implied exclusion may assist, a consideration of the context and purpose of s. 65.13 of the BIA and s. 36 of the CCAA is relevant. Section 65.13 of the BIA and s. 36 of the CCAA do not relate to receiverships but to restructurings and reorganizations.

[68] In its review of the two statutes, the Senate Committee concluded that, in certain circumstances involving restructuring proceedings, stakeholders could benefit from an insolvent company selling all or part of its assets, but felt that, in approving such sales, courts should be provided with legislative guidance “regarding minimum requirements to be met during the sale process”: Senate Committee Report, pp. 146-148.

[69] Commentators have noted that the purpose of the amendments was to provide “the debtor with greater flexibility in dealing with its property while limiting the possibility of abuse”: Lloyd W. Houlden, Geoffrey B. Morawetz & Janis P. Sarra, *The 2018-2019 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Thomson Reuters, 2018), at p. 294.

[70] These amendments and their purpose must be read in the context of insolvency practice at the time they were enacted. The nature of restructurings under the CCAA has evolved considerably over time. Now liquidating CCAAs, as they are described, which involve sales rather than a restructuring, are commonplace. The need for greater codification and guidance on the sale of assets outside of the ordinary course of business in restructuring proceedings is highlighted by Professor Wood's discussion of the objective of restructuring law. He notes that while at one time, the objective was relatively uncontested, it has become more complicated as restructurings are increasingly employed as a mechanism for selling the business as a going concern: Wood, at p. 337.

[71] In contrast, as I will discuss further, typically the nub of a receiver's responsibility is the liquidation of the assets of the insolvent debtor. There is much less debate about the objectives of a receivership, and thus less of an impetus for legislative guidance or codification. In this respect, the purpose and context of the sales provisions in s. 65.13 of the BIA and s. 36 of the CCAA are distinct from those of s. 243 of the BIA. Due to the evolving use of the restructuring powers of the court, the former demanded clarity and codification, whereas the law governing sales in the context of receiverships was well established. Accordingly, rather than providing a detailed code governing sales, Parliament utilized broad wording to describe both a receiver and a receiver's powers under s. 243. In light of this distinct context and legislative purpose, I do

not find that the absence of the express language found in s. 65.13 of the BIA and s. 36 of the CCAA from s. 243 forecloses the possibility that the broad wording in s. 243 confers jurisdiction to grant vesting orders.

Section 243 – Jurisdiction to Grant a Sales Approval and Vesting Order

[72] This brings me to an analysis of the broad language of s. 243 in light of its distinct legislative history, objective and purposes. As I have discussed, s. 243 was enacted by Parliament to establish a receivership regime that eliminated a patchwork of provincial proceedings. In enacting this provision, Parliament imported into s. 243(1)(c) the broad wording from the former s. 47(2)(c) which courts had interpreted as conferring jurisdiction to direct an interim receiver to do not only what “justice dictates” but also what “practicality demands”. Thus, in interpreting s. 243, it is important to elaborate on the purpose of receiverships generally.

[73] The purpose of a receivership is to “enhance and facilitate the preservation and realization of the assets for the benefit of creditors”: *Hamilton Wentworth Credit Union Ltd. v. Courtcliffe Parks Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 781 (Gen. Div.), at p. 787. Such a purpose is generally achieved through a liquidation of the debtor’s assets: Wood, at p. 515. As the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court noted in *Bayhold Financial Corp. v. Clarkson Co. Ltd. and Scouler* (1991), 108 N.S.R. (2d) 198 (N.S.C.A.), at para. 34, “the essence of a

receiver's powers is to liquidate the assets". The receiver's "primary task is to ensure that the highest value is received for the assets so as to maximise the return to the creditors": *1117387 Ontario Inc. v. National Trust Company*, 2010 ONCA 340, 262 O.A.C. 118, at para. 77.

[74] This purpose is reflected in commercial practice. Typically, the order appointing a receiver includes a power to sell: see for example the Commercial List Model Receivership Order, at para. 3(k). There is no express power in the BIA authorizing a receiver to liquidate or sell property. However, such sales are inherent in court-appointed receiverships and the jurisprudence is replete with examples: see e.g. *bcIMC Construction Fund Corp. v. Chandler Homer Street Ventures Ltd.*, 2008 BCSC 897, 44 C.B.R. (5th) 171 (in Chambers), *Royal Bank v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 11 C.B.R. (4th) 230, *Skyepharma PLC v. Hyal Pharmaceutical Corp.* (1999), 12 C.B.R. (4th) 87 (Ont. S.C.), *aff'd* (2000), 47 O.R. (3d) 234 (C.A.).

[75] Moreover, the mandatory statutory receiver's reports required by s. 246 of the BIA direct a receiver to file a "statement of all property of which the receiver has taken possession or control that has not yet been sold or realized" during the receivership (emphasis added): *Bankruptcy and Insolvency General Rules*, C.R.C. c. 368, r. 126 ("BIA Rules").

[76] It is thus evident from a broad, liberal, and purposive interpretation of the BIA receivership provisions, including s. 243(1)(c), that implicitly the court has the jurisdiction to approve a sale proposed by a receiver and courts have historically acted on that basis. There is no need to have recourse to provincial legislation such as s.100 of the CJA to sustain that jurisdiction.

[77] Having reached that conclusion, the question then becomes whether this jurisdiction under s. 243 extends to the implementation of the sale through the use of a vesting order as being incidental and ancillary to the power to sell. In my view it does. I reach this conclusion for two reasons. First, vesting orders are necessary in the receivership context to give effect to the court's jurisdiction to approve a sale as conferred by s. 243. Second, this interpretation is consistent with, and furthers the purpose of, s. 243. I will explain.

[78] I should first indicate that the case law on vesting orders in the insolvency context is limited. In *Re New Skeena Forest Products Inc.*, 2005 BCCA 154, 9 C.B.R. (5th) 267, the British Columbia Court of Appeal held, at para. 20, that a court-appointed receiver was entitled to sell the assets of New Skeena Forest Products Inc. free and clear of the interests of all creditors and contractors. The court pointed to the receivership order itself as the basis for the receiver to request a vesting order, but did not discuss the basis of the court's jurisdiction to grant the order. In 2001, in *Re Loewen Group Inc.*, Farley J. concluded, at para. 6, that in the CCAA context, the court's inherent jurisdiction formed the

basis of the court's power and authority to grant a vesting order. The case was decided before amendments to the CCAA which now specifically permit the court to authorize a sale of assets free and clear of any charge or other restriction. The Nova Scotia Supreme Court in *Enterprise Cape Breton Corp. v. Crown Jewel Resort Ranch Inc.*, 2014 NSSC 420, 353 N.S.R. (2d) 194 stated that neither provincial legislation nor the BIA provided authority to grant a vesting order.

[79] In *Anglo Pacific Group PLC v. Ernst & Young Inc.*, 2013 QCCA 1323, the Quebec Court of Appeal concluded that pursuant to s. 243(1)(c) of the BIA, a receiver can ask the court to sell the property of the bankrupt debtor, free of any charge. In that case, the judge had discharged a debenture, a royalty agreement and universal hypothecs. After reciting s. 243, Thibault J.A., writing for the court stated, at para 98: "It is pursuant to paragraph 243(1) of the BIA that the receiver can ask the court to sell the property of a bankrupt debtor, free of any charge." Although in that case, unlike this appeal, the Quebec Court of Appeal concluded that the instruments in issue did not represent interests in land or 'real rights', it nonetheless determined that s. 243(1)(c) provided authority for the receiver to seek to sell property free of any charge(s) on the property.

[80] The necessity for a vesting order in the receivership context is apparent. A receiver selling assets does not hold title to the assets and a receivership does

not effect a transfer or vesting of title in the receiver. As Bish and Cassey state in “Vesting Orders Part 2”, at p. 58, “[a] vesting order is a vital legal ‘bridge’ that facilitates the receiver’s giving good and undisputed title to a purchaser. It is a document to show to third parties as evidence that the purported conveyance of title by the receiver – which did not hold the title – is legally valid and effective.” As previously noted, vesting orders in the insolvency context serve a dual purpose. They provide for the conveyance of title and also serve to extinguish encumbrances on title in order to facilitate the sale of assets.

[81] The Commercial List’s Model Receivership Order authorizes a receiver to apply for a vesting order or other orders necessary to convey property “free and clear of any liens or encumbrances”: see para. 3(l). This is of course not conclusive but is a reflection of commercial practice. This language is placed in receivership orders often on consent and without the court’s advertence to the authority for such a term. As Bish and Cassey note in “Vesting Orders Part 1”, at p. 42, the vesting order is the “holy grail” sought by purchasers and has become critical to the ability of debtors and receivers to negotiate sale transactions in the insolvency context. Indeed, the motion judge observed that the granting of vesting orders in receivership sales is “a near daily occurrence on the Commercial List”: at para. 31. As such, this aspect of the vesting order assists in advancing the purpose of s. 243 and of receiverships generally, being the realization of the debtor’s assets. It is self-evident that purchasers of assets

do not wish to acquire encumbered property. The use of vesting orders is in essence incidental and ancillary to the power to sell.

[82] As I will discuss further, while jurisdiction for this aspect of vesting orders stems from s. 243, the exercise of that jurisdiction is not unbounded.

[83] The jurisdiction to vest assets in a purchaser in the context of a national receivership is reflective of the objective underlying s. 243. With a national receivership, separate sales approval and vesting orders should not be required in each province in which assets are being sold. This is in the interests of efficiency and if it were otherwise, the avoidance of a multiplicity of proceedings objective behind s. 243 would be undermined, as would the remedial purpose of the BIA.

[84] If the power to vest does not arise under s. 243 with the appointment of a national receiver, the sale of assets in different provinces would require a patchwork of vesting orders. This would be so even if the order under s. 243 were on consent of a third party or unopposed, as jurisdiction that does not exist cannot be conferred.

[85] In my view, s. 243 provides jurisdiction to the court to authorize the receiver to enter into an agreement to sell property and in furtherance of that power, to grant an order vesting the purchased property in the purchaser. Thus, here the Receiver had the power under s. 243 of the BIA to enter into an

agreement to sell Dianor's property, to seek approval of that sale, and to request a vesting order from the court to give effect to the sale that was approved.

[86] Lastly, I would also observe that this conclusion supports the flexibility that is a hallmark of the Canadian system of insolvency – it facilitates the maximization of proceeds and realization of the debtor's assets, but as I will explain, at the same time operates to ensure that third party interests are not inappropriately violated. This conclusion is also consonant with contemporary commercial realities; realities that are reflected in the literature on the subject, the submissions of counsel for the intervener, the Insolvency Institute of Canada, and the model Commercial List Sales Approval and Vesting Order. Parliament knew that by importing the broad language of s. 47(2)(c) into s. 243(1)(c), the interpretation accorded s. 243(1) would be consistent, thus reflecting a desire for the receivership regime to be flexible and responsive to evolving commercial practice.

[87] In summary, I conclude that jurisdiction exists under s. 243(1) of the BIA to grant a vesting order vesting property in a purchaser. This jurisdiction extends to receivers who are appointed under the provisions of the BIA.

[88] This analysis does not preclude the possibility that s. 21 of the CLPA also provides authority for vesting property in the purchaser free and clear of

encumbrances. The language of this provision originated in the British *Conveyancing and Law of Property Act, 1881*, 44 & 45 Vict. ch. 41 and has been the subject matter of minimal judicial consideration. In a nutshell, s. 21 states that where land subject to an encumbrance is sold, the court may direct payment into court of an amount sufficient to meet the encumbrance and declare the land to be free from the encumbrance. The word “encumbrance” is not defined in the CLPA.

[89] G. Thomas Johnson in Anne Warner La Forest, ed., *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed., loose-leaf (Toronto: Thomson Reuters, 2017), at §34:10 states:

The word “encumbrance” is not a technical term. Rather, it is a general expression and must be interpreted in the context in which it is found. It has a broad meaning and may include many disparate claims, charges, liens or burdens on land. It has been defined as “every right to or interest in land granted to the diminution of the value of the land but consistent with the passing of the fee”.

[90] The author goes on to acknowledge however, that even this definition, broad as it is, is not comprehensive enough to cover all possible encumbrances.

[91] That said, given that s. 21 of the CLPA was not a basis advanced before the motion judge, for the purposes of this appeal, it is unnecessary to conclusively determine this issue.

B. Was it Appropriate to Vest out 235 Co's GORs?

[92] This takes me to the next issue – the scope of the sales approval and vesting order and whether 235 Co.'s GORs should have been extinguished.

[93] Accepting that the motion judge had the jurisdiction to issue a sales approval and vesting order, the issue then becomes not one of “jurisdiction” but rather one of “appropriateness” as Blair J.A. stated in *Re Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 42, leave to appeal refused, (1998), 32 C.B.R. (4th) 21 (Ont. C.A.). Put differently, should the motion judge have exercised his jurisdiction to extinguish the appellant's GORs from title?

[94] In the first stage of this appeal, this court concluded that the GORs constituted interests in land. In the second stage, I have determined that the motion judge did have jurisdiction to grant a sales approval and vesting order. I must then address the issue of scope and determine whether the motion judge erred in ordering that the GORs be extinguished from title.

(1) Review of the Case Law

[95] As illustrated in the first stage of this appeal and as I will touch upon, a review of the applicable jurisprudence reflects very inconsistent treatment of vesting orders.

[96] In some cases, courts have denied a vesting order on the basis that the debtor's interest in the property circumscribes a receiver's sale rights. For example, in *1565397 Ontario Inc., Re* (2009), 54 C.B.R. (5th) 262 (Ont. S.C.), the receiver sought an order authorizing it to sell the debtor's property free of an undertaking the debtor gave to the respondents to hold two lots in trust if a plan of subdivision was not registered by the closing date. Wilton-Siegel J. found that the undertaking created an interest in land. He stated, at para. 68, that the receiver had taken possession of the property of the debtor only and could not have any interest in the respondents' interest in the property and as such, he was not prepared to authorize the sale free of the undertaking. Wilton-Siegel J. then went on to discuss five "equitable considerations" that justified the refusal to grant the vesting order.

[97] Some cases have weighed "equitable considerations" to determine whether a vesting order is appropriate. This is evident in certain decisions involving the extinguishment of leasehold interests. In *Meridian Credit Union v. 984 Bay Street Inc.*, [2005] O.J. No. 3707 (S.C.), the court-appointed receiver had sought a declaration that the debtor's land could be sold free and clear of three non-arm's length leases. Each of the lease agreements provided that it was subordinate to the creditor's security interest, and the lease agreements were not registered on title. This court remitted the matter back to the motion judge and directed him to consider the equities to determine whether it was

appropriate to sell the property free and clear of the leases: see *Meridian Credit Union Ltd. v. 984 Bay Street Inc.*, [2006] O.J. No. 1726 (C.A.). The motion judge subsequently concluded that the equities supported an order terminating the leases and vesting title in the purchaser free and clear of any leasehold interests: *Meridian Credit Union v. 984 Bay Street Inc.*, [2006] O.J. No. 3169 (S.C.).

[98] An equitable framework was also applied by Wilton-Siegel J. in *Romspen*. In *Romspen*, Home Depot entered into an agreement of purchase and sale with the debtor to acquire a portion of the debtor's property on which a new Home Depot store was to be constructed. The acquisition of the portion of property was contingent on compliance with certain provisions of the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13. The debtor defaulted on its mortgage over its entire property and a receiver was appointed.

[99] The receiver entered into a purchase and sale agreement with a third party and sought an order vesting the property in the purchaser free and clear of Home Depot's interest. Home Depot took the position that the receiver did not have the power to convey the property free of Home Depot's interest. Wilton-Siegel J. concluded that a vesting order could be granted in the circumstances. He rejected Home Depot's argument that the receiver took its interest subject to Home Depot's equitable property interest under the agreement of purchase and

sale and the ground lease, as the agreement was only effective to create an interest in land if the provisions of the *Planning Act* had been complied with.

[100] He then considered the equities between the parties. The mortgage had priority over Home Depot's interest and Home Depot had failed to establish that the mortgagee had consented to the subordination of its mortgage to the leasehold interest. In addition, the purchase and sale agreement contemplated a price substantially below the amount secured by the mortgage, thus there would be no equity available for Home Depot's subordinate interest in any event. Wilton-Siegel J. concluded that the equities favoured a vesting of the property in the purchaser free and clear of Home Depot's interests.⁹

[101] As this review of the case law suggests, and as indicated in the First Reasons, there does not appear to be a consistently applied framework of analysis to determine whether a vesting order extinguishing interests ought to be granted. Generally speaking, outcomes have turned on the particular circumstances of a case accounting for factors such as the nature of the property interest, the dealings between the parties, and the relative priority of the competing interests. It is also clear from this review that many cases have

⁹ This court allowed an appeal of the motion judge's order in *Romspen* and remitted the matter back to the motion judge for a new hearing on the basis that the motion judge applied an incorrect standard of proof in making findings of fact by failing to draw reasonable inferences from the evidence, and in particular, on the issue of whether Romspen had expressly or implicitly consented to the construction of the Home Depot stores: see *Romspen Investment Corporation v. Woods Property Development Inc.*, 2011 ONCA 817, 286 O.A.C. 189.

considered the equities to determine whether a third party interest should be extinguished.

(2) Framework for Analysis to Determine if a Third Party Interest Should be Extinguished

[102] In my view, in considering whether to grant a vesting order that serves to extinguish rights, a court should adopt a rigorous cascade analysis.

[103] First, the court should assess the nature and strength of the interest that is proposed to be extinguished. The answer to this question may be determinative thus obviating the need to consider other factors.

[104] For instance, I agree with the Receiver's submission that it is difficult to think of circumstances in which a court would vest out a fee simple interest in land. Not all interests in land share the same characteristics as a fee simple, but there are lesser interests in land that would also defy extinguishment due to the nature of the interest. Consider, for example, an easement in active use. It would be impractical to establish an exhaustive list of interests or to prescribe a rigid test to make this determination given the broad spectrum of interests in land recognized by the law.

[105] Rather, in my view, a key inquiry is whether the interest in land is more akin to a fixed monetary interest that is attached to real or personal property subject to the sale (such as a mortgage or a lien for municipal taxes), or whether the interest is more akin to a fee simple that is in substance an

ownership interest in some ascertainable feature of the property itself. This latter type of interest is tied to the inherent characteristics of the property itself; it is not a fixed sum of money that is extinguished when the monetary obligation is fulfilled. Put differently, the reasonable expectation of the owner of such an interest is that its interest is of a continuing nature and, absent consent, cannot be involuntarily extinguished in the ordinary course through a payment in lieu.

[106] Another factor to consider is whether the parties have consented to the vesting of the interest either at the time of the sale before the court, or through prior agreement. As Bish and Cassey note, vesting orders have become a routine aspect of insolvency practice, and are typically granted on consent: “Vesting Orders Part 2”, at pp. 60, 65.

[107] The more complex question arises when consent is given through a prior agreement such as where a third party has subordinated its interest contractually. *Meridian, Romspen, and Firm Capital Mortgage Funds Inc. v. 2012241 Ontario Ltd.*, 2012 ONSC 4816, 99 C.B.R. (5th) 120 are cases in which the court considered the appropriateness of a vesting order in circumstances where the third party had subordinated its interests. In each of these cases, although the court did not frame the subordination of the interests as the overriding question to consider before weighing the equities, the decisions all acknowledged that the third parties had agreed to subordinate their interest to that of the secured creditor. Conversely, in *Winick v. 1305067*

Ontario Ltd. (2008), 41 C.B.R. (5th) 81 (Ont. S.C.), the court refused to vest out a leasehold interest on the basis that the purchaser had notice of the lease and the purchaser acknowledged that it would purchase the property subject to the terms and conditions of the leases.

[108] The priority of the interests reflected in freely negotiated agreements between parties is an important factor to consider in the analysis of whether an interest in land is capable of being vested out. Such an approach ensures that the express intention of the parties is given sufficient weight and allows parties to contractually negotiate and prioritize their interests in the event of an insolvency.

[109] Thus, in considering whether an interest in land should be extinguished, a court should consider: (1) the nature of the interest in land; and (2) whether the interest holder has consented to the vesting out of their interest either in the insolvency process itself or in agreements reached prior to the insolvency.

[110] If these factors prove to be ambiguous or inconclusive, the court may then engage in a consideration of the equities to determine if a vesting order is appropriate in the particular circumstances of the case. This would include: consideration of the prejudice, if any, to the third party interest holder; whether the third party may be adequately compensated for its interest from the

proceeds of the disposition or sale; whether, based on evidence of value, there is any equity in the property; and whether the parties are acting in good faith. This is not an exhaustive list and there may be other factors that are relevant to the analysis.

(3) The Nature of the Interest in Land of 235 Co.'s GORs

[111] Turning then to the facts of this appeal, in the circumstances of this case, the issue can be resolved by considering the nature of the interest in land held by 235 Co. Here the GORs cannot be said to be a fee simple interest but they certainly were more than a fixed monetary interest that attached to the property. They did not exist simply to secure a fixed finite monetary obligation; rather they were in substance an interest in a continuing and an inherent feature of the property itself.

[112] While it is true, as the Receiver and Third Eye emphasize, that the GORs are linked to the interest of the holder of the mining claims and depend on the development of those claims, that does not make the interest purely monetary. As explained in stage one of this appeal, the nature of the royalty interest as described by the Supreme Court in *Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.*, 2002 SCC 7, [2002] 1 S.C.R. 146, at para. 2 is instructive:

... [R]oyalty arrangements are common forms of arranging exploration and production in the oil and gas industry in Alberta. Typically, the owner of minerals *in situ* will lease to a potential producer the right to extract such minerals. This right is known as a working interest.

A royalty is an unencumbered share or fractional interest in the gross production of such working interest. A lessor's royalty is a royalty granted to (or reserved by) the initial lessor. An overriding royalty or a gross overriding royalty is a royalty granted normally by the owner of a working interest to a third party in exchange for consideration which could include, but is not limited to, money or services (e.g., drilling or geological surveying) (G. J. Davies, "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232, at p. 233). The rights and obligations of the two types of royalties are identical. The only difference is to whom the royalty was initially granted. [Italics in original; underlining added.]

[113] Thus, a GOR is an interest in the gross product extracted from the land, not a fixed monetary sum. While the GOR, like a fee simple interest, may be capable of being valued at a point in time, this does not transform the substance of the interest into one that is concerned with a fixed monetary sum rather than an element of the property itself. The interest represented by the GOR is an ownership in the product of the mining claim, either payable by a share of the physical product or a share of revenues. In other words, the GOR carves out an overriding entitlement to an amount of the property interest held by the owner of the mining claims.

[114] The Receiver submits that the realities of commerce and business efficacy in this case are that the mining claims were unsaleable without impairment of the GORs. That may be, but the imperatives of the mining claim owner should not necessarily trump the interest of the owner of the GORs.

[115] Given the nature of 235 Co.'s interest and the absence of any agreement that allows for any competing priority, there is no need to resort to a consideration of the equities. The motion judge erred in granting an order extinguishing 235 Co.'s GORs.

[116] Having concluded that the court had the jurisdiction to grant a vesting order but the motion judge erred in granting a vesting order extinguishing an interest in land in the nature of the GORs, I must then consider whether the appellant failed to preserve its rights such that it is precluded from persuading this court that the order granted by the motion judge ought to be set aside.

C. 235 Co.'s Appeal of the Motion Judge's Order

[117] 235 Co. served its notice of appeal on November 3, 2016, more than a week after the transaction had closed on October 26, 2016.

[118] Third Eye had originally argued that 235 Co.'s appeal was moot because the vesting order was spent when it was registered on title and the conveyance was effected. It relied on this court's decision in *Regal Constellation* in that regard.

[119] Justice Lauwers wrote that additional submissions were required in the face of the conclusion that 235 Co.'s GORs were interests in land: First Reasons, at para. 21. He queried whether it was appropriate for the court-

appointed receiver to close the transaction when the parties were aware that 235 Co. was considering an appeal prior to the closing of the transaction: at para. 22.

[120] There are three questions to consider in addressing what, if any, remedy is available to 235 Co. in these circumstances:

- (1) What appeal period applies to 235 Co.'s appeal of the sale approval and vesting order;
- (2) Was it permissible for the Receiver to close the transaction in the face of 235 Co.'s October 26, 2016 communication to the Receiver that "an appeal is under consideration"; and
- (3) Does 235 Co. nonetheless have a remedy available under the *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5?

(1) The Applicable Appeal Period

[121] The Receiver was appointed under s. 101 of the CJA and s. 243 of the BIA. The motion judge's decision approving the sale and vesting the property in Third Eye was released through reasons dated October 5, 2016.

[122] Under the CJA, the appeal would be governed by the *Rules of Civil Procedure*, r. 61.04(1) which provides for a 30 day period from which to appeal a final order to the Court of Appeal. In addition, the appellant would have had to have applied for a stay of proceedings.

[123] In contrast, under the BIA, s. 183(2) provides that courts of appeal are “invested with power and jurisdiction at law and in equity, according to their ordinary procedures except as varied by” the BIA or the BIA Rules, to hear and determine appeals. An appeal lies to the Court of Appeal if the point at issue involves future rights; if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings; if the property involved in the appeal exceeds in value \$10,000; from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims of creditors exceed \$5,000; and in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal: BIA, s. 193. Given the nature of the dispute and the value in issue, no leave was required and indeed, none of the parties took the position that it was. There is therefore no need to address that issue.

[124] Under r. 31 of the BIA Rules, a notice of appeal must be filed “within 10 days after the day of the order or decision appealed from, or within such further time as a judge of the court of appeal stipulates.”

[125] The 10 days runs from the day the order or decision was rendered: *Moss (Bankrupt), Re* (1999), 138 Man. R. (2d) 318 (C.A., in Chambers), at para. 2; *Re Koska*, 2002 ABCA 138, 303 A.R. 230, at para. 16; *CWB Maxium Financial Inc. v. 6934235 Manitoba Ltd. (c.o.b. White Cross Pharmacy Wolseley)*, 2019 MBCA 28 (in Chambers), at para. 49. This is clear from the fact that both r. 31 and s. 193 speak of “order or decision” (emphasis added). If an

entered and issued order were required, there would be no need for this distinction.¹⁰ Accordingly, the “[t]ime starts to run on an appeal under the *BIA* from the date of pronouncement of the decision, not from the date the order is signed and entered”: *Re Koska*, at para. 16.

[126] Although there are cases where parties have conceded that the *BIA* appeal provisions apply in the face of competing provincial statutory provisions (see e.g. *Ontario Wealth Management Corp. v. SICA Masonry and General Contracting Ltd.*, 2014 ONCA 500, 323 O.A.C. 101 (in Chambers), at para. 36 and *Impact Tool & Mould Inc. v. Impact Tool & Mould Inc. Estate*, 2013 ONCA 697, at para. 1), until recently, no Ontario case had directly addressed this point.

[127] Relying on first principles, as noted by Donald J.M. Brown in *Civil Appeals* (Toronto: Carswell, 2019), at 2:1120, “where federal legislation occupies the field by providing a procedure for an appeal, those provisions prevail over provincial legislation providing for an appeal.” Parliament has jurisdiction over procedural law in bankruptcy and hence can provide for appeals: *Re Solloway Mills & Co. Ltd., In Liquidation, Ex Parte I.W.C. Solloway*

¹⁰ *Ontario Wealth Managements Corporation v. Sica Masonry and General Contracting Ltd.*, 2014 ONCA 500, 323 O.A.C. 101 (in Chambers) a decision of a single judge of this court, states, at para. 5, that a signed, issued, and entered order is required. This is generally the case in civil proceedings unless displaced, as here by a statutory provision. *Re Smoke* (1989), 77 C.B.R. (N.S.) 263 (Ont. C.A.), that is relied upon and cited in *Ontario Wealth Managements Corporation*, does not address this issue.

(1934), [1935] O.R. 37 (C.A.). Where there is an operational or purposive inconsistency between the federal bankruptcy rules and provincial rules on the timing of an appeal, the doctrine of federal paramountcy applies and the federal bankruptcy rules govern: see *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Limited.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, at para. 59, aff'd 2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 16.

[128] In *Business Development Bank of Canada v. Astoria Organic Matters Ltd.*, 2019 ONCA 269, Zarnett J.A. wrote that the appeal route is dependent on the jurisdiction pursuant to which the order was granted. In that case, the appellant was appealing from the refusal of a judge to grant leave to sue the receiver who was stated to have been appointed pursuant to s. 101 of the CJA and s. 243 of the BIA. There was no appeal from the receivership order itself. Thus, to determine the applicable appeal route for the refusal to grant leave, the court was required to determine the source of the power to impose a leave to sue requirement in a receivership order. Zarnett J.A. determined that by necessary implication, Parliament must be taken to have clothed the court with the power to require leave to sue a receiver appointed under s. 243(1) of the BIA and federal paramountcy dictated that the BIA appeal provisions apply.

[129] Here, 235 Co.'s appeal is from the sale approval order, of which the vesting order is a component. Absent a sale, there could be no vesting order.

The jurisdiction of the court to approve the sale, and thus issue the sale approval and vesting order, is squarely within s. 243 of the BIA.

[130] Furthermore, as 235 Co. had known for a considerable time, there could be no sale to Third Eye in the absence of extinguishment of the GORs and Algoma's royalty rights; this was a condition of the sale that was approved by the motion judge. The appellant was stated to be unopposed to the sale but in essence opposed the sale condition requiring the extinguishment. Clearly the jurisdiction to grant the approval of the sale emanated from the BIA, and as I have discussed, so did the vesting component; it was incidental and ancillary to the approval of the sale. It would make little sense to split the two elements of the order in these circumstances. The essence of the order was anchored in the BIA.

[131] Accordingly, I conclude that the appeal period was 10 days as prescribed by r. 31 of the BIA Rules and ran from the date of the motion judge's decision of October 5, 2016. Thus, on a strict application of the BIA Rules, 235 Co.'s appeal was out of time. However, in the circumstances of this case it is relevant to consider first whether it was appropriate for the Receiver to close the transaction in the face of 235 Co.'s assertion that an appeal was under consideration and, second, although only sought in oral submissions in reply at the hearing of the second stage of this appeal, whether 235 Co. should be granted an extension of time to appeal.

(2) The Receiver's Conduct

[132] The Receiver argues that it was appropriate for it to close the transaction in the face of a threatened appeal because the appeal period had expired when the appellant advised the Receiver that it was contemplating an appeal (without having filed a notice of appeal or a request for leave) and the Receiver was bound by the provisions of the purchase and sale agreement and the order of the motion judge, which was not stayed, to close the transaction.

[133] Generally speaking, as a matter of professional courtesy, a potentially preclusive step ought not to be taken when a party is advised of a possible pending appeal. However, here the Receiver's conduct in closing the transaction must be placed in context.

[134] 235 Co. had known of the terms of the agreement of purchase and sale and the request for an order extinguishing its GORs for over a month, and of the motion judge's decision for just under a month before it served its notice of appeal. Before October 26, 2016, it had never expressed an intention to appeal either informally or by serving a notice of appeal, nor did it ever bring a motion for a stay of the motion judge's decision or seek an extension of time to appeal.

[135] Having had the agreement of purchase and sale at least since it was served with the Receiver's motion record seeking approval of the transaction, 235 Co. knew that time was of the essence. Moreover, it also knew that the

Receiver was directed by the court to take such steps as were necessary for the completion of the transaction contemplated in the purchase and sale agreement approved by the motion judge pursuant to para. 2 of the draft court order included in the motion record.

[136] The principal of 235 Co. had been the original prospector of Dianor. 235 Co. never took issue with the proposed sale to Third Eye. The Receiver obtained a valuation of Dianor's mining claims and the valuator concluded that they had a total value of \$1 million to \$2 million, with 235 Co.'s GORs having a value of between \$150,000 and \$300,000, and Algoma's royalties having a value of \$70,000 to \$140,000. No evidence of any competing valuation was adduced by 235 Co.

[137] Algoma agreed to a payment of \$150,000 but 235 Co. wanted more than the \$250,000 offered. The motion judge, who had been supervising the receivership, stated that 235 Co. acknowledged that the sum of \$250,000 represented the fair market value: at para. 15. He made a finding at para. 38 of his reasons that the principal of 235 Co. was "not entitled to exercise tactical positions to tyrannize the majority by refusing to agree to a reasonable amount for the royalty rights." In *obiter*, the motion judge observed that he saw "no reason in logic ... why the jurisdiction would not be the same whether the royalty rights were or were not an interest in land": at para. 40. Furthermore, the appellant knew of the motion judge's reasons for decision since October 5,

2016 and did nothing that suggested any intention to appeal until about three weeks later.

[138] As noted by the Receiver, it is in the interests of the efficient administration of receivership proceedings that aggrieved stakeholders act promptly and definitively to challenge a decision they dispute. This principle is in keeping with the more abbreviated time period found in the BIA Rules. Blair J.A. in *Regal Constellation*, at para. 49, stated that “[t]hese matters ought not to be determined on the basis that ‘the race is to the swiftest’”. However, that should not be taken to mean that the race is adjusted to the pace of the slowest.

[139] For whatever reasons, 235 Co. made a tactical decision to take no steps to challenge the motion judge’s decision and took no steps to preserve any rights it had. It now must absorb the consequences associated with that decision. This is not to say that the Receiver’s conduct would always be advisable. Absent some emergency that has been highlighted in its Receiver’s report to the court that supports its request for a vesting order, a Receiver should await the expiry of the 10 day appeal period before closing the sale transaction to which the vesting order relates.

[140] Given the context and history of dealings coupled with the actual expiry of the appeal period, I conclude that it was permissible for the Receiver to close the transaction. In my view, the appeal by 235 Co. was out of time.

(3) Remedy is not Merited

[141] As mentioned, in oral submissions in reply, 235 Co. sought an extension of time to appeal *nunc pro tunc*. It further requested that this court exercise its discretion and grant an order pursuant to ss. 159 and 160 of the *Land Titles Act* rectifying the title and granting an order directing the Minings Claim Recorder to rectify the provincial register so that 235 Co.'s GORs are reinstated. The Receiver resists this relief. Third Eye does not oppose the relief requested by 235 Co. provided that the compensation paid to 235 Co. and Algoma is repaid. However, counsel for the Monitor for Algoma states that the \$150,000 it received for Algoma's royalty rights has already been disbursed by the Monitor to Algoma.

[142] The rules and jurisprudence surrounding extensions of time in bankruptcy proceedings is discussed in Lloyd W. Houlden, Geoffrey B. Morawetz & Janis P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed., loose-leaf (Toronto: Thomson Reuters, 2009). Rule 31(1) of the BIA Rules provides that a judge of the Court of Appeal may extend the time to appeal. The authors write, at pp. 8-20-8-21:

The court ought not lightly to interfere with the time limit fixed for bringing appeals, and special circumstances are required before the court will enlarge the time ...

In deciding whether the time for appealing should be extended, the following matters have been held to be relevant:

- (1) The appellant formed an intention to appeal before the expiration of the 10 day period;
- (2) The appellant informed the respondent, either expressly or impliedly, of the intention to appeal;
- (3) There was a continuous intention to appeal during the period when the appeal should have been commenced;
- (4) There is a sufficient reason why, within the 10 day period, a notice of appeal was not filed...;
- (5) The respondent will not be prejudiced by extending the time;
- (6) There is an arguable ground or grounds of appeal;
- (7) It is in the interest of justice, i.e., the interest of the parties, that an extension be granted.
[Citations omitted.]

[143] These factors are somewhat similar to those considered by this court when an extension of time is sought under r. 3.02 of the *Rules of Civil Procedure*: did the appellant form a *bona fide* intention to appeal within the relevant time period; the length of and explanation for the delay; prejudice to the respondents; and the merits of the appeal. The justice of the case is the overarching principle: see *Enbridge Gas Distributions Inc. v. Froese*, 2013 ONCA 131, 114 O.R. (3d) 636 (in Chambers), at para. 15.

[144] There is no evidence that 235 Co. formed an intention to appeal within the applicable appeal period, and there is no explanation for that failure. The appellant did not inform the respondents either expressly or impliedly that it

was intending to appeal. At best, it advised the Receiver that an appeal was under consideration 21 days after the motion judge released his decision. The fact that it, and others, might have thought that a longer appeal period was available is not compelling seeing that 235 Co. had known of the position of the respondents and the terms of the proposed sale since at least August 2016 and did nothing to suggest any intention to appeal if 235 Co. proved to be unsuccessful on the motion. Although the merits of the appeal as they relate to its interest in the GORs favour 235 Co.'s case, the justice of the case does not. I so conclude for the following reasons.

1. 235 Co. sat on its rights and did nothing for too long knowing that others would be relying on the motion judge's decision.
2. 235 Co. never opposed the sale approval despite knowing that the only offers that ever resulted from the court approved bidding process required that the GORs and Algoma's royalties be significantly reduced or extinguished.
3. Even if I were to accept that the *Rules of Civil Procedure* governed the appeal, which I do not, 235 Co. never sought a stay of the motion judge's order under the *Rules of Civil Procedure*. Taken together, this supports the inference that 235 Co. did not form an intention to appeal at the relevant time and ultimately only served a notice of appeal as a tactical manoeuvre to engineer a

bigger payment from Third Eye. As found by the motion judge, 235 Co. ought not to be permitted to take tyrannical tactical positions.

4. The Receiver obtained a valuation of the mining claims that concluded that the value of 235 Co.'s GORs was between \$150,000 and \$300,000. Before the motion judge, 235 Co. acknowledged that the payment of \$250,000 represented the fair market value of its GORs. Furthermore, it filed no valuation evidence to the contrary. Any prejudice to 235 Co. is therefore attenuated. It has been paid the value of its interest.

5. Although there are no subsequent registrations on title other than Third Eye's assignee, Algoma's Monitor has been paid for its royalty interest and the funds have been distributed to Algoma. Third Eye states that if the GORs are reinstated, so too should the payments it made to 235 Co. and Algoma. Algoma has been under CCAA protection itself and, not surprisingly, does not support an unwinding of the transaction.

[145] I conclude that the justice of the case does not warrant an extension of time. I therefore would not grant 235 Co. an extension of time to appeal *nunc pro tunc*.

[146] While 235 Co. could have separately sought a discretionary remedy under the *Land Titles Act* for rectification of title in the manner contemplated in *Regal Constellation*, at paras. 39, 45, for the same reasons I also would not

exercise my discretion or refer the matter back to the motion judge to grant an order pursuant to ss. 159 and 160 of the *Land Titles Act* rectifying the title and an order directing the Mining Claims Recorder to rectify the provincial register so that 235 Co.'s GORs are reinstated.

Disposition

[147] In conclusion, the motion judge had jurisdiction pursuant to s. 243(1) of the BIA to grant a sale approval and vesting order. Given the nature of the GORs the motion judge erred in concluding that it was appropriate to extinguish them from title. However, 235 Co. failed to appeal on a timely basis within the time period prescribed by the BIA Rules and the justice of the case does not warrant an extension of time. I also would not exercise my discretion to grant any remedy to 235 Co. under any other statutory provision. Accordingly, it is entitled to the \$250,000 payment it has already received and that its counsel is holding in escrow.

[148] For these reasons, the appeal is dismissed. As agreed by the parties, I would order Third Eye to pay costs of \$30,000 to 235 Co. in respect of the first stage of the appeal and that all parties with the exception of the Receiver bear their own costs of the second stage of the appeal. I would permit the Receiver to make brief written submissions on its costs within 10 days of the

release of these reasons and the other parties to reply if necessary within 10 days thereafter.

Released: "SEP" JUN 19, 2019

"S.E. Pepall J.A."
"I agree. P. Lauwers J.A."
"I agree. Grant Huscroft J.A."

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Nortel Networks Corporation (Re), 2015 ONCA 681

DATE: 20151013

DOCKET: C59703

Simmons, Gillese and Rouleau JJ.A.

In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended

And in the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Nortel Networks Corporation, Nortel Networks Limited, Nortel Networks Global Corporation, Nortel Networks International Corporation and Nortel Networks Technology Corporation

Richard B. Swan, S. Richard Orzy and Gavin H. Finlayson, for the appellant *Ad Hoc* Group of Bondholders

Andrew Kent and Brett Harrison, for the respondent The Bank of New York Mellon

Edmond Lamek, for the respondent Law Debenture Trust Company of New York

Benjamin Zarnett and Graham D. Smith, for the Monitor and the respondent Canadian Debtors

Kenneth D. Kraft and John J. Salmas, for the respondent Wilmington Trust, National Association

Kenneth T. Rosenberg and Ari N. Kaplan, for the respondent Canadian Creditors' Committee

Tracy Wynne, for the Joint Administrators (EMEA)

Scott A. Bomhof and Adam M. Slavens, for Nortel Networks Inc./U.S. Debtors

Heard: April 29, 2015

On appeal from the order of Justice Frank J.C. Newbould of the Superior Court of Justice, dated August 19, 2014, with reasons reported at 2014 ONSC 4777, 121 O.R. (3d) 228.

Rouleau J.A.:

A. OVERVIEW

[1] This appeal represents another chapter in the Nortel proceeding under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), which has been on-going since January 2009. A parallel proceeding under Chapter 11 of the United States *Bankruptcy Code* has also been on-going in Delaware since that time.

[2] The *Ad Hoc* Group of Bondholders (the "appellant") brings this appeal with leave. The group represents substantial holders of "crossover bonds", which are unsecured bonds either issued or guaranteed by certain of the Canadian Nortel entities. The relevant indentures provide for the continuing accrual of interest until payment, at contractually specified interest rates, as well as other post-filing payment obligations, such a make-whole provisions and trustee fees.

[3] In contrast, the claims of other claimants, such as Nortel pensioners and former employees, do not have a provision for interest on amounts owing to them.

[4] Holders of the crossover bonds have filed claims for principal and pre-filing interest in the amount of US\$4.092 billion against each of the Canadian and U.S. Nortel estates. They also claim they are entitled to post-filing interest and related claims under the terms of the crossover bonds. As of December 31, 2013, the amount of this claim was approximately US\$1.6 billion. The total of these two

amounts represents a significant portion of the proceeds generated from the worldwide sale of Nortel's business lines and other Nortel assets, totalling approximately \$7.3 billion. This latter amount is apparently not growing at any appreciable rate because of the conservative nature of the investments made with it pending the outcome of the insolvency proceedings.

[5] In the context of a joint allocation trial, the CCAA judge directed that two issues be argued:

1. whether the holders of the crossover bond claims are legally entitled ... to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest (namely, above and beyond US\$4.092 billion); and
2. if it is determined that the crossover bondholders are so entitled, what additional amounts are such holders entitled to so claim and receive.

[6] The CCAA judge answered the first question in the negative and so he did not need to answer the second question. In reaching that conclusion, he accepted that the common law "interest stops rule", which has been held to be a fundamental tenet of insolvency law, applies in the CCAA context. He disagreed with the appellant's submission that the Supreme Court of Canada's decision in *Canada 3000 (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865, and this court's subsequent decision in *Stelco (Re)*, 2007 ONCA 483, 35 C.B.R. (5th) 174, are binding authority that the interest stops rule does not apply in the CCAA context.

[7] On appeal, the appellant raises two related issues – whether the CCAA judge erred in concluding that an interest stops rule applies in CCAA proceedings and, if not, whether he erred in concluding that the holders of Crossover Bond Claims are not legally entitled to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest.

[8] I would dismiss the appeal. As I will explain, there are sound legal and policy reasons for applying the interest stops rule in the CCAA context, and as I read *Stelco* and *Canada 3000*, they do not preclude such a result. Nor do I see a basis for varying the order that he made.

B. BACKGROUND

[9] In the CCAA court's initial order of January 14, 2009, the Canadian Debtors¹ were directed, subject to certain exceptions, to make no payments of principal or interest on account of amounts owing by the Canadian Debtors to any of their creditors as of the filing date, unless approved by the Monitor. Further, all proceedings and enforcement processes, and all rights and remedies of any person against the Canadian Debtors were stayed absent consent of the Canadian Debtors and the Monitor, or leave of the court.

¹ There are five Canadian Debtors: Nortel Networks Corporation, Nortel Networks Limited, Nortel Networks Technology Corporation, Nortel Networks International Corporation and Nortel Networks Global Corporation.

[10] In accordance with a claims procedure order dated July 30, 2009, claims against the Canadian Debtors were required to be filed by a claims bar date. Under a subsequent claims resolution order dated September 16, 2010, a disputed claim could be brought before the CCAA court for final determination.

[11] As previously noted, holders of the crossover bonds filed proofs of claim that included not only the principal amount of the debt and interest accrued to the date of insolvency but also contractual claims for interest and other amounts post-filing.

[12] In May 2014, a joint allocation trial, conducted by way of video-link by the CCAA judge in Ontario and Judge Gross in Delaware, commenced on the issue of the allocation of the sale proceeds among the debtor estates, including the Canadian and U.S. estates. In his 2015 decision, the CCAA judge, citing the “fundamental tenet of insolvency law that all debts shall be paid *pari passu*” and that “all unsecured creditors receive equal treatment” held that the \$7.3 billion in funds generated from the Nortel liquidation should be allocated on a *pro rata* basis as among the estates: 2015 ONSC 2987, 23 C.B.R. (6th) 249, at para. 209. He ordered, at para. 258, that the funds be allocated among the debtor estates in accordance with a number of principles, including the principle that each debtor estate “is to be allocated that percentage of the [liquidation proceeds] that the total allowed claims against that Estate bear to the total allowed claims against

all Debtor Estates.” A number of parties have sought leave to appeal that decision.

[13] It was on June 24, 2014, while the joint allocation trial was proceeding, that the CCAA judge directed that the two issues set out above be decided.

C. DECISION BELOW

[14] The CCAA judge began his analysis with a review of cases applying the interest stops rule in the bankruptcy and winding-up context. He noted the relationship between the interest stops rule and the *pari passu* principle, which he described as “a fundamental tenet of insolvency law” that requires equal treatment of unsecured creditors. He found there was “no reason to not apply the [common law] interest stops rule to a CCAA proceeding because the CCAA does not expressly provide for its application.” The issue was “whether the rule should apply to this CCAA proceeding.”

[15] He went on to conclude that “[t]here is no controlling authority in Canada in a case such as this in which there is a contested claim being made by bondholders for post-filing interest against an insolvent estate under the CCAA, let alone under a liquidating CCAA process, or in which the other creditors are mainly pensioners with no contractual right to post-filing interest.” In reaching this conclusion, he distinguished *Stelco* and *Canada 3000* and found that the application of the interest stops rule was supported by the more recent decisions in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3

S.C.R. 379, and *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

[16] The CCAA judge thus ordered that “holders of Crossover Bond Claims are not legally entitled to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest (namely, above and beyond US\$4.092 billion).”

D. ISSUES ON APPEAL

[17] The appellant raises two related issues:

1. Did the CCAA judge err in concluding that an interest stops rule applies in CCAA proceedings?
2. If the CCAA judge did not err in concluding that an interest stops rule applies in CCAA proceedings, did he err in holding that holders of Crossover Bonds Claims are not legally entitled to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest?

E. ANALYSIS

(1) Did the CCAA judge err in concluding that an interest stops rule applies in CCAA proceedings?

[18] The appellant, supported by the Bank of New York Mellon and the Law Debenture Trust Company of New York as indenture trustees, submits that the CCAA judge erred in concluding that the interest stops rule applies.

[19] First, the appellant submits he applied inapplicable case law and misinterpreted case law in concluding that the rule did and should apply. Among other things, the appellant criticizes the CCAA judge's application of the Supreme Court of Canada's decisions in *Century Services* and *Indalex*, which deal with the inter-play between the CCAA and the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA").

[20] The appellant also submits that the application of the interest stops rule in the CCAA context is inconsistent with the CCAA and would have negative practical consequences.

[21] Finally, the appellant submits that *Canada 3000* and *Stelco* are binding authority that preclude the application of the interest stops rule in the CCAA context and that the CCAA judge violated the principle of *stare decisis* in refusing to follow them.

[22] I will deal with these submissions in turn, beginning with a discussion of the interest stops rule and the related *pari passu* principle.

(a) Should the interest stops rule apply in CCAA proceedings?

(i) Origin and scope of the interest stops rule

[23] It is well settled that the *pari passu* principle applies in insolvency proceedings. This principle, to the effect that "the assets of the insolvent debtor are to be distributed amongst classes of creditors rateably and equally, as those

assets are found at the date of insolvency” is said to be one of the “governing principles of insolvency law” in Canada: *Canada (Attorney General) v. Confederation Life Insurance Co.*, [2001] O.T.C. 486, at para. 20 (S.C.), per Blair J.² In fact, the *pari passu* principle has been said to be the foremost principle in the law of insolvency not just in Canada but around the world: Rizwaan J. Mokal “Priority as Pathology: The *Pari Passu* Myth” (2001) 60:3 Cambridge L.J. 581, at p. 581. According to an article in the Cambridge Law Journal, “[c]ommentators claim to have found [the *pari passu*] principle entrenched in jurisdictions far removed ... in geography and time”: Mokal, at pp. 581-582.

[24] The *pari passu* principle is rooted in the need to treat all creditors fairly and to ensure an orderly distribution of assets.

[25] As explained in *In re Humber Ironworks and Shipbuilding Co.* (1869), L.R. 4 Ch. App. 643, nearly 150 years ago, a necessary corollary of the *pari passu* principle is the interest stops rule. Absent the interest stops rule, the fairness and orderly distribution sought by the *pari passu* principle could not be achieved. Selwyn L.J. explained the rationale for the interest stops rule, at pp. 645-646:

In the present case we have to consider what are the positions of the creditors of the company, when, as here, there are some creditors who have a right to receive interest, and others having debts not bearing interest.

² As explained in Roderick J. Wood’s text on bankruptcy and insolvency law, “insolvency law is the wider concept, encompassing bankruptcy law but also including non-bankruptcy insolvency systems.”: Roderick J. Wood, *Bankruptcy & Insolvency Law* (Toronto: Irwin Law Inc., 2009), at p. 1.

....

It is very difficult to conceive a case in which the assets of a company could be ... immediately realized and divided; but suppose they had a simple account at a bank, which could be paid the next day, that would be the course of proceeding. Justice, I think, requires that that course of proceeding should be followed, and that no person should be prejudiced by the accidental delay which, in consequence of the necessary forms and proceedings of the Court, actually takes place in realizing the assets; but that, in the case of an insolvent estate, all the money being realized as speedily as possible, should be applied equally and rateably in payment of the debts as they existed at the date of the winding-up. I, therefore, think that nothing should be allowed for interest after that date.

[26] Giffard L.J. similarly stated, at p. 647-648:

That rule ... works with equality and fairness between the parties; and if we are to consider convenience, it is quite clear that, where an estate is insolvent, convenience is in favour of stopping all the computations at the date of the winding-up.

...

I may add another reason, that I do not see with what justice interest can be computed in favour of creditors whose debts carry interest, while creditors whose debts do not carry interest are stayed from recovering judgment, and so obtaining a right to interest.

[27] Thus, the primary purpose behind the common law interest stops rule is fairness to creditors. Another purpose is to achieve the orderly administration of an insolvent debtor's estate.

[28] The common law interest stops rule has been consistently applied in proceedings under bankruptcy and winding-up legislation. In fact, as explained by Blair J. in *Confederation Life Insurance Co.* at paras. 22-23, the rule has been applied even when the legislation might be read to the contrary:

This common law principle has been applied consistently in Canadian bankruptcy and winding-up proceedings. This is so notwithstanding the language of subsection 71(1) of the *Winding-Up Act* and section 121 of the *BIA*, which might be read to the contrary, in my view.

...

Yet, the “interest stops” principle has always applied to the payment of post-insolvency interest, and the provisions of subsection 71(1) have never been interpreted to trump the common law insolvency “interest stops rule”.

[29] I will now turn to the question of whether the interest stops rule should be applied in the *CCAA* context.

(ii) Should the interest stops rule apply in *CCAA* proceedings?

[30] The respondents³ maintain that one would expect the interest stops rule to apply in *CCAA* proceedings given that *CCAA* proceedings are insolvency proceedings to which the common law *pari passu* principle applies. Consistent with the *pari passu* principle and the related interest stops rule, creditors in *CCAA*

³ The respondents are the Monitor, the Canadian Debtors, the Canadian Creditors' Committee and the Wilmington Trust, National Association. While technically The Bank of New York Mellon and the Law Debenture Trust Company of New York are also respondents, they support the appellant's position and so my use of the term “respondents” excludes them.

proceedings must surely expect to be treated fairly and not see creditors with interest entitlements have their claims grow, post-insolvency, disproportionately to those with no, or lesser, interest entitlements. In the respondents' submission, the same reasoning used by courts to conclude that the interest stops rule applies in winding-up and bankruptcy proceedings leads to the conclusion that the interest stops rule applies in CCAA proceedings.

[31] The appellant, on the other hand, submits that CCAA proceedings are different from other insolvency proceedings in that they do not immediately or permanently alter the rights of creditors. The filing is intended to give the debtor breathing space so that a plan of compromise or arrangement can be negotiated with creditors and the business can continue. The objective of a CCAA proceeding is a consensual, statutory compromise in the form of a CCAA plan. Such a CCAA plan can provide for any kind of distribution, provided it is approved by the requisite majority of creditors and the court.

[32] In the appellant's submission, until a plan is negotiated or the proceeding is converted to bankruptcy or winding-up, the rights of creditors are not altered; rather, their rights to execute on them are simply stayed. In the appellant's view, therefore, unless and until this sought-after compromise of rights is negotiated, only the exercise of the rights is stayed. The CCAA filing does not affect the right to accrue interest; it only stays the collection of that interest.

[33] The appellant further argues that the CCAA judge's decision is contrary to the established CCAA practice and the reasonable expectations of the parties in this proceeding. In particular, the appellant notes that a CCAA plan may, and often does, provide for the recovery of post-filing interest. The appellant also submits that the application of the interest stops rule would allow debtors to obtain a permanent interest holiday simply by filing for CCAA protection, even if the filing were later withdrawn, causing a permanent prejudice to the creditors not contemplated by the CCAA. And, the appellant submits that an interest stops rule would create a disincentive for creditors to participate in CCAA proceedings since they would not be compensated for delays under the CCAA even if there were ultimately assets available to do so

[34] I do not accept the appellant's submissions on this point. Admittedly, there are differences between the CCAA and other insolvency schemes, including that the CCAA does not provide for a fixed scheme of distribution. Further, assuming a plan of compromise or arrangement under the CCAA is negotiated it may or may not result in a distribution to creditors. Nevertheless, in my view, the same principles that underpin the conclusion that the interest stops rule is necessary in bankruptcy and winding-up proceedings – namely, the fair treatment of creditors and the orderly administration of an insolvent debtor's estate - apply with equal force to CCAA proceedings. I say so for several reasons.

[35] First, the CCAA is part of an integrated insolvency regime, which also includes the BIA. The Supreme Court of Canada in *Century Services* considered the CCAA regime and opined, at para. 24, that “[w]ith parallel CCAA and BIA restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation”. The court went on to explain, at para. 78, that the CCAA and BIA are related and “no ‘gap’ exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of CCAA proceedings that would be lost in bankruptcy”.

[36] Consistent with the notion of harmonization, because the common law interest stops rule applies upon bankruptcy under the BIA, it should follow that the common law rule also applies in a CCAA proceeding unless, of course, the rule is ousted by the CCAA. The CCAA does not address entitlement to claim post-filing interest let alone oust the common law rule with clear wording.

[37] Second, if the interest stops rule were not to apply in CCAA proceedings, the creditors who do not have a contractual right to post-filing interest would, as the Supreme Court explained in *Century Services* at para. 47, have “skewed incentives against reorganizing under the CCAA” and this would “only undermine that statute’s remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.” This concern over skewed incentives was confirmed in *Indalex*

where the Supreme Court held, at para. 51, that “[i]n order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those they would receive under the *BIA*.

[38] Without an interest stops rule under the *CCAA*, the creditors with no claim to post-filing interest would have an incentive to proceed under the *BIA* or the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, where the interest stops rule operates to prevent creditors, such as the appellant, who have a contractual right to interest from improving their proportionate claim against the debtor at the expense of other creditors.

[39] Third, as recognized by the Supreme Court in *Century Services* at para. 77, the “*CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all”. This is achieved through grouping all claims within a single proceeding and staying all actions against the debtor, thus putting creditors on an equal footing: *Century Services*, para. 22.

[40] As submitted by the Canadian Creditors’ Committee, if post-filing interest is available to one set of creditors while the other creditors are prevented from asserting their rights to sue the debtor and obtaining a judgment that bears interest, the *status quo* has not been preserved.

[41] Fourth, if the interest stops rule were not to apply in CCAA proceedings, the key objective of that statute – to facilitate the restructuring of corporations through flexibility and creativity – may be undermined. This is because of the asymmetrical entitlement to interest that would be created. Creditors with an entitlement to post-filing interest may be less motivated to compromise than those creditors without such an entitlement. Using the case under appeal as an example, if post-filing interest is allowed to accrue, the delay and failure to reach a compromise will see the appellant's proportionate claim against the assets of the debtors rise very significantly at the expense of other creditors. One could well understand that if the urgency for reaching a compromise and the incentive to compromise are significantly lower for one group of unsecured creditors than for the balance of the unsecured creditors, restructuring will be more difficult to achieve and the ability to reach creative solutions will be lessened.

[42] Furthermore, if the amount of an unsecured creditor's legal entitlement is constantly shifting as post-filing interest accrues, the ability to find a compromise that is acceptable to all creditors at any one point in time will pose a greater challenge than if the entitlements are fixed as of the date of filing.

[43] Fifth, the principle of fairness supports the application of the interest stops rule. Insolvency proceedings are intended to be fair processes for liquidating or restructuring insolvent corporations. How, one may ask, is it fair if the appellant, an unsecured creditor, sees its claim against the assets of the debtor balloon

from \$4.092 billion to \$5.692 billion (as of December 31, 2013) because of contractual provisions when the claims of unsecured creditors, who have no such contractual provisions and who have been prevented for almost seven years by the CCAA stay from converting their claims into court judgments that would bear interest, have seen no increase at all? Delays in liquidating the Nortel assets have helped the Monitor achieve the very significant recoveries made (\$7.3 billion) and, in fairness, this achievement should be for the benefit of all creditors.

[44] Finally, I wish to respond to the appellant's concerns.

[45] As to past practice and the reasonable expectations of the parties, I do not view the existence of an interest stops rule as being contrary to established CCAA practice or as preventing a CCAA plan from providing for post-filing interest. Parties may negotiate for a plan that provides for payments of more or less than a creditor's legal entitlement in lieu of the foregone interest. Thus, I do not accept the appellant's submission that there would be a disincentive to participate in CCAA proceedings, which is based on the premise that post-filing interest may not be recovered under a CCAA plan.

[46] The appellant also raised the concern that a debtor company could obtain a permanent interest holiday, resulting in unfairness. The appellant says that if there are proceeds over and above the amounts needed to satisfy the pre-filing claims of creditors, those proceeds would be for the benefit of the shareholders of the debtor. This follows from the fact that the CCAA contains no provision for

the payment of a “surplus” to creditors and the interest stops rule would prevent the unsecured creditors from recovering any post-filing interest. The debtor could therefore resort to the CCAA to stop interest from accruing and operate his business interest free.

[47] This hypothetical raises the same concern about the loss of post-filing interest but in a somewhat different way. The concern is that a debtor may seek CCAA protection to avoid the obligation to pay interest.

[48] There may well be exceptional situations where, at some point in a CCAA proceeding, the common law interest stops rule risks working an unfairness of some sort. I leave for another day what orders, if any, might be made by a CCAA judge in cases such as the hypothetical presented by the appellant where a debtor might be considered to benefit unfairly as a result of the common law interest stops rule. I note, however, that in order to achieve the remedial purpose of the CCAA, CCAA courts have been innovative in their interpretation of their stay power and in the exercise of their authority in the administration of CCAA proceedings. This approach has been specifically endorsed by the Supreme Court of Canada in *Century Services* and would no doubt guide the court should the need arise: see, for example, paras. 61 and 70.

[49] In conclusion, there are sound reasons for adopting an interest stops rule in the CCAA context. I now turn to the argument that *Canada 3000* and *Stelco* preclude the application of the rule.

(b) Are *Canada 3000* and *Stelco* binding authorities to the effect that the interest stops rule does not apply in CCAA proceedings?

[50] The appellant vigorously maintains that the CCAA judge was bound by *Canada 3000* and *Stelco*, which both confirm that the interest stops rule does not apply in CCAA proceedings.

[51] I would not give effect to this submission. As I will explain, both of these decisions should be read narrowly and do not constitute a precedent with respect to the issue raised in this appeal – whether the common law interest stops rule applies in CCAA proceedings.

(i) *Canada 3000*

Background and lower court decisions

[52] The decision in *Canada 3000* arose out of the collapse of three airlines – Canada 3000 Airlines Ltd. and Royal Aviation Inc. (collectively “Canada 3000”), and Inter-Canadian (1991) Inc. (“Inter-Canadian”). Canada 3000 filed for protection under the CCAA and, three days later, filed for bankruptcy. Inter-Canadian filed a *BIA* proposal but the proposal ultimately failed and so it too was placed into bankruptcy effective as of the date it filed its notice of intention to make a proposal.

[53] At the time the airlines collapsed, they owed significant amounts in unpaid airport and navigation charges. As a result, various airport authorities and NAV

Canada sought remedies under the *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act*, S.C. 1992, c. 5 (“*Airports Act*”) and the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20 (“*CANSCA*”). In particular, they sought orders seizing and detaining aircraft leased by the bankrupt airlines. While the lessors of the planes retained legal title to the aircraft, the bankrupt airlines were the registered owner for the purposes of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2.

[54] The airport authorities and NAV Canada brought proceedings in Ontario and Quebec.

[55] In Ontario, Ground J. dismissed motions for orders permitting the airport authorities and NAV Canada to seize and detain the aircraft leased by Canada 3000: *Canada 3000 (Re)* (2002), 33 C.B.R. (4th) 184 (S.C.). On the question of interest, he concluded, at para. 73, that the airport authorities and NAV Canada were entitled to charge interest on the unpaid charges up to the date of payment or the posting of security for payment.

[56] On appeal from Ground J.’s decision, this court held that the interest question need not be determined since the airport authorities and NAV Canada did not have the right to detain the aircraft: *Canada 3000 (Re)* (2004), 69 O.R. (3d) 1, at para. 197.

Supreme Court's decision

[57] On appeal to the Supreme Court of Canada, the court determined that the airport authorities and NAV Canada had the right to detain the aircraft leased and operated by the bankrupt airlines. The issue of post-filing interest was, therefore, an issue the court had to decide.

[58] In deciding that issue, Binnie J. made the following comment at para. 96:

While a CCAA filing does not stop the accrual of interest, the unpaid charges remain an unsecured claim provable against the bankrupt airline. The claim does not accrue interest after the bankruptcy: ss. 121 and 122 of the [BIA]. [Emphasis added.]

[59] The appellant submits that the underlined words are binding *ratio* and must be followed in this case.

[60] While I agree that Binnie J.'s comment about the CCAA is not *obiter*, I am not convinced that it should be read as broadly as the appellant contends. In *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, Binnie J. warned, at para. 57, against reading "each phrase in a judgment ... as if enacted in a statute". Rather, the question to be asked is "what did the case decide?".

[61] To answer what *Canada 3000* decided about post-filing interest under the CCAA, it is important to consider the context in which Binnie J. made his comment, including the facts of the case, the issues before the court, the structure of his reasons, the wording he used, and what he said as well as what he did not say.

[62] At para. 40., Binnie J. defined the “two major questions raised by the appeals” as follows: (1) “are the *legal titleholders* liable for the debt incurred by the registered owners and operators of the failed airlines to the service providers?” and (2) “even if they are not so liable, are *the aircraft* to which they hold title subject on the facts of this case to judicially issued seizure and detention orders to answer for the unpaid user charges incurred by Canada 3000 and Inter-Canadian?” (emphasis in original). The answer to those two questions turned on the interpretation of the *Airports Act* and *CANSCA*. As Binnie J. noted at para. 36, the case was “from first to last an exercise in statutory interpretation”.

[63] After engaging in a lengthy exercise of statutory interpretation, he concluded that: (1) under s. 55 of *CANSCA*, the legal titleholders were not jointly and severally liable for the charges due to NAV Canada; and (2) under s. 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act*, the airport authorities and NAV Canada were entitled to apply for an order detaining the aircraft operated by the failed airlines.

[64] Binnie J. then addressed eight additional arguments made by the parties and just before his last paragraph on disposition, he included a section simply entitled “Interest”, starting at para. 93.

[65] He began his analysis of the interest issue by outlining the statutory authority for charging interest: s. 9(1) of the *Airports Act* expressly provided for

the payment of interest, and while CANSCA did not explicitly provide for interest, a regulation under CANSCA imposed interest: para. 93.

[66] “The question then”, said Binnie J. at para. 95, was “how long the interest can run”. He addressed that question as follows, at paras. 95-96:

The airport authorities and NAV Canada have possession of the aircraft until the charge or amount in respect of which the seizure was made is paid. It seems to me that this debt must be understood in real terms and must include the time value of money.

Given the authority to charge interest, my view is that interest continues to run to the first of the date of payment, the posting of security or bankruptcy. If interest were to stop accruing before payment has been made, then the airport authorities and NAV Canada would not recover the full amount owed to them in real terms. Once the owner, operator or titleholder has provided security, the interest stops accruing. The legal titleholder is then incurring the cost of the security and losing the time value of money. It should not have to pay twice. While a CCAA filing does not stop the accrual of interest, the unpaid charges remain an unsecured claim provable against the bankrupt airline. The claim does not accrue interest after the bankruptcy: ss. 121 and 122 of the [BIA]. [Emphasis added.]

[67] Significantly, Binnie J. made no mention in his reasons of the common law interest stops rule or the related *pari passu* principle. Nor did he cite any case law dealing with those issues. In fact, even though it is well established that the interest stops rules applies under the BIA, he did not rely on the common law rule in support of his finding that interest stopped on bankruptcy. Instead, he relied on

ss. 121 and 122 of the *BIA* in concluding that the interest payable under the *Airports Act* and the regulation under *CANSCA* did not accrue post-bankruptcy.

[68] Binnie J.'s analysis of the issue is rooted in the factual and statutory context of the case. In discussing the accrual of interest under the *CCAA*, he specified that the interest was on "unpaid charges", namely charges under *CANSCA* and the *Airports Act*. Binnie J. was not answering an abstract legal question but rather deciding how long interest ran in the particular factual and statutory context.

[69] In effect, I read Binnie J. as saying that a *CCAA* filing does not stop the accrual of interest under *CANSCA* or the *Airports Act* but the statutory provisions of the *BIA* ss. 121 and 122 do. He was not deciding whether, in the absence of the right to interest under *CANSCA* and the *Airports Act*, interest would have accrued or been stopped by the common law interest stops rule.

[70] Let me add that I agree with the *CCAA* judge's comment that Binnie J.'s statement in *Canada 3000* should "now be construed in light of *Century Services* and *Indalex*". In fact, one can well imagine that the court's interpretation of *CANSCA* and the *Airports Act* as allowing the accrual of interest in a *CCAA* proceeding but not in a *BIA* proceeding might have been different had it reached the Supreme Court after these two more recent cases. That question, however, is for another day. For now, I turn to this court's decision in *Stelco*.

(ii) **Stelco**

Background and motion judge's decision

[71] The post-filing interest issue in *Stelco* arose in “the final chapter of the financial restructuring of Stelco” under the *CCAA: Stelco (Re)* (2006), 24 C.B.R. (5th) 59, at para. 1 (S.C.). The final chapter involved competing claims to a portion of the amount payable to the holders of subordinated notes (the “Junior Noteholders”) pursuant to Stelco’s plan of arrangement (the “Plan”). The claim to these funds (“Turnover Proceeds”) was made by the “Senior Debentureholders”.

[72] The dispute over the Turnover Proceeds arose after Stelco’s Plan had been sanctioned and Stelco had emerged from restructuring with its debt reorganized. The Senior Debentureholders claimed the Turnover Proceeds on the basis of subordination provisions contained in the Note Indenture under which Stelco had issued convertible unsecured subordinated debentures to the Junior Noteholders.

[73] Under the terms of the Note Indenture, the Junior Noteholders expressly agreed that, in the event that the debtor became insolvent, they would subordinate their right of repayment until after repayment in full of “Senior Debt”.

[74] The plan of arrangement that had been approved was a “no interest” plan, meaning that distribution from Stelco to the creditors did not include or account for post-filing interest. The Plan, however, provided that the rights as between the Senior Debentureholders and the Junior Noteholders were preserved. The

Senior Debentureholders, who had not received payment of post-filing interest from Stelco under the Plan, demanded payment of it from the Junior Noteholders pursuant to the terms of the Note Indenture. The Junior Noteholders argued, among other things, that the subordination provisions did not survive the Plan's implementation and that the Senior Debentureholders were not entitled to claim post-filing interest from them.

[75] The motion judge, and on appeal, this court ruled in favour of the Senior Debentureholders. The courts found that the Plan was expressly drafted to preserve the subordination provisions and that the CCAA does not purport to affect rights as between creditors to the extent that they do not directly involve the debtor.

How to read *Stelco*?

[76] The appellant and the respondents offer different readings of *Stelco*.

[77] The appellant argues that this court's decision is binding authority for the proposition that the interest stops rule does not apply in the CCAA context. The passages relied on by the appellant include para. 67:

[T]here is no persuasive authority that supports an Interest Stops Rule in a CCAA proceeding. Indeed, the suggested rule is inconsistent with the comment of Justice Binnie in [*Canada 3000*] at para. 96, where he said:

While a CCAA filing does not stop the accrual of interest, the unpaid charges remain an unsecured claim provable

against the bankrupt airline. The claim does not accrue interest after the bankruptcy: ss. 121 and 122 of the [B/A].

[78] The respondents, for their part, read the case more narrowly as a resolution of an inter-creditor dispute. They submit that the *ratio* of the case is that there was no rule that prohibited giving effect to the agreed upon inter-creditor postponement. To the extent that this court discussed the interest stops rule in the abstract, its comments are *obiter*.

[79] I agree with the respondents. In my view, the court in *Stelco* did not need to decide whether the interest stops rule applies in CCAA proceedings for it to decide the inter-creditor dispute before the court and so its statements about the rule's application are not binding.

[80] This court expressly noted, at para. 44, that it was dealing with an inter-creditor dispute. The Junior Noteholders had accepted the subordination terms in the Note Indenture. They had agreed not to be paid anything, in the event of insolvency, until those who held Senior Debt were paid principal and interest in full. The court affirmed, at para. 44, that the CCAA does not change the relationship among creditors where it does not directly involve the debtor.

[81] As noted, this was a “no interest” plan, meaning that the Senior Debentureholders received no post-filing interest from Stelco. Rather, they sought and eventually received payment of post-filing interest from the Junior Noteholders' share of the proceeds. The court found that the Stelco Plan

contemplated the continued accrual of interest to Senior Debentureholders for the purpose of their rights as against the Junior Noteholders after the CCAA filing date: paras. 59 and 70. It noted that CCAA plans can and sometimes do provide for payments in excess of claims filed in CCAA proceedings. There was no rule precluding the payment of post-filing interest to the Senior Debentureholders in accordance with the Stelco Plan: para. 70.

[82] The court's conclusion that the Junior Noteholders could not rely on the interest stops rule is consistent with the traditional interest stops rule. The interest stops rule relates to claims by creditors against the debtor. It does not deal with arrangements as between creditors. In other words, whether or not the interest stops rule applies in CCAA proceedings did not need to be decided because the agreement between creditors fell outside the scope of that rule.

[83] The appellant makes two further submissions based on its interpretation of s. 6.2(1) of the Note Indenture. That paragraph reads as follows:

6.2 Distribution on Insolvency or Winding-up.

...

(1) the holders of all Senior Debt will first be entitled to receive payment in full of the principal thereof, premium (or any other amount payable under such Senior Debt), if any, and interest due thereon, before the Debentureholders will be entitled to receive any payment or distribution of any kind or character, whether in cash, property or securities, which may be payable or

deliverable in any such event in respect of
any of the Debentures; [Emphasis added.]

[84] The first argument is that the Senior Debentureholders were only entitled to receive principal, premium and interest “which may be payable or deliverable in any such event”, the event being insolvency or bankruptcy proceedings. Therefore, the court must have concluded, at least implicitly, that the Senior Debentureholders would have been entitled to maintain their claim for post-filing interest against Stelco.

[85] The second argument is that, by the terms of s. 6.2(1), the Senior Debentureholders were only entitled to interest “due thereon” and so they could not claim post-filing interest from the Junior Noteholders unless they could claim post-filing interest from Stelco.

[86] I would not give effect to either submission.

[87] In *Stelco*, the court did not address either argument and we do not have a copy of the entire agreement nor do we have the other agreements that form part of the factual matrix. Without that context, this court is not in the position to interpret s. 6.2(1).

[88] In my view, the key question for this court is not how to properly interpret s. 6.2(1) but, rather, how we should read the reasons in *Stelco*. What did the *Stelco* court decide, and specifically, should we read the panel as implicitly deciding that the Senior Debentureholders could not recover post-filing interest

from the Junior Noteholders unless they could claim post-filing interest against Stelco?

[89] In discussing post-filing interest, the court's only mention of the Senior Debentureholders' claim as against Stelco is found at paras. 57-59, where the panel expressly rejected the argument that "any claim the Senior [Debentureholders] have for interest must be based on a "claim" [as defined in the Plan] they have against Stelco for such interest" and that "[i]f the Senior Debt does not include post-filing interest, there can be no claim against the [Junior] Noteholders for such amounts": see paras. 58-59.

[90] Admittedly, the panel made this comment in discussing the effect of the Stelco Plan as opposed to the effect of the interest stops rule. However, as I read the section on post-filing interest as a whole, the court is saying that the Junior Noteholders agreed to be bound by the deal they made. They had agreed to the subordination provisions that guaranteed full payment to the Senior Debentureholders in the event of insolvency, and the Plan affirmed that the Senior Noteholders could claim the full amount that would have been owing had there been no CCAA filing. In this court's words at para. 70, there is no interest stops rule "that precludes such a result." In my view, therefore, this court did not make an implicit finding that the Senior Debentureholders had to be able to claim post-filing interest from Stelco in order to claim post-filing interest from the Junior Noteholders.

[91] In conclusion, I consider the comment that there is no persuasive authority that supports an interest stops rule in CCAA proceedings to be *obiter*. *Stelco* dealt with the effect of an agreement as between creditors as to how, between them, they would share distributions. Whether or not interest stops upon a CCAA filing was of no import in answering that question.

(2) If the CCAA judge did not err in concluding that an interest stops rule applies in CCAA proceedings, did he err in holding that holders of Crossover Bonds Claims are not legally entitled to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest?

[92] The appellant objects to the wording of the CCAA judge's order. It provides that "holders of Crossover Bond Claims are not legally entitled to claim *or receive* any amounts under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest" (emphasis added). While the appellant asked the CCAA judge to amend his order to delete "or receive", he refused. The appellant submits that, to the extent this precludes the bondholders from receiving post-filing interest under a CCAA plan, the CCAA judge erred. The appellant notes that all the parties in this proceeding agree that a CCAA plan may provide for post-filing interest.

[93] As I explained above, the interest stops rule does not preclude the payment of post-filing interest under a plan of compromise or arrangement.

[94] As I read the CCAA judge's reasons and order, he did not decide otherwise. His decision confirms that the common law interest stops rule applies

in CCAA proceedings. If a plan of compromise or arrangement is concluded, it should not, for example, be read as limiting any right to recover post-filing interest creditors may have as amongst themselves, as existed in *Stelco*, or from non-parties. Nor does it dictate what any creditor may seek in bargaining for a fair plan of compromise or arrangement. In that regard, I do not interpret the CCAA judge's use of the words "or receive" as preventing the appellant from seeking and obtaining such a result in a negotiated plan. In particular, I note the CCAA judge's comment at para. 35 of his reasons that "the parties would of course be free to include post-filing interest payments in a plan of arrangement, as is sometimes done."

[95] The appellant also seeks clarification as to the effect of the words "*any amounts* under the relevant indentures above and beyond the outstanding principal debt and pre-petition interest" (emphasis added). The appellant notes that, without clarification, the wording of the order could potentially preclude the recovery of other contractual entitlements under the relevant indentures, such as costs and make-whole provisions, even though no arguments were advanced before the CCAA judge with respect to any amounts other than post-filing interest.

[96] The issue the CCAA judge was directed to answer was "whether the holders of the crossover bond claims ... [were] legally entitled ... to claim or receive any amounts under the relevant indentures above and beyond the

outstanding principal debt and pre-petition interest”. As indicated in the appellant’s factum, the only arguments advanced before the CCAA judge related to post-filing interest and not any other amounts under the indentures. The appellant does not appear to have made submissions to the CCAA judge with respect to the costs and make-whole fees it now raises in its factum. This court is in no position to deal with the new argument raised by the appellant. Further, beyond making the broad submission noted above, the appellant did not expand on that submission and direct the court to the specific claims or indenture provisions it relies on in support of its argument or explain why the claims should not be caught by the order.

[97] As I have already indicated, the CCAA judge’s order confirms that the interest stops rule, and the limits imposed by the rule, apply in CCAA proceedings. To the extent that the appellant maintains that there are other contractual entitlements under the relevant indentures not covered by the interest stops rule, it is up to the CCAA court to decide if those can now be raised and ruled upon.

F. FINAL COMMENTS

[98] I acknowledge that the Nortel CCAA proceedings are exceptional, particularly with respect to the length of the delay. The amount the appellant claims for post-filing interest and related claims under the indentures, and the resulting impact on other unsecured creditors is so great because of the length of

that process. The principle, however, is the same whether the CCAA process is short or long. After the imposition of a stay in CCAA proceedings, allowing one group of unsecured creditors to accumulate post-filing interest, even for a relatively short period of time, would constitute unfair treatment vis-à-vis other unsecured creditors whose right to convert their claim into an interest-bearing judgment is stayed.

[99] This decision does not purport to change or limit the powers of CCAA judges. Although the decision clearly settles at the outset of a CCAA proceeding whether there is a legal entitlement to post-filing interest, it does not dictate how the proceeding will progress thereafter until a plan of compromise or arrangement is approved, or the CCAA proceeding is otherwise brought to an end.

[100] The determination of legal entitlement is important as it clearly establishes the starting point in a CCAA proceeding. It tells creditors, debtors and the court what legal claim a particular creditor has. Its significance is not only for purposes of setting the voting rights of creditors on any proposed plan of compromise or arrangement, it also ensures that, in assessing any such proposed plan, the parties will know what they are or are not compromising and the court will be equipped to consider the fairness of such a plan.

G. DISPOSITION

[101] For these reasons, I would dismiss the appeal. Pursuant to the agreement of the parties, I would award the respondent Monitor, as successful party, costs as against the appellant fixed in the amount of \$40,000, inclusive of disbursements and applicable taxes. I would make no other order as to costs.

Released: October 13, 2015
(EEG)

“Paul Rouleau J.A.”
“I agree Janet Simmons J.A.”
“I agree E.E. Gillese J.A.”

**IN THE MATTER OF Section 53 of the
Supreme Court Act;**

**AND IN THE MATTER OF the questions
referred by the Governor in Council
concerning the authority of the Legislature
of Quebec or of the Legislature of a
Province to enact legislation imposing a tax
similar to the goods and services tax
imposed by Part IX of the *Excise Tax Act*,
by Order in Council P.C. 1993-1740 dated
the 26th day of August 1993;**

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General of Quebec *Intervenors***

and

Wilfrid Lefebvre, Q.C. *Amicus curiae*

INDEXED AS: REFERENCE RE QUEBEC SALES TAX

File No.: 23690.

1993: December 9; 1994: June 23.

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

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Provincial sales tax — Proposed amendments to Quebec sales tax designed to transform it into tax similar to federal goods and services tax — Whether proposed amendments within legislative authority of province — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

The Governor General in Council referred to this Court two questions concerning the constitutional validity of proposed amendments to Quebec's sales tax ("QST") designed to transform the QST into a tax similar in all essential respects to the federal goods and services tax ("GST"). Under the proposed amendments, every purchaser of a taxable supply must pay a tax equal to 8 percent of the value of the consideration given for

DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*;

**ET DANS L'AFFAIRE DES questions
soumises par le gouverneur en conseil sur la
compétence de la législature du Québec ou
de la législature d'une province d'adopter
une loi imposant une taxe similaire à la taxe
sur les produits et services imposée par la
partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, par
le décret C.P. 1993-1740 en date du 26 août
1993;**

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général du Québec *Intervenants***

et

Wilfrid Lefebvre, c.r. *Amicus curiae*

**RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF À LA TAXE DE VENTE DU
QUÉBEC**

N° du greffe: 23690.

1993: 9 décembre; 1994: 23 juin.

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

RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Taxation — Taxe de vente provinciale — Modifications proposées visant à transformer la taxe de vente du Québec en une taxe semblable à la taxe fédérale sur les produits et services — Les modifications proposées relèvent-elles de la compétence législative de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour deux questions concernant la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente du Québec («TVQ»), qui visent à transformer la TVQ en une taxe qui, pour l'essentiel, serait semblable à la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»). En vertu des modifications proposées, tout acquéreur d'une fourniture taxable doit payer une taxe égale à 8 pour 100 de la con-

the supply. As with the GST, a purchaser who uses the good or service in the production of other taxable supplies will be entitled to a refund from the government equal to the amount of tax initially paid on its inputs. Zero-rated supplies will be subject to the tax in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer, but the consumer will pay a tax set at 0 percent, and suppliers will be entitled to the input tax refund. In contrast to zero-rated supplies, the vendor of an exempt supply will not be entitled to the input tax refund. The collection of the tax will be assured by every person engaged in commercial activities who makes a taxable supply. The persons collecting the tax are agents of the Minister of Revenue and are required to be registered with the Minister. Small suppliers — those whose annual revenues are less than \$30,000 — will be exempted from the obligation to register and thus collect the tax.

The questions referred to this Court read as follows:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?
2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Held: Both questions should be answered in the affirmative.

The proposed tax could be validly adopted by the Quebec legislature pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The fact that the tax is recouped through a series of indemnifications before the good reaches the final consumer does not make it an indirect tax for constitutional purposes. Imposing the tax at each level in

trepartie de la fourniture. Comme dans le cas de la TPS, l'acquéreur qui utilise le bien ou service pour la production d'autres fournitures taxables aura droit à un remboursement du gouvernement, d'un montant égal à la taxe initialement payée sur les intrants. La taxe frappe les fournitures détaxées comme toute autre fourniture taxable, tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur ultime, mais la taxe imposée au consommateur est fixée à 0 pour 100 et les fournisseurs ont droit au remboursement de la taxe sur les intrants. Contrairement au vendeur de fournitures détaxées, le vendeur d'une fourniture exonérée n'a pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. La perception de la taxe relève de toute personne qui exerce une activité commerciale et effectue une fourniture taxable. Les personnes qui perçoivent la taxe sont les mandataires du ministre du Revenu et doivent s'inscrire auprès du Ministre. Les petits fournisseurs — les personnes dont les revenus annuels sont inférieurs à 30 000 \$ — sont exemptés de l'obligation de s'inscrire et, en conséquence, de celle de percevoir la taxe.

Voici les deux questions soumises à notre Cour:

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?
2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Arrêt: Les deux questions reçoivent une réponse affirmative.

La législature du Québec pourrait adopter la taxe proposée dans le respect du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne s'agit pas, aux fins de la Constitution, d'une taxe indirecte du fait qu'elle est récupérée au moyen d'une série de prélèvements avant que le produit n'atteigne le consommateur final. Exiger le paie-

the consumption chain is simply a method of tax collection by instalments. The reimbursement of the tax initially "paid" through the mechanism of the input tax refund means that there is no tax to be passed on. Since the person who ultimately pays the tax is the one intended to bear the burden, the tax is direct. While registrants are likely to pass on to consumers the administrative burdens they bear as tax collectors, these burdens are not taxes. Nor will the proposed tax result in taxation of persons outside the province by indirect means. Since a supply shipped outside Quebec is identified as a zero-rated supply, no tax is collected from the recipient and the registrant making the supply is eligible for an input tax refund corresponding to the tax initially paid. The fact that someone might not bother claiming the exemption and would thereby pass on the tax to consumers in other provinces would not alter the general tendency of the tax.

The exemption in the draft legislation for zero-rated supplies does not give rise to an indirect tax since it is simply an application of the general regime with a tax rate of zero. The ultimate consumer of zero-rated supplies pays no tax, while the person supplying the good or service is entitled to the input tax refund for any tax paid prior to making the zero-rated supply. Exempt supplies are similar in that the person receiving such supplies does not pay any tax, but the suppliers of exempt supplies are generally not entitled to the input tax refund, raising the possibility that they might seek to recover the amount paid from the ultimate consumer. Since nearly all the exempt supplies enumerated are services, however, virtually all of their inputs must be "transformed" before they are resold. It will therefore be impossible for the tax to be passed on with the good or service. While there will clearly be exceptions to this general characterization of services as necessarily involving transformation or consumption, the general tendency of this exemption is to create a direct tax consistent with the constitutional imperatives recognized in earlier decisions.

The exemption of small suppliers from the obligation to register with the Minister of Revenue and collect the tax on the Minister's behalf would, standing alone, unquestionably have the effect of creating indirect tax-

ment de la taxe à chaque étape de la chaîne de consommation constitue simplement un mode de perception de la taxe par versements. Vu que la taxe initialement «payée» est remboursée par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants, aucune taxe n'est alors reportée sur autrui. Puisque la personne qui paie la taxe en bout de ligne est celle qui devait en assumer le fardeau, il s'agit d'une taxe directe. Même si les inscrits reportent vraisemblablement sur les consommateurs les fardeaux administratifs qu'ils assument en leur qualité de percepteurs d'impôt, ces fardeaux ne sont pas des taxes. La taxe proposée n'entraînera pas non plus la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des moyens détournés. Puisque la fourniture expédiée hors du Québec est une fourniture détaxée, aucune taxe n'est perçue auprès de la personne qui la reçoit et, pour sa part, l'inscrit effectuant la fourniture a droit à un remboursement de taxe sur les intrants correspondant à la taxe initialement payée. L'effet général de la taxe ne saurait changer du simple fait qu'une personne ne se donne pas la peine de réclamer l'exemption et reporte ainsi la taxe sur les consommateurs dans d'autres provinces.

L'exemption prévue dans l'avant-projet de loi pour les fournitures détaxées ne donne pas naissance à une taxe indirecte puisqu'elle reflète simplement l'application du régime général lorsque le taux de taxe est nul. Le consommateur final d'une fourniture détaxée ne paie aucune taxe, alors que la personne qui fournit le produit ou le service a droit à un remboursement de la taxe sur les intrants relativement à toute taxe payée avant la fabrication de la fourniture détaxée. Les fournitures exonérées sont similaires du fait que la personne qui les reçoit ne paie aucune taxe; cependant, les fournisseurs de fournitures exonérées n'ont généralement pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants, d'où la possibilité qu'ils cherchent à recouvrer auprès du consommateur final le montant payé. Toutefois, les fournitures exonérées qui sont énumérées étant à quelques exceptions près des services, pratiquement tous les intrants de ces fournitures doivent être «transformés» avant leur revente. Il sera donc impossible de reporter la taxe sur autrui avec le produit ou service en question. Même s'il y aura évidemment des exceptions à cette qualification générale voulant que les services comportent nécessairement une transformation ou une consommation, cette exemption a pour effet général de créer une taxe directe compatible avec les impératifs constitutionnels reconnus dans les décisions antérieures.

L'exemption du petit fournisseur de l'obligation de s'inscrire auprès du ministre du Revenu et de percevoir la taxe pour le compte de celui-ci aurait certes, prise isolément, l'effet de donner lieu à une taxe indirecte. Le

tion. Small suppliers are required to pay the tax on the goods they purchase and unless they choose to register and incur the accompanying administrative costs, they will not be eligible for the input tax refund and will inevitably seek to recoup any money they pay from the consumers of their products. This fact does not, however, alter the general tendency of the tax. The exemption recognizes non-compliance with the tax scheme by certain small suppliers who face prohibitive costs of administration. The statistics relating to the importance of small suppliers in the total value of taxable supplies demonstrate that their position is exceptional in the overall scheme. The exemption is thus simply an incidental element of the efficient administration of the proposed tax.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Brewers and Maltsters' Association v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation, S.Q. 1991, c. 67, ss. 93 to 172.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(2).
Education and Hospitalization Tax Act, R.S.S. 1953, c. 61, s. 5(3).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15 [am. 1990, c. 45], Part IX, Schedule V, Parts I to VI.
School Cafeteria Food and Beverages (GST) Regulations, SOR/91-29.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

petit fournisseur est tenu de payer la taxe sur les produits qu'il achète et, à moins qu'il ne décide de s'inscrire et d'assumer les coûts administratifs incidents, il ne sera pas admissible au remboursement de la taxe sur les intrants et cherchera inévitablement à récupérer, auprès des consommateurs de ses produits, toute somme qu'il aura payée. Ce fait ne modifie toutefois pas l'effet général de la taxe. L'exemption reconnaît qu'il y a un non-respect du régime fiscal par certains petits fournisseurs qui font face à des coûts administratifs prohibitifs. Les statistiques sur la valeur des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs par rapport à celle de la totalité des fournitures taxables démontrent que la position des petits fournisseurs est exceptionnelle dans l'ensemble du régime. L'exemption est donc simplement un élément accessoire visant le bon fonctionnement de la taxe proposée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Brewers and Maltsters' Association c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45.

Lois et règlements cités

Education and Hospitalization Tax Act, R.S.S. 1953, ch. 61, art. 5(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15 [mod. 1990, ch. 45], partie IX, annexe V, parties I à VI.
Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal, L.Q. 1991, ch. 67, art. 93 à 172.
Règlement sur les aliments et les boissons de cafétérias d'école (TPS), DORS/91-29.

Authors Cited

Canada. Department of Finance. *Budget 89: The Goods and Services Tax*. Ottawa: Department of Finance, April 27, 1989.

Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: An Overview*. Ottawa: Department of Finance, August 1989.

Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: A Summary*. Ottawa: Department of Finance, 1990.

Canada. Department of Finance. *The White Paper: Tax Reform 1987*. Ottawa: Department of Finance, 1987.

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

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy, with Some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. II. Boston: Little & Brown, 1848.

Whalley, John, and Deborah Fretz. *The Economics of the Goods and Services Tax*. Canadian Tax Paper No. 88. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1990.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the constitutional validity of proposed amendments to Quebec's sales tax. Both questions answered in the affirmative.

Jean-Marc Aubry, Q.C., James M. Mabbutt, Q.C., and Marie-Claude P. Larin, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin and Monique Rousseau, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Wilfrid Lefebvre, Q.C., and Patrice Marceau, for the *amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I — Introduction

In this reference, we are asked to consider the constitutional validity of proposed amendments to the Province of Quebec's sales tax ("QST"). These amendments are designed to transform the QST

Doctrine citée

Canada. Ministère des Finances. *Budget 89: La taxe sur les produits et services*. Ottawa: Ministère des Finances, 27 avril 1989.

^a Canada. Ministère des Finances. *Livre blanc: Réforme fiscale 1987*. Ottawa: Ministère des Finances, 1987.

Canada. Ministère des Finances. *Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*. Ottawa: Ministère des Finances, août 1989.

^b Canada. Ministère des Finances. *Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*. Ottawa: Ministère des Finances, 1990.

La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1981.

Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy, with Some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. II. Boston: Little & Brown, 1848.

^d Whalley, John, and Deborah Fretz. *The Economics of the Goods and Services Tax*. Canadian Tax Paper No. 88. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1990.

^e RENVOI par le gouverneur général en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente du Québec. Les deux questions reçoivent une réponse ^f affirmative.

Jean-Marc Aubry, c.r., James M. Mabbutt, c.r., et Marie-Claude P. Larin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

^h *Wilfrid Lefebvre, c.r., et Patrice Marceau*, pour l'*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — Introduction

On nous demande, dans le présent renvoi, d'examiner la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente de la province de Québec («TVQ»). Ces modifications visent à transformer

into a tax similar in all essential respects to the federal goods and services tax ("GST"). Pursuant to an agreement between the Province of Quebec and the Government of Canada on August 30, 1990, the tax bases of the federal and provincial consumption taxes were substantially harmonized and the Province of Quebec accepted responsibility for administering the GST in Quebec. The proposed amendments which form the subject of this reference would represent the final steps in harmonizing the QST and GST. The GST was the subject of an earlier reference to this Court and was held to be *intra vires* Parliament (*Reference Re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 ("GST Reference")). The validity of the federal tax, however, is in no way determinative of the issues raised in this reference. Although the desire to harmonize federal and provincial consumption taxes is administratively and politically attractive, it remains to be determined whether the proposal is compatible with the Constitution.

II — The Facts

The principal difference between the existing QST and the GST derives from the concept of "non-taxable supplies" present in the provincial regime. This concept ensures that the QST is a retail sales tax, that is, one which is collected at the retail level. The GST, in contrast, is a value-added tax which is collected and reimbursed at every stage along the production and marketing chain with the final consumer ultimately being the one to pay the tax. The net result of the two taxes is identical: the ultimate consumer pays the tax; however, the mechanism for achieving this end differs. Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, the Governor General in Council seeks to determine whether the mechanism through which the GST is collected as well as certain other aspects of the GST would be *intra vires* the provincial legislatures. A draft set of provisions which would transform the QST into a tax similar to the GST was annexed to the Order-in-Council containing the questions referred to this Court by the Governor General in Council. These provisions

la TVQ en une taxe qui, pour l'essentiel, serait semblable à la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»). Conformément à une entente conclue le 30 août 1990 entre la province de Québec et le gouvernement du Canada, les assiettes des taxes fédérale et provinciale à la consommation ont été en grande partie harmonisées et la province de Québec a accepté la responsabilité de l'application de la TPS au Québec. Les modifications proposées, qui font l'objet du présent renvoi, représenteraient les dernières étapes de l'harmonisation de la TVQ et de la TPS. La TPS a déjà fait l'objet d'un renvoi devant notre Cour qui l'a jugée relever de la compétence du législateur fédéral (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 («*Renvoi sur la TPS*»)). Cependant, la validité de la taxe fédérale n'est aucunement déterminante quant aux questions soulevées dans le présent renvoi. Bien que la volonté d'harmoniser les taxes fédérale et provinciale à la consommation soit administrativement et politiquement attrayante, il reste à déterminer si la proposition est conforme à la Constitution.

II — Les faits

La différence principale entre la TVQ et la TPS réside dans le concept des «fournitures non taxables» que l'on trouve dans le régime provincial. Ce concept fait en sorte que la TVQ soit une taxe de vente au détail, c'est-à-dire une taxe perçue à l'étape de la vente au détail. Par contre, la TPS est une taxe à la valeur ajoutée qui est perçue et remboursée à chaque étape de la chaîne de production et de commercialisation, et qui est en fin de compte payée par le consommateur final. Les deux taxes ont un même résultat: le consommateur ultime paie la note. Cependant, il y a différence quant au moyen de réaliser cette fin. Conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, le gouverneur général en conseil recherche une opinion quant à la conformité du mécanisme de perception de la TPS et de certains autres aspects de cette taxe avec la compétence des législatures provinciales. Un avant-projet des dispositions qui transformeraient la TVQ en une taxe semblable à la TPS est joint au décret contenant les questions que le gouverneur général

(the "draft Act") are found in the annex to this judgment.

As was noted by this Court in the *GST Reference*, the GST contemplates three classes of goods and services: taxable supplies, exempt supplies and zero-rated supplies. In addition to the three classes, there is also a special exemption for small business: the small supplier exemption. It is this structure which has been reproduced in the draft provisions and which was the focus of oral argument before the Court. A brief review of these elements will set the factual background for the constitutional questions submitted by the Governor General in Council.

The general operation of the proposed tax is clear from an examination of the concept of taxable supply. A taxable supply is defined in s. 1 of the draft Act as the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, lease, gift or alienation in the course of a commercial activity. Every purchaser of a taxable supply must pay a tax equal to 8 percent of the value of the consideration given for the supply (in certain cases reduced to 4 or 0 percent (zero-rated supplies); draft Act, s. 2). As with the GST, the purchaser of a taxable supply who uses that good or service in the production of other taxable supplies will be entitled to a refund from the government equal to the amount of tax initially paid on its inputs (the input tax refund or the input tax credit under the GST; draft Act, s. 13). To the extent that taxable supplies are not used by the purchaser to produce other taxable supplies, by definition they will be consumed by the purchaser for non-commercial purposes. In such a case, the purchaser will not be eligible for an input tax refund. The tax will thus be collected and refunded at each stage of the production and marketing process until the ultimate consumer is reached. The input tax refund mechanism, in the case of taxable

en conseil soumet à notre Cour (voir l'annexe aux présents motifs).

Comme notre Cour l'a fait remarquer dans le *Renvoi sur la TPS*, celle-ci vise trois catégories de produits et services: les fournitures taxables, les fournitures exonérées et les fournitures détaxées. Outre ces trois catégories, il existe aussi une exemption spéciale pour les petites entreprises: l'exemption du petit fournisseur. L'avant-projet de loi reprend cette structure sur laquelle ont porté les plaidoiries devant notre Cour. Un bref examen de ces éléments servira à établir le contexte factuel des questions constitutionnelles soumises par le gouverneur général en conseil.

L'examen du concept de la fourniture taxable illustre le fonctionnement général de la taxe proposée. L'article 1 de l'avant-projet de loi définit une fourniture taxable comme la délivrance d'un bien ou la prestation d'un service, de quelque manière que ce soit, y compris par vente, transfert, troc, échange, licence, louage, donation ou aliénation, dans le cadre d'une activité commerciale. Tout acquéreur d'une fourniture taxable doit payer une taxe égale à 8 pour 100 de la contrepartie de la fourniture (dans certains cas, le taux de la taxe est réduit à 4 pour 100 ou est nul («les fournitures détaxées»), art. 2 de l'avant-projet de loi). Comme dans le cas de la TPS, l'acquéreur d'une fourniture taxable qui utilise le bien ou service pour la production d'autres fournitures taxables aura droit à un remboursement du gouvernement, d'un montant égal à la taxe initialement payée sur les intrants (le remboursement de la taxe sur les intrants ou le crédit d'impôt sur les intrants en vertu de la TPS, art. 13 de l'avant-projet de loi). Dans la mesure où des fournitures taxables ne sont pas utilisées par l'acquéreur pour produire d'autres fournitures taxables, elles sont par définition consommées par l'acquéreur à des fins non commerciales. Dans ce cas, l'acquéreur n'a pas droit à un remboursement de la taxe sur les intrants. Par conséquent, la taxe est perçue et remboursée à chaque étape du processus de production et de commercialisation jusqu'au consommateur ultime. Le mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants, dans le cas des fournitures taxables, fait donc en sorte que le paie-

supplies, thus ensures that the tax is paid by the ultimate consumer.

Zero-rated and exempt supplies, in contrast, will not attract any tax from the ultimate consumer. Zero-rated supplies will be subject to the tax in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer. The consumer, however, will pay a tax set at "0 percent", and suppliers will be entitled to the input tax refund. The result is that no net revenue will be raised for the government at any stage in the production and marketing chain. In contrast to zero-rated supplies, the vendor of an exempt supply will not be entitled to the input tax refund. In the case of exempt supplies, therefore, the tax will be paid to the government at the penultimate stage in the supply chain rather than by the ultimate consumer.

The collection of the tax will be assured by every person engaged in commercial activities who makes a taxable supply. The persons collecting the tax are agents of the Minister of Revenue and are required to be registered with the Minister (draft Act, ss. 25 and 28). Registration must occur before a taxable supply is made and is a condition precedent of eligibility for the input tax refund. Registrants are required to file returns in which they calculate their net tax for a reporting period (draft Act, s. 30). The net tax is essentially the difference between the amount of tax collected and the input tax refund for which the person is eligible in a given reporting period (draft Act, s. 29). On the basis of these calculations, the registrant will either be entitled to a refund from the government or be obliged to pay over the excess tax collected. Registrants will face significant administrative costs in complying with the proposed scheme. As is the case with the GST, certain persons, however, will be exempted from the obligation to register and thus collect the tax. Anyone whose annual revenues are less than \$30,000 will have the option

ment de la taxe soit à la charge du consommateur final.

Par contre, le consommateur final ne paie aucune taxe sur les fournitures détaxées et les fournitures exonérées. La taxe frappe les fournitures détaxées comme toute autre fourniture taxable, tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur ultime. Toutefois, la taxe imposée au consommateur est fixée à «0 pour 100» et les fournisseurs ont droit au remboursement de la taxe sur les intrants, si bien que le gouvernement ne retire finalement aucune recette nette à quelque étape que ce soit de la chaîne de production et de commercialisation. Contrairement au vendeur de fournitures détaxées, le vendeur d'une fourniture exonérée n'a pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. En conséquence, dans le cas des fournitures exonérées, la taxe est payée au gouvernement à l'avant-dernière étape de la chaîne de production plutôt que par le consommateur ultime.

La perception de la taxe relève de toute personne qui exerce une activité commerciale et effectue une fourniture taxable. Les personnes qui perçoivent la taxe sont les mandataires du ministre du Revenu et doivent s'inscrire auprès du Ministre (art. 25 et 28 de l'avant-projet de loi). L'inscription doit avoir lieu avant que ne soit effectuée une fourniture taxable et constitue une condition préalable de l'admissibilité au remboursement de la taxe sur les intrants. Tout inscrit doit produire une déclaration dans laquelle il a calculé sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée (art. 30 de l'avant-projet de loi). La taxe nette est essentiellement la différence entre le montant de la taxe perçue et le remboursement de la taxe sur les intrants auquel la personne est admissible au cours d'une période de déclaration (art. 29 de l'avant-projet de loi). Selon le cas, l'inscrit a alors droit à un remboursement du gouvernement ou est tenu de verser la taxe excédentaire perçue. Le respect du régime proposé entraîne d'importants coûts administratifs pour les inscrits. Toutefois, comme dans le cas de la TPS, certaines personnes sont exemptées de l'obligation de s'inscrire et, en conséquence, de celle de percevoir la taxe. La faculté de s'inscrire

of registering (draft Act, ss. 18, 19 and 25). These persons are identified as small suppliers.

In order to test the constitutionality of the proposal to harmonize the QST and GST, the Governor General in Council, by Order-in-Council dated August 26, 1993, referred the following two questions to this Court:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?

2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

These same two questions were stated by Chief Justice Lamer as constitutional questions on September 7, 1993.

III — Analysis

The first constitutional question deals with the basic operation of the proposed tax and the elimination of the concept of non-taxable supplies from the current QST. The second and more general constitutional question requires that I address not only the basic operation of the tax, but the various exemptions which form part of the existing federal regime and which were highlighted above. The central issue in this reference is whether the proposed tax, in its general operation as well as its specific details, is a tax within the provincial tax-

s'applique à quiconque dont les revenus annuels sont inférieurs à 30 000 \$ (art. 18, 19 et 25 de l'avant-projet de loi). Ces personnes sont qualifiées de petits fournisseurs.

Pour faire vérifier la constitutionnalité du projet d'harmonisation de la TVQ avec la TPS, le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour les deux questions suivantes par décret en date du 26 août 1993:

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Le 7 septembre 1993, le juge en chef Lamer a formulé ces deux mêmes questions à titre de questions constitutionnelles.

III — Analyse

La première question constitutionnelle concerne l'application générale de la taxe proposée et l'élimination du concept des fournitures non taxables de la TVQ actuelle. La deuxième question constitutionnelle est plus générale et exige que j'examine non seulement l'application générale de la taxe, mais aussi les diverses exemptions du régime fédéral actuel, que j'ai déjà mentionnées. La question au cœur du présent renvoi est de savoir si la taxe proposée, tant dans son application générale que dans ses détails spécifiques, est une taxe qui relève

ing power contained in s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Section 92(2) stipulates:

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

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

The *amicus curiae* and the Attorneys General of Quebec and Canada have agreed that the tax will be collected within the province only and that it will be used to generate revenue for provincial purposes. My analysis of the proposed tax will therefore focus on determining if it is direct.

I begin with an examination of the legal principles applicable to determining whether a tax is direct within the meaning of s. 92(2). I then analyze the proposed QST in light of these principles beginning with the general scheme. Finally, I consider the constitutional validity of the three categories of exemptions: “zero-rated supplies”, “exempt supplies” and the “small supplier exemption”.

1. *The Applicable Principles of Law*

It is well established that whether a given tax is direct or indirect in terms of the *Constitution Act, 1867* is a question of law and not of economic incidence. The test predominately relied on in the jurisprudence to distinguish between the two types of taxes is the formulation employed by John Stuart Mill in his 1848 treatise, *Principles of Political Economy*, Book V, c. III, at p. 371:

A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another; such as the excise or customs.

Though this formulation is no longer used by economists, it has served and continues to serve the legal purpose of providing a relatively clear

du pouvoir de taxation que le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces. Ce paragraphe se lit ainsi:

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

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

L'*amicus curiae* et les procureurs généraux du Québec et du Canada ont convenu que la taxe sera perçue à l'intérieur de la province seulement et servira à fournir des revenus aux seules fins provinciales. Mon analyse de la taxe proposée visera donc à déterminer si cette taxe est directe.

Examinons en premier lieu les principes de droit applicables pour établir si une taxe est directe au sens du par. 92(2). Compte tenu de ces principes, je ferai ensuite l'analyse de l'économie générale de la TVQ proposée. Enfin, je me pencherai sur la constitutionnalité des trois catégories d'exemptions: les «fournitures détaxées», les «fournitures exonérées» et l'«exemption du petit fournisseur».

1. *Les principes de droit applicables*

Il est bien établi que de savoir si une taxe est directe ou indirecte selon la *Loi constitutionnelle de 1867* est une question de droit et non d'incidence économique. Le critère le plus souvent utilisé dans la jurisprudence pour distinguer ces deux types de taxe est la formule employée par John Stuart Mill dans son traité de 1848 intitulé *Principles of Political Economy*, livre V, ch. III, à la p. 371:

[TRADUCTION] La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre: c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane.

Bien que cette formule ne soit plus utilisée par les économistes, elle a servi et continue de servir en droit à établir un point de repère relativement clair

bench mark for applying the division of taxation powers contained in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Definitively adopted for that purpose in *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.), the distinction has subsequently been applied in a number of cases including *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371.

The application of Mill's distinction during the last century allows us to predict the constitutional fate of some taxes with a measure of confidence. In analyzing a given tax, it should be remembered that the courts examine the general tendency of the tax, rejecting exceptional factual circumstances as legally irrelevant (*Lambe, supra; Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231). Customs duties and excise taxes, as Mill noted, are indirect taxes. The tax in these two cases is paid by the importer or manufacturer with, it has been said, "the expectation and intention" that it will generally be passed on to the purchaser as an element of the price. There is no intention in either case to place the burden of the tax on the manufacturer or importer, who simply act as conduits through which to pass on the burden to others. The tax is therefore not paid by the person who is intended to bear the burden. Property, income and consumption taxes, in contrast, have been historically held to be direct taxes since their general tendency is that the person intended to bear the burden of the tax is the one who pays it. The intention apparent in the case of customs duties and excise taxes that the tax be passed on with the good is absent from property, income and consumption taxes.

The case law interpreting s. 92(2) contains various indicia or propositions which serve to guide the courts. Five of these are of particular relevance in determining the constitutionality of the proposed provincial value-added tax.

As noted above, one indicium is whether the intention of the legislator as to who should bear the tax is clear. In the case of direct taxes, Viscount Simon recognized that "the taxing authority is not

dans le partage des pouvoirs de taxation prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Définitivement adoptée à cette fin dans l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (C.P.), cette distinction a été par la suite appliquée dans un certain nombre d'affaires dont *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371.

L'application de la distinction établie par Mill au cours du siècle dernier nous permet de prédire avec une relative certitude le sort constitutionnel de certaines taxes. Dans l'analyse d'une taxe donnée, les tribunaux examinent, rappelons-le, l'effet général et considèrent non pertinentes en droit les circonstances factuelles exceptionnelles (*Lambe, précité; Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231). Comme l'a fait remarquer Mill, les droits de douane et les taxes d'accise sont des taxes indirectes. Dans ces cas, la taxe est payée soit par l'importateur ou le fabricant «dans l'expectative et l'intention», a-t-on dit, qu'elle soit généralement reportée sur l'acquéreur par le biais du prix. Dans aucun cas, n'a-t-on l'intention d'imposer le fardeau de la taxe au fabricant ou à l'importateur; celui-ci est un simple conduit qui reporte ce fardeau sur autrui. La taxe n'est donc pas payée par la personne qui doit en assumer le fardeau. Par contre, les taxes foncières, l'impôt sur le revenu et les taxes à la consommation sont traditionnellement considérés comme des taxes directes puisque ces taxes, de par leur effet général, sont payées par la personne qui doit en assumer le fardeau. Contrairement à ce qui se passe pour les droits de douane et les taxes d'accise, l'intention de reporter la taxe sur autrui n'existe pas.

La jurisprudence sur l'interprétation du par. 92(2) fournit divers critères ou indications qui servent de guide aux tribunaux. Cinq d'entre eux sont tout particulièrement pertinents pour décider de la constitutionnalité du projet de taxe provinciale à la valeur ajoutée.

Comme je l'ai fait remarquer, un premier critère est la présence d'une volonté du législateur de désigner clairement la personne qui doit assumer la taxe. En ce qui concerne les taxes directes, le

indifferent as to which of the parties to the transaction ultimately bears the burden, but intends it as a 'peculiar contribution' on the particular party selected to pay the tax" (*Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, at p. 564). A related indicium of direct taxation is whether everyone knows how much tax they really pay (Mill, Book V, c. VI, cited with approval by Viscount Simon in *Atlantic Smoke Shops*; see also *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141 (P.C.)). At Confederation, the decision to limit the provincial legislatures to direct taxation was aimed at transparency and thought to enhance political accountability. Though the criterion of accountability may not be the central focus of the more recent jurisprudence pertaining to s. 92(2), transparency still serves to identify a tax as direct.

A third indicium, one of indirectness, was recognized by Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231. He pointed to the attachment of a tax to a good as a strong indication that the tax is indirect (at pp. 251-52):

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

Thus, where the tax "clings" to the product in the sense that its amount attaches to the good and moves together with the good through the chain of supply, an element of indirectness may be present. The validity of Rand J.'s indicator is demonstrated most vividly by customs duties and excise taxes. This test was recently applied in *Allard Contractors, supra*, at pp. 394-98, to identify a volumetric fee on soil removal as an indirect tax.

vicomte Simon a reconnu que [TRADUCTION] «le fisc n'est pas indifférent quant à identifier celle des parties à la transaction qui en assume finalement le fardeau, mais entend en faire une «contribution particulière» de la part de la personne désignée pour la payer» (*Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550, à la p. 564). La connaissance par chacun du montant de taxe réellement payé est une autre indication de la nature directe d'une taxe (Mill, livre V, ch. VI, cité et approuvé par le vicomte Simon dans *Atlantic Smoke Shops*; voir aussi *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141 (C.P.)). À l'époque de la Confédération, la décision de restreindre les législatures provinciales au champ de taxation directe avait pour but de favoriser la transparence et l'imputabilité politique. Quoique le critère de l'imputabilité ne constitue peut-être pas l'élément central de la jurisprudence plus récente sur le par. 92(2), la transparence sert encore à déterminer si une taxe est directe.

Un troisième critère, visant cette fois le caractère indirect d'une taxe, est reconnu par le juge Rand dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231. Celui-ci souligne que le rattachement de la taxe à un bien particulier constitue une forte indication de son caractère indirect (aux pp. 251 et 252):

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

En conséquence, si la taxe «s'attache» au produit en ce sens que son montant se greffe au produit tout au long de la chaîne de production, cela peut être une indication de son caractère indirect. Les droits de douane et les taxes d'accise illustrent au mieux ce critère du juge Rand. Il a récemment été invoqué dans l'arrêt *Allard Contractors*, précité, aux pp. 394 à 398, pour qualifier de taxe indirecte des droits volumétriques pour l'enlèvement de terre.

At first glance, provincial consumption taxes would appear to be taxes which attach to a good; however, the case law has unequivocally and correctly recognized such taxes as direct (see *Atlantic Smoke Shops, supra*, and *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619). In particular, a number of cases have held that consumption taxes will be direct even though they may be passed on when the good or service initially taxed is incorporated or transformed into a new good or service (see *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Cairns, supra*). Thus where a tax is imposed on the consumption of fuel oil, the fact that the oil may be used in the manufacture of another good and thereby passed on as part of the cost of that good does not render the tax unconstitutional. The good is consumed and the tax therefore cannot be passed on with the good as is the case with an import duty.

The final proposition of relevance in determining the constitutional validity of the proposed value-added tax is that the nature of a tax is not affected by the system of collection (see *Kingcome, supra*; *Atlantic Smoke Shops, supra*, and *Cairns, supra*). The fact that a retailer collects the tax from a consumer on behalf of the government and then physically pays the money over to the government does not alter the characterization of such a tax as direct. The person intended to bear the burden of the tax, the consumer, is still the one who in reality pays it even though the retailer as agent for the government collects it. It is true that the retailer bears a burden in relation to the collection of the tax; however, this burden is part of the general cost of doing business and cannot be related to or passed on in a recognizable form with any particular good.

In approaching new taxes, the constitutional fate of which is unknown, it is not without interest to refer to an important effect of the s. 92(2) limitation to direct taxation. In addition to the historical desire to promote transparency and accountability, one finds a concern in the case law and literature

De prime abord, les taxes provinciales à la consommation sembleraient constituer des taxes rattachées à un produit; toutefois, la jurisprudence a clairement et à juste titre reconnu que ces taxes sont directes (voir les arrêts *Atlantic Smoke Shops, précité*, et *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619). Dans un certain nombre de décisions, on a jugé que les taxes à la consommation sont des taxes directes même si elles peuvent être reportées sur autrui lorsque le produit ou le service initialement taxé est incorporé dans un nouveau produit ou service ou transformé en un tel produit ou service (voir les arrêts *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Cairns, précité*). Par exemple, une taxe à la consommation de combustible n'est pas inconstitutionnelle du fait que ce combustible peut servir à la fabrication d'un autre bien et être inclus dans le coût de ce bien. Le produit est consommé et la taxe ne peut être reportée sur autrui avec le produit comme dans le cas des droits de douane.

Enfin, il faut souligner que le mode de perception d'une taxe n'en touche pas la nature (voir les arrêts *Kingcome, Atlantic Smoke Shops* et *Cairns, précités*) et n'en détermine donc pas la constitutionnalité. Le fait qu'un détaillant perçoive d'un consommateur une taxe pour le compte du gouvernement et qu'il rembourse ensuite cette taxe au gouvernement ne change rien au caractère direct de cette taxe. La personne qui doit assumer le fardeau de la taxe, le consommateur, est encore celle qui la paie réellement, même si c'est le détaillant qui la perçoit à titre de mandataire du gouvernement. Il est vrai que le détaillant a le fardeau de percevoir la taxe, mais ce fardeau fait partie des frais généraux du commerce et ne saurait être reporté sur autrui sous une forme identifiable au moment de la fourniture d'un produit particulier ni lui être rattaché.

Dans l'examen de nouvelles taxes, dont le sort constitutionnel est inconnu, il est intéressant de souligner un effet important de la limite imposée par le par. 92(2) à la taxation directe. Outre la volonté historique de favoriser la transparence et l'imputabilité, on trouve dans la jurisprudence et la

regarding taxation of persons outside the province by indirect means or taxation which interferes with interprovincial or international trade. The prohibition against excise taxes and customs duties clearly achieves this latter purpose. As my colleague La Forest J. noted in his study of the taxation power under the Canadian Constitution, "the person who ultimately pays an excise tax may have no other connection with the province benefiting from the tax than that the product was originally produced or manufactured there" (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 202).

My review of the jurisprudence interpreting s. 92(2) has revealed that apart from excise taxes, import duties, or taxes of a similar nature and the two more general limitations highlighted in the preceding paragraph, the provinces have come to enjoy considerable freedom in constructing their tax systems. Having examined the basic principles informing the interpretation and application of s. 92(2), I now turn to a detailed examination of the tax proposed in the draft Act.

2. *The General Scheme of the Proposed Tax*

A perusal of the economics literature reveals that value-added taxes are often seen as refined versions of consumption taxes (see, for example, Whalley and Fretz, *The Economics of the Goods and Services Tax* (1990)). Collection earlier in the production and marketing chain is thought to increase compliance by collecting the bulk of tax revenues from larger organizations believed to have more dependable accounting systems. Furthermore, until someone resells a good they have purchased, they can be assumed to be the consumer and therefore liable to pay the tax. To avoid the ultimate burden of paying the tax, they must prove that the good or service was used in the provision of another taxable supply. This "onus" is easily discharged by collecting the tax on behalf of the government when taxable supplies are made to other persons and by filing returns which detail the amount of tax collected and the amount "paid" in

doctrine une préoccupation concernant la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des taxes ou des moyens indirects entravant le commerce interprovincial ou international. L'interdiction de percevoir des taxes d'accise et des droits de douane en est une expression. Comme le fait remarquer mon collègue le juge La Forest dans son étude sur le pouvoir de taxation en vertu de la Constitution canadienne, [TRADUCTION] «il se peut que le seul lien que la personne qui paie en fin de compte une taxe d'accise ait avec la province bénéficiaire de cette taxe soit que le bien y a été produit ou fabriqué à l'origine» (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 202).

Mon examen de la jurisprudence portant sur l'interprétation du par. 92(2) fait ressortir que mis-à-part les taxes d'accise, les droits de douane ou taxes semblables et les deux restrictions plus générales mentionnées dans le paragraphe précédant, les provinces en sont venues à jouir d'une liberté considérable dans l'établissement de leurs régimes fiscaux. Après cette étude des principes fondamentaux qui sous-tendent l'interprétation et l'application du par. 92(2), passons à un examen détaillé de la taxe proposée dans l'avant-projet de loi.

2. *L'économie générale de la taxe proposée*

Les traités de doctrine économique considèrent souvent les taxes à la valeur ajoutée comme des formes évoluées de taxes à la consommation (voir, par exemple, Whalley et Fretz, *The Economics of the Goods and Services Tax* (1990)). La perception de la majeure partie de la taxe aux différentes étapes de la chaîne de production et de commercialisation est jugée en accroître le rendement dans la mesure où la majeure partie des revenus fiscaux sont perçus auprès de grandes organisations qui, croit-on, possèdent des systèmes de comptabilité plus fiables. Par ailleurs, jusqu'à ce qu'une personne revende un bien qu'elle a acheté, on peut présumer qu'elle en est le consommateur et qu'elle est assujettie au paiement de la taxe. Pour éviter d'avoir à payer la taxe, une personne doit prouver que le bien ou le service a été utilisé pour produire une autre fourniture taxable. La personne peut facilement s'acquitter de ce «fardeau» en perce-

respect of inputs. Enforcement is thereby enhanced by the documentary record created.

As was noted above, consumption taxes have historically been held to be direct taxes. In *Cairns*, *supra*, this Court held that a tax on consumers of tangible personal property purchased at the retail level was direct. A similar conclusion was reached in *Atlantic Smoke Shops*, *supra*, where the tax was on tobacco purchased for consumption from a retail vendor. To the extent that the proposed value-added tax is in fact a consumption tax on the ultimate consumer, these cases provide some support for its validity. The real question in determining if the tax is direct, however, is not whether it is a consumption tax, but whether the person intended to bear the burden of the tax is the person paying the tax.

The unique feature of a value-added tax, its collection along the production and marketing chain, may be the chief attraction for governments. However, the collection mechanism, which provides for the tax as the good moves through the consumption chain, may at first sight appear to raise the spectre of an indirect tax.

It was maintained before us that value-added taxes are similar to excise taxes or customs duties in that the tax is in some sense passed on with the good and indemnification occurs when the good is sold. It will be remembered that Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, identified the fact that the tax tended to cling to a good as an indication of indirectness. The fact that the tax is recouped through a series of indemnifications before the good reaches the final consumer does not, however, make the value-added tax an indirect tax for constitutional purposes. **Close examination of the**

avant la taxe pour le compte du gouvernement là où des fournitures taxables sont vendues à d'autres personnes, et en remplissant une déclaration indiquant le montant de la taxe perçue ainsi que le montant «payé» à l'égard des intrants. Le recouvrement de la taxe se trouve alors favorisé grâce aux documents ainsi établis.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, les taxes à la consommation sont traditionnellement considérées comme des taxes directes. Dans l'arrêt *Cairns*, précité, notre Cour a jugé qu'une taxe imposée aux consommateurs de biens meubles corporels au moment de la vente au détail constituait une taxe directe. L'arrêt *Atlantic Smoke Shops*, précité, en arrive à la même conclusion à l'égard d'une taxe sur le tabac acheté à un vendeur au détail à des fins de consommation. Dans la mesure où la taxe à la valeur ajoutée proposée est en fait une taxe à la consommation imposée au consommateur ultime, ces arrêts appuient dans une certaine mesure sa validité. Cependant, pour déterminer si la taxe est directe, il faut se demander non pas s'il s'agit d'une taxe à la consommation, mais plutôt si la personne qui la paie est celle qui doit en assumer le fardeau.

Le prélèvement d'une taxe à la valeur ajoutée tout au long de la chaîne de production et de commercialisation en représente sans doute l'attrait principal pour les gouvernements. Cependant, le mécanisme de perception, qui permet l'imposition de la taxe sur le produit tout au long de la chaîne de consommation, semble à première vue soulever le spectre d'une taxe indirecte.

On a fait valoir que les taxes à la valeur ajoutée sont semblables à des taxes d'accise ou à des droits de douane en ce qu'elles sont en quelque sorte reportées sur autrui avec le produit et donnent lieu à une indemnisation au moment de la vente du produit. Dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, précité, on se rappellera que le juge Rand a dit que la tendance d'une taxe à s'attacher à un bien constitue une indication de son caractère indirect. Cependant, la taxe à la valeur ajoutée n'est pas, aux fins de la Constitution, une taxe indirecte du fait qu'elle est récupérée au moyen d'une série de prélèvements

proposed tax reveals that the person who ultimately pays the tax is the one intended to bear the burden, and, therefore, the tax is direct.

As noted above, the proposed tax will be paid and then reimbursed at each stage until final consumption. Imposing the tax at each level in the consumption chain is simply a method of tax collection by instalments. The persons who collect the tax along the chain and who are reimbursed are really tax collectors. The draft Act, it will be remembered, explicitly identifies these persons as agents of the Minister of Revenue in their capacity as tax collectors (draft Act, s. 28). Rather than putting forward a new and different type of tax, the essence of the proposed amendments is simply to substitute a new mechanism of collection.

The availability of the input tax refunds is the key to understanding what is truly going on prior to the stage of ultimate consumption. Eligibility for an input tax refund relieves the consumer turned supplier from the burden of the tax which is then charged to the person who purchases the good. The reimbursement of the tax initially "paid" through the mechanism of the input tax refund means that there is no tax to be passed on. The input tax refund thus guarantees that the person who ultimately pays the tax is the one who was intended should bear the burden and that therefore the proposed tax is a form of direct taxation. Though the input tax refund mechanism operates behind the scenes to produce this result and though the GST, for example, can be included in the price and appear only on the final invoice, consumers are fully aware, often to their dismay, that they are paying the tax. Indeed the federal government made it very clear in the background papers to the GST, that in replacing the hidden federal sales tax it was "committed to ensuring that Canadians [be] informed in a clear and visible manner that the GST is being applied" (*Goods and Services Tax: An Overview*, Department of Finance, August

avant que le produit n'atteigne le consommateur final. Un examen attentif de la taxe proposée révèle que la personne qui la paie en bout de ligne est celle qui devait en assumer le fardeau. Il s'agit donc d'une taxe directe.

Comme je l'ai déjà mentionné, la taxe proposée sera payée puis remboursée à chaque étape jusqu'à la consommation finale. Exiger le paiement de la taxe à chaque étape de la chaîne de consommation constitue simplement un mode de perception de la taxe par versements. Les personnes qui perçoivent la taxe tout au long de la chaîne de production et qui bénéficient ensuite d'un remboursement sont en fait des percepteurs d'impôt. L'avant-projet de loi, on s'en souviendra, précise que ces personnes sont, en leur qualité de percepteurs d'impôt, des mandataires du ministre du Revenu (art. 28 de l'avant-projet de loi). Les modifications proposées visent essentiellement à établir un nouveau mécanisme de perception et non à créer une taxe de type nouveau.

La possibilité d'obtenir des remboursements de taxe sur les intrants est déterminante de la nature véritable des transactions avant l'étape de la consommation finale. L'admissibilité à un remboursement de la taxe sur les intrants dégage le consommateur devenu fournisseur du fardeau de la taxe qui est alors imposée à la personne qui achète le produit. Vu que la taxe initialement «payée» est remboursée par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants, aucune taxe n'est alors reportée sur autrui. Le remboursement de la taxe sur les intrants fait en sorte que la personne qui paie la taxe en définitive est bien celle devant en assumer le fardeau et, par conséquent, que la taxe proposée est un type de taxe directe. Bien que le mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants engendre ce résultat par voie détournée et, bien que la TPS puisse être incluse dans le prix et n'apparaître que sur la facture, les consommateurs sont parfaitement conscients qu'ils paient la taxe, souvent à leur grand déplaisir. En fait, le gouvernement fédéral a clairement précisé dans la documentation relative à la TPS, qu'en remplaçant la taxe fédérale cachée de vente il «[tenait] à ce que les Canadiens soient informés de l'application de la TPS de façon

1989, at p. 20; see also *Budget 89: The Goods and Services Tax*, Department of Finance, April 27, 1989, at pp. 19 and 25). As noted above, such transparency is one of the hallmarks of direct taxation.

The *amicus curiae*, however, attacked the proposed tax by focusing on the input tax refund. The *amicus curiae* argued that the person who initially "pays" the tax is not the person whom the legislature has chosen to bear the burden. These persons, it was argued, pass the tax and the burden back to the government by the mechanism of the input tax refund. I cannot accept this argument. The registrants are not in any constitutionally significant sense the persons paying the tax when they resell the good or another good or service which the taxed good was used to produce. The input tax refund in such a case operates to ensure that any tax initially paid is fully reimbursed. Registrants therefore do not pay the tax or bear the burden, as stated above, they merely function as tax collectors transferring the revenues to the government as was the case in *Cairns, supra*, and *Kingcome, supra*.

This view of the tax is supported by the presence of provisions in earlier versions of retail sales taxes which required a vendor to collect the tax even though the person alleged the good was being purchased for the purpose of resale. Section 5(3) of *The Education and Hospitalization Tax Act*, R.S.S. 1953, c. 61, the Act considered in *Cairns*, required persons in such a situation to deposit with the vendor an amount equal to the tax otherwise payable under the Act. The "deposit" was then refunded on receipt of evidence satisfactory to the Minister that the property was purchased for the purpose of resale. In other words, the "deposit" was refunded only when the Minister received sufficient evidence that the tax would be paid further down the chain. Under the draft Act and the GST, eligibility for a refund results from simply filing a return; however, as with s. 5(3) in the Saskatchewan Act,

« Claire et visible » (*Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*, Ministère des Finances, août 1989, à la p. 21; voir aussi, *Budget 89: La taxe sur les produits et services*, Ministère des Finances, 27 avril 1989, aux pp. 19 et 25). Comme je l'ai déjà fait remarquer, cette transparence est l'une des caractéristiques de la taxation directe.

Cependant, l'*amicus curiae* a contesté la taxe proposée en s'arrêtant au remboursement de la taxe sur les intrants. À son avis, la personne qui « paie » initialement la taxe n'est pas celle que le législateur a choisie pour en assumer le fardeau. À cet égard, il a soutenu que cette personne reporte en fait la taxe et le fardeau sur le gouvernement par le truchement du remboursement de la taxe sur les intrants. Je ne puis accepter cet argument. Du point de vue constitutionnel, les inscrits ne sont absolument pas les personnes qui paient la taxe lorsqu'ils revendent le produit ou un autre produit ou service que le bien taxé a servi à produire. Dans un tel cas, le remboursement de la taxe sur les intrants comporte le remboursement complet de toute taxe initialement payée. En conséquence, comme je l'ai dit plus haut, les inscrits ne paient pas la taxe ni n'en assument le fardeau. Ils agissent simplement à titre de percepteurs d'impôt faisant remise des revenus au gouvernement comme dans le cas des arrêts *Cairns* et *Kingcome*, précités.

Cette description de la taxe trouve appui dans la législation antérieure en matière de taxes de vente dont les dispositions imposaient au vendeur de percevoir la taxe même lorsque le bien est déclaré être acheté pour revente. Le paragraphe 5(3) de *l'Education and Hospitalization Tax Act*, R.S.S. 1953, ch. 61, qui faisait l'objet de l'arrêt *Cairns*, exigeait en tel cas le dépôt auprès du vendeur d'un montant égal à la taxe par ailleurs payable en vertu de la Loi. Ce « dépôt » était ensuite remboursé sur preuve (à la satisfaction du Ministre) que le bien avait été acheté pour revente. En d'autres termes, il y avait remboursement du « dépôt » seulement lorsque le Ministre avait une preuve suffisante que la taxe serait payée plus loin dans la chaîne de consommation. Aux termes de l'avant-projet de loi et de la TPS, il suffit de produire une déclaration pour être admissible à un remboursement. On se trouve

compliance with the statutory regime is thereby enhanced.

It is true that as tax collectors registrants bear hidden burdens in relation to the role assigned them under the scheme. These burdens consist of the administrative cost of keeping records and filing returns as well as the cost of transferring funds to the government prior to reimbursement. In the *GST Reference*, these costs were identified as administrative burdens and it was held that the obligation on a province to collect and remit the GST was not taxation of a province's property (*supra*, at pp. 483 and 481). It is likely that these burdens will be passed on to consumers; however, this fact does not alter the general tendency of the tax for the purposes of s. 92(2). These burdens are not taxes. These costs will not attach to any particular good, but rather will be part of the general cost of doing business. As a general cost of doing business, the burdens would often be transferred in one form or another, but they are not related to any particular good. It is not "the tax" that is passed on. The requirement that the tax be direct is satisfied. It is paid by the very person intended to bear its burden.

As to the concern that a value-added tax might result in taxation of persons outside the province by indirect means, it must be recognized that the collection of the bulk of tax revenues prior to the retail level creates the possibility that a good shipped to another province will carry with it the provincial tax as part of its price. This situation does not arise with the existing sales taxes because they are imposed exclusively at the retail level and not at the wholesale or manufacturing level. Absent provision for a refund in cases where the good is shipped outside the province, the manufacturer or wholesaler would clearly attempt to recoup the tax paid on the particular good from the consumers in the destination province.

The drafters of the proposed Act, however, have avoided this problem. Section 12 identifies "a sup-

ainsi, comme dans le cas du par. 5(3) de la loi de la Saskatchewan, à favoriser le respect de la loi.

Il est vrai que les inscrits, en leur qualité de percepteurs d'impôt, assument des coûts cachés pour s'acquitter du rôle que le régime leur attribue. Parmi ces coûts cachés, mentionnons entre autres les frais administratifs de comptabilité et de production de déclarations, et les coûts liés à la remise des fonds au gouvernement préalablement au remboursement. Il est indiqué dans le *Renvoi relatif à la TPS* que ces coûts constituaient des fardeaux administratifs et que l'obligation d'une province de percevoir et de remettre la TPS n'en fait pas une taxe sur un bien de la province (précité, aux pp. 483 et 481). Ces fardeaux seront vraisemblablement reportés sur les consommateurs; cela ne modifie toutefois en rien l'effet général de la taxe pour les fins du par. 92(2). Ces fardeaux ne sont pas des taxes. Ils ne s'attachent pas à un bien particulier, mais font plutôt partie des frais généraux de l'entreprise. À ce titre, ils seraient souvent reportés sur autrui sous une forme ou une autre, mais ils ne s'attachent pas à un bien particulier. Ce n'est pas «la taxe» qui est reportée sur autrui. L'exigence du caractère direct de la taxe est remplie. Elle est payée par la personne même qui doit en assumer le fardeau.

En ce qui a trait au risque qu'une taxe à la valeur ajoutée puisse entraîner la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des moyens détournés, il faut reconnaître que la perception de la majeure partie des revenus fiscaux avant la vente au détail signifie que le prix d'un bien expédié dans une autre province comprendra vraisemblablement la taxe provinciale. Ce n'est pas le cas des taxes de vente actuelles parce qu'elles sont imposées exclusivement au moment de la vente au détail et non au moment de la vente en gros ou de la fabrication. En l'absence d'une disposition prévoyant un remboursement en cas d'expédition hors de la province, le fabricant ou le grossiste tenterait de toute évidence de récupérer auprès du consommateur dans la province de destination la taxe payée sur le produit en question.

Cependant, les rédacteurs de la loi proposée ont éludé cette difficulté. L'article 12 prévoit que «la

ply shipped outside Québec" as 'a zero-rated supply. As a zero-rated supply, no tax is collected from the recipient and the registrant making the supply is eligible for an input tax refund corresponding to the tax initially paid. The refund thus ensures that the proposed tax has no extra-territorial effects. The fact that someone might not bother claiming the exemption and would thereby pass on the tax to consumers in other provinces would not alter the general tendency of the tax.

The preceding review of the general scheme of the proposed tax and my conclusion that the tax, through the mechanism of the input tax refund, operates as a direct tax leads to an affirmative answer in respect of the first constitutional question.

3. *The Various Exemptions*

Having found the general operation of the proposed tax to be constitutional, it is necessary to consider the three categories of exceptions contained in the draft Act. As noted by the *amicus curiae*, the fact that the general tendency of the basic tax is direct cannot justify the creation of an exemption which would in effect be an indirect tax. The general tendency doctrine justifies ignoring, for constitutional purposes, particular factual exceptions; it does not allow the provincial legislatures to create indirect taxes by calling them exceptions to a tax the general tendency of which is direct.

(a) The Zero-Rated Supplies

Section 12 of the draft Act identifies the supply of a number of goods and services as zero-rated supplies. This exemption poses no concerns from the point of view of s. 92(2). As noted above in respect of a supply outside Quebec, this exemption is simply an application of the general regime with a tax rate of zero. The ultimate consumer of zero-rated supplies therefore pays no tax. The person supplying the good or service, on the other hand, is entitled to the input tax refund for any tax paid

fourniture expédiée hors du Québec» est une fourniture détaxée. Puisqu'il s'agit d'une fourniture détaxée, aucune taxe n'est perçue auprès de la personne qui la reçoit. Pour sa part, l'inscrit effectuant la fourniture a droit à un remboursement de taxe sur les intrants correspondant à la taxe initialement payée. Ce remboursement garantit donc que la taxe proposée n'aura aucun effet extraterritorial. L'effet général de la taxe ne saurait d'ailleurs changer du simple fait qu'une personne ne se donne pas la peine de réclamer l'exemption et reporte ainsi la taxe sur les consommateurs dans d'autres provinces.

Cet examen de l'économie générale de la taxe proposée et ma conclusion que cette taxe fonctionne comme taxe directe par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants emportent une réponse affirmative à la première question constitutionnelle.

3. *Les diverses exemptions*

Vu ma conclusion de la constitutionnalité de la taxe proposée dans son application générale, il reste à examiner les trois catégories d'exceptions contenues dans l'avant-projet de loi. Comme l'*amicus curiae* l'a fait remarquer, que la taxe de base soit directe selon son effet général ne saurait justifier la création d'une exemption qui serait en réalité une taxe indirecte. Même si, pour les fins de la Constitution, il justifie d'ignorer des exceptions factuelles particulières, le principe de l'effet général ne permet pas au législateur provincial de créer des taxes indirectes en les qualifiant d'exceptions à une taxe ayant un effet général direct.

a) Les fournitures détaxées

L'article 12 de l'avant-projet de loi énumère un certain nombre de biens et services qui constituent des fournitures détaxées. Cette exemption ne présente aucun problème eu égard au par. 92(2). Comme je l'ai mentionné auparavant relativement à une fourniture expédiée hors Québec, cette exemption reflète simplement l'application du régime général lorsque le taux de taxe est nul. Ainsi, le consommateur final d'une fourniture détaxée ne paie aucune taxe. Par contre, la per-

prior to making the zero-rated supply. The net result is that no tax revenues are generated in the case of zero-rated supplies. My finding that the mechanism of the general regime is valid can thus be extended to this category of exceptions.

(b) The Exempt Supplies

The category of exempt supplies, created by s. 11 of the draft Act, is similar to the zero-rated supplies in that the person receiving such supplies does not pay any tax. The difference between exempt supplies and zero-rated supplies, as noted above, however, is that the suppliers of exempt supplies are generally not entitled to the input tax refund. Provision has been made for a partial rebate for certain identified organizations (see draft Act, ss. 20 to 23). In the case of exempt supplies, therefore, the tax is paid at the penultimate stage in the consumption chain by the supplier. This scenario raises the possibility that the proposed tax will operate as an excise tax with the supplier seeking to recover the amount paid from the ultimate consumer. In such a case, the tax would be indirect and would be *ultra vires* the provinces.

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec argued that the category of exempt supplies does not create an indirect tax in practice. The essence of their argument was that because of the nature of the exempt supplies the vast majority of taxed inputs will be consumed or transformed in the production of the exempt supplies and, therefore, it will be impossible for the tax to be passed on with the good or service. The consumption or transformation of the inputs means that any tax paid becomes part of the general cost of producing the good or service rather than being passed on to the consumer with the particular good. This argument is supported by the decisions of the Privy Council and this Court which recognized that a tax will be direct even though the good which is subject to the tax is incorporated or trans-

sonne qui fournit le produit ou le service a droit à un remboursement de la taxe sur les intrants relativement à toute taxe payée avant la fabrication de la fourniture détaxée. Les fournitures détaxées ne donnent donc lieu à aucun revenu fiscal. Ma conclusion que le mécanisme du régime général est valide peut ainsi s'étendre à cette catégorie d'exceptions.

b) Les fournitures exonérées

La catégorie des fournitures exonérées, créée par l'art. 11 de l'avant-projet de loi, est semblable à celle des fournitures détaxées du fait que la personne recevant ces fournitures ne paie aucune taxe. Cependant, comme je l'ai indiqué, la différence entre les fournitures exonérées et les fournitures détaxées réside dans le fait que les fournisseurs de fournitures exonérées n'ont généralement pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. Un remboursement partiel est prévu dans le cas de certains organismes (voir les art. 20 à 23 de l'avant-projet de loi). Dans le cas des fournitures exonérées, la taxe est payée par le fournisseur à l'avant-dernière étape de la chaîne de consommation. Ce scénario soulève la possibilité que la taxe proposée ait l'effet d'une taxe d'accise, le fournisseur cherchant à recouvrer auprès du consommateur final le montant payé. Dans un tel cas, la taxe serait indirecte et excéderait la compétence provinciale.

Le procureur général du Canada et celui du Québec soutiennent que la catégorie des fournitures exonérées ne crée pas dans les faits une taxe indirecte. Ils font valoir essentiellement qu'en raison de la nature des fournitures exonérées, la vaste majorité des intrants taxés sont consommés ou transformés dans le cadre de la production de ces fournitures et qu'il est donc impossible de reporter la taxe sur autrui avec le produit ou service en question. La consommation ou la transformation des intrants signifie que toute taxe payée devient partie intégrante du coût général de production du bien ou service, plutôt que d'être reportée sur autrui avec le produit en question. Cet argument trouve appui dans les arrêts du Conseil privé et de notre Cour qui reconnaissent qu'une taxe est directe même si le produit assujéti à la taxe est

formed into a new good or service (see *Kingcome*, *supra*; *Cairns*, *supra*).

The *amicus curiae* conceded that the exemption is valid as far as taxed inputs are in fact consumed in the production of exempt supplies, but argued that the exemption is invalid to the extent it allows goods to be supplied without transformation or consumption. Although the *amicus curiae* did not convincingly point to specific examples to justify his position, it is necessary to test the validity of the argument advanced by the Attorneys General by examining the specific supplies covered by s. 11.

The supply of a residential complex, health care service, educational service, child and personal care service, legal aid service, and a supply made by a public sector body are the exempt supplies enumerated in s. 11. The full content of these various supplies is ascertained by examining the corresponding provisions of the GST (Schedule V, Parts I to VI of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, as amended by S.C. 1990, c. 45) and the supplies described in ss. 93 to 172 of the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation* (S.Q. 1991, c. 67, "QST amending Act").

For the purposes of this reference, it is not necessary to undertake a detailed examination of each of these provisions. Since nearly all the categories enumerated in s. 11 of the draft Act are services, the section itself suggests that virtually all of the inputs of the exempt supplies must be "transformed" before they are resold. None of these categories are analogous to retail sales where the retailer merely takes an existing good and resells it. For example, paper, pens, computers and charts are all transformed by the educator in order to produce an educational service such as a course. Similarly, child care and legal aid workers do not buy child care and legal aid services and then resell them. In each case, they take various inputs

transformé en un nouveau produit ou service ou y est incorporé (voir les arrêts *Kingcome* et *Cairns*, précités).

L'*amicus curiae* reconnaît que l'exemption est valide dans la mesure où les intrants taxés sont effectivement consommés en cours de production des fournitures exonérées, mais qu'elle ne l'est pas dans la mesure où elle permet la fourniture de produits sans transformation ni consommation. Bien que l'*amicus curiae* n'ait pas cité d'exemples convaincants à l'appui de sa position, une vérification s'impose de la validité de l'argument des procureurs généraux par un examen des fournitures particulières visées par l'art. 11.

Les fournitures exonérées dans l'art. 11 sont: la fourniture d'un immeuble d'habitation, d'un service de santé, d'un service d'enseignement, d'un service d'aide juridique, d'un service de garde d'enfants et de soins personnels, et les fournitures effectuées par un organisme du secteur public. Les détails de ces diverses fournitures se retrouvent dans les dispositions correspondantes de la TPS (annexe V, parties I à VI de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. 1990, ch. 45) ainsi que les art. 93 à 172 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal* (L.Q. 1991, ch. 67, «*Loi modifiant la TVQ*»).

Pour les fins du présent renvoi, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen détaillé de chacune de ces dispositions. Les catégories de fournitures énumérées à l'art. 11 de l'avant-projet de loi étant à quelques exceptions près des services, cette disposition laisse elle-même entendre que pratiquement tous les intrants des fournitures exonérées doivent être «transformés» avant leur revente. Aucune de ces catégories n'est analogue aux ventes au détail où le détaillant procède simplement à la revente d'un produit existant. Par exemple, l'enseignant transforme le papier, les stylos, les ordinateurs et les graphiques pour produire un service d'enseignement, tel un cours. De même, les employés des services de garde d'enfants et des services d'aide juridique n'achètent pas ces services pour les revendre. Dans chaque cas, ces per-

and transform them into a product which is entirely different from the inputs.

There will clearly be exceptions to this general characterization of services as necessarily involving transformation or consumption. One might argue, for example, that the toilet used in the construction of an apartment is not "transformed" in the creation of a residential complex. However, in *Cairns* it was held that a tax on such inputs is valid because there is a transformation in putting the components together to make a house. A similar analysis applies to the other categories of services enumerated in s. 11. Taking medical services as an example, the more detailed provisions of the federal and Quebec legislation exempt the supply of drugs and medical or surgical equipment when they are administered in conjunction with the supply of laboratory, radiological or other diagnostic services in a "health care establishment" (see *QST amending Act*, ss. 108 to 110; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part II, ss. 1 to 3). I therefore agree with the Attorneys General that the general tendency of this exemption is to create a direct tax consistent with the constitutional imperatives recognized in earlier decisions.

In addition to the above reasons, my conclusion is based on the fact that the specific provisions related to exempt supplies contained in both the federal and Quebec legislation cited above are extremely detailed and therefore narrowly limit the scope of the exemption. It is conceivable, however, that there will be instances where the wording of the statute could authorize simple resale and therefore the classic passing on of the tax characteristic of indirect taxes. While recognizing the theoretical potential of this possibility, my examination of both the federal and Quebec legislation revealed that the legislators have taken some care to limit such results. In the case of educational services, for example, while cafeteria meals are exempted, the supply of carbonated beverages and pre-packaged goods for sale to consumers are not, nor are sup-

sonnes prennent divers intrants et les transforment en un produit entièrement différent des intrants.

Il y aura évidemment des exceptions à cette qualification générale voulant que les services comportent nécessairement une transformation ou une consommation. Par exemple, on pourrait soutenir que les toilettes installées dans un appartement en construction ne sont pas «transformées» pour créer un immeuble d'habitation. L'arrêt *Cairns* a cependant décidé qu'une taxe sur ce type d'intrants est valide parce qu'il y a transformation lorsqu'on assemble des composantes pour construire une maison d'habitation. Les autres catégories de services énumérées à l'art. 11 s'analysent de la même façon. Prenons, par exemple, les services de santé. Dans ce cas, des dispositions particulières des lois fédérale et québécoise exonèrent la fourniture de médicaments et d'équipement médical ou chirurgical lorsqu'ils sont administrés ou utilisés dans un «établissement de santé», dans le cadre d'une fourniture de service de laboratoire ou de radiologie ou d'un autre service de diagnostic (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 108 à 110, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie II, art. 1 à 3). Je suis donc d'accord avec les procureurs généraux pour dire que cette exemption a pour effet général de créer une taxe directe compatible avec les impératifs constitutionnels reconnus dans les décisions antérieures.

Outre ces motifs, ma conclusion s'appuie aussi sur le fait que les dispositions des lois fédérale et québécoise qui portent spécifiquement sur les fournitures exonérées sont extrêmement détaillées et limitent donc strictement la portée de l'exemption. On peut toutefois concevoir qu'il y ait des cas où le texte de la loi pourrait permettre une simple revente et, en conséquence, le report sur autrui qui est la caractéristique classique des taxes indirectes. Bien que je reconnaisse qu'il y a là une certaine possibilité, du moins en théorie, l'examen des lois fédérale et québécoise fait voir que le législateur a mis un certain soin à la circonscrire. Par exemple, dans le cas des services d'enseignement, la fourniture d'aliments dans les cafétérias d'école est exonérée, mais ne le sont pas la fourniture de boissons gazeuses et d'aliments préemballés pour vente à

plies from vending machines (see *QST amending Act*, s. 131; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part III, s. 12; and *School Cafeteria Food and Beverages (GST) Regulations*, SOR/91-29, December 18, 1990). Similarly, the provisions applicable to public sector bodies exhaustively list the municipal and provincial government services which are exempt (see *QST amending Act*, ss. 161 to 168; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, ss. 19 to 22). In the case of charities, which are included in the definition of public sector bodies, supplies of corporeal property acquired for the purposes of resale are, as a general rule, subject to the tax (see *QST amending Act*, s. 141(5); *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, s. 2(e)). Three exceptions to this general rule exist for cases where a supply of corporeal moveable property is made in the context of fund-raising campaigns, in the course of a business activity carried on exclusively by volunteers or where the supply is made at cost (for the volunteer and direct cost exemptions respectively, see *QST amending Act*, ss. 142 and 148; and *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, ss. 3 and 6). The fund-raising exemption is limited by a number of conditions which include that the body does not carry on the business of selling such property, that all sales persons are volunteers and that the consideration for each item sold does not exceed \$5 (see *QST amending Act*, s. 144; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, s. 4). The overwhelming impression one gets from these provisions is that the exceptions are limited in scope and, as such, particular cases of any recoupment of the tax would not affect the general tendency of the tax.

(c) The Small Supplier Exemption

The final element of the proposed tax challenged before us was the small supplier exemption. As noted above, every person engaged in a commercial activity would be obligated under the draft Act to register with the Minister of Revenue and collect the tax on the Minister's behalf. This

des consommateurs, ni d'ailleurs les fournitures de distributeurs automatiques (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 131, la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie III, art. 12, et le *Règlement sur les aliments et les boissons de cafétérias d'école (TPS)*, DORS/91-29, 18 décembre 1990). De même, les dispositions applicables aux organismes du secteur public dressent une liste exhaustive des exonérations reliées aux services fournis par un gouvernement ou une municipalité (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 161 à 168, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 19 à 22). Dans le cas des associations de bienfaisance visées par la définition des organismes du secteur public, la fourniture d'un bien corporel acquis pour fins de revente est, en règle générale, assujettie à la taxe (voir la *Loi modifiant la TVQ*, par. 141(5), et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, al. 2e)). Il existe trois exceptions à cette règle générale dans les cas où la fourniture d'un bien meuble corporel se fait dans le contexte d'une campagne de financement, dans le cadre d'une entreprise exploitée exclusivement par des bénévoles ou si elle est effectuée au prix coûtant (pour l'exemption relative aux bénévoles et au coût direct respectivement, voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 142 et 148, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 3 et 6). L'exemption relative aux campagnes de financement est assortie d'un certain nombre de conditions: que l'organisme n'exploite pas une entreprise dont l'objet est de vendre de tels biens, que tous les vendeurs soient des bénévoles et que la contrepartie de chaque article vendu ne dépasse pas cinq dollars (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 144, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 4). Il se dégage manifestement de ces dispositions que ces exceptions ont une portée limitée. De tels cas particuliers de récupération de la taxe ne sauraient donc modifier l'effet général de la taxe.

c) L'exemption du petit fournisseur

L'exemption du petit fournisseur est le dernier élément de la taxe proposée à faire l'objet d'une contestation. Selon l'avant-projet de loi, quiconque exerce une activité commerciale sera tenu de s'inscrire auprès du ministre du Revenu et de percevoir la taxe pour le compte de celui-ci. Cette inscription

mandatory registration imposes unavoidable administrative costs, the relative significance of which will vary with the size of the business involved. As I concluded above, though these costs will form part of the costs of doing business and will in all likelihood be passed on to the purchasers of taxable supplies, they do not make the tax indirect. The provisions pertaining to small suppliers which exempt certain businesses from these costs would, standing alone, unquestionably have the effect of creating indirect taxation. Small suppliers are required to pay the tax on the goods they purchase and unless they choose to register and incur the accompanying administrative costs, they will not be eligible for the input tax refund. There can be no doubt, however, that unregistered small suppliers will inevitably seek to recoup any money they pay from the consumers of their products. As will be seen though, this reality does not lead to the conclusion that the exemption is *ultra vires* the provincial legislature.

It would seem that a likely cause of non-compliance with the tax scheme by small suppliers, assuming rational economic behaviour, would be that the costs of administration are prohibitive as a result of resource constraints and the competitive circumstances of the market. The proposed regime and the GST could be seen as explicitly acknowledging this possibility by creating an exception for the smallest suppliers. The *amicus curiae*, however, questioned the legitimacy of this exception because it was recognized explicitly by the legislator. With respect, I am unable to agree with the position taken by the *amicus curiae*. The choice of the legislator to recognize and legalize particular factual realities by providing an option to small suppliers not to participate in the collection system cannot alter the general tendency of the tax.

The statistics relating to the importance of small suppliers in the total value of taxable supplies demonstrate that the position of small suppliers is exceptional in the overall scheme. Though there

obligatoire comporte des coûts administratifs inévitables dont l'importance relative varie en fonction de la taille de l'entreprise en cause. Pour les raisons déjà exposées, bien que ces coûts fassent partie des frais généraux et soient, selon toute vraisemblance, reportés sur les acquéreurs de fournitures taxables, ils ne rendent pas pour autant la taxe indirecte. Selon les dispositions relatives aux petits fournisseurs, l'exemption accordée à certaines entreprises quant à ces coûts aurait certes, prise isolément, l'effet de donner lieu à une taxe indirecte. En effet, le petit fournisseur est tenu de payer la taxe sur les produits qu'il achète et il ne sera pas admissible au remboursement de la taxe sur les intrants, sauf s'il décide de s'inscrire et d'assumer les coûts administratifs incidents. Cependant, il ne fait pas de doute que les petits fournisseurs non inscrits chercheront à récupérer des consommateurs de leurs produits toute somme qu'ils auront payée. Comme on le verra cependant, ce fait n'emporte pas la conclusion que cette exemption excède la compétence du législateur provincial.

Il semblerait que, présument d'un comportement économique rationnel, il faille retenir comme cause probable de non-respect du régime fiscal par les petits fournisseurs, les coûts administratifs prohibitifs qu'ils devraient assumer en raison des contraintes en matière de ressources et de la concurrence au sein du marché. On peut voir dans le régime proposé et la TPS une reconnaissance explicite de cette possibilité par cette exception pour les plus petits fournisseurs. Cependant, l'*amicus curiae* met en doute la légitimité de cette exception parce qu'elle a été explicitement reconnue par le législateur. En toute déférence, je suis incapable de souscrire à cette position de l'*amicus curiae*. Le choix du législateur de reconnaître et de légaliser certaines situations particulières en permettant aux petits fournisseurs de ne pas participer au système de perception ne saurait modifier l'effet général de la taxe.

Les statistiques sur la valeur des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs par rapport à celle de la totalité des fournitures taxables démontrent que la position des petits four-

are an estimated 400,000 small suppliers in Quebec, they account for a very small portion of total economic activity. The statistics provided to us indicate that small suppliers were responsible for approximately 0.61 percent of the taxable supplies made by Canadian firms and individuals and a slightly higher percentage when Quebec is viewed in isolation. It should be recognized that these figures include small suppliers who transform their taxed inputs. In those cases, the tax is direct under the principles recognized in *Cairns, supra*, and other cases. Furthermore, the Attorney General of Quebec noted that a large number of small suppliers choose to register in any event as they are entitled to do (or are obliged to because their customers insist). Finally, the exceptional nature of the circumstances contemplated by the exemption as reflected in these statistics and facts seems particularly persuasive when one considers that the persons envisaged by this exemption under the GST are typically students who run their own summer business, small non-profit and charitable groups selling goods or services to raise funds and people who work part-time such as retired accountants or persons selling goods from their home (*Goods and Services Tax: A Summary*, October 1990, Department of Finance, at p. 58).

To hold that the exemption is *ultra vires* the provincial legislatures would be an absurd result given that the exemption, as it was conceived in the case of the GST, was originally created because of the significantly higher compliance costs for small firms relative to large firms (see, for example, *The White Paper: Tax Reform 1987*, Department of Finance, June 18, 1987, at p. 23). The exemption in the proposed legislation is therefore an express policy decision based on, we can presume, the unjustifiable nature of imposing these administrative costs on firms below a certain level of revenues. The Attorney General of Quebec suggested

nisseurs est exceptionnelle dans l'ensemble du régime. Bien que l'on estime à 400 000 le nombre de petits fournisseurs au Québec, ils représentent une infime partie de l'ensemble de l'activité économique. D'après les statistiques qui nous ont été fournies, la part des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs représente approximativement 0,61 pour 100 des fournitures taxables effectuées par les entreprises et les particuliers canadiens; ce pourcentage est légèrement supérieur lorsque le Québec est pris isolément. Il faut aussi reconnaître que ces chiffres comprennent les petits fournisseurs qui transforment leurs intrants taxés. Dans ces cas, la taxe est directe selon les principes reconnus dans l'arrêt *Cairns*, précité, et d'autres décisions. De plus, le procureur général du Québec fait remarquer qu'un nombre important de petits fournisseurs choisissent, en tout état de cause, de s'inscrire comme ils ont le droit de le faire (ou le font pour répondre aux exigences de leurs clients). Enfin, la nature exceptionnelle des circonstances envisagées par l'exemption qui ressort de ces statistiques semble particulièrement évidente si on considère que les personnes visées par cette exemption de la TPS sont généralement des étudiants exploitant leur propre entreprise pendant l'été, des associations de bienfaisance ou sans but lucratif qui vendent des produits ou des services pour recueillir des fonds, et des personnes qui travaillent à temps partiel, tels des comptables à la retraite ou des personnes qui vendent des produits de leur domicile (*Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*, octobre 1990, Ministère des Finances, aux pp. 64 et 65).

Conclure que l'exemption excède la compétence du législateur provincial serait un résultat absurde. En effet, l'exemption, du moins celle prévue dans la TPS, avait été initialement créée parce que les petites entreprises avaient des coûts de perception relativement beaucoup plus élevés que les grandes entreprises (voir, par exemple, le *Livre blanc: Réforme fiscale 1987*, Ministère des Finances, 18 juin 1987, à la p. 23). Aussi, l'exemption prévue dans l'avant-projet de loi est-elle l'expression d'une décision de principe reconnaissant qu'il serait injustifiable d'imposer de tels coûts administratifs à des entreprises dont les revenus sont infé-

that incurring these costs would be untenable both for the Minister of Revenue, presumably in terms of revenues generated, as well as for the small suppliers given the particular competitive circumstances and resource constraints they face.

The small supplier exemption is thus simply an incidental element of the efficient administration of the proposed consumption tax. It is, however, a crucial element of the efficient collection of the tax. The acceptance by this Court and the Privy Council that provincial consumption taxes could be collected by suppliers necessarily laid the foundation for the particular case raised by this exemption as well as its validity. Implicit in the decision to accept that suppliers could collect consumption taxes without transforming the tax into an indirect tax through the imposition of the associated costs was the recognition that the administration of such taxes will necessarily cause certain costs to be attached to the scheme which will not affect the scheme's constitutional validity. No doubt the small supplier (exempted from these costs) would attempt to collect the tax from the consumer, but that in my mind is precisely the person who the legislature intended would pay it. That is what the Act as a whole is aimed at. Small suppliers, like all other suppliers, may register for reimbursement, but they may if they find it convenient choose not to do so. They are simply exempted in this way, then, for administrative convenience and not to change the general incidence of the tax. By the effect of the general scheme, of which their operations form a minimal part, they are effectively agents of the government for collection of the tax like other suppliers. What we have here is a mere administrative device to complete the contours of the scheme by avoiding expensive collection machinery in this residuary part of the scheme as well as inconvenience to these small suppliers. Because of the minimal rôle small suppliers play in the total scheme envisaged by the tax, they

rieurs à un certain niveau. Selon le procureur général du Québec, le ministre du Revenu lui-même ne saurait assumer de tels coûts eu égard aux revenus à percevoir, non plus que les petits fournisseurs, en raison de la concurrence et des contraintes en matière de ressources auxquelles ils doivent faire face.

L'exemption du petit fournisseur est donc simplement un élément accessoire visant le bon fonctionnement de la taxe proposée à la consommation. Il s'agit même d'un aspect important de la perception efficace de la taxe. En acceptant que des taxes provinciales à la consommation puissent être perçues par des fournisseurs, notre Cour et le Conseil privé ont nécessairement ouvert la voie au cas particulier soulevé par la présente exemption et à la reconnaissance de sa validité. En décidant que des fournisseurs peuvent percevoir des taxes à la consommation sans que celles-ci ne deviennent pour autant des taxes indirectes en raison des coûts connexes, on a implicitement reconnu que l'application de ces taxes comportera nécessairement certains coûts reliés au régime sans que ceci n'ait d'incidence sur sa constitutionnalité. Sans doute le petit fournisseur (exempté de ces coûts) tentera-t-il de percevoir cette taxe auprès du consommateur, mais voilà justement, à mon avis, la personne que le législateur a voulu faire payer. C'est ce que vise l'ensemble de la Loi. À l'instar des autres fournisseurs, les petits fournisseurs peuvent s'inscrire pour obtenir un remboursement, mais peuvent choisir de ne pas le faire si cela leur convient. Ils se trouvent alors simplement exemptés pour des motifs de commodité administrative et non pour modifier l'incidence générale de la taxe. De par l'effet du régime général dont les opérations des petits fournisseurs représentent une petite partie, ces derniers sont en réalité, à l'instar des autres fournisseurs, les mandataires du gouvernement aux fins de la perception de la taxe. Nous sommes donc en présence d'un simple mécanisme administratif qui vient parfaire le régime en évitant, d'une part, le recours à un mécanisme coûteux de perception dans cette partie résiduaire du régime, et d'autre part, les inconvénients pour ces petits fournisseurs. Compte tenu du rôle minime que les petits fournisseurs jouent dans l'ensemble du régime envisagé

would be effectively in the same position as all other retailers who fall within the scheme.

IV — Conclusion

Careful scrutiny of the proposal to transform the QST into a value-added tax similar in all essential respects to the GST reveals that the proposed tax could be validly adopted by the Legislature of Quebec pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Both the general regime of the tax, through the mechanism of the input tax refund, and the various exemptions create a tax the general tendency of which is direct. The constitutional questions are therefore answered as follows:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: Yes.

2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: Yes.

SCHEDULE

DRAFT HARMONIZATION QUÉBEC SALES TAX — GOODS AND SERVICES TAX

Definitions

1. For the purposes of this document, unless the context indicates otherwise,

par la taxe, ils se trouveraient en fait dans la même position que tous les autres détaillants visés par le régime.

a IV — Conclusion

Un examen attentif de la proposition de transformer la TVQ en une taxe à la valeur ajoutée qui, pour l'essentiel, serait semblable à la TPS, fait ressortir que la législature du Québec pourrait adopter la taxe proposée dans le respect du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le régime général de la taxe, avec son mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants, et les diverses exemptions créent une taxe qui a un effet général direct. Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes:

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Réponse: Oui.

2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Réponse: Oui.

ANNEXE

ÉBAUCHE D'UNE HARMONISATION DE LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC AVEC LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Definitions

1. Pour l'application du présent document, à moins que le contexte n'indique un sens différent, l'expression:

“commercial activity” means

(1) any business carried on by a person,

(2) any adventure or concern of a person in the nature of trade, and

(3) any activity engaged in by a person that involves the supply of an immovable or of a right or interest in respect of an immovable by that person;

however, “commercial activity” does not include

(4) an activity engaged in by a person to the extent that it involves the making of an exempt supply by the person,

(5) an activity engaged in by an individual without a reasonable expectation of profit, or

(6) the performance of any activity or duty in relation to an office or employment;

“person” means a corporation, trust, individual, partnership or succession or a body that is an association, club, commission, union or other organization of any kind;

“prescribed” means prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation;

“recipient”, in respect of a supply, means the person who pays or agrees to pay consideration for the supply or, if no consideration is or is to be paid for the supply, the person to whom the supply is made;

“registrant” means a person who is registered, or who is required to apply to be registered, under this document;

“service” means anything other than property, money and anything that is supplied to an employer by a person who is or agrees to become an officer or employee of the employer in the course of or in relation to his office or employment;

“small supplier”, at any time, means a person who, at that time, is a small supplier under sections 18 and 19, unless the person is not, at that time, a small supplier under section 148 of the Excise Tax Act (Statutes of Canada);

“supplier”, in respect of a supply, means the person making the supply;

«acquéreur», à l'égard d'une fourniture, signifie la personne qui paie ou accepte de payer la contrepartie de la fourniture ou, si aucune contrepartie n'est payée ou n'est à payer pour la fourniture, la personne à qui la fourniture est effectuée;

«activité commerciale» signifie:

1° une entreprise exploitée par une personne;

2° un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial d'une personne;

3° une activité exercée par une personne qui implique la fourniture par celle-ci d'un immeuble ou d'un droit dans un immeuble;

toutefois, l'expression «activité commerciale» exclut:

4° une activité exercée par une personne dans la mesure où elle implique la réalisation par celle-ci d'une fourniture exonérée;

5° une activité exercée par un particulier sans expectative raisonnable de profit;

6° l'accomplissement d'une activité ou d'une fonction relative à une charge ou à un emploi;

«fournisseur», à l'égard d'une fourniture, signifie la personne qui effectue la fourniture;

«fourniture» signifie la délivrance d'un bien ou la prestation d'un service, de quelque manière que ce soit, y compris par vente, transfert, troc, échange, licence, louage, donation ou aliénation;

«fourniture taxable» signifie une fourniture qui est effectuée dans le cadre d'une activité commerciale, mais ne comprend pas une fourniture exonérée;

«inscrit» signifie une personne qui est inscrite, ou qui est tenue de présenter une demande d'inscription, en vertu du présent document;

«personne» signifie une corporation, une fiducie, un particulier, une société, une succession ou un organisme qui est une association, un club, une commission, un syndicat ou une autre organisation;

«petit fournisseur» signifie une personne qui, à un moment quelconque, est un petit fournisseur en vertu des articles 18 et 19, sauf si, à ce moment, cette personne n'est pas un petit fournisseur en vertu de l'article 148 de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada);

“supply” means the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, lease, gift or alienation;

“taxable supply” means a supply that is made in the course of a commercial activity, but does not include an exempt supply.

TAXATION

Imposition of tax

Taxable supply made in Québec

2. Every recipient of a taxable supply made in Québec shall, on the earlier of the day the consideration for the supply is paid and the day the consideration for the supply becomes due, pay to the Minister of Revenue a tax in respect of the supply equal to 8 % of the value of the consideration for the supply.

Notwithstanding the first paragraph, the rate of the tax is 4 % in respect of the supply of incorporeal movable property or an immovable or service, other than

(1) the supply of a telephone service;

(2) the supply of a telecommunication or a telecommunication service in respect of which the tax prescribed by the Telecommunications Tax Act (R.S.Q., chapter T-4) would apply but for section 14 of the said Act.

However, the rate of the tax in respect of a taxable supply that is a zero-rated supply is 0 %.

Corporeal property brought into Québec

3. Every person who brings into Québec corporeal property for consumption or use in Québec by the person or at his expense by another person shall, immediately after arrival of the property in Québec, pay to the Minister a tax equal to 8 % of the value of the property, except in the case of an immovable, in which case the tax shall be equal to 4 % of its value.

For the purposes of the first paragraph, the value of the property means

(1) in the case of property produced by the person outside Québec but in Canada and brought into Québec within 12 months after it is produced, the cost price of the property, including the tax paid or payable by the

«prescrit» signifie prescrit par règlement ou déterminé conformément à des règles prescrites par règlement;

«service» signifie tout ce qui n'est pas un bien, ni de l'argent, ni tout ce qui est fourni à un employeur par une personne qui est son salarié ou son cadre, ou qui accepte de le devenir, dans le cadre de la charge ou de l'emploi de la personne ou relativement à cette charge ou à cet emploi.

IMPOSITION DE LA TAXE

Assujettissement

c Fourniture taxable effectuée au Québec

2. Tout acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Québec doit, au premier en date du jour où la contrepartie de la fourniture est payée et du jour où cette contrepartie devient due, payer au ministre du Revenu une taxe à l'égard de la fourniture égale à 8 % de la valeur de la contrepartie de la fourniture.

Malgré le premier alinéa, le taux de la taxe est de 4 % à l'égard de la fourniture d'un bien meuble incorporel, d'un immeuble ou d'un service, autre que:

1^o la fourniture d'un service de téléphone;

2^o la fourniture d'une télécommunication ou d'un service de télécommunication à l'égard de laquelle la taxe prévue par la Loi concernant la taxe sur les télécommunications (L.R.Q., chapitre T-4) s'appliquerait si ce n'était de l'article 14 de cette loi.

Toutefois, le taux de la taxe à l'égard d'une fourniture taxable qui est une fourniture détaxée est nul.

Apport au Québec d'un bien corporel

3. Toute personne qui apporte au Québec un bien corporel, pour consommation ou utilisation au Québec par elle-même ou à ses frais par une autre personne, doit, immédiatement après l'apport, payer au ministre une taxe à l'égard de ce bien égale à 8 % de la valeur de celui-ci sauf s'il s'agit d'un immeuble auquel cas la taxe est égale à 4 % de sa valeur.

Pour l'application du premier alinéa, la valeur d'un bien signifie:

1^o dans le cas d'un bien produit par la personne hors du Québec au Canada et apporté au Québec dans les 12 mois de sa production, le prix de revient du bien, y compris la taxe payée ou payable par cette personne en vertu

person under Part IX of the Excise Tax Act (Statutes of Canada) in respect of the elements of the cost price;

(2) in the case of property supplied to the person outside Québec by way of sale and consumed or used in Québec within 12 months after it is supplied, the value of the consideration for the supply;

(3) in the case of property supplied to the person by way of lease, licence or similar arrangement outside Québec, the value of the consideration for the supply that can reasonably be attributed to the right of enjoyment of the property in Québec;

(4) in any other case, the fair market value of the property.

Notwithstanding the second paragraph, the value of property brought into Québec in prescribed circumstances shall be determined in the prescribed manner.

The first paragraph does not apply in respect of

(1) corporeal property, where tax under section 2 is payable in respect of the supply of the property;

(2) prescribed goods;

(3) corporeal property brought into Québec by a registrant for exclusive consumption or use in the course of the commercial activities of the registrant and in respect of which the registrant would, if he had paid tax under the first paragraph in respect of the property, be entitled to apply for an input tax refund.

A person who brings corporeal property into Québec includes any person who causes such property to be brought into Québec.

Taxable supply made outside Québec

4. Every recipient of a taxable supply of incorporeal movable property or a service that is made outside Québec shall pay to the Minister a tax in respect of the supply, calculated at the rate provided for in the second paragraph on the basis of the value of the consideration for the supply, if the recipient is resident in Québec and may reasonably be regarded as having received the property or service for use in Québec otherwise than exclusively in the course of a commercial activity.

The rate of tax to which the first paragraph refers is the rate that would be applicable in respect of the supply under section 2 if the supply were made in Québec.

de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada) à l'égard des éléments de ce prix de revient;

2^o dans le cas d'un bien fourni à la personne hors du Québec par vente et consommé ou utilisé au Québec dans les 12 mois de la fourniture, la valeur de la contrepartie de la fourniture;

3^o dans le cas d'un bien fourni à la personne par louage, licence ou accord semblable hors du Québec, la valeur de la contrepartie de la fourniture qui est raisonnablement attribuable au droit de jouissance du bien au Québec;

4^o dans tout autre cas, la juste valeur marchande du bien.

Malgré le deuxième alinéa, la valeur d'un bien apporté au Québec dans les circonstances prescrites doit être déterminée de la manière prescrite.

Le premier alinéa ne s'applique pas à l'égard, selon le cas:

1^o d'un bien corporel, si la taxe prévue à l'article 2 est payable à l'égard de la fourniture du bien;

2^o des biens prescrits;

3^o d'un bien corporel qu'un inscrit apporte au Québec pour consommation ou utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales et à l'égard duquel l'inscrit aurait le droit de demander un remboursement de la taxe sur les intrants s'il avait payé la taxe prévue au premier alinéa à l'égard du bien.

Une personne qui apporte au Québec un bien corporel s'entend aussi d'une personne qui fait apporter au Québec un bien corporel.

Fourniture taxable effectuée hors du Québec

4. Tout acquéreur d'une fourniture taxable d'un bien meuble incorporel ou d'un service effectuée hors du Québec doit payer au ministre une taxe à l'égard de la fourniture calculée au taux prévu au deuxième alinéa sur la valeur de la contrepartie de la fourniture, s'il réside au Québec et s'il est raisonnable de considérer qu'il a reçu le bien ou le service pour utilisation au Québec autrement qu'exclusivement dans le cadre d'une activité commerciale.

Le taux de la taxe auquel réfère le premier alinéa est celui qui serait applicable à l'égard de la fourniture en vertu de l'article 2 si celle-ci était effectuée au Québec.

Taxable supply of a road vehicle

5. A supply, made otherwise than in the course of a commercial activity, of a road vehicle that must be registered under the Highway Safety Code (R.S.Q., chapter C-24.2) following an application by the recipient of the supply is deemed to be a taxable supply.

Presumptions respecting place of supply*Supply deemed to be made in Québec*

6. A supply is deemed to be made in Québec if

(1) in the case of a supply by way of sale of corporeal movable property, the property is, or is to be, delivered in Québec to the recipient of the supply;

(2) in the case of a supply of corporeal movable property otherwise than by way of sale, possession or use of the property is given or made available in Québec to the recipient of the supply;

(3) in the case of a supply of incorporeal movable property,

(a) the property may be used in whole or in part in Québec and the recipient is resident in Québec or registered under this document, or

(b) the property relates to an immovable situated in Québec, to corporeal movable property ordinarily situated in Québec or to a service to be performed in Québec;

(4) in the case of a supply of an immovable or of a service in relation to an immovable, the immovable is situated in Québec;

(5) in the case of a supply of a telecommunication service, the instrument or facility for the emission, transmission or reception of the service in respect of which the invoice for the supply is, or is to be, issued is ordinarily situated in Québec;

(6) the supply is a supply of a prescribed service; or

(7) in the case of a supply of any other service,

(a) the service is or is to be performed wholly in Québec; or

(b) the service is or is to be performed in part in Québec.

Fourniture taxable d'un véhicule routier

5. La fourniture, effectuée autrement que dans le cadre d'une activité commerciale d'un véhicule routier qui doit être immatriculé en vertu du Code de la sécurité routière (L.R.Q., chapitre C-24.2) suite à une demande de son acquéreur est réputée constituer une fourniture taxable.

Présomptions relatives au lieu de la fourniture*Fourniture réputée effectuée au Québec*

6. Une fourniture est réputée effectuée au Québec si:

1^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble corporel par vente, celui-ci est délivré au Québec à l'acquéreur de la fourniture ou doit l'être;

2^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble corporel autrement que par vente, la possession ou l'utilisation du bien est accordée au Québec à l'acquéreur de la fourniture ou y est mise à sa disposition;

3^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble incorporel, selon le cas:

a) le bien peut être utilisé en tout ou en partie au Québec et l'acquéreur réside au Québec ou est inscrit en vertu du présent document;

b) le bien se rapporte à un immeuble situé au Québec, à un bien meuble corporel habituellement situé au Québec ou à un service qui doit être exécuté au Québec;

4^o dans le cas de la fourniture d'un immeuble ou d'un service relatif à un immeuble, l'immeuble est situé au Québec;

5^o dans le cas de la fourniture d'un service de télécommunication, l'appareil ou les installations permettant l'émission, la transmission ou la réception du service à l'égard duquel la facture pour la fourniture est émise ou doit l'être, sont habituellement situés au Québec;

6^o la fourniture constitue la fourniture d'un service prescrit;

7^o dans le cas de la fourniture de tout autre service:

a) celui-ci est exécuté en tout au Québec ou doit l'être;

b) celui-ci est exécuté en partie au Québec ou doit l'être.

Consideration*Value of consideration — general rule*

7. The value of the consideration, or any part thereof, for a supply is deemed to be equal,

(1) where the consideration or that part is expressed in money, to the amount of the money; and

(2) where the consideration or that part is expressed otherwise than in money, to the fair market value of the consideration or that part at the time the supply was made.

Duties, fees and taxes

8. The consideration for a supply includes any duty, fee or tax imposed under an Act of the legislature of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or of the Parliament of Canada on the recipient or the supplier of the supply in respect of the supply, production, importation into Canada, consumption or use of the property or service supplied that is payable by the recipient or the supplier.

Notwithstanding the first paragraph, the consideration for a supply does not include the tax payable under this document or a prescribed duty, fee or tax.

Expense incurred in supply of a service

9. Where, in making a supply of a service, a person incurs an expense for which the person is reimbursed by the recipient of the supply, the amount of the reimbursement is deemed to be part of the consideration for the supply of the service, except to the extent that the expense was incurred by the person as a mandatary of the recipient.

Specific rules respecting taxation*Supply by a small supplier*

10. Where a person makes a taxable supply and the consideration, or a part thereof, for the supply becomes due, or is paid before it becomes due, at a time when the person is a small supplier who is not a registrant, that consideration or part thereof, as the case may be, shall not be included in calculating the tax payable in respect of the supply.

This section does not apply to a supply of an immovable by way of sale.

Contrepartie*Valeur de la contrepartie — règle générale*

7. La valeur de la contrepartie d'une fourniture ou d'une partie de cette contrepartie est réputée égale:

1^o dans le cas où la contrepartie ou la partie de celle-ci est exprimée en argent, à ce montant d'argent;

2^o dans le cas où la contrepartie ou la partie de celle-ci est exprimée autrement qu'en argent, à la juste valeur marchande de la contrepartie ou de la partie de celle-ci au moment où la fourniture est effectuée.

Droits et taxes à inclure

8. La contrepartie d'une fourniture comprend les droits, les frais ou les taxes qui sont imposés, en vertu d'une loi du Québec, d'une autre province, des Territoires du Nord-Ouest, du territoire du Yukon ou du Canada, à l'acquéreur ou au fournisseur, à l'égard de la fourniture, de la production, de l'importation au Canada, de la consommation ou de l'utilisation du bien ou du service fourni et qui sont payables par l'acquéreur ou le fournisseur.

Malgré le premier alinéa, la contrepartie d'une fourniture ne comprend pas la taxe payable en vertu du présent document ni les droits, les frais ou les taxes prescrits.

Dépense engagée dans une fourniture de service

9. Dans le cas où une personne engage une dépense en effectuant la fourniture d'un service et que l'acquéreur de cette fourniture lui rembourse cette dépense, le montant du remboursement est réputé faire partie de la contrepartie de la fourniture, sauf dans la mesure où la dépense est engagée par la personne à titre de mandataire de l'acquéreur.

Règles particulières relatives à l'imposition*Fourniture par un petit fournisseur*

10. La totalité ou la partie de la contrepartie d'une fourniture taxable qui devient due, ou qui est payée avant qu'elle ne devienne due, à un moment où la personne qui effectue la fourniture est un petit fournisseur qui n'est pas un inscrit, ne doit pas être incluse dans le calcul de la taxe payable à l'égard de la fourniture.

Le présent article ne s'applique pas à l'égard de la fourniture d'un immeuble par vente.

EXEMPT SUPPLY*Exempt supply*¹

11. The following supplies are exempt:

- (1) a supply of a residential complex;
- (2) a supply of a health care service;
- (3) a supply of an educational service;
- (4) a supply of a child and personal care service;
- (5) a supply of a legal aid service;
- (6) a supply made by a public sector body.

ZERO-RATED SUPPLY*Zero-rated supply*²

12. The following supplies are zero-rated:

- (1) a supply of medication;
- (2) a supply of a medical device;
- (3) a supply of basic groceries;
- (4) a supply of agriculture and fishing products;
- (5) a supply shipped outside Québec;
- (6) a supply of a travel service;
- (7) a supply of a transportation service.

INPUT TAX REFUND*Exclusively commercial activities*

13. Where property or a service is acquired or brought into Québec by a registrant for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities of the registrant, the input tax refund of the registrant in respect of the property or service for a reporting period of the registrant is the amount of any tax that became payable or, if it had not become paya-

¹ Supplies described in sections 93 to 172 of the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation* (S.Q. 1991, c. 67).

² Supplies described in sections 173 to 198 of the Act mentioned in footnote 1.

FOURNITURE EXONÉRÉE*Fourniture exonérée*¹

11. Les fournitures suivantes sont exonérées:

- a 1^o la fourniture d'un immeuble d'habitation;
- 2^o la fourniture d'un service de santé;
- b 3^o la fourniture d'un service d'enseignement;
- 4^o la fourniture d'un service de garde d'enfants et de soins personnels;
- 5^o la fourniture d'un service d'aide juridique;
- c 6^o les fournitures effectuées par un organisme du secteur public.

FOURNITURE DÉTAXÉE*Fourniture détaxée*²

12. Les fournitures suivantes sont détaxées:

- e 1^o la fourniture de médicaments;
- 2^o la fourniture d'un appareil médical;
- 3^o la fourniture d'un produit alimentaire de base;
- 4^o la fourniture des produits de l'agriculture et de la pêche;
- f 5^o la fourniture expédiée hors du Québec;
- 6^o la fourniture d'un service à un voyageur;
- 7^o la fourniture d'un service de transport.

REMBOURSEMENT DE LA TAXE SUR LES INTRANTS*Activités exclusivement commerciales*

13. Le remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit à l'égard d'un bien ou d'un service qu'il acquiert, ou apporte au Québec, pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre de ses activités commerciales correspond, pour une période de déclaration de l'inscrit, au montant de la taxe devenue payable ou, si elle n'est pas devenue payable, payée par celui-ci

¹ Il s'agit des fournitures qui sont décrites aux articles 93 à 172 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal* (L.Q., 1991, chapitre 67).

² Il s'agit des fournitures qui sont décrites aux articles 173 à 198 de la Loi mentionnée à la note 1.

ble, was paid by the registrant in that period in respect of the acquisition or bringing into Québec by the registrant of the property or service.

For the purposes of this section, where an invoice for an amount is issued to a registrant in respect of a taxable supply made in Québec to the registrant, tax under section 2 calculated on that amount is deemed to have become payable on the date of the invoice.

Application

14. Where property or a service is acquired or brought into Québec by a registrant for non-exclusive consumption, use or supply (in this section referred to as the "intended use") in the course of commercial activities of the registrant, the input tax refund of the registrant in respect of the property or service for a reporting period of the registrant is the amount determined by the formula

$$A \times B.$$

For the purposes of this formula,

(1) A is the amount that would be determined under the first paragraph of section 13 in respect of the property or service if that section were read without reference to the word "exclusively"; and

(2) B is the percentage that the intended use of the property or service in those commercial activities of the registrant is of the total intended use of the property or service.

Restriction

15. In determining an input tax refund of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of the following supplies made to, or brought into Québec by, the registrant:

(1) a supply of a membership in a club the main purpose of which is to provide recreational, sporting or dining facilities;

(2) a supply or the bringing into Québec of property or a service that is acquired or brought in by the registrant at any time in or before a reporting period of the registrant exclusively for the personal consumption, use or enjoyment (in this section and in section 16 referred to as the "benefit") in that period of a particular individual who was, is or agrees to become an officer or employee of the registrant, or of another individual related to the particular individual;

au cours de cette période à l'égard de l'acquisition ou de l'apport du bien ou du service.

Pour l'application du présent article, dans le cas où une facture est émise à un inscrit à l'égard d'une fourniture taxable qui lui est effectuée au Québec, la taxe prévue à l'article 2 calculée sur le montant de la facture est réputée devenue payable à la date apparaissant sur celle-ci.

Application

14. Le remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit à l'égard d'un bien ou d'un service qu'il acquiert, ou apporte au Québec, pour consommation, utilisation ou fourniture — appelée «usage projeté» dans le présent article — non exclusive dans le cadre de ses activités commerciales correspond, pour une période de déclaration de l'inscrit, au montant déterminé selon la formule suivante:

$$A \times B.$$

Pour l'application de cette formule:

1^o la lettre A représente le montant qui serait déterminé en vertu du premier alinéa de l'article 13 à l'égard du bien ou du service, si cet article était lu en faisant abstraction du mot «exclusive»;

2^o la lettre B représente la proportion de l'usage projeté du bien ou du service dans le cadre de ces activités commerciales de l'inscrit par rapport à l'usage projeté total du bien ou du service.

Restriction

15. Dans le calcul du remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit, aucun montant ne doit être inclus à l'égard de la taxe payable par celui-ci relativement aux fournitures, ou aux apports au Québec, suivants:

1^o la fourniture d'un droit d'adhésion à un club dont l'objet principal est d'offrir des installations pour les loisirs, les sports ou les repas;

2^o la fourniture ou l'apport d'un bien ou d'un service que l'inscrit acquiert ou apporte au cours d'une période de déclaration, ou avant, exclusivement pour la consommation, l'utilisation ou la jouissance personnelle — appelée «avantage» dans le présent article et dans l'article 16 —, au cours de cette période, soit d'un particulier qui est le cadre ou le salarié de l'inscrit, ou qui a accepté de le devenir ou cessé de l'être, soit d'un autre particulier lié à un tel particulier;

(3) a supply made in or before a reporting period of the registrant of property, by way of lease, licence or similar arrangement, primarily for the personal consumption, use or enjoyment in that period of

(a) where the registrant is an individual, the registrant or another individual related to the registrant;

(b) where the registrant is a partnership, an individual who is a member of the partnership or another individual who is an employee, officer or shareholder of, or related to, a member of the partnership;

(c) where the registrant is a corporation, an individual who is a shareholder of the corporation or another individual related to the shareholder; and

(d) where the registrant is a trust, an individual who is a beneficiary of the trust or another individual related to the beneficiary.

Exceptions

16. Paragraph 2 of section 15 does not apply in the following cases:

(1) the registrant makes a taxable supply of the property or service to the particular individual or the other individual for consideration that becomes due in that period and that is equal to the fair market value of the property or service at the time the consideration becomes due; or

(2) if no amount were payable for the benefit by the particular individual who was, is or agrees to become an officer or employee of the registrant, no amount would be included under sections 34 to 47.17 of the Taxation Act (R.S.Q., chapter I-3) in respect of the benefit in computing the income of the particular individual.

Similarly, paragraph 3 of section 15 does not apply where the registrant makes a taxable supply of the property in that period to such an individual for consideration that becomes due in that period and that is equal to the fair market value of the supply at the time the consideration becomes due.

Restriction

17. In determining an input tax refund of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of the supply or bringing

3° la fourniture d'un bien effectuée par louage, licence ou accord semblable au cours d'une période de déclaration de l'inscrit, ou avant, principalement pour la consommation, l'utilisation ou la jouissance personnelle, au cours de cette période, d'un des particuliers suivants:

a) si l'inscrit est un particulier, celui-ci ou un autre particulier qui lui est lié;

b) si l'inscrit est une société, un particulier qui est membre de celle-ci ou un autre particulier qui est un salarié, un cadre ou un actionnaire d'un membre de la société ou qui est lié à un membre de la société;

c) si l'inscrit est une corporation, un particulier qui est actionnaire de celle-ci ou un autre particulier qui est lié à cet actionnaire;

d) si l'inscrit est une fiducie, un particulier qui est bénéficiaire de celle-ci ou un autre particulier qui est lié à ce bénéficiaire.

Exceptions

16. Le paragraphe 2° de l'article 15 ne s'applique pas dans les situations suivantes:

1° l'inscrit effectue une fourniture taxable du bien ou du service à l'un des particuliers visés à ce paragraphe, pour une contrepartie qui devient due au cours de la période qui y est visée et qui est égale à la juste valeur marchande du bien ou du service au moment où la contrepartie devient due;

2° si aucun montant n'était payable pour l'avantage par le particulier qui est le cadre ou le salarié de l'inscrit, ou qui a accepté de le devenir ou cessé de l'être, aucun montant ne serait inclus à l'égard de l'avantage dans le calcul du revenu de ce particulier en vertu des articles 34 à 47.17 de la Loi sur les impôts (L.R.Q., chapitre I-3).

De même, le paragraphe 3° de l'article 15 ne s'applique pas si l'inscrit effectue une fourniture taxable du bien au cours de la période visée à ce paragraphe à l'un des particuliers qui y est visé, pour une contrepartie qui devient due au cours de cette période et qui est égale à la juste valeur marchande de la fourniture au moment où la contrepartie devient due.

Restriction

17. Dans le calcul du remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit, aucun montant ne doit être inclus à l'égard de la taxe payable par celui-ci relative-

into Québec of a book for which he is entitled to compensation under section 24.

SMALL SUPPLIER

Small supplier

18. A person is a small supplier throughout a particular calendar quarter and the first month immediately following the particular calendar quarter if the total referred to in paragraph (1) does not exceed the sum of the total referred to in paragraph (2) and \$30 000:

(1) the total of all amounts each of which is the value of consideration that became due in the four calendar quarters immediately preceding the particular calendar quarter, or that was paid in those four calendar quarters without having become due, to the person or an associate of the person at the beginning of the particular calendar quarter for taxable supplies, other than supplies by way of sale of capital property of the person or of the associate, made by the person or the associate in the course of commercial activities;

(2) where, in the four calendar quarters immediately preceding the particular calendar quarter, the person or an associate of the person at the beginning of the particular calendar quarter made a taxable supply of a right to participate in a game of chance, the total of all amounts each of which is

(a) an amount of money paid or payable by the person or associate as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet; or

(b) consideration paid or payable by the person or the associate for property or a service that is given as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet.

Exception

19. Notwithstanding section 18, where at any time in a calendar quarter, the total referred to in paragraph (1) exceeds the sum of the total referred to in paragraph (2) and \$30 000:

(1) the total of all amounts each of which is the value of the consideration that became due in the calendar quarter or was paid in that calendar quarter without having become due, to a person or to an associate of the person at the beginning of the calendar quarter for taxable supplies, other than supplies by way of sale of capi-

ment à la fourniture, ou à l'apport au Québec, d'un livre pour lequel il a droit à une compensation en vertu de l'article 24.

PETIT FOURNISSEUR

Statut de petit fournisseur

18. Une personne est un petit fournisseur tout au long d'un trimestre civil donné et le premier mois suivant immédiatement ce trimestre si le total visé au paragraphe 1^o n'exécède pas la somme du total visé au paragraphe 2^o et de 30 000 \$:

1^o le total des montants dont chacun représente la valeur de la contrepartie devenue due au cours des quatre trimestres civils qui précèdent immédiatement le trimestre civil donné, ou payée au cours de ces trimestres sans qu'elle soit devenue due, à la personne ou à un associé de celle-ci au début du trimestre civil donné pour des fournitures taxables, autres que des fournitures de leurs immobilisations par vente, effectuées par la personne ou l'associé dans le cadre d'activités commerciales;

2^o dans le cas où, au cours des quatre trimestres civils qui précèdent immédiatement le trimestre civil donné, la personne ou un associé de celle-ci au début de ce trimestre effectue la fourniture taxable d'un droit de participer à un jeu de hasard, le total des montants dont chacun représente, selon le cas:

a) un montant d'argent payé ou payable par la personne ou l'associé à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari;

b) la contrepartie payée ou payable par la personne ou l'associé pour un bien ou un service donné à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari.

Exception

19. Malgré l'article 18, une personne n'est pas un petit fournisseur tout au long de la période commençant immédiatement avant un moment d'un trimestre civil et se terminant le dernier jour de ce trimestre si, à ce moment, le total visé au paragraphe 1^o excède la somme du total visé au paragraphe 2^o et de 30 000 \$:

1^o le total des montants dont chacun représente la valeur de la contrepartie devenue due au cours du trimestre civil, ou payée au cours de ce trimestre sans qu'elle soit devenue due, à la personne ou à un associé de celle-ci au début du trimestre civil pour des fournitures taxables, autres que des fournitures de leurs immo-

tal property of the person or of the associate, made by the person or the associate in the course of commercial activities;

(2) where, in the calendar quarter, the person or an associate of the person at the beginning of the calendar quarter made a taxable supply of a right to participate in a game of chance, the total of all amounts each of which is

(a) an amount of money paid or payable by the person or associate as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet; or

(b) consideration paid or payable by the person or the associate for property or a service that is given as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet;

the person is not a small supplier throughout the period beginning immediately before that time and ending on the last day of the calendar quarter.

REBATE AND COMPENSATION

Rebate to certain organizations

Definitions

20. For the purposes of this section and sections 21 to 23,

“charity” includes a non-profit organization that operates an institution, or part thereof, for the purpose of providing nursing home intermediate care service or residential care service, within the meaning of those expressions in the Canada Health Act (Statutes of Canada);

“claim period” of a person at any time means the reporting period of the person that includes that time;

“municipality” includes an organization designated by the Minister to be a municipality, but only in respect of supplies (other than taxable supplies) made by the organization of municipal services specified in the designation;

“percentage of government funding” of a person for a fiscal year of the person means the percentage determined in prescribed manner;

“selected public service body” means

bilisations par vente, effectuées par la personne ou l'associé dans le cadre d'activités commerciales;

2° dans le cas où, au cours du trimestre civil, la personne ou un associé de celle-ci au début de ce trimestre effectue la fourniture taxable d'un droit de participer à un jeu de hasard, le total des montants dont chacun représente, selon le cas:

a) un montant d'argent payé ou payable par la personne ou l'associé à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari;

b) la contrepartie payée ou payable par la personne ou l'associé pour un bien ou un service donné à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari.

REMBOURSEMENT ET COMPENSATION

Remboursement à certains organismes

Définitions

20. Pour l'application du présent article et des articles 21 à 23, l'expression:

«municipalité» comprend un organisme désigné par le ministre comme municipalité mais seulement à l'égard des fournitures, sauf les fournitures taxables, effectuées par l'organisme de services municipaux précisés dans la désignation;

«organisme de bienfaisance» comprend un organisme sans but lucratif qui administre la totalité ou une partie d'un établissement afin de donner des soins intermédiaires en maison de repos ou des soins en établissement, selon le sens que donne à ces expressions la Loi canadienne sur la santé (Statuts du Canada);

«organisme déterminé de services publics» signifie:

1° une administration hospitalière;

2° une administration scolaire ou une université constituée et administrée autrement qu'à des fins lucratives;

- (1) a hospital authority;
- (2) a school authority or university that is established and operated otherwise than for profit;
- (3) a public college; or
- (4) a municipality.

Tax payable

21. For the purposes of sections 22 and 23, the tax payable by a person in respect of property or a service does not include an amount that the person has claimed or is entitled to claim as an input tax refund in respect of the property or service.

Qualifying non-profit organization

22. For the purposes of this subdivision, a person is a qualifying non-profit organization at any time in a fiscal year of the person if, at that time, the person is a non-profit organization and the percentage of government funding of the person for the year is at least 40%.

Rebate

23. A person who, on the last day of the claim period or the fiscal year of the person, is a selected public service body, a charity or a qualifying non-profit organization, is entitled to a rebate equal to one of the following percentages, as the case may be, of the amount of the tax that became payable during that period in respect of property or a service:

- (1) 50% for a charity or a qualifying non-profit organization, unless it is a selected public service body;
- (2) 40% for a municipality;
- (3) 30% for a school authority, a public college or a university;
- (4) 19% for a hospital authority.

This section does not apply to tax payable in respect of a prescribed property or service.

- 3° un collège public;
- 4° une municipalité;

^a «période de demande» d'une personne à un moment quelconque signifie sa période de déclaration qui comprend ce moment;

^b «pourcentage de financement public» d'une personne pour son exercice signifie le pourcentage déterminé de la manière prescrite.

Taxe payable

21. Pour l'application des articles 22 et 23, la taxe payable par une personne à l'égard d'un bien ou d'un service ne comprend pas un montant que la personne a demandé ou a le droit de demander à titre de remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard du bien ou du service.

Organisme sans but lucratif admissible

22. Pour l'application de la présente section, une personne est un organisme sans but lucratif admissible à un moment quelconque de son exercice si, à ce moment, la personne est un organisme sans but lucratif et son pourcentage de financement public pour l'exercice est d'au moins 40%.

f Remboursement

23. Une personne qui, le dernier jour de sa période de demande ou de son exercice, est un organisme déterminé de services publics, un organisme de bienfaisance ou un organisme sans but lucratif admissible, a droit à un remboursement égal, selon le cas, à l'un des pourcentages suivants du montant de la taxe devenue payable au cours de cette période à l'égard d'un bien ou d'un service:

- 1° 50% pour un organisme de bienfaisance ou un organisme sans but lucratif admissible sauf s'il constitue un organisme déterminé de services publics;
- 2° 40% pour une municipalité;
- 3° 30% pour une administration scolaire, un collège public ou une université;
- 4° 19% pour une administration hospitalière.

Le présent article ne s'applique pas relativement à la taxe payable à l'égard d'un bien ou d'un service prescrit.

Compensation*Compensation in respect of a printed book*

24. Where a person pays tax in respect of a supply of a book or in respect of a book brought into Québec by the person, the person is entitled to compensation in an amount equal to that tax. ^a

The supplier shall pay to that person the amount of the compensation and the supplier may deduct the amount of the compensation from the amount the supplier is required to remit to the Minister under section 30. ^b

Such compensations are deemed to be repayments for the purposes of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31). ^c

This section refers to a printed book or its updating, identified by an International Standard Book Number (ISBN) issued in accordance with the international book numbering system, or a talking book or the carrier thereof, acquired by a person because of a visual handicap. ^d

TAX COLLECTION AND REMITTANCERegistration*Required registration*

25. Every person who is engaged in a commercial activity in Québec shall, before the day the person first makes, otherwise than as a small supplier, a taxable supply in Québec in the course of that activity, apply to the Minister to be registered. ^e

The following persons are not required to apply for registration pursuant to the first paragraph:

(1) a person who is a small supplier;

(2) a person whose only commercial activity is making supplies of immovables by way of sale otherwise than in the course of a business; and ^f

(3) a non-resident person who does not carry on any business in Québec. ^g

Optional registration

26. Notwithstanding the second paragraph of section 25, any person who is engaged in a commercial activity in Québec may apply to the Minister to be registered. ^h

Compensation*Compensation à l'égard d'un livre imprimé*

24. Dans le cas où une personne paie la taxe à l'égard de la fourniture d'un livre ou à l'égard d'un livre qu'elle apporte au Québec, celle-ci a droit à une compensation d'un montant égal à cette taxe. ^a

La personne qui effectue la fourniture doit payer à cette personne le montant de cette compensation et elle peut le déduire du montant qu'elle doit verser au ministre en vertu de l'article 30. ^b

Cette compensation est réputée être un remboursement aux fins de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31). ^c

Le livre visé au présent article est soit un livre imprimé ou sa mise à jour, identifié par un numéro international normalisé du livre (ISBN), attribué en conformité avec le système de numérotation international du livre, soit un livre parlant ou son support, qu'une personne acquiert en raison d'un handicap visuel. ^d

MESURES DE PERCEPTION ET DE VERSEMENTInscription*Inscription obligatoire*

25. Toute personne qui exerce une activité commerciale au Québec doit, avant le jour où elle effectue, autrement qu'à titre de petit fournisseur, sa première fourniture taxable au Québec dans le cadre de cette activité, présenter une demande d'inscription au ministre. ^e

Les personnes suivantes ne sont pas tenues de présenter la demande d'inscription prévue au premier alinéa:

1° la personne qui est un petit fournisseur;

2° la personne dont la seule activité commerciale consiste à effectuer la fourniture d'un immeuble par vente, autrement que dans le cadre d'une entreprise; ^f

3° la personne qui ne réside pas au Québec et qui n'y exploite pas d'entreprise. ^g

Inscription facultative

26. Malgré le deuxième alinéa de l'article 25, une personne qui exerce une activité commerciale au Québec peut présenter une demande d'inscription au ministre. ^h

Any person not resident in Québec who in the ordinary course of carrying on business outside Québec regularly solicits orders for the supply of corporeal movable property for delivery in Québec may also apply to be registered.

Notwithstanding the first paragraph, no person who is a small supplier may make an application to be registered under that paragraph unless he applies to the Minister of National Revenue to be registered under subsection 3 of section 240 of the Excise Tax Act (Statutes of Canada).

Registration by the Minister

27. The Minister may register any person applying to be registered and, for that purpose, the Minister, or any person he authorizes, shall assign a registration number to the person and notify the person in writing by way of a registration certificate of the registration number and the effective date of the registration.

The registration certificate shall be kept at the principal place of business of its holder in Québec and may not be transferred.

Collection

Mandatarry of the Minister

28. Every person who makes a taxable supply other than a supply referred to in section 5 shall, as mandatarry of the Minister, collect the tax payable by the recipient under section 2 in respect of the supply.

Remittance

Determination of net tax

Net tax of a registrant

29. The net tax for a particular reporting period of a registrant is the positive or negative amount determined by the formula

$$A - B.$$

For the purposes of this formula,

(1) A is the total of

Une personne qui ne réside pas au Québec et qui dans le cours normal de l'exploitation d'une entreprise hors du Québec fait régulièrement des démarches pour obtenir des commandes pour la fourniture d'un bien meuble corporel pour délivrance au Québec, peut également présenter une telle demande.

Malgré le premier alinéa, une personne qui est un petit fournisseur ne peut présenter la demande d'inscription qui y est prévue, à moins qu'elle ne présente une demande d'inscription au ministre du Revenu national en vertu du paragraphe 3 de l'article 240 de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada).

Inscription par le ministre

27. Le ministre peut inscrire toute personne qui lui présente une demande d'inscription et, à cette fin, le ministre, ou toute personne qu'il autorise, doit lui attribuer un numéro d'inscription et l'aviser par écrit, au moyen d'un certificat d'inscription, de ce numéro ainsi que de la date d'entrée en vigueur de l'inscription.

Le certificat d'inscription doit être gardé à la principale place d'affaires de son titulaire au Québec et est incessible.

Perception

Mandataire du ministre

28. Toute personne qui effectue une fourniture taxable autre qu'une fourniture visée à l'article 5 doit, à titre de mandataire du ministre, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de l'article 2 à l'égard de cette fourniture.

Versement

Détermination de la taxe nette

Taxe nette d'un inscrit

29. La taxe nette pour une période de déclaration donnée d'un inscrit correspond au montant positif ou négatif déterminé selon la formule suivante:

$$A - B.$$

Pour l'application de cette formule:

1^o la lettre A représente le total des montants suivants:

(a) all amounts that became collectible and all other amounts collected by the registrant in the particular reporting period as or on account of tax under section 2, and

(b) all amounts that are required under this document to be added in determining the net tax of the registrant for the particular reporting period;

(2) B is the total of

(a) all amounts each of which is an input tax refund for the particular reporting period or a preceding reporting period of the registrant claimed by the registrant in the return under this document filed by the registrant for the particular reporting period, and

(b) all amounts each of which is an amount that may be deducted by the registrant under this document in determining the net tax of the registrant for the particular reporting period and that is claimed by the registrant in the return under this document filed by the registrant for the particular reporting period.

Net tax remittance or refund

Net tax of a registrant

30. Every registrant who is required to file a return under this document shall in the return calculate his net tax for the reporting period for which the return is required to be filed.

Where the net tax for a reporting period of a registrant is a positive amount, the registrant shall remit that amount to the Minister on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.

Where the net tax for a reporting period of a registrant is a negative amount, the registrant may claim in the return for that reporting period that amount as a net tax refund for the period, payable to the registrant by the Minister.

Payment of net tax refund

31. Where a net tax refund payable to a registrant is claimed in a return filed under this document by the registrant, the Minister shall pay the refund to the person with all due dispatch after the return is filed.

a) les montants devenus percevables et les montants perçus par l'inscrit au cours de la période de déclaration donnée au titre de la taxe prévue à l'article 2;

b) les montants qui doivent, en vertu du présent document, être ajoutés dans le calcul de la taxe nette de l'inscrit pour la période de déclaration donnée;

2° la lettre B représente le total des montants suivants:

a) les montants dont chacun représente un remboursement de la taxe sur les intrants pour la période de déclaration donnée ou une période de déclaration antérieure de l'inscrit, demandé par celui-ci dans la déclaration produite en vertu du présent document pour la période de déclaration donnée;

b) les montants dont chacun représente un montant qui peut être déduit par l'inscrit en vertu du présent document dans le calcul de sa taxe nette pour la période de déclaration donnée et qui est demandé par celui-ci dans la déclaration produite en vertu du présent document pour cette période.

Versement ou remboursement de la taxe nette

Taxe nette d'un inscrit

30. Tout inscrit tenu de produire une déclaration en vertu du présent document doit y calculer sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée.

Si la taxe nette pour une période de déclaration d'un inscrit correspond à un montant positif, il doit verser ce montant au ministre au plus tard le jour où il est tenu de produire la déclaration pour cette période.

Si la taxe nette pour une période de déclaration d'un inscrit correspond à un montant négatif, il peut demander, dans la déclaration relative à cette période, ce montant à titre de remboursement de la taxe nette, payable à l'inscrit par le ministre.

Paiement du remboursement de la taxe nette

31. Le ministre doit payer avec diligence le remboursement de la taxe nette payable à un inscrit qui le demande dans une déclaration qu'il est tenu de produire en vertu du présent document.

Input tax refund*Food, beverages and entertainment*

32. Where sections 421.1 to 421.4 of the Taxation Act (R.S.Q., chapter I-3) apply, or would apply if the registrant were a taxpayer under that Act, in respect of a supply of food, beverages or entertainment to, or any allowance in respect of such a supply paid by, a registrant in a taxation year of the registrant, x % of the total of all amounts, each of which is an input tax refund in respect of such a supply that the registrant may claim during that taxation year, shall be added in determining the net tax

(1) where the registrant ceases in or at the end of that taxation year to be registered, for the last reporting period of the registrant in that taxation year;

(2) where the reporting period of the registrant is the calendar year, for the calendar year in which the taxation year ends; and

(3) in any other case, for the reporting period of the registration that begins immediately after the end of that taxation year.

Reporting period and return*Reporting period**Reporting period*

33. The reporting period of a registrant or of a person who is not a registrant is a calendar month.

Notwithstanding the first paragraph, a registrant whose accounting period is not the calendar month may use a reporting period corresponding to that period, where the following conditions are met:

(1) the accounting system of the registrant comprises twelve periods;

(2) the periods end within seven days prior or subsequent to the last day of a particular calendar month;

(3) the periods comprise no fewer than 28 days and no more than 35 days.

A reporting period referred to in the second paragraph is deemed to end on the last day of the particular calendar month.

Remboursement de la taxe sur les intrants*Nourriture, boissons et divertissements*

32. Dans le cas où les articles 421.1 à 421.4 de la Loi sur les impôts (L.R.Q., chapitre I-3) s'appliquent, ou s'appliqueraient si l'inscrit était un contribuable en vertu de cette loi, à l'égard de la fourniture de nourriture, de boissons ou de divertissements à un inscrit ou à l'égard d'une allocation relative à une telle fourniture payée par un inscrit, au cours d'une année d'imposition de celui-ci, un montant correspondant à x % du total des montants dont chacun représente un remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'une telle fourniture que l'inscrit peut demander pendant cette année d'imposition doit être ajouté dans le calcul de la taxe nette pour la période de déclaration suivante:

1° la dernière période de déclaration de l'inscrit dans cette année d'imposition, dans le cas où il cesse au cours ou à la fin de cette année d'être inscrit;

2° l'année civile dans laquelle se termine l'année d'imposition, dans le cas où la période de déclaration de l'inscrit correspond à l'année civile;

3° la période de déclaration de l'inscrit qui commence immédiatement après cette année d'imposition, dans tout autre cas.

Période de déclaration et déclaration*Période de déclaration**Période de déclaration mensuelle*

33. La période de déclaration d'un inscrit ou d'une personne qui n'est pas un inscrit correspond au mois civil.

Malgré le premier alinéa, un inscrit dont la période comptable diffère du mois civil peut utiliser une période de déclaration qui correspond à cette période, si les conditions suivantes sont rencontrées:

1° le système comptable de l'inscrit comporte douze périodes;

2° les périodes se terminent dans les sept jours antérieurs ou postérieurs au dernier jour d'un mois civil donné;

3° les périodes comportent un nombre de jours qui n'est pas inférieur à 28 ni supérieur à 35.

Une période de déclaration visée au second alinéa est réputée se terminer le dernier jour du mois civil donné.

ReturnDéclaration*Filing by a registrant*

34. Every registrant shall file a return with the Minister for each reporting period of the registrant within one month after the end of that reporting period. ^a

Taxable supply made outside Québec

35. Every person who is liable to pay tax under section 4 (in this section referred to as the "taxpayer") shall prepare a return for the reporting period of the person in which the tax becomes payable.

Every taxpayer shall file the return with and as prescribed by the Minister and remit the amount of tax under section 4 that became payable in the reporting period to which the return relates to the Minister not later than the day that is one month after the end of that reporting period. ^d

Remittance of tax

36. Every person who is liable to pay tax under section 2 in respect of a supply referred to in section 5 shall, at the time of the supply, remit to the Minister or a prescribed person the tax payable in respect of the supply. ^e

Both questions referred were answered in the affirmative. ^f

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, Alain Gingras and Jean-François Jobin, Québec.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Wilfrid Lefebvre, Montréal. ^h

Production par un inscrit

34. Tout inscrit doit produire une déclaration au ministre pour chacune de ses périodes de déclaration, dans le mois suivant la fin de la période de déclaration.

Production — apport au Québec et fourniture taxable effectuée hors du Québec

35. Toute personne responsable du paiement de la taxe en vertu de l'article 4 — appelée «redevable» dans le présent article — doit établir une déclaration pour sa période de déclaration au cours de laquelle la taxe devient payable. ^b

Le redevable doit produire la déclaration au ministre de la manière prescrite par ce dernier et lui verser le montant de la taxe prévue à l'article 4 qui est devenue payable au cours de la période de déclaration visée par la déclaration, dans le mois suivant la fin de cette période. ^c

Versement de la taxe

36. Toute personne responsable du paiement de la taxe prévue à l'article 2 à l'égard d'une fourniture visée à l'article 5 doit, au moment de la fourniture, verser au ministre ou à une personne prescrite la taxe payable à l'égard de la fourniture.

Les deux questions reçoivent une réponse affirmative.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa. ^g

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau, Alain Gingras et Jean-François Jobin, Québec.

Procureur nommé par la Cour en qualité d'amicus curiae: Wilfrid Lefebvre, Montréal.

Attorney General of Alberta *Appellant*

v.

Joseph William Moloney *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan and
Superintendent of Bankruptcy** *Interveners*

**INDEXED AS: ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)
v. MOLONEY**

2015 SCC 51

File No.: 35820.

2015: January 15; 2015: November 13.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon
and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Property and civil rights — Judgment debt owed to province constituted claim provable in debtor's bankruptcy — Debtor obtained absolute discharge in bankruptcy — Federal legislation governing bankruptcy providing for debtor's release from all claims provable in bankruptcy upon discharge — Whether provincial legislation providing for continuing suspension of debtor's driver's licence and motor vehicle permits until payment of judgment debt constitutionally inoperative by reason of doctrine of federal paramountcy — Test for determining whether operational conflict exists — Whether federal and provincial legislation can operate side by side without conflict — Whether operation of provincial law frustrates purpose of federal law — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(2) — Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 102.

Procureur général de l'Alberta *Appelant*

c.

Joseph William Moloney *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan et
Surintendant des faillites** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
c. MOLONEY**

2015 CSC 51

N° du greffe : 35820.

2015 : 15 janvier; 2015 : 13 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,
Gascon et Côté.

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Propriété et droits civils — Dette constatée par jugement envers la province constituant une réclamation prouvable lors de la faillite du débiteur — Libération absolue de faillite accordée au débiteur — Loi fédérale sur la faillite prévoyant que le débiteur est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite à sa libération — La loi provinciale prévoyant le maintien de la suspension du permis de conduire du débiteur et de ses certificats d'immatriculation jusqu'à ce qu'il acquitte la dette constatée par jugement est-elle inopérante du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Analyse permettant de décider s'il existe un conflit d'application — La loi fédérale et la loi provinciale peuvent-elles coexister sans conflit? — L'application de la loi provinciale entrave-t-elle la réalisation de l'objet de la loi fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(2) — Trafic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 102.

M caused a car accident while he was uninsured. The province of Alberta compensated an individual injured in the accident and sought to recover the amount of the compensation from M. Section 102 of Alberta's *Traffic Safety Act* ("TSA") allows the province to suspend M's licence and permits until he pays the amount of the compensation. M made an assignment in bankruptcy and was eventually discharged. He listed the province's claim in his Statement of Affairs. The debt was a claim provable in bankruptcy. Section 178(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") provides that, upon discharge, M is released from all debts that are claims provable in bankruptcy. As a result of his bankruptcy and discharge, M did not pay the amount of the compensation in full; because of this failure to pay, Alberta suspended his vehicle permits and driver's licence. M contested this suspension. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal found that there was a conflict between the federal and provincial laws. Relying on the doctrine of federal paramountcy, they declared s. 102 of the TSA to be inoperative to the extent of the conflict.

Held: The appeal should be dismissed. Section 102 of the TSA is constitutionally inoperative to the extent that it is used to enforce a debt discharged in bankruptcy.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: In Canada, the federal and provincial levels of government must enact laws within the limits of their respective spheres of jurisdiction. It is often impossible however for one level of government to legislate effectively within its jurisdiction without affecting matters that are within the other level's jurisdiction. In certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions by the other level. To protect against such intrusions, the Court has developed various constitutional doctrines, including the doctrine of federal paramountcy. Under this doctrine, the federal law prevails when there is a genuine inconsistency between federal and provincial legislation, that is, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation. To determine whether such a conflict exists, first and foremost, it is necessary to ensure that the overlapping laws are independently valid. If so, then the court must determine whether their concurrent operation results in a conflict. In this case, the impugned provisions are independently valid. The only question is whether their concurrent operation results in a conflict.

M a causé un accident de la route alors qu'il n'était pas assuré. La province d'Alberta a indemnisé une personne blessée dans l'accident et a tenté de recouvrer l'indemnité auprès de M. L'article 102 de la *Traffic Safety Act* de l'Alberta (« TSA ») permet à la province de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation de M jusqu'à ce qu'il paie le montant de l'indemnité. M a fait cession de ses biens et a par la suite été libéré. Il a inscrit la réclamation de la province dans son bilan. La dette constituait une réclamation prouvable en matière de faillite. Le paragraphe 178(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI ») précise qu'au moment de sa libération, M est libéré de toutes les dettes qui sont des réclamations prouvables en matière de faillite. Par suite de sa faillite et de sa libération, M n'a pas payé intégralement le montant de l'indemnité; en conséquence, l'Alberta a suspendu ses certificats d'immatriculation et son permis de conduire. M a contesté cette suspension. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont conclu à l'existence d'un conflit entre les lois fédérale et provinciale. S'appuyant sur la doctrine de la prépondérance fédérale, elles ont déclaré l'art. 102 de la TSA inopérant dans la mesure du conflit.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'article 102 de la TSA est inopérant du point de vue constitutionnel dans la mesure où il est utilisé pour recouvrer une dette dont le débiteur a été libéré en matière de faillite.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent adopter des lois qui relèvent de leurs sphères de compétence respectives. Il est toutefois souvent impossible pour un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans toucher à des matières relevant de la compétence de l'autre. Dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements de l'autre ordre de gouvernement. Pour assurer cette protection, la Cour a élaboré diverses doctrines constitutionnelles, y compris celle de la prépondérance fédérale. Selon cette doctrine, la loi fédérale doit prévaloir lorsqu'il existe une incompatibilité véritable entre une loi fédérale et une loi provinciale, soit lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale. Pour déterminer si un tel conflit existe, il faut d'abord et avant tout s'assurer que les lois qui se chevauchent sont valides indépendamment l'une de l'autre. Dans l'affirmative, le tribunal doit déterminer si leur application concurrente entraîne un conflit. En l'espèce, les dispositions contestées sont valides indépendamment l'une de l'autre. La seule question en litige est de savoir si leur application concurrente crée un conflit.

A conflict will arise in one of two situations, which form the two branches of the paramountcy test: (1) there is an operational conflict because it is impossible to comply with both laws, or (2) although it is possible to comply with both laws, the operation of the provincial law frustrates the purpose of the federal enactment. The first branch of the test has been described in the jurisprudence as actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”. The question is whether both laws can operate side by side without conflict or both laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other. The assessment under this branch is not limited to the actual words or to the literal meaning of the words of the provisions at issue. Rather, the provisions must be read properly based on the modern approach to statutory interpretation. If there is no conflict under the first branch of the test, one may still be found under the second branch. The question under the second branch is whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose. The effect of the provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does not entail a direct violation of the federal law’s provisions.

Under the first or the second branch of the test, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. In keeping with co-operative federalism, the doctrine of paramountcy is applied with restraint. Absent a genuine inconsistency, courts will favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws. A provincial intention to interfere with the federal jurisdiction is neither necessary nor sufficient. The focus is instead on the effect of the provincial law. Assessing the effect of the provincial law requires looking at the substance of the law, rather than its form. The province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly.

Parliament enacted the *BIA* pursuant to its jurisdiction over matters of bankruptcy and insolvency. The *BIA* furthers two purposes: the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors and the bankrupt’s financial rehabilitation. Equitable distribution of assets is achieved by requiring creditors wishing to enforce a claim provable in bankruptcy to participate in one collective proceeding. Financial rehabilitation is achieved through the discharge of the bankrupt from all claims provable in bankruptcy. From the perspective of the creditors, the discharge means they are unable to enforce their provable claims.

Il y a conflit dans l’une ou l’autre des deux situations suivantes, qui constituent les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : (1) il existe un conflit d’application parce qu’il est impossible de respecter les deux lois, ou (2) bien qu’il soit possible de respecter les deux lois, l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale. Suivant la jurisprudence traitant du premier volet de l’analyse, il y a un véritable conflit d’application lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non ». Il s’agit de savoir si les deux lois peuvent coexister sans conflit, ou si les deux législations peuvent agir concurremment et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l’une ou l’autre. L’examen qu’implique ce volet ne se limite pas au libellé ou au sens littéral des termes de la disposition en cause. Il convient plutôt d’interpréter les dispositions suivant la méthode moderne d’interprétation des lois. S’il n’y a aucun conflit selon le premier volet de l’analyse, il peut encore en exister un selon le second volet. Au second volet, la question est de savoir si l’application de la loi provinciale est compatible avec l’objet de la loi fédérale. L’effet de la loi provinciale peut empêcher la réalisation de l’objet de la loi fédérale, sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions.

Sous le premier ou le second volet de l’analyse, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui allègue l’existence du conflit. Conformément à la théorie du fédéralisme coopératif, la doctrine de la prépondérance est appliquée avec retenue. En l’absence d’une incompatibilité véritable, les tribunaux favorisent une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois. Il n’est ni nécessaire ni suffisant que la province ait eu l’intention d’empiéter sur la compétence fédérale. L’accent est plutôt mis sur l’effet de la loi provinciale. La détermination de l’effet de la loi provinciale nécessite un examen du fond de la loi et non de sa forme. La province ne peut faire indirectement ce qu’il lui est interdit de faire directement.

Le Parlement a adopté la *LFI* en vertu de sa compétence en matière de faillite et d’insolvabilité. La *LFI* vise deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli. Le partage équitable des biens du failli est réalisé en obligeant les créanciers qui souhaitent faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite à participer à une seule procédure collective. La réhabilitation financière est réalisée en libérant le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite. Du point de vue des créanciers, l’ordonnance de libération a pour effet de les empêcher de contraindre le failli à payer leurs réclamations prouvables.

Provincial legislatures have the power to legislate with regard to property and civil rights. This power includes traffic regulation and the authority to set conditions for driver's licences and vehicle permits. The *TSA* is a comprehensive legislative scheme for traffic regulation. A victim injured in an accident may sue for damages. If successful but the uninsured driver does not pay, the victim may apply to the Administrator under the *Motor Vehicle Accident Claims Act* ("MVACA") for compensation in the amount of the unsatisfied judgment and the judgment is then assigned to the Administrator. Section 102 of the *TSA*, which complements the *MVACA* program, allows the Registrar of Motor Vehicle Services to suspend the debtor's driver's licence and vehicle permits until the judgment debt is paid or periodic payments in satisfaction of the judgment are being made. It is, in substance, a debt collection mechanism. Since the judgment debt in this case is a claim provable in bankruptcy, the purpose and effect of s. 102 are to suspend a debtor's driving privileges until payment of a provable claim.

The laws at issue give inconsistent answers to the question whether there is an enforceable obligation. One law provides for the release of all claims provable in bankruptcy and prohibits creditors from enforcing them, while the other disregards this release and allows for the use of a debt enforcement mechanism on such a claim by precisely excluding a discharge in bankruptcy. This is a true incompatibility. In a case like this one, the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the debtor can comply with both laws by renouncing the protection afforded under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law. In that regard, the debtor's response to the suspension of his or her driving privileges is not determinative. In analyzing the operational conflict at issue in this case, we cannot disregard the fact that whether the debtor pays or not, the province, as a creditor, is still compelling payment of a provable claim that has been released, which is in direct contradiction with s. 178(2) of the *BIA*. Neither can the question under the operational conflict branch of the paramouncy test be whether it is possible to refrain from applying the provincial law in order to avoid the alleged conflict with the federal law. Such an approach would render the first branch of the paramouncy test meaningless, since it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a

Les assemblées législatives provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils. Ce pouvoir comprend notamment celui de régler la circulation et de fixer les conditions applicables aux permis de conduire et aux certificats d'immatriculation. La *TSA* est un régime législatif complet en matière de réglementation de la circulation. Une personne blessée lors d'un accident peut poursuivre en dommages-intérêts. Si elle a gain de cause mais le conducteur non assuré ne paie pas, la victime peut demander à l'administrateur en vertu de la *Motor Vehicle Accident Claims Act* (« *MVACA* ») une indemnité correspondant au montant du jugement impayé et l'administrateur est alors subrogé dans les droits de la victime. L'article 102 de la *TSA*, lequel complète le programme régi par la *MVACA*, permet au registraire des véhicules automobiles de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation du débiteur jusqu'à ce que la dette constatée par jugement soit payée ou que les versements périodiques en satisfaction du jugement soient effectués. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme de recouvrement de créances. Comme la créance judiciaire en l'espèce constitue une réclamation prouvable en matière de faillite, l'art. 102 a pour objet et pour effet de suspendre les droits de conducteur du débiteur jusqu'au paiement d'une réclamation prouvable.

Les lois en cause offrent des réponses contradictoires à la question de savoir s'il existe une obligation exécutoire. Une loi prévoit que le failli est libéré de toute réclamation prouvable en matière de faillite et interdit aux créanciers d'en exiger le paiement, alors que l'autre loi fait fi de cette libération et permet le recours à un mécanisme de recouvrement de cette créance en excluant expressément la libération de faillite. Il s'agit là d'une véritable incompatibilité. Dans une affaire comme celle en l'espèce, l'analyse relative au conflit d'application ne saurait se limiter à la question de savoir si le débiteur peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale. À cet égard, la réaction du débiteur à la suspension de ses droits de conducteur n'est pas déterminante. Dans le cadre de l'analyse du conflit d'application en l'espèce, on ne peut faire abstraction du fait que, que le débiteur paie ou non, il reste que la province, en tant que créancier, le contraint quand même à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré, ce qui va directement à l'encontre du par. 178(2) de la *LFI*. Sous le volet conflit d'application de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, la question n'est pas non plus de savoir s'il est possible de s'abstenir d'appliquer la loi provinciale pour éviter le prétendu conflit avec la loi fédérale. Une telle approche viderait de tout son sens le premier volet de

conflict with a federal law. Furthermore, if it is possible to avoid operational conflict simply by declining to apply the provincial law, the same could be done to avoid any frustration of the federal purpose under the second branch of the paramountcy test. In this case, it is impossible for the province to apply s. 102 without contravening s. 178(2). In effect, s. 102 creates a new class of exempt debts that is not listed in s. 178(1) of the *BIA*. Hence, the provincial law allows the very same thing that the federal law prohibits. The result is an operational conflict.

Section 102 also frustrates the financial rehabilitation of the bankrupt. The crushing burden of the province's claim against M was the main reason for his bankruptcy. If s. 102 is allowed to operate despite M's discharge, he is not offered the opportunity to rehabilitate that Parliament intended to give him. Had Parliament intended judgment debts arising from motor vehicle accidents, or the resulting regulatory charges, to survive bankruptcy, it would have stated so expressly in s. 178(1) of the *BIA*. It did not. It is beyond the province's constitutional authority to interfere with Parliament's discretion in that regard. Nor can M's driving privileges serve as fresh consideration for a new binding contract for the repayment of the discharged debt. M need not enter into such a contract in order to recover his driving privileges, because the province has no authority to withhold them.

The *TSA* does not however disrupt the equitable distribution purpose of the *BIA*. This Court has repeatedly cautioned against giving too broad a scope to paramountcy on the basis of frustration of federal purpose. It is always essential to ascertain the exact purpose of the specific provision of the federal law that is at issue. Although it is clear that the purpose of s. 178(2) is to ensure the debtor's financial rehabilitation and that s. 102 frustrates that purpose, it cannot be concluded that the operation of the provincial scheme in the context of this case interferes with the equitable distribution of assets.

Per McLachlin C.J. and Côté J.: Section 102 of the *TSA* frustrates the purpose of financial rehabilitation of the bankrupt that underlies s. 178(2) of the *BIA*. It is accordingly inoperative to the extent of the conflict by

l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, car il est presque toujours possible d'éviter l'application d'une loi provinciale pour ne pas causer de conflit avec une loi fédérale. En outre, s'il est possible d'éviter un conflit d'application simplement en refusant d'appliquer la loi provinciale, on pourrait faire la même chose pour éviter toute entrave à la réalisation de l'objet fédéral sous le second volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. En l'espèce, il n'est pas possible que la province applique l'art. 102 sans contrevenir au par. 178(2). En fait, l'art. 102 crée, pour ce qui est des dettes dont le failli n'est pas libéré, une nouvelle catégorie de dettes qui ne figure pas au par. 178(1) de la *LFI*. En conséquence, la loi provinciale autorise la chose même qu'interdit la loi fédérale. Il en résulte un conflit d'application.

L'article 102 entrave aussi la réhabilitation financière du failli. L'écrasant fardeau de la réclamation de la province contre M constituait la principale raison de sa faillite. Si l'on permet que l'art. 102 s'applique en dépit de la libération de M, celui-ci se voit privé de la possibilité de se réhabiliter que le Parlement a voulu lui donner. Si le Parlement avait voulu que les dettes constatées par jugement découlant d'accidents automobiles, ou les charges réglementaires en résultant, survivent à la faillite, il l'aurait indiqué expressément au par. 178(1) de la *LFI*, ce qu'il n'a pas fait. S'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Parlement à cet égard outrepassa la compétence constitutionnelle de la province. Les droits de conducteur de M ne peuvent non plus servir de nouvelle contrepartie pour conclure un nouveau contrat exécutoire en vue du remboursement de la dette dont il a été libéré. M n'a pas à conclure un tel contrat pour recouvrer ses droits de conducteur, car la province n'a pas le pouvoir de l'en priver.

La *TSA* n'entrave cependant pas la réalisation de l'objet de la *LFI* que constitue le partage équitable des biens. La Cour a à maintes reprises mis en garde contre le fait de conférer à la doctrine de la prépondérance une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral. Il est toujours essentiel d'établir avec précision l'objet de la disposition de la loi fédérale en cause. S'il est clair que le par. 178(2) vise la réhabilitation financière du débiteur et que l'art. 102 entrave la réalisation de cet objet, on ne peut conclure que l'application du régime provincial dans le contexte de la présente affaire fait obstacle au partage équitable des biens.

La juge en chef McLachlin et la juge Côté : L'article 102 de la *TSA* entrave la réhabilitation financière du failli, qui est l'objectif du par. 178(2) de la *LFI*. Il est donc inopérant dans la mesure du conflit en raison de la

reason of the doctrine of federal paramountcy. As the frustration of one federal purpose is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy, it is not necessary to address the purpose of equitable distribution.

There is no operational conflict to speak of in this case. The majority's analysis contrasts with the clear standard that has been adopted for the purpose of determining whether an operational conflict exists in the context of the federal paramountcy test: impossibility of dual compliance as a result of an express conflict. Impossibility of dual compliance is the undisputed standard for determining whether an operational conflict exists and it is one that very few cases will meet. In the jurisprudence, impossibility of dual compliance has become synonymous with operational conflict. The requirement of an express contradiction is inseparable from impossibility of dual compliance. For the two laws to conflict, each one has to say exactly the opposite of what the other says. A less direct conflict is not enough. In the absence of an express conflict, the two laws are deemed to be capable of operating side by side. In light of the modern jurisprudence, this restrained approach to operational conflict is inescapable. Such a high standard is consistent with co-operative federalism. If, in practice, the wording of the statutes makes it possible to comply with both of them, then co-operative federalism requires a court to find that the federal and provincial statutes are compatible, at least at the first stage of the analysis.

The two branches of the modern federal paramountcy test relate to two different forms of conflict. A finding of an operational conflict in the first branch will not necessarily entail a finding of frustration of a federal purpose in the second branch. The first branch is concerned with an incompatibility that is evident on the face of the provisions themselves. Even a superficial possibility of dual compliance will suffice for a court to conclude that there is no operational conflict. If the federal law is prohibitive, as in the case at bar, the question becomes what exactly it prohibits. If the provincial law allows the very same thing the federal law prohibits, there is an operational conflict. In many cases, the two branches of the test have been confused. Although this Court's past decisions are not always helpful when it comes to drawing a distinction between the two branches, they do support three propositions: (1) that the applicable standard for the first branch is impossibility of dual compliance caused by an express conflict, (2) that this is a high standard that should be applied with restraint, and only in

doctrine de la prépondérance fédérale. Comme l'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'objectif du partage équitable des biens.

Il n'y a aucun conflit opérationnel en l'espèce. L'analyse des juges majoritaires tranche avec la norme claire que la Cour a retenue en vue de déterminer, dans le cadre de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, s'il existe un conflit opérationnel : l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit exprès. L'impossibilité de se conformer aux deux lois constitue la norme incontestée pour déterminer s'il existe un conflit opérationnel, et très peu de cas pourront satisfaire à cette norme. Dans la jurisprudence, l'impossibilité de se conformer aux deux lois est devenue synonyme de conflit opérationnel. L'exigence d'un conflit exprès est indissociable de l'impossibilité de se conformer aux deux lois. Pour que les deux lois entrent en conflit, chacune doit dire exactement le contraire de ce que dit l'autre. Un conflit moins direct ne suffit pas. En l'absence d'un conflit exprès, les deux lois sont réputées pouvoir coexister. La jurisprudence moderne rend inéluctable cette façon modérée d'aborder le conflit opérationnel. Une norme aussi élevée est conforme au fédéralisme coopératif. S'il est possible en pratique de respecter les deux lois en raison de leur libellé, alors le fédéralisme coopératif oblige le tribunal à conclure que les lois fédérale et provinciale sont compatibles, du moins à la première étape de l'analyse.

Les deux volets de l'analyse moderne de la doctrine de la prépondérance fédérale ont trait à deux formes de conflit différentes. La constatation d'un conflit opérationnel au premier volet de l'analyse n'entraînera pas nécessairement au second volet une conclusion que la réalisation d'un objet fédéral a été entravée. Le premier volet concerne une incompatibilité ressortissant à première vue des dispositions elles-mêmes. Même une possibilité superficielle de se conformer aux deux lois suffit pour qu'un tribunal conclue à l'absence de conflit opérationnel. Si la loi fédérale est prohibitive, comme en l'espèce, il faut alors se demander ce qu'elle interdit exactement. Si la loi provinciale autorise la chose même qu'interdit la loi fédérale, il existe un conflit opérationnel. Dans de nombreux arrêts, la Cour a confondu les deux volets de l'analyse. Bien que la jurisprudence antérieure de notre Cour n'aide pas toujours à distinguer le premier volet du second, trois propositions s'en dégagent : (1) la norme applicable au premier volet est celle de l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit

very few cases, and (3) that the two branches are distinct and address different forms of conflict.

Consequently, at the first stage, the determining question is whether the province's legislation provides a path on which dual compliance is possible. A high standard at the first stage merely means that in most cases, the purpose and effects of the legislation at issue will need to be analyzed at the second stage. Requiring courts to deal with the issue in the second branch has many advantages. For the frustration of purpose analysis, the federal legislative intent must be established by the party relying on it. The court can proceed with a careful analysis of Parliament's intent and, if possible, interpret the federal law so as not to interfere with the provincial law. The impossibility standard, if applied strictly, will not render the first branch of the federal paramountcy test meaningless. If the provincial law allows or requires something that the federal law explicitly prohibits, or if the conflict is direct rather than indirect, there will be an operational conflict.

In the case at bar, it is clear from the provisions themselves that dual compliance is not impossible. The provisions at issue do not expressly conflict; they are different in terms of their contents and of the remedies that they provide. One of them does not permit what the other specifically prohibits. Under s. 178 of the *BIA*, a bankrupt is discharged from claims provable in bankruptcy. That section says nothing more. Section 102 of the *TSA* does not revive an extinguished claim *per se*; if a debtor chooses not to drive, the province simply cannot enforce its claim. He can also opt to voluntarily pay the discharged debt. The bankrupt is still discharged in the literal sense of the words of s. 178(2) of the *BIA*. The two statutes answer different questions. In the end, the literal requirement of the federal statute is, strictly speaking, met. It therefore follows that the two acts can operate side by side without operational conflict, although there is a frustration of purpose.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots*

exprès, (2) la norme est élevée et ne devrait être appliquée qu'avec retenue, et dans très peu de cas seulement, et (3) les deux volets sont distincts et s'appliquent à des formes différentes de conflit.

Par conséquent, sous le premier volet, la question déterminante est de savoir si la loi provinciale laisse la possibilité de se conformer aux deux lois. L'application d'une norme élevée sous le premier volet signifie simplement que dans la plupart des cas, l'objet et les effets de la loi en cause devront être analysés sous le deuxième volet. Obliger les tribunaux à étudier la question au second volet comporte de nombreux avantages. Dans le contexte de l'analyse portant sur l'entrave à la réalisation de l'objet, la partie qui invoque l'intention du législateur fédéral doit établir cette intention. La cour peut analyser attentivement l'intention du Parlement et, si possible, interpréter la loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi provinciale. L'application stricte de la norme de l'impossibilité ne rendra pas dénué de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si la loi provinciale autorise ou exige l'accomplissement d'un acte que la loi fédérale interdit expressément, ou s'il s'agit d'un conflit direct plutôt qu'indirect, il existera un conflit opérationnel.

En l'espèce, il appert clairement des dispositions elles-mêmes que le respect des deux textes de loi n'est pas impossible. Les dispositions en cause ne sont pas expressément en conflit; elles diffèrent de par leur contenu et les recours qu'elles offrent. L'une ne permet pas ce que l'autre interdit expressément. Aux termes de l'art. 178 de la *LFI*, un failli est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite. Cet article ne prévoit rien de plus. L'article 102 de la *TSA* ne fait pas revivre une réclamation éteinte en soi; si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut tout simplement pas recouvrer sa créance. Il peut aussi choisir de payer volontairement la dette dont il a été libéré. Le failli demeure libéré au sens littéral du par. 178(2) de la *LFI*. Les deux lois visent des objets différents. En bout de ligne, l'obligation littérale de la loi fédérale est, à proprement parler, respectée. Il s'ensuit donc que les deux lois peuvent coexister sans conflit opérationnel, même en présence d'une entrave à l'objectif fédéral.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Québec (Procureur général) c. Canadian*

Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; **discussed**: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; **referred to**: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005; *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605; *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; *Ontario (Minister of Finance) v. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397; *Gorguis v. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB

Owners and Pilots Association, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; **arrêts analysés** : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; **arrêts mentionnés** : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005; *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605; *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109; *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237; *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; *Ontario (Minister of Finance) c. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417;

132, 372 Sask. R. 152, rev'd 2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5; *Buchanan v. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107; *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

By Côté J.

Discussed: *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; **referred to:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1.
Aeronautics Act, R.S.C. 1985, c. A-2.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69.3, 69.4, 72(1), 121(1), 136, 137(1), 139, 140.1, 141, 172, 178.

407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites), 2015 CSC 52, [2015] 3 R.C.S. 397; *Gorguis c. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, inf. par 2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5; *Buchanan c. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107; *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Citée par la juge Côté

Arrêts analysés : *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; **arrêts mentionnés :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271.

Lois et règlements cités

Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, art. 1 « practice of law ».
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. 1985, c. A-2.
Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.).

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15.
Farm Debt Review Act, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 30, 69(1).
Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, s. 1 "practice of law".
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6.
Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22, s. 5(1), (2), (7).
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10.
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13.
Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, ss. 54, 102, 103.

Authors Cited

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, p. 927.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "enforce", "release".
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
Colvin, Eric. "Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
Hogg, Peter W. "Paramouncy and Tobacco" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. (rev.). Toronto: Carswell, 2013 (updated 2015, release 6).
Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter JJ.A.), 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221, 569 A.R. 177, 370 D.L.R. (4th) 267, 9 C.B.R. (6th) 278, 64 M.V.R.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2, art. 30, 69(1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 69.3, 69.4, 72(1), 121(1), 136, 137(1), 139, 140.1, 141, 172, 178.
Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., c. F15.
Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., c. P-41.1.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, c. 6.
Loi sur le tabac, L.C. 1997, c. 13.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, c. P.10.
Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22, art. 5(1), (2), (7).
Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 54, 102, 103.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Legislative Assembly. *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, p. 927.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « enforce », « release ».
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*, Ottawa, Information Canada, 1970.
Colvin, Eric. « Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon » (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
Hogg, Peter W. « Paramouncy and Tobacco » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. (rev.), Toronto, Carswell, 2013 (updated 2015, release 6).
Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, Toronto, Irwin Law, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221, 569 A.R. 177, 370 D.L.R. (4th) 267, 9 C.B.R. (6th) 278, 64

(6th) 82, [2014] 4 W.W.R. 272, [2014] A.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellAlta 225 (WL Can.), affirming a decision of Moen J., 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44, 550 A.R. 257, 39 M.V.R. (6th) 21, [2012] A.J. No. 1094 (QL), 2012 CarswellAlta 1757 (WL Can.). Appeal dismissed.

Lillian Riczu, for the appellant.

R. Jeremy Newton, for the respondent.

Josh Hunter and *Daniel Huffaker*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Richard M. Butler, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine, for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

Peter Southey and *Michael Lema*, for the intervenor the Superintendent of Bankruptcy.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] In Canada, the federal and provincial levels of government must enact laws within the limits of their respective spheres of jurisdiction. The *Constitution Act, 1867* defines which matters fall within the exclusive legislative authority of each level. Still, even when acting within its own sphere, one level of government will sometimes affect matters within the other's sphere of jurisdiction. The resulting legislative overlap may, on occasion, lead to a conflict between otherwise valid federal and provincial laws. In this appeal, the Court must decide whether such a conflict exists, and if so, resolve it.

M.V.R. (6th) 82, [2014] 4 W.W.R. 272, [2014] A.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellAlta 225 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Moen, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44, 550 A.R. 257, 39 M.V.R. (6th) 21, [2012] A.J. No. 1094 (QL), 2012 CarswellAlta 1757 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Lillian Riczu, pour l'appelant.

R. Jeremy Newton, pour l'intimé.

Josh Hunter et *Daniel Huffaker*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter Southey et *Michael Lema*, pour l'intervenant le Surintendant des faillites.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent adopter des lois qui relèvent de leurs sphères de compétence respectives. La *Loi constitutionnelle de 1867* indique les matières qui relèvent de l'autorité législative exclusive de chaque ordre. Cependant, même lorsqu'il agit dans les limites de sa propre sphère de compétence, un ordre de gouvernement touche parfois à des matières relevant de la sphère de l'autre. Le chevauchement législatif en résultant peut, à l'occasion, entraîner un conflit entre des lois fédérales et provinciales par ailleurs valides. Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si un tel conflit existe et, dans l'affirmative, le résoudre.

[2] The alleged conflict in this case concerns, on the one hand, the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), and on the other hand, Alberta’s *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6 (“*TSA*”). It stems from a car accident caused by the respondent while he was uninsured, contrary to s. 54 of the *TSA*. The province of Alberta compensated the individual injured in the accident and sought to recover the amount of the compensation from the respondent. The latter, however, made an assignment in bankruptcy and was eventually discharged. The *BIA* governs bankruptcy and provides that, upon discharge, the respondent is released from all debts that are claims provable in bankruptcy. The *TSA* governs the activity of driving, including vehicle permits and driver’s licences, and allows the province to suspend the respondent’s licence and permits until he pays the amount of the compensation.

[3] As a result of his bankruptcy and subsequent discharge, the respondent did not pay the amount of the compensation in full; because of this failure to pay, Alberta suspended his vehicle permits and driver’s licence. The respondent contested this suspension, arguing that the *TSA* conflicted with the *BIA*, in that it frustrated the purposes of bankruptcy. The province replied that there was no conflict since the *TSA* was regulatory in nature and did not purport to enforce a discharged debt. The Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal found that there was a conflict between the federal and provincial laws. Relying on the doctrine of federal paramountcy, they declared the impugned provision of the *TSA* to be inoperative to the extent of the conflict. I agree with the outcome reached by the lower courts, and I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The car accident caused by the respondent occurred in 1989. In 1996, the individual injured in the accident obtained judgment against the respondent in the amount of \$194,875. The Administrator appointed under the *Motor Vehicle Accident Claims*

[2] En l’espèce, le conflit allégué concerne, d’une part, le régime fédéral de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »), et d’autre part, la *Traffic Safety Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, c. T-6 (« *TSA* »). Il découle d’un accident de la route causé par l’intimé alors qu’il n’était pas assuré comme l’exige l’art. 54 de la *TSA*. La province d’Alberta a indemnisé la personne blessée dans l’accident et a tenté de recouvrer l’indemnité auprès de l’intimé. Cependant, ce dernier a fait cession de ses biens et a par la suite été libéré. La *LFI* régit la faillite et précise qu’au moment de sa libération, l’intimé est libéré de toutes les dettes qui sont des réclamations prouvables en matière de faillite. La *TSA* régit la conduite d’un véhicule automobile, y compris les certificats d’immatriculation et les permis de conduire, et permet à la province de suspendre le permis de conduire et les certificats d’immatriculation de l’intimé jusqu’à ce qu’il paie le montant de l’indemnité.

[3] Par suite de sa faillite et de sa libération subséquente, l’intimé n’a pas payé intégralement le montant de l’indemnité; en conséquence, l’Alberta a suspendu ses certificats d’immatriculation et son permis de conduire. L’intimé a contesté cette suspension et a plaidé que la *TSA* entravait la réalisation des objectifs de la faillite. En réponse, la province a nié l’existence d’un conflit puisque la *TSA* était de nature réglementaire et ne visait pas le recouvrement d’une dette ayant fait l’objet d’une libération. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel ont conclu à l’existence d’un conflit entre les lois fédérale et provinciale. S’appuyant sur la doctrine de la prépondérance fédérale, elles ont déclaré la disposition contestée de la *TSA* inopérante dans la mesure du conflit. Je souscris à la conclusion tirée par les tribunaux d’instance inférieure et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[4] L’accident de la route causé par l’intimé s’est produit en 1989. En 1996, la personne blessée dans l’accident a obtenu contre l’intimé un jugement lui accordant la somme de 194 875 \$. L’administrateur nommé en vertu de la *Motor Vehicle Accident*

Act, R.S.A. 2000, c. M-22 (“*MVACA*”), indemnified the injured party for the amount of the judgment debt and was assigned the debt in accordance with the *MVACA*. Initially, the respondent made arrangements with the Administrator to pay the debt in instalments. Some years later, however, in January 2008, he made an assignment in bankruptcy. He listed the Administrator’s claim in his Statement of Affairs. It is not disputed that the judgment debt assigned to the Administrator was a claim provable in bankruptcy. It was, by far, the respondent’s most substantial debt and, in fact, the reason for his financial difficulties. At the time of the assignment, the outstanding amount due to the Administrator stood at \$195,823.

[5] In June 2011, the respondent obtained an absolute discharge, which no one opposed. In October of the same year, he received a letter from the Director, Driver Fitness and Monitoring, notifying him that, by application of s. 102(1) of the *TSA*, his operator’s licence and vehicle registration privileges would be suspended until payment of the outstanding amount of the judgment debt. Later, in November, his lawyer received another letter, this time from Motor Vehicle Accident Recoveries, advising the respondent that he “remains indebted for the judgment debt obtained against him . . . ‘until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy’” (A.R., at p. 49). The letter proposed that new payment arrangements be made, failing which the suspension of his driving privileges would continue.

[6] Given this situation, in March 2012, the respondent sought an order from the Court of Queen’s Bench to stay the suspension of his driving privileges. He claimed that he had been discharged in bankruptcy and that s. 178 of the *BIA* precluded the Administrator from enforcing the judgment debt.

Claims Act, R.S.A. 2000, c. M-22 (« *MVACA* »), a indemnisé la personne blessée du montant de la créance judiciaire et s’est vu céder la créance conformément à la *MVACA*. Au départ, l’intimé a pris avec l’administrateur des dispositions en vue de rembourser la dette par versements échelonnés. Quelques années plus tard toutefois, en janvier 2008, il a fait cession de ses biens. Il a inscrit la réclamation de l’administrateur dans son bilan. Nul ne conteste que la créance judiciaire cédée à l’administrateur constituait une réclamation prouvable en matière de faillite. Il s’agissait, de loin, de la plus grosse dette de l’intimé et elle était, en fait, à l’origine de ses déboires financiers. Au moment de la cession, la somme due à l’administrateur s’élevait à 195 823 \$.

[5] En juin 2011, l’intimé a obtenu une libération absolue, à laquelle personne ne s’est opposé. En octobre de la même année, il a reçu du directeur du service de la surveillance et de l’aptitude des conducteurs une lettre l’avisant que, par application du par. 102(1) de la *TSA*, son permis de conduire et ses certificats d’immatriculation de véhicule seraient suspendus jusqu’au paiement de la somme due au titre de la créance judiciaire. Plus tard, en novembre, son avocat a reçu une autre lettre, cette fois du service des recouvrements relatifs aux accidents d’automobile, informant l’intimé qu’il [TRADUCTION] « demeure débiteur de la somme due en vertu du jugement obtenu contre lui [. . .] “tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré[r] de l’obligation autrement que par une libération de faillite” » (d.a., p. 49). La lettre lui proposait de prendre de nouvelles dispositions en vue du paiement, à défaut de quoi la suspension de ses droits de conducteur serait maintenue.

[6] Devant cette situation, en mars 2012, l’intimé a demandé à la Cour du Banc de la Reine de surseoir à la suspension de ses droits de conducteur. Il a fait valoir qu’il avait été libéré de faillite et que l’art. 178 de la *LFI* empêchait l’administrateur de le contraindre à payer la dette constatée par jugement.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44*

[7] Moen J. first found that, as a result of the discharge, there was no longer a liability on the basis of which the judgment could be enforced (para. 21). In her view, the question at issue was whether the discharge precluded the province from suspending the respondent's driving privileges because of the unpaid judgment debt. This entailed looking at the operation of the *TSA* and the *BIA* and determining whether the relevant provisions were in conflict, making the doctrine of paramountcy applicable. According to Moen J., an "operational conflict" could arise in two situations, namely where (1) "compliance with both acts is rendered inconsistent or impossible by directly conflicting with an express provision of the *BIA*" or (2) "the *TSA* has the intent and/or effect of interfering with the provisions of the *BIA* or its fundamental objectives" (para. 30).

[8] Moen J. emphasized the rehabilitative purpose of the *BIA* (para. 31). She described the purpose of the *TSA* as being the "protection of public safety via the regulation of traffic and motor vehicles" (para. 33), and the purpose of s. 102 of the *TSA* as "preventing 'irresponsible drivers from having the continued privilege of driving . . . without being made to account for the normal consequences of their vast irresponsibilities'" (para. 34). She distinguished situations in which the purpose of licence suspension is the collection of a debt from those in which it is the regulation of conduct (paras. 37-42). She concluded that the sole purpose of s. 102 is the collection of an unpaid judgment debt. In her view, the provision had nothing to do with the regulation of the respondent's misconduct (para. 43). She thus held that the province's actions were not disciplinary, but rather "a method of debt collection, and a colourable attempt to circumvent the provisions of the *BIA*" (para. 45). This "improper purpose" of the *TSA* created an "operational conflict" with the *BIA* (para. 45). She therefore stayed both the enforcement of the judgment debt and the suspension of the respondent's driving privileges (para. 49), and

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2012 ABQB 644, 73 Alta. L.R. (5th) 44*

[7] La juge Moen a d'abord conclu que, par l'effet de la libération, il n'y avait plus de créance servant de fondement à l'exécution du jugement (par. 21). À son avis, il s'agissait de savoir si la libération empêchait la province de suspendre les droits de conducteur de l'intimé en raison du non-paiement de la dette constatée par jugement. Elle devait donc examiner l'application de la *TSA* et de la *LFI* et déterminer si les dispositions pertinentes entraient en conflit, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance. Selon la juge Moen, il pouvait exister un [TRADUCTION] « conflit d'application » dans les deux situations suivantes, à savoir lorsque (1) « le respect des deux lois devient incohérent ou impossible en raison d'un conflit direct avec une disposition expresse de la *LFI* », ou lorsque (2) « la *TSA* vise à faire obstacle, ou fait obstacle, à l'application des dispositions de la *LFI* ou à la réalisation de ses objectifs fondamentaux » (par. 30).

[8] La juge Moen a mis l'accent sur l'objet de la réhabilitation que favorise la *LFI* (par. 31). Elle a décrit l'objet de la *TSA* comme étant la [TRADUCTION] « protection de la sécurité publique par la réglementation de la circulation et des véhicules automobiles » (par. 33), et l'objet de l'art. 102 de la *TSA* comme étant d'« empêcher "les conducteurs irresponsables de continuer de bénéficier du droit de conduire [. . .] sans avoir à subir les conséquences normales de leur grande irresponsabilité" » (par. 34). Elle a établi une distinction entre les situations où l'objet de la suspension de permis est le recouvrement d'une créance et celles où elle vise la réglementation d'une conduite (par. 37-42). Elle a conclu que le seul objet de l'art. 102 était le recouvrement d'une créance judiciaire. À son avis, la disposition n'a rien à voir avec la réglementation de l'inconduite de l'intimé (par. 43). Elle a donc estimé que les mesures prises par la province n'étaient pas de nature disciplinaire et constituaient plutôt « un mode de recouvrement de créances et une tentative déguisée de contourner les dispositions de la *LFI* » (par. 45). Cet « objet illégitime » de la *TSA* faisait naître un « conflit d'application » avec la *LFI*

she declared the *TSA* ineffective to the extent of the conflict with the *BIA* (para. 48).

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221*

[9] Writing for a unanimous court, Slatter J.A. described the two types of conflict that trigger the application of the doctrine of paramountcy as follows: (1) “it is impossible to comply with both the provincial and the federal legislation”, or (2) “even though it is technically possible to comply with both, the application of the provincial statute can fairly be said to frustrate Parliament’s legislative purpose” (para. 10). He concluded that because the respondent could comply with both laws by not driving, there was no conflict under the first branch of the test (para. 10).

[10] Turning to the second branch, Slatter J.A. described the two purposes of the *BIA* as being, first, equal distribution, and second, rehabilitation. He observed that s. 178 lists the debts that are not discharged by bankruptcy, none of which corresponds to judgment debts for damages resulting from motor vehicle accidents (paras. 13-15). According to him, while discharge from bankruptcy does not extinguish debts, nonetheless, “[w]hatever conceptual distinction there may be, it is somewhat artificial in the present context”, as creditors cease to be able to enforce the discharged debts (para. 19). Slatter J.A. rejected the province’s argument that driving privileges can be used as fresh consideration to revive a discharged debt; such consideration is not genuine and it is inconsistent with the policy of the *BIA* (paras. 20-21). Rejecting another of the province’s arguments, he held that it is irrelevant that driving privileges do not constitute property of the bankrupt. The province cannot withhold privileges arbitrarily in a way that frustrates the purposes of the *BIA* (paras. 23-24).

(par. 45). Elle a donc sursis au recouvrement de la créance judiciaire et à la suspension des droits de conducteur de l’intimé (par. 49), et elle a déclaré la *TSA* inopérante dans la mesure du conflit avec la *LFI* (par. 48).

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2014 ABCA 68, 91 Alta. L.R. (5th) 221*

[9] S’exprimant au nom d’une cour unanime, le juge Slatter a décrit comme suit les deux types de conflit qui entraînent l’application de la doctrine de la prépondérance : (1) [TRADUCTION] « il est impossible de se conformer à la fois à la loi provinciale et à la loi fédérale », ou (2) « bien qu’il soit techniquement possible de se conformer aux deux lois, on peut à juste titre affirmer que l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objectif législatif du Parlement » (par. 10). Il a conclu que, parce que l’intimé pouvait se conformer aux deux lois en s’abstenant de conduire, il n’existait aucun conflit selon le premier volet de l’analyse (par. 10).

[10] Quant au second volet, le juge Slatter a décrit les deux objets de la *LFI* comme étant, premièrement, la répartition équitable, et deuxièmement, la réhabilitation. Il a fait remarquer que l’art. 178 énumère les dettes dont le failli n’est pas libéré à l’issue de la faillite, et qu’aucune de ces dettes ne correspond à une dette constatée par jugement pour des dommages résultant d’un accident d’automobile (par. 13-15). Selon lui, si la libération du failli n’éteint pas les dettes, il reste que [TRADUCTION] « [q]uelle que soit la distinction conceptuelle que l’on puisse faire, elle est plutôt artificielle dans le présent contexte » puisque les créanciers ne sont plus en mesure de contraindre le failli à rembourser les dettes dont il a été libéré (par. 19). Le juge Slatter a rejeté l’argument de la province voulant que les droits de conducteur puissent servir de nouvelle contrepartie d’un contrat qui fait renaître une dette dont le failli a été libéré; une telle contrepartie n’est ni véritable ni compatible avec les principes qui sous-tendent la *LFI* (par. 20-21). Rejetant un autre des arguments de la province, il a estimé qu’il importe peu que les droits de conducteur ne constituent pas des biens du failli. La province ne peut retirer arbitrairement des droits de manière à entraver la réalisation des objets de la *LFI* (par. 23-24).

[11] Slatter J.A. observed that s. 102 of the *TSA* specifically provides that it operates notwithstanding a discharge in bankruptcy. In his view, this is a “*prima facie* signal of a potential operational conflict” (para. 39). Although s. 102 is not coercive and the respondent could choose not to drive, Slatter J.A. concluded that it nonetheless frustrates the purposes of the *BIA*. One of these purposes is that the discharged bankrupt “will not have to make any such ‘choices’” and will be “free to make independent and unencumbered personal and economic decisions going forward” (para. 43). Because s. 102 is focused on debt collection and is not connected to traffic safety considerations (paras. 40 and 45-47), it interferes with a driver’s ability to make a fresh start (paras. 48-49). Slatter J.A. also concluded that s. 102 disrupts fair and equal distribution to creditors because it permits the province to collect amounts in addition to the dividend ordinarily distributed to creditors (para. 50). He held that s. 102 frustrates both purposes of the *BIA* and that the words “otherwise than by a discharge in bankruptcy” are in “operational conflict” with the *BIA* (para. 54).

IV. Issue

[12] The Chief Justice formulated the following constitutional question:

Is s. 102(2) of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, constitutionally inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?

Although the constitutional question, as formulated, refers only to s. 102(2), the proceedings below and the parties’ submissions concern the section in its entirety. Accordingly, I will examine all of the relevant aspects of s. 102.

V. Analysis

[13] Various government actors have been involved in this dispute. Unless otherwise specified,

[11] Le juge Slatter a fait observer que l’art. 102 de la *TSA* prévoit expressément qu’il s’applique nonobstant une libération de faillite. À son avis, il s’agit là d’un [TRADUCTION] « indice de l’existence potentielle d’un conflit d’application » (par. 39). Bien que l’art. 102 ne soit pas coercitif et que l’intimé puisse choisir de ne pas conduire, le juge Slatter a conclu qu’il n’en entrave pas moins la réalisation des objets de la *LFI*. L’un de ces objets consiste à faire en sorte que le failli libéré « n’ait pas à faire de tels “choix” » et puisse « aller de l’avant en étant libre de prendre des décisions économiques et personnelles indépendantes et sans entrave » (par. 43). Parce que l’art. 102 vise principalement le recouvrement de dettes et n’est aucunement lié à des considérations en matière de sécurité routière (par. 40 et 45-47), il empêche le conducteur de repartir à neuf (par. 48-49). Le juge Slatter a également conclu que l’art. 102 perturbe la répartition juste et équitable des biens entre les créanciers parce qu’il permet à la province de recouvrer des sommes en plus des dividendes habituellement versés aux créanciers (par. 50). Il a estimé que l’art. 102 entrave la réalisation des deux objets de la *LFI* et que les mots « autrement que par une libération de faillite » donnent lieu à un « conflit d’application » avec la *LFI* (par. 54).

IV. Question en litige

[12] La Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, de l’Alberta est-il inopérant du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?

Bien que la question constitutionnelle, telle qu’elle a été formulée, ne vise que le par. 102(2), les instances inférieures et les observations des parties concernent l’article en entier. J’examinerai donc tous les aspects pertinents de l’art. 102.

V. Analyse

[13] Divers acteurs gouvernementaux ont pris part au présent différend. Sauf indication contraire,

I will refer to the province of Alberta as encompassing these different actors. I will first review the principles applicable to the doctrine of federal paramountcy and then apply them to the facts of this appeal.

A. *The Doctrine of Federal Paramountcy*

[14] Each level of government — Parliament, on the one hand, and the provincial legislatures, on the other — has exclusive authority to enact legislation with respect to certain subject matters. Sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* assign each power to the level of government best suited to exercise it: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 58. Broad powers were given to the provincial legislatures with respect to local matters, in recognition of regional diversity, while powers relating to matters of national importance were given to Parliament, to ensure unity: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22.

[15] Legislative powers are exclusive, and one government is not subordinate to the other: *Secession Reference*, at para. 58, citing *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942. However, the legislative matrix is not as clearly defined as ss. 91 and 92 might suggest. It is often impossible for one level of government to legislate effectively within its jurisdiction without affecting matters that are within the other level’s jurisdiction: *Western Bank*, at para. 29; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 465. Furthermore, it is often impossible to make a statute fall squarely within a single head of power: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 180-81. This leads to overlap in the exercise of provincial and federal powers. The tendency has been to allow these overlaps to occur as long as each level of government properly pursues objectives that fall within its jurisdiction: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 57; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 62; *Western Bank*, at paras. 37 and 42. This tendency reflects the

je désignerai la province d’Alberta comme englobant ces divers acteurs. Je vais d’abord examiner les principes applicables à la doctrine de la prépondérance fédérale, pour ensuite les appliquer aux faits du présent pourvoi.

A. *La doctrine de la prépondérance fédérale*

[14] Chaque ordre de gouvernement — le Parlement, d’une part, et les assemblées législatives provinciales, d’autre part — a le pouvoir exclusif d’adopter des lois relatives à certaines matières. Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent le pouvoir afférent à chaque matière à l’ordre de gouvernement le mieux placé pour l’exercer : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »), par. 58. De larges pouvoirs ont été conférés aux assemblées législatives provinciales quant aux matières d’intérêt local, pour tenir compte de la diversité régionale, tandis que les pouvoirs relatifs aux matières d’intérêt national ont été conférés au Parlement, pour assurer l’unité : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

[15] Les pouvoirs législatifs sont exclusifs, et aucun ordre de gouvernement n’est en état de subordination par rapport à l’autre : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 58, citant *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), p. 942. Cependant, la trame législative n’est pas aussi clairement définie que les art. 91 et 92 peuvent le laisser croire. Il est souvent impossible pour un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans toucher à des matières relevant de la compétence de l’autre : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 29; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 465. Il est en outre souvent impossible de classer une loi comme relevant complètement d’un seul chef de compétence : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 180-181. Cela entraîne des chevauchements dans l’exercice des pouvoirs provinciaux et fédéraux. Ces chevauchements sont généralement permis dans la mesure où chaque ordre de gouvernement vise à bon droit des objectifs qui relèvent de sa compétence : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 57; *Canada (Procureur*

theory of co-operative federalism: *Western Bank*, at para. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162.

[16] That said, there comes a point where legislative overlap jeopardizes the balance between unity and diversity. In certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level: *Western Bank*, at para. 32. To protect against such intrusions, the Court has developed various constitutional doctrines. For the purposes of this appeal, I need only refer to one: the doctrine of federal paramountcy. This doctrine “recognizes that where laws of the federal and provincial levels come into conflict, there must be a rule to resolve the impasse”: *Western Bank*, at para. 32. When there is a genuine “inconsistency” between federal and provincial legislation, that is, when “the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation”, the federal law prevails: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 65, quoting *Western Bank*, at para. 69; see also *Marine Services*, at paras. 66–68; *Multiple Access*, at p. 168. The question thus becomes how to determine whether such a conflict exists.

[17] First and foremost, it is necessary to ensure that the overlapping federal and provincial laws are independently valid: *Western Bank*, at para. 76; *Husky Oil*, at para. 87. This means determining the pith and substance of the impugned provisions by looking at their purpose and effect: *Western Bank*, at para. 27; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 16. Once a provision’s true purpose is identified, its validity will depend on whether it falls within the powers of the enacting government: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 24. If the legislation of one level of government is invalid, no conflict can ever arise, which puts an end to the inquiry. If both laws are independently

général) c. PHS Community Services Society, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 62; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37 et 42. Cette tendance est l’expression de la théorie du fédéralisme coopératif : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162.

[16] Cela dit, il vient un moment où le chevauchement législatif met en péril l’équilibre entre l’unité et la diversité. Dans certaines circonstances, les compétences d’un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l’autre ordre de gouvernement : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 32. Pour assurer cette protection, la Cour a élaboré diverses doctrines constitutionnelles. Pour les besoins du pourvoi, je n’ai à traiter que d’une seule de ces doctrines, soit celle de la prépondérance fédérale. Cette doctrine « reconnaît que dans la mesure où les lois fédérales et provinciales entrent en conflit, une règle doit permettre de mettre fin à l’impasse » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 32. Lorsqu’il existe une « incompatibilité » véritable entre une loi fédérale et une loi provinciale, soit lorsque « les effets d’une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale », la loi fédérale doit prévaloir : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 65, citant *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 69; voir aussi *Marine Services*, par. 66–68; *Multiple Access*, p. 168. La question devient donc de savoir comment déterminer si un tel conflit existe.

[17] Il faut d’abord et avant tout s’assurer que les lois fédérale et provinciale qui se chevauchent sont valides indépendamment l’une de l’autre : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 76; *Husky Oil*, par. 87. Cela signifie qu’il faut déterminer le caractère véritable des dispositions contestées en examinant leur but et leur effet : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 27; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 16. Une fois que l’on aura déterminé l’objet véritable de la disposition, sa validité dépendra de la question de savoir si elle relève de la compétence du gouvernement qui l’a adoptée : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 24. Si la loi adoptée par un ordre

valid, however, the court must determine whether their concurrent operation results in a conflict.

[18] A conflict is said to arise in one of two situations, which form the two branches of the paramountcy test: (1) there is an operational conflict because it is impossible to comply with both laws, or (2) although it is possible to comply with both laws, the operation of the provincial law frustrates the purpose of the federal enactment.

[19] What is considered to be the first branch of the test was described as follows in *Multiple Access*, the seminal decision of the Court on this issue:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other. [Emphasis added; p. 191.]

In *Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. referred to this passage as “the fundamental test for determining whether there is sufficient incompatibility to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy” (para. 71). Under that test, the question is whether there is an actual conflict in operation, that is, whether both laws “can operate side by side without conflict” (*Marine Services*, at para. 76) or whether both “laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other”: *Western Bank*, at para. 72; see also *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 60; *Marine Services*, at para. 68; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at paras. 77 and 81-82; *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 53; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800, per Martland J.

de gouvernement est invalide, il ne peut exister de conflit, ce qui met fin à l’examen. Si les deux lois sont valides indépendamment l’une de l’autre, par contre, la cour doit déterminer si leur application concurrente entraîne un conflit.

[18] On dit qu’il y a conflit dans l’une ou l’autre des deux situations suivantes, qui constituent les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance : (1) il existe un conflit d’application parce qu’il est impossible de respecter les deux lois, ou (2) bien qu’il soit possible de respecter les deux lois, l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale.

[19] L’arrêt *Multiple Access*, l’arrêt de principe de la Cour sur cette question, décrit ainsi ce que l’on considère comme le premier volet de l’analyse :

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles »; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre. [Je souligne; p. 191.]

Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont qualifié cet extrait de « critère fondamental servant à déterminer s’il existe une incompatibilité suffisante pour déclencher l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale » (par. 71). Suivant ce critère, il s’agit de savoir s’il existe un véritable conflit d’application, c’est-à-dire si les deux lois « peuvent coexister sans conflit » (*Marine Services*, par. 76) ou si les deux « législations peuvent agir concurrentement et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l’une ou l’autre » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72; voir également *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 60; *Marine Services*, par. 68; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 77 et 81-82; *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 53; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, p. 800, le juge Martland.

[20] In her concurring reasons, my colleague Côté J. formulates this first branch of the test as impossibility of dual compliance as a result of or caused by “an express conflict” (paras. 93 and 122). She cites in support (paras. 102-3) this Court’s use of the terms “express contradiction” in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 34, and *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para. 17, as well as the use by Bastarache J. of the terms “express or ‘operational conflict’” in *Western Bank* (para. 126) and *Lafarge* (para. 113). She insists that under this first branch, the express conflict or express contradiction must be found merely on the basis of the “actual words” of the provisions at issue (paras. 105 and 108) and their “literal” sense or requirement (para. 97). She considers that prior cases in which this Court found that an operational conflict existed either mischaracterized the test (at paras. 116-17, she cites *Lafarge*) or conflated it with the second branch pertaining to frustration of purpose (at paras. 115 and 118, she cites *Husky Oil* and *M & D Farm*).

[21] I respectfully disagree with these propositions and with my colleague’s assessment of this Court’s past cases on the first branch of the paramountcy test. I would not characterize these as being “not helpful authority” (para. 118) and as having “confused” the two branches (para. 114). Rather, in my view, this Court’s decisions on operational conflict have been coherent and consistent since *Multiple Access*.

[22] First, the expression “express contradiction” used in those cases originated in *Multiple Access*. Dickson J. initially used it — at p. 187, in discussing prior decisions of the Court — to describe the test that he ultimately formulated, in the above-quoted passage, as that of “actual conflict in operation” or operational conflict (p. 191). An express contradiction is nothing more than a clear, direct or definite conflict in operation, as opposed to an indirect or

[20] Dans ses motifs concordants, ma collègue la juge Côté formule ainsi ce premier volet de l’analyse : l’impossibilité de se conformer aux deux lois en conséquence ou en raison « d’un conflit exprès » (par. 93 et 122). Elle cite à l’appui (par. 102-103) la mention que fait notre Cour de l’expression « conflit explicite » dans l’arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 34, et *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 17, ainsi que l’emploi, par le juge Bastarache, des mots « conflit explicite ou “d’application” » dans *Banque canadienne de l’Ouest* (par. 126) et *Lafarge* (par. 113). Elle insiste pour dire qu’il faut, dans ce premier volet de l’analyse, conclure à l’existence d’un conflit explicite ou d’une contradiction explicite fondés sur le « libellé » des dispositions en cause (par. 105 et 108) et sur le sens « littéral » ou sur l’exigence « littérale » de ces dispositions (par. 97). Elle estime que dans les décisions antérieures dans lesquelles elle a conclu à l’existence d’un conflit d’application, notre Cour a mal qualifié le critère (par. 116-117, elle cite *Lafarge*) ou l’a confondu avec le second volet relatif à l’entrave à la réalisation de l’objet fédéral (par. 115 et 118, elle cite *Husky Oil* et *M & D Farm*).

[21] Avec égards, je suis en désaccord avec ces propositions ainsi qu’avec l’analyse que fait ma collègue des décisions antérieures de notre Cour portant sur le premier volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Je ne dirais d’aucune de ces décisions qu’il « ne constitue pas un précédent utile » (par. 118) ou que la Cour y a « confondu » les deux volets (par. 114). J’estime plutôt que depuis l’arrêt *Multiple Access*, les décisions de la Cour relatives au conflit d’application sont cohérentes et unificatrices.

[22] Premièrement, l’expression « conflit explicite » employée dans ces décisions provient de l’arrêt *Multiple Access*. Le juge Dickson l’a d’abord employée — à la p. 187, où il examinait des décisions antérieures de la Cour — pour décrire le critère d’analyse qu’il a finalement formulé comme suit dans le passage cité ci-dessus : le « conflit véritable » ou conflit d’application (p. 191). Un conflit explicite n’est rien de plus qu’un conflit d’application clair,

imprecise one. It is not an additional condition for a finding of actual conflict in operation.

[23] Second, I find no indication in the Court's decisions pertaining to this first branch that the assessment of an actual conflict in operation is limited to the actual words or to the literal meaning of the words of the provisions at issue; quite the contrary. In its recent decision in *Marine Services* for instance, in assessing whether there was an actual conflict in operation under the first branch (paras. 71-83), the Court did not limit itself to a mere literal reading of the provisions at issue. Rather, it found that a proper reading of the provisions based on the modern approach to statutory interpretation (paras. 77-79) led to the conclusion that the provincial and federal laws could operate side by side without conflict (para. 76). With respect, my colleague misreads my remarks when she states that I support in this regard a broad interpretation of ambiguous federal statutes under this first branch (paras. 111-13). This is not so. *Marine Services* emphasizes that it is the proper meaning of the provision that remains central to the analysis, not merely its literal sense. As I explain below, the provisions at issue in this case are not ambiguous, and I do not give them a broad interpretation to find their ordinary and undisputed meaning. The harmonious interpretation referred to by my colleague is a rule of constitutional interpretation that applies to both branches of the paramountcy test, not merely the first one: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 68. It has, however, no bearing on the actual conflict in operation that is, in my view, established here when both laws operate.

[24] Finally, I consider that in *Husky Oil* (para. 87) and *M & D Farm* (para. 40), Gonthier J. and Binnie J. respectively referred to the "actual conflict in operation" concept drawn from *Multiple Access* without confusing the two branches of the paramountcy test. As for the reasons of Binnie and LeBel JJ. in *Lafarge*, issued on the same day as *Western Bank* (in which they also penned the majority reasons), I find

direct ou précis, plutôt qu'un conflit indirect ou imprécis. Il ne s'agit pas d'une condition additionnelle pour conclure à l'existence d'un conflit véritable.

[23] Deuxièmement, je ne trouve rien dans les décisions de la Cour relatives à ce premier volet indiquant que l'examen d'un véritable conflit d'application doit se limiter au libellé ou au sens littéral des termes de la disposition en cause, bien au contraire. Dans l'arrêt récent *Marine Services* par exemple, en examinant s'il existait un véritable conflit d'application selon le premier volet de l'analyse (par. 71-83), la Cour ne s'est pas limitée à une lecture littérale de la disposition en cause. Elle a plutôt estimé que l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions suivant la méthode moderne d'interprétation des lois (par. 77-79) permettait de conclure que les lois provinciale et fédérale pouvaient coexister sans conflit (par. 76). Avec égards, ma collègue interprète mal mes remarques lorsqu'elle dit que je favorise à cet égard une interprétation large de lois fédérales ambiguës selon ce premier volet de l'analyse (par. 111-113). Ce n'est pas le cas. Dans *Marine Services*, la Cour souligne que l'analyse reste centrée sur le sens qu'il convient de donner à la disposition et non simplement sur son sens littéral. Comme je l'explique plus loin, les dispositions en cause ne sont pas ambiguës et je ne les interprète pas largement pour en cerner le sens ordinaire et incontesté. L'interprétation harmonieuse dont fait état ma collègue constitue une règle d'interprétation constitutionnelle qui s'applique aux deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance et non au premier volet seulement : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 68. Cette règle d'interprétation n'a cependant aucune incidence sur le conflit véritable dont l'existence est, à mon avis, établie en l'espèce lorsque les deux lois s'appliquent.

[24] Enfin, j'estime que dans *Husky Oil* (par. 87) et *M & D Farm* (par. 40), les juges Gonthier et Binnie respectivement ont fait état de la notion de « conflit véritable » tirée de l'arrêt *Multiple Access* sans confondre les deux volets de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Quant aux motifs des juges LeBel et Binnie dans *Lafarge*, rendu le même jour que l'arrêt *Banque canadienne*

it hard to suggest that they misstated the test or conflated its two branches, which they in fact analyzed separately (the first at paras. 81-82 and the second at paras. 83-85). On operational conflict, their reference to an “impossibility of . . . simultaneous application” (*Lafarge*, at para. 77) echoed the similar comments made in *Western Bank* to the effect that the test amounts to assessing whether “the [two] laws can apply concurrently” (*Western Bank*, at para. 72): see also, on the concept of possible concurrent “application” of both laws, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 23.

[25] If there is no conflict under the first branch of the test, one may still be found under the second branch. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, the Court formulated what is now considered to be the second branch of the test. It framed the question as being “whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose” (p. 155). In other words, the effect of the provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does “not entail a direct violation of the federal law’s provisions”: *Western Bank*, at para. 73.

[26] That said, the case law assists in identifying typical situations where overlapping legislation will not lead to a conflict. For instance, duplicative federal and provincial provisions will generally not conflict: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 80; *Western Bank*, at para. 72; *Multiple Access*, at p. 190; *Hall*, at p. 151. Nor will a conflict arise where a provincial law is more restrictive than a federal law: *Lemare Lake*, at para. 25; *Marine Services*, at paras. 76 and 84; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), at paras. 67 and 74; *Western Bank*, at para. 103; *Rothmans*, at paras. 18 ff.; *Spraytech*, at para. 35; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 964. The application of a more

de l’Ouest (dont ils ont aussi rédigé les motifs des juges majoritaires), j’estime que l’on peut difficilement laisser entendre qu’ils ont mal formulé l’analyse ou qu’ils ont confondu ses deux volets, qu’ils ont du reste analysés séparément (le premier aux par. 81-82 et le second aux par. 83-85). Au sujet du conflit d’application, la mention qu’ils font d’une « impossibilité qu’elles [les lois fédérale et provinciale] s’appliquent simultanément » (*Lafarge*, par. 77) reprenait des observations semblables faites dans *Banque canadienne de l’Ouest* suivant lesquelles l’analyse revient à examiner si « les [deux] législations peuvent agir concurremment » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72) : voir également, au sujet de la notion de possibilité d’« application » concurrente des deux textes législatifs, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 23.

[25] S’il n’y a aucun conflit selon le premier volet de l’analyse, il peut encore en exister un selon le second volet. Dans l’arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, la Cour a formulé ce qui est maintenant considéré comme le second volet de l’analyse. Elle a énoncé la question comme étant celle de savoir « si l’application de la loi provinciale est compatible avec l’objet de la loi fédérale » (p. 155). Autrement dit, l’effet de la loi provinciale peut empêcher la réalisation de l’objet de la loi fédérale, « sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73.

[26] Cela dit, la jurisprudence peut aider à reconnaître les situations typiques où un chevauchement de lois n’entraîne pas de conflit. Par exemple, les dispositions fédérales et provinciales qui se répètent n’entrent généralement pas en conflit : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 80; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72; *Multiple Access*, p. 190; *Hall*, p. 151. Il n’y a pas de conflit non plus lorsqu’une loi provinciale est plus restrictive que la loi fédérale : *Lemare Lake*, par. 25; *Marine Services*, par. 76 et 84; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), par. 67 et 74; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 103; *Rothmans*, par. 18 et suiv.; *Spraytech*, par. 35; *Irwin Toy Ltd. c. Québec*

restrictive provincial law may, however, frustrate the federal purpose if the federal law, instead of being merely permissive, provides for a positive entitlement: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635, at paras. 32-33 and 36; *Lafarge*, at paras. 84-85; *Mangat*, at para. 72; *Hall*, at p. 153. As will become evident from the discussion below, this appeal involves two laws that directly contradict each other, rather than a provincial law which does not fully contradict the federal one, but is only more restrictive than it: see *M & D Farm*; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795.

[27] Be it under the first or the second branch, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. Discharging that burden is not an easy task, and the standard is always high. In keeping with cooperative federalism, the doctrine of paramountcy is applied with restraint. It is presumed that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws. Absent a genuine inconsistency, courts will favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws: *Western Bank*, at paras. 74-75, citing *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (“*Law Society of B.C.*”), at p. 356; see also *Rothmans*, at para. 21; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, at pp. 811 and 820. Conflict must be defined narrowly, so that each level of government may act as freely as possible within its respective sphere of authority: *Husky Oil*, at para. 162, per Iacobucci J. (dissenting, but not on this particular point), referring to *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers’ Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, at pp. 807-8, per Wilson J.

[28] This is not to say, however, that courts must refrain from applying the doctrine where the two laws are genuinely inconsistent. In the assessment of such inconsistency for the purposes of paramountcy, a provincial intention to interfere with the federal jurisdiction is neither necessary nor sufficient. In fact, an intention to intrude may call into question the independent validity of the provincial

(*Procureur général*), [1989] 1 R.C.S. 927, p. 964. L’application d’une loi provinciale plus restrictive peut toutefois entraver la réalisation de l’objet fédéral si la loi fédérale, plutôt que d’être simplement permissive, confère un droit positif : *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 32-33 et 36; *Lafarge*, par. 84-85; *Mangat*, par. 72; *Hall*, p. 153. Comme le fera ressortir l’analyse qui suit, le présent pourvoi concerne deux lois directement contradictoires, plutôt qu’une loi provinciale simplement plus restrictive que la loi fédérale et qui ne la contredit pas véritablement : voir *M & D Farm*; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795.

[27] Que ce soit selon le premier ou le second volet de l’analyse, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui allègue l’existence du conflit. Il n’est pas facile de s’acquitter de ce fardeau, et le seuil requis est toujours élevé. Conformément à la théorie du fédéralisme coopératif, la doctrine de la prépondérance est appliquée avec retenue. On présume que le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales. En l’absence d’une incompatibilité véritable, les tribunaux favorisent une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 74-75, citant *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (« *Law Society of B.C.* »), p. 356; voir également *Rothmans*, par. 21; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, p. 811 et 820. Il faut restreindre la définition du terme « conflit » pour que chaque ordre de gouvernement puisse agir le plus librement possible dans sa propre sphère de compétence : *Husky Oil*, par. 162, le juge Iacobucci (dissident, mais non sur ce point précis), se référant à *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers’ Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, p. 807-808, la juge Wilson.

[28] Cela ne veut pas dire toutefois que les tribunaux doivent s’abstenir d’appliquer la doctrine lorsque les deux lois sont véritablement incompatibles. Dans l’évaluation de cette incompatibilité pour les besoins de la doctrine de la prépondérance, il n’est ni nécessaire ni suffisant que la province ait eu l’intention d’empiéter sur la compétence fédérale. En fait, l’intention d’empiéter peut mettre en

law: *Husky Oil*, at paras. 44-45. The focus of the paramouncy analysis is instead on the effect of the provincial law, rather than its purpose:

... there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy ... in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so. [Emphasis added.]

(*Husky Oil*, at para. 39)

Assessing the effect of the provincial law requires looking at the substance of the law, rather than its form. The province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly: *Husky Oil*, at para. 39.

[29] In sum, if the operation of the provincial law has the effect of making it impossible to comply with the federal law, or if it is technically possible to comply with both laws, but the operation of the provincial law still has the effect of frustrating Parliament's purpose, there is a conflict. Such a conflict results in the provincial law being inoperative, but only to the extent of the conflict with the federal law: *Western Bank*, at para. 69; *Rothmans*, at para. 11; *Mangat*, at para. 74. In practice, this means that the provincial law remains valid, but will be read down so as to not conflict with the federal law, though only for as long as the conflict exists: *Husky Oil*, at para. 81; E. Colvin, "Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347, at p. 348.

[30] I now turn to the application of the doctrine to the facts of this appeal.

B. Application

(1) The Legislative Schemes at Issue

[31] The first step of the analysis is to ensure that the impugned federal and provincial provisions are independently valid. Early in the proceedings, the

doute la validité de la loi provinciale considérée indépendamment de la loi fédérale : *Husky Oil*, par. 44-45. L'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance doit être axée non pas sur l'objet de la loi provinciale, mais sur son effet :

... pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite [. . .] Il suffit que la loi provinciale ait cet effet. [Je souligne.]

(*Husky Oil*, par. 39)

La détermination de l'effet de la loi provinciale nécessite un examen du fond de la loi et non de sa forme. La province ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement : *Husky Oil*, par. 39.

[29] En somme, si l'application de la loi provinciale a pour effet de rendre impossible le respect de la loi fédérale, ou s'il est techniquement possible de respecter les deux lois, mais que l'application de la loi provinciale a quand même pour effet d'entraver la réalisation de l'objectif du Parlement, il y a conflit. Un tel conflit rend inopérante la loi provinciale, mais seulement dans la mesure du conflit avec la loi fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69; *Rothmans*, par. 11; *Mangat*, par. 74. En pratique, cela signifie que la loi provinciale demeure valide, mais recevra une interprétation atténuée de manière à ne pas entrer en conflit avec la loi fédérale, quoique seulement tant que le conflit existera : *Husky Oil*, par. 81; E. Colvin, « Constitutional Law — Paramouncy — Duplication and Express Contradiction — Multiple Access Ltd. v. McCutcheon » (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347, p. 348.

[30] Je passe maintenant à l'application de la doctrine aux faits du présent pourvoi.

B. Application

(1) Les régimes législatifs en cause

[31] La première étape de l'analyse consiste à s'assurer que les dispositions législatives fédérales et provinciales contestées sont valides indépendamment

parties recognized the validity of the relevant provisions of the *BIA* and the *TSA*. Before this Court, they again conceded the validity of both laws. The only question is whether their concurrent operation results in a conflict. This requires analyzing the legislative schemes at issue at the outset so as to reach a proper understanding of the provisions that are allegedly in conflict.

(a) *The Bankruptcy and Insolvency Act*

[32] Parliament enacted the *BIA* pursuant to its jurisdiction over matters of bankruptcy and insolvency under s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*. The *BIA*, notably through the specific provisions discussed below, furthers two purposes: the equitable distribution of the bankrupt's assets among his or her creditors and the bankrupt's financial rehabilitation (*Husky Oil*, at para. 7).

[33] The first purpose of bankruptcy, the equitable distribution of assets, is achieved through a single proceeding model. Under this model, creditors of the bankrupt wishing to enforce a claim provable in bankruptcy must participate in one collective proceeding. This ensures that the assets of the bankrupt are distributed fairly amongst the creditors. As a general rule, all creditors rank equally and share rateably in the bankrupt's assets: s. 141 of the *BIA*; *Husky Oil*, at para. 9. In *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 22, the majority of the Court, per Deschamps J., explained the underlying rationale for this model:

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing, rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise.

Avoiding inefficiencies and chaos, and favouring an orderly collective process, maximizes global

l'une de l'autre. Dès le début des procédures, les parties ont reconnu la validité des dispositions pertinentes de la *LFI* et de la *TSA*. Elles ont de nouveau admis la validité de ces deux lois devant la Cour. La seule question en litige est de savoir si leur application concurrente crée un conflit. Pour bien comprendre les dispositions qui entreraient en conflit, il faut tout d'abord analyser les régimes législatifs en cause.

a) *La Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

[32] Le Parlement a adopté la *LFI* en vertu de la compétence en matière de faillite et d'insolvabilité que lui confère le par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *LFI*, notamment par le jeu des dispositions analysées ci-après, vise deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli (*Husky Oil*, par. 7).

[33] Le modèle de la procédure unique permet de réaliser le premier objectif de la faillite, soit le partage équitable des biens du failli. Selon ce modèle, les créanciers du failli qui souhaitent faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite doivent participer à une seule procédure collective, ce qui permet de garantir le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers. En règle générale, tous les créanciers sont sur un pied d'égalité, les biens du failli étant partagés au prorata entre eux : art. 141 de la *LFI*; *Husky Oil*, par. 9. Dans *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 22, la juge Deschamps, au nom des juges majoritaires de la Cour, explique la raison d'être de ce modèle :

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l'inefficacité et au chaos qui résulteraient de l'insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d'un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction.

Faire échec à l'inefficacité et au chaos, et favoriser un processus collectif ordonné, permet de maximiser le

recovery for all creditors: *Husky Oil*, at para. 7; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 3.

[34] For this model to be viable, creditors must not be allowed to enforce their provable claims individually, that is, outside the collective proceeding. Section 69.3 of the *BIA* thus provides for an automatic stay of proceedings, which is effective as of the first day of bankruptcy:

69.3 (1) Subject to subsections (1.1) and (2) and sections 69.4 and 69.5, on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor's property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy.

(See *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005, at pp. 1015-16.)

[35] Yet there are exceptions to the principle of equitable distribution. Section 136 of the *BIA* provides that some creditors will be paid in priority. These creditors are referred to as “preferred creditors”. There are also creditors that are paid only after all ordinary creditors have been satisfied: ss. 137(1), 139 and 140.1 of the *BIA*. Furthermore, the automatic stay of proceedings does not prevent secured creditors from realizing their security interest: s. 69.3(2) of the *BIA*; *Husky Oil*, at para. 9. A court may also grant leave permitting a creditor to begin separate proceedings and enforce a claim: s. 69.4 of the *BIA*. These exceptions reflect the policy choices made by Parliament in furthering this purpose of bankruptcy.

[36] The second purpose of the *BIA*, the financial rehabilitation of the debtor, is achieved through the discharge of the debtor's outstanding debts at the end of the bankruptcy: *Husky Oil*, at para. 7. Section 178(2) of the *BIA* provides:

(2) Subject to subsection (1), an order of discharge releases the bankrupt from all claims provable in bankruptcy.

recouvrement global pour tous les créanciers : *Husky Oil*, par. 7; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 3.

[34] Pour assurer la viabilité de ce modèle, les créanciers ne doivent pas être autorisés à faire valoir leurs réclamations prouvables individuellement, c'est-à-dire hors du cadre de la procédure collective. L'article 69.3 de la *LFI* prévoit donc la suspension automatique des procédures engagées contre le failli, laquelle prend effet le premier jour de la faillite :

69.3 (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) et (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite du débiteur, ses créanciers n'ont aucun recours contre lui ou contre ses biens et ils ne peuvent intenter ou continuer aucune action, mesure d'exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite.

(Voir *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, p. 1015-1016.)

[35] Il existe toutefois des exceptions au principe du partage équitable. Suivant l'art. 136 de la *LFI*, certains créanciers, les « créanciers privilégiés », sont payés en priorité. Il y a aussi des créanciers qui ne sont payés qu'après désintéressement de tous les créanciers ordinaires : par. 137(1), art. 139 et 140.1 de la *LFI*. De plus, la suspension automatique des procédures n'empêche pas les créanciers garantis de réaliser leur garantie : par. 69.3(2) de la *LFI*; *Husky Oil*, par. 9. Un tribunal peut également autoriser un créancier à introduire une procédure distincte et à contraindre le failli à payer une réclamation : art. 69.4 de la *LFI*. Ces exceptions reflètent les choix de politique générale effectués par le législateur pour permettre la réalisation de cet objectif de la faillite.

[36] Le fait que le débiteur soit libéré de ses dettes à la fin de la faillite permet de réaliser le deuxième objectif de la *LFI*, la réhabilitation financière du débiteur : *Husky Oil*, par. 7. Le paragraphe 178(2) de la *LFI* est rédigé en ces termes :

(2) Une ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite.

From the perspective of the creditors, the discharge means they are unable to enforce their provable claims: *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605, at para. 21. This, in effect, gives the insolvent person a “fresh start”, in that he or she is “freed from the burdens of pre-existing indebtedness”: Wood, at p. 273; see also *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109, at p. 120. This fresh start is not only designed for the well-being of the bankrupt debtor and his or her family; rehabilitation helps the discharged bankrupt to reintegrate into economic life so he or she can become a productive member of society: Wood, at pp. 274-75; L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), at p. 6-283. In many cases of consumer bankruptcy, the debtor has very few or no assets to distribute to his or her creditors. In those cases, rehabilitation becomes the primary objective of bankruptcy: Wood, at p. 37.

[37] Although it is an important purpose of the *BIA*, financial rehabilitation also has its limits. Section 178(1) of the *BIA* lists debts that are not released by discharge and that survive bankruptcy. Furthermore, s. 172 provides that an order of discharge may be denied, suspended, or granted subject to conditions. These provisions demonstrate Parliament’s attempt to balance financial rehabilitation with other policy objectives, such as confidence in the credit system, that require certain debts to survive bankruptcy: Wood, at pp. 273 and 289.

[38] Discharge is the main rehabilitative tool contained in the *BIA*, but it is not the only one. As Professor Wood, at p. 273, observes:

The bankruptcy discharge is one of the primary mechanisms through which bankruptcy law attempts to provide for the economic rehabilitation of the debtor. However, it is not the only means by which bankruptcy law seeks to meet this objective. The exclusion of exempt property from distribution to creditors, the surplus income provisions, and

Du point de vue des créanciers, l’ordonnance de libération a pour effet de les empêcher de contraindre le failli à payer leurs réclamations prouvables : *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605, par. 21. Cela permet en effet à la personne insolvable de [TRADUCTION] « repartir à neuf » car elle est « libérée du fardeau de ses dettes antérieures » : Wood, p. 273; voir aussi *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109, p. 120. Ce nouveau départ ne vise pas seulement à assurer le bien-être du débiteur failli et celui de sa famille; la réhabilitation aide le failli libéré à réintégrer sa place dans la vie économique et à devenir un membre productif de la société : Wood, p. 274-275; L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), p. 6-283. Dans de nombreux cas de faillite de consommateur, le débiteur a très peu de biens, voire aucun, à distribuer à ses créanciers. La réhabilitation devient alors l’objectif primordial de la faillite : Wood, p. 37.

[37] Bien qu’elle constitue un objectif important de la *LFI*, la réhabilitation financière a également ses limites. Le paragraphe 178(1) de la *LFI* énumère les dettes dont le failli n’est pas libéré par l’ordonnance de libération et qui subsistent après la faillite. De plus, l’art. 172 prévoit qu’une ordonnance de libération peut être refusée, suspendue ou accordée sous réserve de certaines conditions. Ces dispositions montrent que le législateur a essayé de concilier l’objectif de réhabilitation financière avec d’autres objectifs de politique générale, comme la confiance dans le système de crédit, qui exigent que certaines dettes subsistent après la faillite : Wood, p. 273 et 289.

[38] La libération constitue le principal outil de réhabilitation qu’établit la *LFI*, mais ce n’est pas le seul. Comme le fait remarquer le professeur Wood à la p. 273 :

[TRADUCTION] La libération est l’un des principaux mécanismes mis en place par le droit de la faillite pour favoriser la réhabilitation financière du débiteur. Cependant, ce n’est pas le seul moyen utilisé pour atteindre cet objectif. L’exclusion de certains biens du patrimoine attribué aux créanciers, les dispositions relatives au revenu

mandatory credit counselling also are directed towards this goal.

[39] Another means of rehabilitation is the automatic stay of proceedings contained in s. 69.3 of the *BIA*. The stay not only ensures that creditors are redirected into the collective proceeding described above, it also ensures that creditors are precluded from seizing property that is exempt from distribution to creditors. This is an important part of the bankrupt's financial rehabilitation:

The rehabilitation of the bankrupt is not the result only of his discharge. It begins when he is put into bankruptcy with measures designed to give him the minimum needed for subsistence.

(*Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417, at p. 430)

[40] In many aspects, the *BIA* is a complete code governing bankruptcy. It sets out which claims are treated as provable claims and which assets are distributed to creditors, and how. It then sets out which claims are released on discharge and which claims survive bankruptcy. That said, the fact remains that the operation of the *BIA* depends upon the survival of various provincial rights: *Husky Oil*, at para. 85; *Hall*, at p. 155. In this regard, s. 72(1) of the *BIA* provides:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

On the one hand, given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued existence of provincial substantive rights, and thus the continued operation of provincial laws: Wood, at pp. 7-8; *Husky Oil*, at para. 30. The ownership of certain assets and the existence

excédentaire et les services de consultation obligatoire en matière de crédit visent également cet objectif.

[39] La suspension automatique des procédures prévue à l'art. 69.3 de la *LFI* constitue un autre moyen de réhabilitation. Non seulement elle fait en sorte que les créanciers soient réorientés vers la procédure collective décrite précédemment, mais elle les empêche aussi de saisir certains biens exclus du patrimoine attribué aux créanciers. Il s'agit là d'un aspect important de la réhabilitation financière du failli :

La réhabilitation du failli ne résulte pas seulement de sa libération. Elle commence dès la mise en faillite par des mesures destinées à ménager au failli un minimum vital.

(*Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417, p. 430)

[40] La *LFI* constitue à maints égards un code complet en matière de faillite. Elle précise les réclamations qui sont considérées comme des réclamations prouvables et les biens qui sont distribués aux créanciers, et la façon dont ils le sont. Elle énonce ensuite les réclamations dont le failli est libéré par une ordonnance de libération et les réclamations qui subsistent après la faillite. Ceci dit, il reste que l'application de la *LFI* dépend de la subsistance de divers droits provinciaux : *Husky Oil*, par. 85; *Hall*, p. 155. À cet égard, le par. 72(1) de la *LFI* prévoit ce qui suit :

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

D'une part, vu la nature procédurale de la *LFI*, le régime applicable en matière de faillite repose largement sur le maintien de l'existence de droits substantiels provinciaux, et partant, sur le maintien en vigueur de lois provinciales : Wood, p. 7-8; *Husky Oil*, par. 30. La propriété de certains biens

of particular liabilities depend upon provincial law: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 25-8. On the other hand, the *BIA* cannot operate without affecting property and civil rights. Section 72(1) confirms this by stating that, where there is a genuine inconsistency between provincial laws regarding property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails: see *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123, at para. 47.

[41] In the context of this appeal, we are specifically concerned with an alleged conflict between, on the one hand, one provision of the *BIA*, namely s. 178, the purpose of which is to ensure the financial rehabilitation of the debtor, and, on the other hand, one provision (s. 102) of the provincial scheme, to which I will now turn.

(b) *The Alberta Traffic Safety Act*

[42] The *TSA* is the provincial scheme with which the *BIA* is alleged to conflict. Pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have the power to legislate with regard to property and civil rights. The Court has long recognized that this power includes traffic regulation and the authority to set conditions for driver's licences and vehicle permits: *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5, at pp. 13-14; *O'Grady*, at p. 810; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, at pp. 402 and 415; see also *Thomson v. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237, at para. 25. The *TSA* is a comprehensive legislative scheme for traffic regulation, "covering virtually all aspects of the regulation of highways and motor vehicles in Alberta", with the aim of ensuring road safety: *Thomson*, at para. 5; Alberta Legislative Assembly, *Alberta Hansard*, 3rd Sess., 24th Leg., April 12, 1999, at p. 927.

[43] Under s. 54(1) of the *TSA*, no one is allowed to drive or have a motor vehicle on a public road

et l'existence de dettes particulières relèvent du droit provincial : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 25-8. D'autre part, la *LFI* ne peut toutefois s'appliquer sans avoir d'incidence sur la propriété et les droits civils. Le paragraphe 72(1) le confirme en précisant qu'en cas d'incompatibilité véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale en matière de faillite, la *LFI* prévaut : voir *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123, par. 47.

[41] Dans le cadre du présent pourvoi, nous nous intéressons particulièrement à un conflit allégué entre, d'une part, une disposition de la *LFI*, à savoir l'art. 178, dont l'objet est d'assurer la réhabilitation financière du débiteur, et d'autre part, une disposition (l'art. 102) du régime provincial, que j'examine maintenant.

b) *La Traffic Safety Act de l'Alberta*

[42] La *TSA* constitue le régime provincial avec lequel la *LFI* entrerait en conflit. Selon le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les assemblées législatives provinciales ont le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils. La Cour reconnaît depuis longtemps que ce pouvoir comprend notamment celui de réglementer la circulation et de fixer les conditions applicables aux permis de conduire et aux certificats d'immatriculation : *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, p. 13-14; *O'Grady*, p. 810; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, p. 402 et 415; voir aussi *Thomson c. Alberta (Transportation and Safety Board)*, 2003 ABCA 256, 232 D.L.R. (4th) 237, par. 25. La *TSA* est un régime législatif complet en matière de réglementation de la circulation, [TRADUCTION] « qui s'applique à presque tous les aspects de la réglementation de la circulation routière et des véhicules automobiles en Alberta », et dont le but consiste à assurer la sécurité routière : *Thomson*, par. 5; Assemblée législative de l'Alberta, *Alberta Hansard*, 3^e sess., 24^e lég., 12 avril 1999, p. 927.

[43] Suivant le par. 54(1) de la *TSA*, nul ne peut conduire ou avoir en sa possession un véhicule

unless the vehicle is insured. Under s. 54(4), a person who contravenes s. 54(1) is liable to a fine or imprisonment. The Registrar of Motor Vehicle Services may also disqualify a person from driving and cancel his or her vehicle registration until that person shows proof of insurance: s. 54(5) and (7).

[44] In the event that an uninsured driver causes an accident, Alberta has implemented a compensation program governed by the *MVACA*. A victim injured in the accident may sue the uninsured driver for damages. If the victim is successful but the uninsured driver does not pay, the victim may then apply to the Administrator under the *MVACA* for compensation in the amount of the unsatisfied judgment: s. 5(1). If authorized, the payment is drawn from the General Revenue Fund of the province: s. 5(2). The judgment is then assigned to the Administrator, who can take steps to enforce it against the judgment debtor. The Administrator is thus deemed to be the judgment creditor: s. 5(7).

[45] Section 102 of the *TSA*, the provision at issue in this appeal, complements the *MVACA* program. It allows the Registrar to suspend the debtor's driver's licence and vehicle permits until the judgment debt is paid, up to a maximum amount of \$200,000:

102(1) If

- (a) a judgment for damages arising out of a motor vehicle accident is rendered against a person by a court in Alberta or in any other province or territory in Canada, and
- (b) that person fails, within 15 days from the day on which the judgment becomes final, to satisfy the judgment,

the Registrar, subject to sections 103 and 104 and the regulations, may do one or both of the following:

automobile sur une voie publique, à moins que ce véhicule ne soit assuré. Le paragraphe 54(4) prévoit que quiconque contrevient au par. 54(1) est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. Le registraire des véhicules automobiles peut également interdire à une personne de conduire et annuler l'immatriculation de son véhicule jusqu'à ce qu'elle fournisse une preuve d'assurance : par. 54(5) et (7).

[44] Dans le cas où un conducteur non assuré cause un accident, l'Alberta a mis en place un programme d'indemnisation régi par la *MVACA*. Une personne blessée lors de l'accident peut poursuivre le conducteur non assuré en dommages-intérêts. Si elle a gain de cause mais le conducteur non assuré ne paie pas, la victime peut ensuite demander à l'administrateur en vertu de la *MVACA* une indemnité correspondant au montant du jugement impayé : par. 5(1). S'il est autorisé, le paiement est prélevé sur le Trésor de la province : par. 5(2). L'administrateur est alors subrogé dans les droits de la victime et peut prendre des mesures pour exécuter le jugement contre le débiteur judiciaire. L'administrateur est ainsi réputé être le créancier judiciaire : par. 5(7).

[45] L'article 102 de la *TSA*, la disposition en cause dans le présent pourvoi, complète le programme régi par la *MVACA*. Il permet au registraire de suspendre le permis de conduire et les certificats d'immatriculation du débiteur jusqu'à ce que la dette constatée par jugement soit payée — jusqu'à concurrence de 200 000 \$:

[TRADUCTION]

102(1) Si

- (a) un jugement condamnant à des dommages-intérêts découlant d'un accident d'automobile est rendu contre une personne par un tribunal de l'Alberta ou d'une autre province ou d'un territoire du Canada, et
- (b) cette personne ne satisfait pas au jugement dans les 15 jours qui suivent la date à laquelle il devient définitif,

Le registraire peut, sous réserve des articles 103 et 104 et des règlements, prendre les mesures suivantes ou l'une d'elles :

- (c) disqualify the person from driving a motor vehicle in Alberta;
- (d) suspend the registration of any motor vehicle registered in that person's name.

(2) When, under subsection (1), a person is disqualified from driving a motor vehicle in Alberta or the certificate of registration of that person's motor vehicle is suspended,

- (a) the disqualification or the suspension, as the case may be, remains in effect and shall not be removed, and
- (b) no motor vehicle shall be registered in that person's name,

until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy, to the extent of

- (f) at least \$200 000, exclusive of interest and costs, if the judgment arises out of a motor vehicle accident occurring on or after January 1, 1986.

[46] Section 103 is also a relevant part of this scheme. It allows the judgment debtor to apply for the “privilege” of paying the outstanding judgment debt in instalments. The debtor may recover his or her driving privileges as long as the payments are being made:

103(1) A judgment debtor to whom this Part applies may on notice to the judgment creditor apply to the court in which the trial judgment was obtained for the privilege of paying the judgment in instalments, and the court may, in its discretion, so order, fixing the amounts and times of payment of the instalments.

(2) If the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims Act* has made a payment with respect to a judgment pursuant to the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, the judgment debtor

- (a) may apply to the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims*

- (c) interdire à une personne de conduire un véhicule automobile en Alberta;
- (d) suspendre l'immatriculation de tout véhicule automobile immatriculé au nom de cette personne.

(2) Lorsqu'une personne se voit interdire de conduire un véhicule automobile en Alberta, ou que le certificat d'immatriculation de son véhicule automobile est suspendu, en application du paragraphe (1),

- (a) l'interdiction ou la suspension, selon le cas, demeure en vigueur et ne peut être levée, et
- (b) aucun véhicule automobile ne peut être enregistré à son nom

tant qu'elle n'a pas satisfait au jugement et qu'elle ne s'est pas libérée de l'obligation, autrement que par une libération de faillite, jusqu'à concurrence

- (f) d'au moins 200 000 \$, à l'exclusion des intérêts et des dépens, si le jugement concerne un accident d'automobile survenu le 1^{er} janvier 1986 ou après cette date.

[46] L'article 103 constitue un autre élément pertinent de ce régime. Il permet au débiteur judiciaire de demander qu'on lui [TRADUCTION] « permette » de payer sa dette par versements échelonnés. Le débiteur peut recouvrer ses droits de conducteur et les conserve aussi longtemps que ses paiements sont faits :

[TRADUCTION]

103(1) Un débiteur judiciaire visé par la présente partie peut, après avis donné au créancier judiciaire, demander au tribunal qui a rendu le jugement en première instance de lui permettre de payer sa dette par versements échelonnés, et le tribunal peut, à sa discrétion, rendre une ordonnance à cet effet en fixant les montants et délais de ces versements.

(2) Si le ministre chargé de l'application de la *Motor Vehicle Accident Claims Act* a effectué un paiement à l'égard d'un jugement fondé sur cette loi, le débiteur judiciaire peut :

- (a) soit demander au ministre de lui permettre de payer sa dette par versements échelonnés, auquel

Act for the privilege of paying the judgment in instalments, in which case that Minister may cause an agreement to be entered into with the debtor for payment by instalments, or

- (b) may apply to the court pursuant to subsection (1) for the privilege of paying the judgment to the Minister responsible for the administration of the *Motor Vehicle Accident Claims Act* in instalments, in which case the debtor must give notice of the application to the Administrator of the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, who may appear personally or by counsel and be heard on the application.

(3) Except in a case to which subsection (2) applies, a judgment debtor and the judgment creditor may enter into an agreement for the payment of the judgment in instalments.

(4) While the judgment debtor is not in default in payment of the instalments, the judgment debtor is deemed not to be in default for the purposes of this Part in payment of the judgment, and the Minister in the Minister's absolute discretion may restore the operator's licence and the certificate of registration of the judgment debtor.

(5) Notwithstanding subsection (4), if the Minister is satisfied that the judgment debtor has defaulted with respect to complying with the terms of the court order or of the agreement, the judgment debtor's operator's licence and registration shall again be suspended and remain suspended as provided in section 102.

It is worth mentioning that, in theory, ss. 102 and 103 of the *TSA* do not operate solely in favour of the province. They could also operate in favour of a third party. For instance, the Registrar could suspend the driver's privileges solely for the benefit of a victim of an accident who holds an unsatisfied judgment.

[47] The purpose and effect of s. 102 are obvious when it is read in its context: it is meant to deprive the judgment debtor of driving privileges until the judgment arising from a motor vehicle accident is paid in full, or periodic payments in satisfaction of the judgment are being made under s. 103. It is, in substance, a debt collection mechanism. Since the parties conceded that the judgment debt in this appeal is a claim provable in bankruptcy, I would add that the purpose and effect of s. 102, in the context

cas celui-ci peut décider qu'un accord en ce sens sera conclu avec le débiteur;

- (b) soit demander au tribunal, conformément au paragraphe (1), de lui permettre de payer sa dette au ministre par versements échelonnés, auquel cas le débiteur donne avis de sa demande à l'administrateur de la *Motor Vehicle Accident Claims Act*, lequel peut comparaître en personne ou par l'entremise d'un avocat et être entendu relativement à la demande.

(3) Sauf dans le cas visé au paragraphe (2), un débiteur judiciaire peut conclure avec le créancier judiciaire un accord lui permettant de payer sa dette par versements échelonnés.

(4) Tant qu'il effectue ces versements en temps voulu, le débiteur judiciaire est réputé ne pas être en défaut de paiement pour l'application de la présente partie et le ministre peut, à sa discrétion, rétablir son permis de conduire et son certificat d'immatriculation.

(5) Malgré le paragraphe (4), si le ministre est convaincu que le débiteur judiciaire n'a pas respecté les conditions de l'ordonnance judiciaire ou de l'accord, le permis de conduire et le certificat d'immatriculation du débiteur judiciaire sont de nouveau suspendus et le demeurent aux conditions prévues par l'article 102.

Il convient de signaler qu'en théorie, les art. 102 et 103 de la *TSA* ne jouent pas uniquement en faveur de la province. Ils pourraient jouer également en faveur d'un tiers. À titre d'exemple, le registraire pourrait suspendre les droits d'un conducteur non assuré qui a causé un accident pour le seul bénéfice de la victime de cet accident qui détient un jugement impayé.

[47] L'objet et l'effet de l'art. 102 sont évidents lorsqu'on l'interprète dans son contexte : cette disposition vise à priver le débiteur judiciaire de ses droits de conducteur jusqu'à ce que le montant accordé par le jugement relatif à l'accident d'automobile soit payé en entier, ou que les versements périodiques en satisfaction du jugement soient effectués comme le prévoit l'art. 103. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme de recouvrement de créances. Comme les parties ont reconnu que la créance judiciaire en l'espèce

of this appeal, are to suspend a debtor's driving privileges until payment of a provable claim.

[48] Alberta disputes this. It submits that s. 102 is not, in substance, a debt enforcement scheme. It contends that the provision merely imposes an additional monetary condition to obtain the privilege of driving. In the appellant's view, this condition mirrors the amount of the judgment debt because it reflects the actual regulatory cost of the driver's failure to comply with the insurance requirement. Alberta maintains that the "payment obligation is inherently regulatory in nature" and that repayment of the judgment debt "is merely incidental to the satisfaction of the regulatory requirement" (A.F., at para. 31). It insists that the purpose of the provision is to discourage people from driving without insurance.

[49] I disagree. While it is plausible that s. 102 might discourage drivers from driving uninsured, this is neither its main purpose nor its main effect. For one, the deterrent effect of s. 102, if any, is not tied to the failure to maintain proper insurance. The deterrent effect materializes only if the uninsured driver causes an accident. The accident must also cause injury to a third party. In addition, the victim must seek damages and obtain a judgment. Yet this is still not sufficient. The uninsured driver must also be incapable of satisfying the judgment in question or refuse to do so. Clearly, it is the failure to pay the judgment debt that triggers s. 102, not the failure to be insured. Furthermore, failure to comply with the insurance requirement is already subject to a penalty under s. 54 of the *TSA*. In sharp contrast to s. 102, s. 54 imposes a monetary penalty (and, in case of default, imprisonment) for the mere failure to comply with the insurance requirement, without more.

[50] The distinction Alberta attempts to make between a judgment debt and a regulatory charge is

constitue une réclamation prouvable en matière de faillite, j'ajouterais que l'art. 102, dans le contexte du présent pourvoi, a pour objet et pour effet de suspendre les droits de conducteur du débiteur jusqu'au paiement d'une réclamation prouvable.

[48] L'Alberta conteste cette thèse. Elle soutient que l'art. 102 ne constitue pas, en substance, un régime de recouvrement de créances. À son avis, cette disposition impose simplement une condition monétaire additionnelle à l'obtention du droit de conduire. Selon l'appelante, cette condition correspond au montant de la créance judiciaire parce qu'elle reflète la charge réglementaire effective du non-respect par le conducteur de l'exigence en matière d'assurance. L'Alberta fait valoir que [TRADUCTION] « l'obligation de paiement est de nature intrinsèquement réglementaire » et que le remboursement de la créance judiciaire « ne représente qu'un aspect accessoire du respect de l'exigence réglementaire » (m.a., par. 31). Elle insiste sur le fait que la disposition vise à dissuader les gens de conduire sans assurance.

[49] Je ne suis pas d'accord. Bien qu'il soit plausible que l'art. 102 puisse dissuader les gens de conduire lorsqu'ils ne sont pas assurés, il s'agit là ni de son principal objectif ni de son principal effet. Tout d'abord, l'effet dissuasif de l'art. 102, s'il en est, n'est pas rattaché au fait de ne pas posséder une assurance appropriée. Cet effet ne se concrétise que si le conducteur non assuré cause un accident. L'accident doit également causer un préjudice corporel à autrui. En outre, la victime doit réclamer des dommages-intérêts et obtenir un jugement. Et encore, cela n'est pas toujours suffisant. Le conducteur non assuré doit également être incapable de satisfaire au jugement en question ou refuser de le faire. De toute évidence, c'est le fait de ne pas payer la créance judiciaire, et non le fait de ne pas être assuré, qui entraîne l'application de l'art. 102. De plus, l'art. 54 de la *TSA* prévoit déjà une sanction en cas de non-respect de l'exigence en matière d'assurance. Contrastant vivement avec l'art. 102, l'art. 54 impose une amende (et, en cas de défaut, une peine d'emprisonnement) pour le simple non-respect de l'exigence en matière d'assurance, sans plus.

[50] Par ailleurs, la distinction que tente de faire l'Alberta entre une créance judiciaire et une charge

also irrelevant for two reasons. First, s. 102 is clearly aimed at the repayment of a judgment debt. Second, even if it were aimed at recovering the resulting regulatory charge, such a charge would nonetheless be a claim provable in bankruptcy, and as such, it would remain a debt subject to the bankruptcy process.

[51] On the first point, the language of the provision is clear: its objective is the satisfaction of the judgment debt. Section 102 is triggered when the judgment debtor “fails . . . to satisfy the judgment”: s. 102(1). It provides that driving privileges will be suspended “until the judgment is satisfied or discharged”: s. 102(2). Section 103 is also informative; the suspension of driving privileges stops as soon as payments are being made. The suspension resumes, however, when the debtor defaults.

[52] The letters received by the respondent are telling in this regard. On October 27, 2011, the Director, Driver Fitness and Monitoring, wrote this:

This letter will serve as notification that due to your unsatisfied motor vehicle accident claim, your operator’s licence and vehicle registration privileges will be suspended indefinitely

. . . the suspension will remain in effect until the following condition(s) are met:

- satisfy any outstanding Motor Vehicle Accident Claims Fund claim. [Emphasis added; A.R., at p. 48.]

On November 15, 2011, Motor Vehicle Accident Recoveries added this:

. . . I advise that your client, Joseph William Moloney, remains indebted for the judgment debt obtained against him. Section 102(2) of the Traffic Safety Act (copy attached) states that he remains indebted “until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy”.

réglementaire n’est pas pertinente pour deux raisons. Premièrement, l’art. 102 vise clairement le remboursement d’une créance judiciaire. Deuxièmement, même s’il visait le recouvrement de la charge réglementaire qui en résulte, une telle charge constituerait néanmoins une réclamation prouvable en matière de faillite et demeurerait, à ce titre, une dette assujettie au processus de faillite.

[51] En ce qui concerne le premier point, le libellé de la disposition est clair : elle vise le paiement de la créance judiciaire. L’article 102 entre en jeu lorsque le débiteur judiciaire [TRADUCTION] « ne satisfait pas au jugement » : par. 102(1). Il prévoit la suspension de ses droits de conducteur « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation » : par. 102(2). L’article 103 est également instructif; la suspension des droits de conducteur cesse dès que des paiements sont effectués. Elle reprend, toutefois, lorsque le débiteur manque à ses obligations.

[52] Les lettres qu’a reçues l’intimé sont révélatrices à cet égard. Le 27 octobre 2011, le directeur du service de la surveillance et de l’aptitude des conducteurs lui a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Étant donné le non-paiement de votre dette relative à un accident d’automobile, nous vous informons que votre permis de conduire et l’immatriculation de votre véhicule seront suspendus indéfiniment

. . . la suspension restera en vigueur jusqu’à ce que la condition suivante soit respectée :

- acquitter toute réclamation impayée du fonds d’indemnisation des victimes d’accident d’automobile. [Je souligne; d.a., p. 48.]

Le 15 novembre 2011, le service de recouvrement des créances afférentes aux accidents d’automobile a ajouté :

[TRADUCTION] . . . je vous informe que votre client, Joseph William Moloney, reste débiteur de la créance découlant du jugement obtenu contre lui. Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act* (voir la copie jointe) prévoit qu’il demeure débiteur « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation, autrement que par une libération de faillite ».

Accordingly, we would request that your client contact our office to make payment arrangements suitable to his circumstances. Failure to do so will result in the continued suspension of his driving privileges. [Emphasis added; A.R., at p. 49.]

These letters make no mention of the respondent's failure to comply with the insurance requirement, or of the accident for which he is responsible.

[53] In addition, as I mentioned, s. 102 could be used in favour of a third party victim who obtains a judgment but chooses not to seek compensation from the Administrator under the *MVACA*. In such a case, there is no "regulatory cost", since no public funds are being spent. The only effect of s. 102 is to deprive the debtor of driving privileges until he or she pays the judgment creditor.

[54] With respect to the second point, even if we were to accept the distinction advocated by Alberta between the judgment debt and the resulting regulatory charge, it has no practical implication. A regulatory charge remains a debt owed to the province, which s. 102 is meant to collect. Not only is it a debt, but it is, like the underlying judgment debt, a provable claim.

[55] According to s. 121(1) of the *BIA*, a provable claim must meet three criteria: (1) there must be a debt, liability or obligation owed to a creditor, (2) which was incurred before the debtor became bankrupt, and (3) it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation (*Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443, at para. 26). Even if the judgment debt were characterized as a regulatory charge, it would meet these criteria. The regulatory charge would arise from a payment made to the victim of an accident caused by the respondent. The respondent's liability to the province arose prior to his assignment in bankruptcy, and it is clearly monetary in nature. As a result, the province's claim for the regulatory charge would be provable in bankruptcy and must be treated as part of the bankruptcy process: *AbitibiBowater*, at para. 40; *Vachon*, at p. 426;

En conséquence, nous demandons que votre client communique avec nous pour conclure des arrangements de paiement appropriés à sa situation, à défaut de quoi la suspension de ses droits de conducteur sera maintenue. [Je souligne; d.a., p. 49.]

Ces lettres ne font aucune mention du non-respect par l'intimé de l'exigence en matière d'assurance ou de l'accident dont il est responsable.

[53] En outre, comme je l'ai indiqué, l'art. 102 pourrait s'appliquer dans le cas où une tierce personne victime obtient un jugement mais décide de ne pas demander à l'administrateur de la *MVACA* de l'indemniser. Dans un tel cas, il n'y a aucune « charge réglementaire » parce qu'il n'y a aucune dépense de fonds publics. L'article 102 a pour seul effet de priver le débiteur de ses droits de conducteur jusqu'à ce qu'il paie le créancier judiciaire.

[54] Pour ce qui est du deuxième point, même si on l'accepte, la distinction que préconise l'Alberta entre la créance judiciaire et la charge réglementaire qui en résulte n'a pas de conséquences pratiques. Une charge réglementaire demeure une dette envers la province, dette que l'art. 102 vise à recouvrer. Il s'agit non seulement d'une dette, mais aussi, comme la créance judiciaire sous-jacente, d'une réclamation prouvable.

[55] Suivant le par. 121(1) de la *LFI*, une réclamation prouvable doit satisfaire à trois conditions : (1) il faut une dette, un engagement ou une obligation envers un créancier; (2) la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli; (3) il doit être possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation (*Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443, par. 26). Même si on la qualifiait de charge réglementaire, la créance judiciaire satisferait à ces trois conditions. La charge réglementaire résulterait d'un paiement fait à la victime d'un accident causé par l'intimé. La dette de l'intimé envers la province a pris naissance avant la cession de biens et elle est clairement de nature pécuniaire. La réclamation de la province relative à la charge réglementaire constituerait donc une réclamation

Ontario (Minister of Finance) v. Clarke, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33, at para. 52.

[56] Therefore, whether one considers the province's claim as a judgment debt or as the resulting regulatory charge, it is still provable in bankruptcy. It follows that the effect of s. 102 is to allow a judgment creditor to deprive the debtor of his or her driving privileges until the debt is paid. In the end, the provision thus compels the payment of a provable claim. Driving is unlike other activities. For many, it is necessary to function meaningfully in society. As such, driving often cannot be seen as a genuine "choice": *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 55. The effect of the provincial scheme undoubtedly amounts to coercion in that regard.

[57] Before leaving this provincial scheme to consider whether the enforcement mechanism conflicts with the *BIA*, I briefly discuss an argument raised solely by the intervenor Superintendent of Bankruptcy on the validity of one component of s. 102(2) of the *TSA*. The impugned provision states that the suspension of driving privileges continues "until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy". While the parties have conceded the validity of the provision, the Superintendent of Bankruptcy, who is also the appellant in the companion appeal, *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2015 SCC 52, [2015] 3 S.C.R. 397, argued before us that the words "otherwise than by a discharge in bankruptcy" are *ultra vires* the province and, as a result, severable. In his view, this "phrase is invalid since the Province attempts to explicitly render a discharge in bankruptcy ineffective as against a provincial debt that Parliament has not exempted from the effects of bankruptcy" (factum, at para. 11).

prouvable en matière de faillite et elle devrait être traitée dans le cadre du processus de faillite : *AbitibiBowater*, par. 40; *Vachon*, p. 426; *Ontario (Minister of Finance) c. Clarke*, 2013 ONSC 1920, 115 O.R. (3d) 33, par. 52.

[56] En conséquence, que l'on considère la réclamation de la province comme une créance judiciaire ou comme la charge réglementaire qui en résulte, il s'agit néanmoins d'une réclamation prouvable en matière de faillite. L'article 102 a donc pour effet de permettre au créancier judiciaire de priver le débiteur de ses droits de conducteur jusqu'au paiement de la dette. En fin de compte, la disposition exige ainsi que la réclamation prouvable soit payée. La conduite d'un véhicule se distingue d'autres activités. Pour bon nombre de personnes, elle est nécessaire pour fonctionner normalement dans la société. Souvent, le choix de conduire ou non ne peut donc être considéré comme un « choix » véritable : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 55. L'effet du régime provincial équivaut sans aucun doute à de la coercition à cet égard.

[57] Avant de clore l'examen de ce régime provincial et d'aborder la question de savoir si ce mécanisme de recouvrement de créance entre en conflit avec la *LFI*, je tiens à examiner brièvement un argument que seul le surintendant des faillites a soulevé dans son intervention, au sujet de la validité d'un aspect du par. 102(2) de la *TSA*. La disposition contestée prévoit que les droits de conducteur du débiteur sont suspendus « tant qu'[il] n'a pas satisfait au jugement et qu'[il] ne s'est pas libéré de l'obligation, autrement que par une libération de faillite ». Bien que les parties aient admis la validité de la disposition, le surintendant des faillites, qui est aussi l'appelant au pourvoi connexe *407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2015 CSC 52, [2015] 3 R.C.S. 397, a plaidé devant nous que les mots [TRADUCTION] « autrement que par une libération de faillite » excèdent les pouvoirs de la province et qu'ils peuvent donc être dissociés de la loi. À son avis, [TRADUCTION] « ces termes sont invalides parce que la province tente expressément de rendre la libération d'un failli inopposable à une créance provinciale que le Parlement n'a pas soustraite aux conséquences de la faillite » (mémoire, par. 11).

[58] As stated previously, neither the parties nor the courts below disputed that s. 102, as a whole, is *intra vires* the province. The dominant purpose and effect of s. 102 are to suspend driving privileges until payment of a judgment debt. This enforcement scheme is part of the provincial regulation of driving privileges in Alberta. There is no doubt that assuring the financial responsibility of drivers and regulating driving privileges fall within the province's jurisdiction regarding property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Given this and the way the case has been argued and decided, this appeal is, in my view, properly disposed of by applying the doctrine of paramountcy and ascertaining whether a conflict exists between the *BIA* and the *TSA*.

[59] Whether the provincial scheme has the effect of rendering a discharge in bankruptcy “ineffective as against a provincial debt” or negating the operability of a federal law as the Superintendent of Bankruptcy argues (factum, at paras. 11-12) is better resolved as a question of paramountcy. I would add that the words “otherwise than by a discharge in bankruptcy” are necessary only because the province lists the discharge in general, in addition to the satisfaction of the debt, as an event ending the suspension of the privilege. Had the legislation defined the satisfaction of the debt as the sole event capable of ending the suspension, the dominant feature of the provision would remain the same, although the issue of conflict with a discharge in bankruptcy would still arise.

(2) The Conflict Between the *BIA* and the *TSA*

(a) *Operational Conflict*

[60] The Court of Appeal concluded that there was no operational conflict, although it used that term throughout its judgment in reference to conflict generally. It explained that the respondent could resist the payment by foregoing his driving privileges and choosing not to drive (para. 10). The reasons of the

[58] J'ai déjà indiqué que ni les parties, ni les tribunaux inférieurs, n'ont contesté que l'art. 102 dans son ensemble relève de la compétence de la province. Cette disposition a pour objectif et pour effet dominants de suspendre les droits de conducteur du débiteur judiciaire jusqu'au paiement de sa dette. Ce mécanisme de recouvrement fait partie de la réglementation provinciale relative aux droits de conduite automobile en Alberta. Il relève manifestement de la compétence de la province en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de veiller à la responsabilité financière des conducteurs et de réglementer les droits de conduite. En conséquence, et compte tenu de la façon dont l'affaire a été plaidée et décidée, j'estime que l'application de la doctrine de la prépondérance et la constatation de l'existence d'un conflit entre la *LFI* et la *TSA* permettent de correctement trancher ce pourvoi.

[59] Il est préférable de résoudre sur la foi de la doctrine de la prépondérance la question de savoir si le régime provincial a pour effet de rendre une libération de faillite [TRADUCTION] « inopposable à une créance provinciale » ou de rendre inopérante une loi fédérale, comme l'affirme le surintendant des faillites (mémoire, par. 11-12). J'ajouterais que les mots « autrement que par une libération de faillite » ne sont nécessaires que parce que la province prévoit qu'il n'y a pas seulement le paiement de la dette, mais aussi le fait d'être libéré de façon générale de celle-ci, qui met fin à la suspension des droits de conducteur. Si la loi avait prévu que le paiement de la dette constituait le seul événement susceptible de mettre fin à la suspension, la caractéristique dominante de la disposition demeurerait la même, bien que la question du conflit avec la libération de faillite se poserait quand même.

(2) Le conflit entre la *LFI* et la *TSA*

a) *Conflit d'application*

[60] La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas de conflit d'application, bien qu'elle ait employé cette expression tout au long du jugement en parlant de conflit en général. Elle a expliqué que l'intimé pouvait refuser de payer en renonçant à ses droits de conducteur et en choisissant de ne pas conduire

Court of Appeal, as well as the submissions of the parties, save for those of the Superintendent of Bankruptcy, relate almost exclusively to the second branch of the applicable test. I believe the Court of Appeal and the parties are mistaken on this point. I therefore respectfully disagree with my colleague Côté J., who holds in her concurring reasons that there is no operational conflict, since a bankrupt “can either opt not to drive or voluntarily pay the discharged debt” (para. 123). In a case like this one, the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the respondent can comply with both laws by renouncing the protection afforded to him or her under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law. In that regard, the debtor’s response to the suspension of his or her driving privileges is not determinative. In analyzing the operational conflict at issue in this case, we cannot disregard the fact that whether the debtor pays or not, the province, as a creditor, is still compelling payment of a provable claim that has been released, which is in direct contradiction with s. 178(2) of the *BIA*:

If [the respondent] pays the debt, then the provincial law will have required him to pay a debt that has been released by the federal law. If [he] does not pay the debt, then the provincial law will have punished him — by withholding his driver’s licence — for failing to pay a debt that has been released by the federal law.

(*Gorguis v. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, at para. 25; sent back for rehearing by the Saskatchewan Court of Appeal, which did not address the court’s comments on this point (2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5).)

Thus, the laws at issue give inconsistent answers to the question whether there is an enforceable obligation: one law says yes and the other says no.

[61] On the one hand, s. 178(2) of the *BIA* provides that “an order of discharge releases the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. In my view, it is undisputed that a discharge under s. 178 of the *BIA* releases a debtor, thus preventing

(par. 10). Les motifs de la Cour d’appel, ainsi que les observations des parties, à l’exception du surintendant des faillites, se rapportent presque exclusivement au deuxième volet de l’analyse applicable. Je crois que la Cour d’appel et les parties ont commis une erreur à cet égard. En toute déférence, je ne partage donc pas l’avis de ma collègue la juge Côté qui affirme, dans ses motifs concordants, qu’il n’y a pas de conflit d’application puisque le failli « peut choisir soit de ne pas conduire, soit de payer volontairement la dette dont il a été libéré » (par. 123). Dans les affaires comme celle en l’espèce, l’analyse relative au conflit d’application ne saurait se limiter à la question de savoir si l’intimé peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale. À cet égard, la réaction du débiteur à la suspension de ses droits de conducteur n’est pas déterminante. Dans le cadre de l’analyse du conflit d’application en l’espèce, on ne peut faire abstraction du fait que, que le débiteur paie ou non, il reste que la province, en tant que créancier, le contraint quand même à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré, ce qui va directement à l’encontre du par. 178(2) de la *LFI* :

[TRADUCTION] Si [l’intimé] paie la dette, la loi provinciale l’aura alors obligé à payer une dette dont il a été libéré par la loi fédérale. S’[il] ne paie pas la dette, la loi provinciale l’aura puni — en le privant de son permis de conduire — pour ne pas avoir payé une dette dont il a été libéré par la loi fédérale.

(*Gorguis c. Saskatchewan Government Insurance*, 2011 SKQB 132, 372 Sask. R. 152, par. 25; l’affaire a été renvoyée pour nouvelle audition par la Cour d’appel de la Saskatchewan, qui ne s’est pas prononcée sur les commentaires de la cour sur ce point (2013 SKCA 32, 414 Sask. R. 5).)

Les lois en cause offrent donc des réponses contradictoires à la question de savoir s’il existe une obligation exécutoire : l’une dit oui et l’autre dit non.

[61] D’une part, le par. 178(2) de la *LFI* prévoit qu’« [u]ne ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite ». À mon sens, nul ne conteste qu’une ordonnance de libération rendue aux termes de

creditors from enforcing claims that are provable in bankruptcy. My colleague appears to suggest (at para. 96) that, since the actual words of the section say “nothing more” than that the bankrupt is discharged, or since the discharge merely releases provable claims, an interpretation to the effect that the release of such claims means that they cannot be enforced would “add words to the provision”. With respect, this amounts to depriving the words of s. 178(2) of their obvious and ordinary meaning. In *Schreyer*, LeBel J. wrote that, “[a]s is clear from the words of s. 178(2) *BIA*, the discharge operates to release the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. He added that, “[f]or creditors, the discharge means that they ‘cease to be able to enforce claims against the bankrupt that are provable in bankruptcy’” (para. 21). I know of no authority that suggests that the words “order of discharge” or “releases” in that context mean anything other than that the provable claim is unenforceable. To give the words used in s. 178(2) their proper meaning is not to interpret the provision broadly.

[62] On the other hand, s. 102(2) of the *TSA* empowers the province to continue to pressure a debtor by withholding his or her driving privileges “until the judgment is satisfied or discharged, otherwise than by a discharge in bankruptcy”. As I mentioned above in my analysis of the legislative schemes, the language of this provision is clear: it provides for the satisfaction of the judgment debt by excluding the impact of a discharge in bankruptcy.

[63] One law consequently provides for the release of all claims provable in bankruptcy and prohibits creditors from enforcing them, while the other disregards this release and allows for the use of a debt enforcement mechanism on such a claim by precisely excluding a discharge in bankruptcy. This is a true incompatibility. Both laws cannot operate concurrently (*Sun Indalex*, at para. 60; *Lafarge*, at para. 82; *M & D Farm*, at para. 41; *Multiple Access*, at p. 191), “apply

l’art. 178 de la *LFI* libère un débiteur et empêche ainsi les créanciers d’exiger le paiement de leurs réclamations prouvables en matière de faillite. Ma collègue semble laisser entendre (par. 96) que, puisque le libellé de la disposition dit simplement que le failli est libéré et ne prévoit « rien de plus », ou puisque l’ordonnance de libération libère simplement le failli des réclamations prouvables, une interprétation suivant laquelle la libération à l’égard de ces réclamations signifie que le créancier ne peut plus en exiger le paiement équivaldrait à « ajouter des mots à cette disposition ». Avec égards, cela revient à priver les termes du par. 178(2) de leur sens évident et ordinaire. Dans *Schreyer*, le juge LeBel a écrit que « [l]e libellé du par. 178(2) de la *LFI* énonce clairement que l’ordonnance de libération libère le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite ». Il a ajouté que « [p]our leur part, les créanciers [TRADUCTION] “cessent de pouvoir faire valoir contre le failli leurs réclamations prouvables en matière de faillite” » (par. 21). À ma connaissance, aucune décision ne laisse croire que les mots « ordonnance de libération » ou « libère », pris dans ce contexte, signifient autre chose que le fait que le paiement de la réclamation prouvable ne puisse être exigé. On n’interprète pas largement le par. 178(2) si l’on donne à ses termes leur véritable signification.

[62] D’autre part, le par. 102(2) de la *TSA* autorise la province à continuer de forcer un débiteur à payer en le privant de ses droits de conducteur [TRADUCTION] « tant qu’[il] n’a pas satisfait au jugement et qu’[il] ne s’est pas libéré de l’obligation, autrement que par une libération de faillite ». Comme je l’ai déjà indiqué dans l’analyse des régimes législatifs en cause, le libellé de cette disposition est clair : il prévoit le paiement de la dette constatée par jugement en excluant l’effet d’une libération de faillite.

[63] En conséquence, une loi prévoit que le failli est libéré de toute réclamation prouvable en matière de faillite et interdit aux créanciers d’en exiger le paiement, alors que l’autre loi fait fi de cette libération et permet le recours à un mécanisme de recouvrement de cette créance en excluant expressément la libération de faillite. Il s’agit là d’une véritable incompatibilité. Les deux lois ne peuvent s’appliquer concurremment (*Sun Indalex*, par. 60;

concurrently” (*Western Bank*, at para. 72) or “operate side by side without conflict” (*Marine Services*, at para. 76). The facts of this appeal indeed show an actual conflict in operation of the two provisions. This is a case where the provincial law says “yes” (“Alberta can enforce this provable claim”), while the federal law says “no” (“Alberta cannot enforce this provable claim”). The provincial law gives the province a right that the federal law denies, and maintains a liability from which the debtor has been released under the federal law. This conflict can hardly be characterized as “indirect” as my colleague suggests (paras. 92 and 128). Nor can I characterize as merely “implicit” the clear prohibition in s. 178(2) against enforcing provable claims that have been discharged. It is not in dispute that s. 178(2) is a prohibitive provision; considering the meaning of the words “order of discharge” and “releases”, what the provision “exactly” prohibits is the enforcement of discharged provable claims. There is no other “possible ramification” in terms of what this section prohibits.

[64] There was indeed much discussion about the effect of a discharge in the parties’ submissions. To avoid a finding of conflict, Alberta submitted that in bankruptcy, the debt is not extinguished but merely “released”. It asserted that the *BIA* precludes only the “civil enforcement” of the debt through “civil process”; it does not affect the province’s ability to insist on licensing requirements.

[65] In *Schreyer*, LeBel J. described the effect of discharge. While recognizing that the debt is not extinguished, he explained that a discharge prevents creditors from enforcing those claims that are provable in bankruptcy:

... every claim is swept into the bankruptcy and ... the bankrupt is released from all of them upon being

Lafarge, par. 82; *M & D Farm*, par. 41; *Multiple Access*, p. 191), « agir concurremment » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 72) ou « coexister sans conflit » (*Marine Services*, par. 76). Les faits de l’espèce font bel et bien apparaître un conflit véritable dans l’application des deux dispositions. Il s’agit d’un cas où la loi provinciale dit « oui » (« l’Alberta peut exiger le paiement de cette réclamation prouvable »), tandis que la loi fédérale dit « non » (« l’Alberta ne peut exiger le paiement de cette réclamation prouvable »). La loi provinciale confère à la province un droit que nie la loi fédérale, et maintient une obligation dont le débiteur a été libéré en vertu de la loi fédérale. On ne saurait, comme le fait ma collègue, qualifier ce conflit d’« indirect » (par. 92 et 128). Je ne peux pas non plus qualifier de simplement « implicite » l’interdiction, clairement exprimée au par. 178(2), d’exiger le paiement d’une réclamation prouvable dont le failli a été libéré. Nul ne conteste le caractère prohibitif du par. 178(2); compte tenu du sens des termes « ordonnance de libération » et « libère », ce qu’interdit « exactement » la disposition, c’est de contraindre le failli à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré. Il n’y a pas d’autres « ramifications possibles » à l’interdiction faite à cette disposition.

[64] Dans les observations des parties, il a certes beaucoup été question de l’effet d’une ordonnance de libération. Pour éviter que la Cour conclue à l’existence d’un conflit, l’Alberta a soutenu qu’en matière de faillite, la dette n’est pas éteinte, mais le débiteur en est simplement [TRADUCTION] « libéré ». Elle a affirmé que la *LFI* empêche seulement le « recouvrement civil » de la dette dans le cadre d’un « processus civil »; elle n’a aucune incidence sur la capacité de la province d’exiger le respect des exigences en matière de permis.

[65] Dans l’arrêt *Schreyer*, le juge LeBel a décrit l’effet de l’ordonnance de libération. Tout en reconnaissant que la dette n’est pas éteinte, il a expliqué que l’ordonnance de libération empêche les créanciers de faire valoir les réclamations prouvables en matière de faillite :

... toutes les réclamations sont emportées dans la faillite et [...] le failli est libéré de toutes les réclamations

discharged unless the law sets out a clear exclusion or exemption. . . .

The only reservation I have with the decision of the Court of Appeal in the case at bar relates to its numerous statements that the operation of s. 178(2) *BIA* has the effect of “extinguishing” the equalization claim. With respect, this provision does not purport to extinguish claims that are provable in bankruptcy pursuant to s. 121 *BIA*, but “releases” the debtor from such claims: see, on this point, *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), at pp. 438-39; and *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 15. As is clear from the words of s. 178(2) *BIA*, the discharge operates to release the bankrupt from all claims provable in bankruptcy. For creditors, the discharge means that they “cease to be able to enforce claims against the bankrupt that are provable in bankruptcy”. [Emphasis added; paras 20-21.]

(Citing Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 6-283.)

[66] This description is consistent with the term “releases” found in s. 178(2), which means “[l]iberation from an obligation, duty, or demand; the act of giving up a right or claim to the person against whom it could have been enforced”: *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 1480. As a result of s. 178(2), creditors are deemed to give up their right to enforce their provable claims. The verb “enforce”, as used by LeBel J. and Houlden, Morawetz and Sarra, means “to compel obedience”: *Black’s Law Dictionary*, at p. 645. The non-extinguishment of the debt may be relevant in some cases, such as those involving the liability of a third party (see *Buchanan v. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107 (Ont. S.C.J.)). This is, however, of no practical relevance to this appeal. Section 178(2) is clear: a creditor cannot compel the debtor to pay a debt that was released on discharge.

[67] In this appeal, the payment which the province seeks to recover is a provable claim. In substance, the

lors de sa libération, à moins que la loi ne prévoie clairement une exclusion ou une exemption. . . .

Ma seule réserve à l’égard de la décision de la Cour d’appel concerne le fait qu’elle a écrit à plusieurs reprises que l’application du par. 178(2) de la *LFI* avait [TRADUCTION] « éteint » la réclamation au titre de la compensation. Soit dit en toute déférence, cette disposition n’a pas pour objet d’éteindre les réclamations prouvables en matière de faillite au sens de l’art. 121 de la *LFI*, mais « libère » le débiteur de ces réclamations : voir à ce sujet *Re Kryspin* (1983), 40 O.R. (2d) 424 (H.C.J.), p. 438-439; et *Ross, Re* (2003), 50 C.B.R. (4th) 274 (C.S.J. Ont.), par. 15. Le libellé du par. 178(2) de la *LFI* énonce clairement que l’ordonnance de libération libère le failli de toutes les réclamations prouvables en matière de faillite. Pour leur part, les créanciers [TRADUCTION] « cessent de pouvoir faire valoir contre le failli leurs réclamations prouvables en matière de faillite ». [Je souligne; par. 20-21.]

(Citant Houlden, Morawetz et Sarra, p. 6-283.)

[66] Cette description est compatible avec le terme « libère » figurant au par. 178(2), qui s’entend de [TRADUCTION] « la décharge d’une obligation, d’un devoir ou d’une exigence; l’action de renoncer à un droit ou une réclamation en faveur de la personne contre laquelle on aurait pu faire valoir ce droit ou cette réclamation » : *Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014), p. 1480. Par application du par. 178(2), les créanciers sont réputés renoncer à leur droit de faire valoir leurs réclamations prouvables. L’expression « faire valoir » employée par le juge LeBel, qui renvoie au terme anglais « enforce » employé par Houlden, Morawetz et Sarra, signifie « contraindre au respect » : *Black’s Law Dictionary*, p. 645. La non-extinction de la dette peut être pertinente dans certaines affaires, comme celles mettant en cause la responsabilité d’un tiers (voir *Buchanan c. Superline Fuels Inc.*, 2007 NSCA 68, 255 N.S.R. (2d) 286; *Miller, Re* (2001), 27 C.B.R. (4th) 107 (C.S.J. Ont.)), mais elle n’a aucune pertinence pratique quant au présent pourvoi. Le paragraphe 178(2) est clair : un créancier ne peut contraindre le débiteur à payer une dette dont il a été libéré par une ordonnance de libération.

[67] En l’espèce, la créance que la province cherche à recouvrer constitue une réclamation prouvable.

purpose and effect of s. 102 are to compel payment of that provable claim. That claim was properly released, since neither the province's judgment debt, nor the resulting regulatory charge, is exempt from discharge under s. 178(1). As a provable claim is subject to s. 178(2), the province is precluded from compelling payment of the judgment debt.

[68] Contrary to the appellant's contention, nothing suggests that s. 178(2) merely precludes civil enforcement of provable claims. Accepting the appellant's argument would amount to adding words to the provision that do not exist, and that the legislator did not include. While being expressly precluded from compelling payment of a discharged provable claim, the province could create an administrative scheme that had the effect of coercing a discharged debtor to pay a debt that has been released. The appellant's argument must be rejected. Pursuant to s. 178(2) of the *BIA*, creditors are precluded from compelling payment of a claim provable in bankruptcy, through either civil or administrative processes.

[69] Neither can the question under the operational conflict branch of the paramountcy test be whether it is possible to refrain from applying the provincial law in order to avoid the alleged conflict with the federal law. To argue that the province is not required to use s. 102 in the context of bankruptcy, or that it can choose not to withhold the respondent's driving privileges, leads to a superficial application of the operational conflict test. To suggest that a conflict can be avoided by complying with the federal law to the exclusion of the provincial law cannot be a valid answer to the question whether there is "actual conflict in operation", as the majority of the Court put it in *Multiple Access*: see also *COPA*, at para. 64. To so conclude would render the first branch of the paramountcy test meaningless, since it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a conflict with a federal law. Furthermore, any provincial law that could survive the first branch under the latter argument would necessarily also

Essentiellement, l'art. 102 a pour objet et effet de contraindre le failli à payer cette réclamation prouvable. Le failli a été régulièrement libéré de cette réclamation puisque ni la créance judiciaire de la province ni la charge réglementaire en découlant ne sont soustraites à l'application de l'ordonnance de libération selon le par. 178(1). Étant donné qu'une réclamation prouvable est visée au par. 178(2), la province ne peut contraindre l'intimé à payer la dette constatée par jugement.

[68] Contrairement aux prétentions de l'appelante, rien n'indique que le par. 178(2) empêche simplement le recouvrement civil des réclamations prouvables. Faire droit à l'argument de l'appelante équivaudrait à ajouter à la disposition des mots qui n'existent pas, et que le législateur n'y a pas inclus. Alors qu'elle est expressément empêchée d'exiger le paiement d'une réclamation prouvable dont le débiteur a été libéré, la province pourrait mettre en place un régime administratif ayant pour effet de contraindre ce débiteur à payer une dette dont il a été libéré. L'argument de l'appelante doit être rejeté. Selon le par. 178(2) de la *LFI*, les créanciers ne peuvent exiger le paiement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, que ce soit dans un processus civil ou administratif.

[69] Selon le volet conflit d'application de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, la question n'est pas non plus de savoir s'il est possible de s'abstenir d'appliquer la loi provinciale pour éviter le prétendu conflit avec la loi fédérale. Soutenir que la province n'est pas tenue d'appliquer l'art. 102 dans le contexte d'une faillite, ou qu'elle peut choisir de ne pas priver l'intimé de ses droits de conducteur, entraîne une application superficielle du critère applicable en matière de conflit d'application. Prétendre qu'un conflit peut être évité en se conformant à la loi fédérale à l'exclusion de la loi provinciale ne saurait constituer une réponse valide à la question de savoir s'il y a un « conflit véritable », comme l'indiquent les juges majoritaires dans *Multiple Access* : voir aussi l'arrêt *COPA*, par. 64. Une telle conclusion viderait de tout son sens le premier volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, car il est presque toujours possible d'éviter l'application d'une loi provinciale pour ne pas causer de conflit avec une loi fédérale. En outre, toute loi provinciale qui résisterait

survive the second branch. If it is possible to avoid operational conflict simply by declining to apply the provincial law, the same could be done to avoid any frustration of the federal purpose under the second branch.

[70] In fact, this would be tantamount to rendering the provincial law inoperative to the extent of the conflict even before a conflict is found. Under the doctrine of paramountcy, this is precisely the remedy that courts grant once a conflict is found; it is not a tool courts can use to avoid finding a conflict. The remedy of not applying the provincial law cannot be determinative of whether a conflict exists in the first place. In this case, whether or not the province has discretion not to apply s. 102 is irrelevant: see *Lafarge*, at para. 75. The province chose to take advantage of the scheme. The question is whether it can do so while also complying with the *BIA*.

[71] This view, with which my colleague disagrees, appears to me to be consistent with this Court's jurisprudence on operational conflict. For instance, in *M & D Farm*, the creditor held a mortgage on the debtors' family farm. After defaulting on the mortgage, the debtors obtained a stay of proceedings under the federal *Farm Debt Review Act*, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.). While the stay was still in effect, the creditor sought, and was granted, leave under the provincial *Family Farm Protection Act*, C.C.S.M., c. F15, which authorized the immediate commencement of foreclosure proceedings. The question arose as to whether there was a conflict between the federal stay and the provincial leave. The Court concluded that there was an operational conflict (pp. 982-85), and this conclusion was later reaffirmed in *Lafarge*, at para. 82, and again in *Lemare Lake*, at para. 18. As I read *M & D Farm*, the fact that the debtors could choose to voluntarily pay the mortgage debt, as my colleague suggests, did not mean that there was no operational conflict. Nor was conflict avoided because the creditor could have chosen not to seek leave to commence foreclosure proceedings. There was an operational conflict because the provincial

au premier volet selon ce dernier argument résisterait aussi nécessairement au second volet. S'il était possible d'éviter un conflit d'application simplement en refusant d'appliquer la loi provinciale, on pourrait faire la même chose pour éviter toute entrave à la réalisation de l'objet fédéral sous le second volet.

[70] En fait, cela reviendrait à rendre la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit avant même qu'il ne soit conclu à l'existence d'un conflit. Suivant la doctrine de la prépondérance, il s'agit précisément de la réparation que les tribunaux accordent une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'un conflit; il ne s'agit pas d'un outil que les tribunaux peuvent utiliser pour éviter de conclure à l'existence d'un conflit. La réparation consistant à ne pas appliquer la loi provinciale ne saurait être déterminante quant à savoir s'il existe un conflit au départ. En l'espèce, la question de savoir si la province a le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer l'art. 102 n'est pas pertinente : *Lafarge*, par. 75. La province a choisi de se prévaloir du régime. Il s'agit de savoir si elle peut le faire sans déroger à la *LFI*.

[71] Cette opinion que rejette ma collègue me semble conforme à la jurisprudence de la Cour en matière de conflit d'application. Dans l'arrêt *M & D Farm*, par exemple, une hypothèque grevait l'exploitation agricole familiale du débiteur au profit du créancier. Après avoir manqué à ses obligations à l'égard de l'hypothèque, le débiteur a obtenu une suspension des recours en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.). Alors que la suspension était toujours en vigueur, le créancier a demandé et obtenu une autorisation d'intenter immédiatement une action en forclusion en vertu de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale, C.P.L.M., c. F15. La question s'est posée de savoir s'il existait un conflit entre la suspension fédérale et l'autorisation provinciale. La Cour a conclu à l'existence d'un conflit d'application (p. 982-985), et cette conclusion a par la suite été réaffirmée dans l'arrêt *Lafarge*, par. 82, puis de nouveau dans l'arrêt *Lemare Lake*, par. 18. Selon mon interprétation de l'arrêt *M & D Farm*, le fait que le débiteur pouvait choisir de payer volontairement la dette hypothécaire n'empêchait pas le conflit d'application, comme ma

law expressly authorized the very proceedings that the federal stay precluded.

[72] More recently, in *Sun Indalex*, Deschamps J., with Moldaver J. concurring, found that there was an operational conflict (the Court was unanimous on this point). On the one hand, there was an order made under the federal *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, which authorized an insolvent company to obtain debtor-in-possession (“DIP”) financing and granted priority to the DIP lender. On the other hand, the provincial *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, gave priority to the administrator of the company’s employee pension plans: para. 60. Deschamps J. did not avoid the operational conflict by concluding, for instance, that the debtor could have chosen not to seek DIP financing in the first place.

[73] My analysis does not “expan[d] the definition of conflict in the first branch” of the paramountcy test, nor does it “conflat[e]” its two branches, contrary to what my colleague indicates (paras. 93 and 106). In my view, this analysis instead applies the principles developed by this Court on federal paramountcy to the operational conflict situation at issue here, where the federal law includes a prohibition that the provincial law effectively disregards. I discuss the two legislative schemes separately from the application of the two branches of the paramountcy test. My analysis of the operational conflict focuses on the existence of an actual and direct conflict between the provisions at issue. The two branches are not “conflated” simply because, in a situation like the current one, the wording of s. 178(2) and the clear prohibition it contains happen to exemplify the goal behind the provision and one of the key objectives of the *BIA*, that is, the financial rehabilitation of the debtor. I consider that my colleague’s remarks to the effect that impossibility of dual compliance is a “secondary consideration” in my discussion of operational

collègue le laisse entendre. Le conflit n’était pas évité non plus parce que le créancier aurait pu choisir de ne pas demander l’autorisation d’intenter une action en forclusion. Il existait un conflit d’application parce que la loi provinciale autorisait expressément la procédure même que la suspension fédérale empêchait.

[72] Plus récemment, dans l’arrêt *Sun Indalex*, la juge Deschamps, avec l’accord du juge Moldaver, a conclu à l’existence d’un conflit d’application (la Cour a exprimé une opinion unanime sur ce point précis). D’une part, une ordonnance rendue sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, autorisait une société insolvable à obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et accordait priorité au prêteur DE. D’autre part, la *Loi sur les sûretés mobilières* provinciale, L.R.O. 1990, c. P.10, accordait priorité à l’administrateur des régimes de retraite de la société : par. 60. La juge Deschamps n’a pas passé outre au conflit d’application en concluant, par exemple, que le débiteur aurait pu choisir dès le départ de ne pas demander un financement DE.

[73] Mon analyse « [n’élargit pas] la définition de conflit sous le premier volet » de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, et elle ne « confond » pas non plus les deux volets de l’analyse, contrairement à ce qu’indique ma collègue (par. 93 et 106). À mon avis, dans cette analyse, j’applique plutôt les enseignements de notre Cour relatifs à la doctrine de la prépondérance fédérale à la situation de conflit d’application en cause en l’espèce, où la loi fédérale contient une interdiction dont fait fi la loi provinciale. J’examine les deux régimes législatifs séparément de l’application des deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Mon analyse relative au conflit d’application met l’accent sur l’existence d’un conflit véritable et direct entre les dispositions en cause. Les deux volets de l’analyse ne sont pas « confondus » simplement parce que, dans une situation comme celle en l’espèce, le libellé du par. 178(2) et l’interdiction qu’on y trouve illustrent en quelque sorte le but de la disposition et l’un des objets clés de la *LFI*, soit la réhabilitation financière du failli. J’estime également non fondées les

conflict (para. 99) are misplaced as well. The classic statement of the test for operational conflict in *Multiple Access* that she cites with approval (para. 100) is precisely the one I am relying upon here. It is in light of that statement that I find there is no real possibility of dual compliance as understood by this Court. Indeed, the opposite conclusion would depend on a creditor refusing to apply (or a debtor refusing to comply with) the provincial law, or, alternatively, on a debtor renouncing (or a creditor refusing to comply with) the protection afforded by the federal law. To find a possibility of dual compliance with the conflicting laws at issue — on the basis of hypotheticals that call for “single” compliance, by any one of the actors involved, with one law but not with the other — would be inconsistent with this Court’s precedents on federal paramountcy.

[74] In this regard, this case is distinguishable from precedents like *Rothmans* and *COPA*, on which my colleague relies. Those cases both dealt with provincial laws that took a more restrictive approach to matters covered by permissive federal laws. In each of them, the relevant statutes were held not to create an operational conflict. In *COPA*, the federal *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, allowed private citizens to build airports, while the provincial *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, prohibited such activities on agricultural land absent an administrative authorization: para. 8. In *Rothmans*, s. 30 of the federal *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, permitted the display of tobacco products at retail, while the provincial *Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, banned the advertising, display and promotion of tobacco products in places where persons under 18 years of age were allowed. *Rothmans* and *COPA* did not involve a direct contradiction between the two applicable laws as does the instant case. They merely involved one law that imposed stricter conditions in allowing activities that were also permitted by the government at the other level. In the case at

remarques de ma collègue selon lesquelles la question de l’impossibilité de se conformer aux deux lois constitue une « considération secondaire » dans mon analyse du conflit d’application (par. 99). C’est précisément sur l’énoncé classique du critère relatif au conflit d’application formulé dans l’arrêt *Multiple Access*, qu’elle cite avec approbation (par. 100), que les présents motifs mettent l’accent. C’est à la lumière de cet énoncé que je conclus à l’absence d’une possibilité réelle de se conformer aux deux lois au sens où l’entend la Cour. D’ailleurs, une conclusion contraire serait tributaire du refus d’un créancier d’appliquer la loi provinciale (ou du refus d’un débiteur de s’y conformer). Ou encore, une telle conclusion dépendrait de la renonciation d’un débiteur à la protection qu’offre la loi fédérale (ou du refus d’un créancier de s’y conformer). Conclure à la possibilité de se conformer aux deux lois conflictuelles en cause — en se fondant sur des hypothèses qui en appellent au « simple » respect, par l’un ou l’autre des acteurs en cause, d’une loi mais pas de l’autre — n’est pas compatible avec les décisions antérieures de la Cour sur la doctrine de la prépondérance fédérale.

[74] À cet égard, il convient d’établir une distinction entre la présente affaire et les précédents tels *Rothmans* et *COPA* sur lesquels s’appuie ma collègue. Dans ces deux affaires, des lois provinciales réglementaient de façon plus restrictive la matière traitée dans des lois fédérales permissives. Dans chaque cas, la Cour a conclu que les lois en cause ne faisaient pas naître un conflit d’application. Dans *COPA*, une loi fédérale, la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, c. A-2, permettait à des particuliers de construire des aérodromes, alors qu’une loi provinciale, la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., c. P-41.1, en interdisait la construction sur une terre agricole en l’absence d’une autorisation administrative : par. 8. Dans *Rothmans*, l’art. 30 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, c. 13, autorisait l’exposition des produits du tabac dans les établissements de vente au détail, alors qu’une loi provinciale, *The Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, interdisait la publicité, l’exposition et la promotion des produits du tabac dans les lieux auxquels ont accès des personnes âgées de moins de 18 ans. Dans ces deux affaires, contrairement aux lois en l’espèce,

bar, the question with respect to operational conflict is whether debts incurred while driving uninsured can be enforced even though the debtor has been discharged from bankruptcy. On this question, the two laws directly contradict each other.

[75] I therefore conclude that s. 102 of the *TSA* allows the province, or a third party creditor, to enforce a provable claim that has been released. To that extent, it conflicts with s. 178(2) of the *BIA*. It is impossible for the province to apply s. 102 without contravening s. 178(2) and, as a result, for the respondent to simultaneously be liable to pay the judgment debt under the provincial scheme and be released from that same claim pursuant to s. 178(2): *Lafarge*, at para. 82; *M & D Farm*, at para. 41. Section 178 is a complete code in that it sets out which debts are released on discharge and which debts survive bankruptcy. In effect, s. 102 creates a new class of exempt debts that is not listed in s. 178(1). Hence, in the words used by my colleague in her reasons (paras. 95, 110 and 128), “the provincial law allows the very same thing” — the enforcement of a debt released under s. 178(2) of the *BIA* — that “the federal law prohibits”. The result is an operational conflict between the provincial and federal provisions.

[76] Although this conclusion makes it unnecessary to discuss the second branch of the test, I will nonetheless address it in order to respond to the province’s arguments.

(b) *Frustration of Federal Purpose*

(i) Financial Rehabilitation

[77] Like the lower courts, I find that the province’s use of its administrative powers relating to

les deux lois en cause ne se contredisaient pas; elles se limitaient à imposer des conditions plus strictes à l’exercice d’activités permises par l’autre ordre de gouvernement. En l’espèce, la question qui soulève un conflit d’application est de savoir si les dettes d’un conducteur non assuré résultant d’un accident d’automobile doivent être remboursées même si le débiteur en a été libéré par une libération de faillite. Sur ce point, les deux lois sont directement contradictoires.

[75] Je conclus donc que l’art. 102 de la *TSA* permet à la province, ou à un tiers créancier, de contraindre un failli à payer une réclamation prouvable dont il a été libéré. Dans cette mesure, cet article entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI*. Il n’est pas possible que la province applique l’art. 102 sans contrevenir au par. 178(2), et en conséquence, que l’intimé soit tenu, sous le régime provincial, de payer une dette constatée par jugement et qu’il soit en même temps libéré de cette même dette en vertu du par. 178(2) : *Lafarge*, par. 82; *M & D Farm*, par. 41. L’article 178 constitue un code complet en ce qu’il précise les dettes dont le failli est libéré par une ordonnance de libération et celles qui survivent à la faillite. En fait, l’art. 102 crée, pour ce qui est des dettes dont le failli n’est pas libéré, une nouvelle catégorie de dettes qui ne figure pas au par. 178(1). En conséquence, pour reprendre les mots qu’utilise ma collègue dans ses motifs (par. 95, 110 et 128), « la loi provinciale autorise la chose même » — l’obligation de payer une dette dont le débiteur a été libéré aux termes du par. 178(2) de la *LFI* — « qu’interdit la loi fédérale ». Il en résulte un conflit d’application entre les dispositions provinciales et fédérales.

[76] Bien que cette conclusion rende inutile l’examen du second volet de l’analyse, je vais quand même l’examiner afin de répondre aux arguments de la province.

(b) *Entrave à la réalisation de l’objet fédéral*

(i) Réhabilitation financière

[77] À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, j’estime que le recours par la province à ses pouvoirs

driving privileges to burden the respondent until he repays a discharged debt frustrates the financial rehabilitation of the bankrupt. The effect of s. 102 directly contradicts and defeats the purpose of the discharge provided for in s. 178(2):

The *BIA* permits an honest but unfortunate debtor to obtain a discharge from debts subject to reasonable conditions. The *Act* is designed to permit a bankrupt to receive, after a specified period a complete discharge of all his or her debts in order that he or she may be able to integrate into the business life of the country as a useful citizen free from the crushing burden of debts . . . [Emphasis added.]

(Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 1-2.1)

As explained already, the language of s. 178(2) makes it clear that the purpose of this provision is to give effect to one of the goals underlying the *BIA* regime — the financial rehabilitation of the debtor — by releasing “the bankrupt from all claims provable in bankruptcy”. In other words, s. 178(2) is aimed precisely at providing the bankrupt with a fresh start. The facts of this case establish that the province’s use of s. 102 despite the respondent’s discharge undermines this purpose.

[78] The respondent was a truck driver. In 1996, after the accident, the province was assigned the judgment rendered against him in the amount of \$194,875. In 2008, after attempting to pay the debt in instalments for about 12 years, he made an assignment in bankruptcy. At that time, the outstanding amount of the debt had increased to \$195,823; it was, by far, the largest of the respondent’s financial liabilities. In 12 years, the respondent had not been able to keep up with his interest payments. The crushing burden of the province’s claim against him was the main reason for his bankruptcy. In 2012, at the time his application for discharge was heard, the respondent had only managed to pay the judgment debt down to \$192,103.79. By the effect of s. 102, he was exiting bankruptcy while carrying the same financial burden that had caused his bankruptcy four years earlier. If s. 102 is allowed to operate despite the respondent’s discharge, the

administratifs en matière de droits de conducteur pour accabler l’intimé jusqu’à ce qu’il rembourse une dette dont il a été libéré entrave la réhabilitation financière du failli. L’effet de l’art. 102 va directement à l’encontre de l’objet de la libération prévue au par. 178(2) :

[TRADUCTION] La *LFI* permet au débiteur honnête, mais malchanceux, d’obtenir une libération de dettes sous réserve de conditions raisonnables. La *Loi* vise à permettre au failli d’obtenir, après une période donnée, une libération totale de toutes ses dettes de sorte qu’il puisse s’intégrer à la vie économique du pays en tant que citoyen utile soulagé de l’écrasant fardeau des dettes . . . [Je souligne.]

(Houlden, Morawetz et Sarra, p. 1-2.1)

J’ai déjà expliqué que le libellé du par. 178(2) indique clairement que cette disposition a pour objet de donner effet à l’un des objectifs sous-jacents du régime de la *LFI* — la réhabilitation financière du débiteur — en libérant « le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite ». En d’autres mots, le par. 178(2) vise précisément à permettre au failli de repartir à neuf. Les faits de la présente affaire établissent que le recours, par la province, à l’art. 102 en dépit de la libération de l’intimé mine cet objet.

[78] L’intimé était camionneur. En 1996, après l’accident, la province s’est vu céder le jugement rendu contre lui pour la somme de 194 875 \$. En 2008, après avoir tenté de payer la dette par versements échelonnés pendant environ 12 ans, il a fait cession de ses biens. À l’époque, le montant de la dette avait augmenté à 195 823 \$; il s’agissait, de loin, de la plus importante obligation financière de l’intimé. En 12 ans, l’intimé n’était pas parvenu à payer l’intérêt. L’écrasant fardeau de la réclamation de la province contre lui constituait la principale raison de sa faillite. En 2012, au moment de l’audition de sa demande de libération, l’intimé n’avait réussi à réduire le montant de la dette constatée par jugement qu’à la somme de 192 103,79 \$. Par l’effet de l’art. 102, il sortait de la faillite en portant le même fardeau financier que celui qui avait causé sa faillite quatre ans auparavant. Si l’on permet que l’art. 102 s’applique en dépit de la libération de

respondent is not offered the opportunity to rehabilitate that Parliament intended to give him. This is particularly compelling in the respondent's case. As a truck driver, his ability to gain a livelihood is tied to his ability to drive. But more generally, inability to drive can constitute a significant impediment to any person's capacity to earn income: see *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270 (Ont. S.C.J.), at paras. 22-23.

[79] In furthering financial rehabilitation, Parliament expressly selected which debts survive bankruptcy and which are discharged: s. 178(1) and (2). It did so having regard to competing policy objectives. This is a delicate exercise, because the more claims that survive bankruptcy, the more difficult it becomes for a debtor to rehabilitate: *AbitibiBowater*, at para. 35; *Schreyer*, at para. 19. In 1970, the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation emphasized this concern:

... much of the rehabilitative effect of his discharge and release from debts is lost, when a bankrupt is left with substantial debts after his discharge. Indeed, in some cases, it may almost be regarded as a mockery of the bankruptcy system to take all of the sizable property of a debtor, distribute it among the creditors and then leave the debtor to cope with some of his largest creditors from whose debts he has not been released.

(Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation (1970), at para. 3.2.085)

When operating in the context of bankruptcy, s. 102 undermines this balancing exercise and imperils the bankrupt's ability to rehabilitate. In effect, s. 102 creates a new class of debts that survive bankruptcy. As such, it leaves the debtor with a substantial financial liability that was not contemplated by Parliament. Had Parliament intended judgment debts arising from motor vehicle accidents, or the resulting regulatory charges, to survive bankruptcy, it would have stated so expressly in s. 178(1) of the *BIA*. It did not. Together, s. 178(1) and (2) are comprehensive. It is beyond the province's constitutional

l'intimé, celui-ci se voit privé de la possibilité de se réhabiliter que le Parlement a voulu lui donner, ce qui est particulièrement impérieux dans le cas de l'intimé. En tant que camionneur, sa capacité de gagner sa vie dépend de sa capacité de conduire, mais de façon plus générale, l'incapacité de conduire peut constituer un obstacle important à la capacité de quiconque de gagner un revenu : voir *Lucar, Re* (2001), 32 C.B.R. (4th) 270 (C.S.J. Ont.), par. 22-23.

[79] Pour favoriser la réhabilitation financière du failli, le législateur a expressément sélectionné les dettes qui survivent à la faillite et celles dont le failli est libéré : par. 178(1) et (2). À cette fin, il a tenu compte de divers objectifs de politique générale, parfois opposés. Il s'agit d'un exercice délicat, car plus le nombre des réclamations qui survivent à la faillite est élevé, plus il devient difficile pour le débiteur de se réhabiliter : *AbitibiBowater*, par. 35; *Schreyer*, par. 19. En 1970, le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité a souligné cette préoccupation :

... la libération et la remise des dettes perdent beaucoup de leur raison d'être si le failli demeure chargé de dettes considérables après sa libération. Dans certains cas, n'est-ce pas même caricaturer notre système de faillite que de prendre tous les biens saisissables du débiteur, de les distribuer aux créanciers puis de laisser le débiteur se débrouiller avec quelques-uns de ses créanciers les plus importants, à l'égard desquels il n'a pas été libéré?

(Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité (1970), par. 3.2.085)

Lorsqu'appliqué dans le contexte d'une faillite, l'art. 102 mine cet exercice de pondération et met en péril la capacité de réhabilitation du failli. En effet, l'art. 102 crée une nouvelle catégorie de dettes qui survivent à la faillite. Le débiteur demeure ainsi chargé d'une obligation financière importante que le Parlement n'avait pas prévue. Si le Parlement avait voulu que les dettes constatées par jugement découlant d'accidents d'automobile, ou les charges réglementaires en résultant, survivent à la faillite, il l'aurait indiqué expressément au par. 178(1) de la *LFI*, ce qu'il n'a pas fait. Ensemble, les par. 178(1)

authority to interfere with Parliament's discretion in that regard.

[80] Notwithstanding this, Alberta asserts that, like any creditor, the province is allowed to form a new binding contract with the discharged bankrupt for the repayment of the debt. In its view, the respondent's driving privileges can serve as fresh consideration for such a contract. I disagree. Like the Court of Appeal, I conclude that this alleged fresh consideration is neither genuine nor consistent with the purpose of s. 178(2).

[81] As a general rule, a creditor cannot cause a debtor to revive an obligation from which the debtor was released, unless the creditor offers fresh consideration: Wood, at p. 301. Between private parties, it is arguable that a debtor may freely agree to revive a discharged debt in exchange for the creditor's provision of goods or services. The province, however, is unlike any private creditor. While a private creditor is under no obligation to provide goods or services, the province cannot withhold the respondent's driving privileges arbitrarily. Suspension of privileges by administrative bodies must be based on a legal rule: see *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at pp. 141-42; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 59; *Secession Reference*, at para. 71; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 10. In the case at bar, the effect and purpose of s. 102 are to compel payment of a discharged debt, which conflicts with s. 178(2). As a result, s. 102 is, to that extent, inoperative and cannot ground the province's authority to withhold the respondent's privileges. If those privileges are being suspended on the sole basis that the respondent refuses to satisfy a judgment debt that was released in bankruptcy, the province is acting without authority. The province's promise to refrain from doing what it has no authority to do cannot constitute fresh consideration capable of supporting any contract. This includes a contract for the repayment of a discharged debt. More importantly, the respondent need not enter into such a contract in

et (2) sont exhaustifs. S'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Parlement à cet égard outrepassa la compétence constitutionnelle de la province.

[80] Malgré cela, l'Alberta affirme que, comme tout autre créancier, la province a le droit de conclure avec le failli libéré un nouveau contrat exécutoire en vue du remboursement de la dette. À son avis, les droits de conducteur de l'intimé peuvent servir de nouvelle contrepartie pour la conclusion d'un tel contrat. Je ne suis pas d'accord. Comme la Cour d'appel, j'estime que cette prétendue nouvelle contrepartie n'est ni véritable ni compatible avec les objets du par. 178(2).

[81] En règle générale, le créancier ne peut faire en sorte que le débiteur fasse renaître une obligation dont il a été libéré, à moins d'offrir une nouvelle contrepartie : Wood, p. 301. Entre des parties privées, on peut soutenir que le débiteur puisse librement consentir à faire renaître une dette dont il a été libéré en échange de la fourniture de biens ou de services par le créancier. Mais la province n'a rien d'un créancier privé. Si un créancier privé n'est pas tenu de fournir des biens ou des services, la province, elle, ne peut priver arbitrairement l'intimé de ses droits de conducteur. La suspension de droits par les organismes administratifs doit être fondée sur une règle de droit : voir *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 141-142; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 59; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 71; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 10. En l'espèce, l'art. 102 a pour effet et pour objet de contraindre le débiteur à payer une dette dont il a été libéré, et il entre en conflit avec le par. 178(2). L'article 102 est donc inopérant dans cette mesure et ne peut servir de fondement à l'exercice, par la province, du pouvoir de priver l'intimé de ses droits. Si ces droits sont suspendus pour le seul motif que l'intimé refuse de payer une dette constatée par jugement dont il a été libéré dans le cadre d'une faillite, la province agit sans pouvoir. La promesse de la province de s'abstenir de faire ce qu'elle n'a pas le pouvoir de faire ne saurait constituer une nouvelle contrepartie pouvant

order to recover his driving privileges, because the province has no authority to withhold them.

[82] Finally, Alberta's other assertion, to the effect that Parliament's power over bankruptcy and insolvency matters does not extend to the regulation of driving privileges, does not entail that the province can withhold those privileges on the basis of an unpaid released debt. In my view, the province is conflating the scope of Parliament's authority and the consequences of the conflict between the *BIA* and the *TSA*. The financial responsibility of drivers is a valid matter of provincial concern and jurisdiction, and the province can set the conditions for driving privileges with this consideration in mind. Nonetheless, when the province denies a person's driving privileges on the sole basis that he or she refuses to pay a debt that was discharged in bankruptcy, the province's condition conflicts with s. 178(2) of the *BIA* and is, to that extent, inoperative. To so conclude does not transfer the power to regulate driving privileges to Parliament. The obligation to grant those privileges flows from the provisions of the provincial law that remain operative.

[83] The rehabilitative purpose of s. 178(2) is not meant to give debtors a fresh start in all aspects of their lives. Bankruptcy does not purport to erase all the consequences of a bankrupt's past conduct. However, by ensuring that all provable claims are treated as part of the bankruptcy regime, the *BIA* gives debtors an opportunity to rehabilitate themselves financially. While this does not amount to erasing all regulatory consequences of their past conduct, it is certainly meant to free them from the financial burden of past indebtedness.

(ii) Equitable Distribution

[84] The Court of Appeal concluded that the *TSA* also disrupts the equitable distribution purpose of

servir de base à un contrat, y compris un contrat en vue du remboursement d'une dette dont le débiteur a été libéré. Plus important encore, l'intimé n'a pas à conclure un tel contrat pour recouvrer ses droits de conducteur, car la province n'a pas le pouvoir de l'en priver.

[82] Enfin, l'autre affirmation de l'Alberta, selon laquelle la compétence du Parlement en matière de faillite et d'insolvabilité ne s'étend pas à la réglementation des droits de conducteur, ne saurait signifier que la province peut priver une personne de ces droits en raison du non-paiement d'une dette dont cette personne a été libérée. À mon avis, la province confond l'étendue du pouvoir du Parlement et les conséquences du conflit entre la *LFI* et la *TSA*. La responsabilité financière des conducteurs est une matière de compétence et d'intérêt provincial valide, et la province peut établir les conditions d'obtention des droits de conducteur en tenant compte de cette considération. Mais lorsqu'elle prive une personne de ses droits de conducteur pour le seul motif que cette personne refuse de payer une dette dont elle a été libérée dans le cadre d'une faillite, cette condition qu'impose la province entre en conflit avec le par. 178(2) de la *LFI* et est, dans cette mesure, inopérante. Une telle conclusion n'a pas pour effet de transférer au Parlement le pouvoir de réglementer les droits de conducteur. L'obligation d'accorder ces droits découle des dispositions de la loi provinciale qui demeurent opérantes.

[83] L'objet de réhabilitation du par. 178(2) n'est pas censé permettre aux débiteurs de repartir à neuf dans tous les aspects de leur vie. La faillite ne vise pas à effacer toutes les conséquences de la conduite antérieure du failli. Mais en faisant en sorte que toutes les réclamations prouvables soient traitées dans le cadre du régime de faillite, la *LFI* donne aux débiteurs une possibilité de se réhabiliter financièrement. Cela n'efface pas toutes les conséquences réglementaires de leur conduite antérieure, mais vise assurément à les libérer du fardeau financier de leur endettement antérieur.

(ii) Partage équitable

[84] La Cour d'appel a conclu que la *TSA* entraînait également la réalisation de l'objet de la *LFI* que

the *BIA*. In that court's view, the province's legislative scheme allows it to obtain more than the ordinary dividend paid under the bankruptcy regime, which is contrary to the objective of the *BIA* to "treat all creditors of the same class equally" (para. 50). For its part, the province asserts that s. 102 does not alter the priorities set out in the *BIA*, since payment for the privilege of driving does not draw on the estate of the bankrupt that is available to other creditors.

[85] I disagree with this conclusion of the Court of Appeal. The purpose of s. 178, the only provision of the *BIA* that is at issue in this appeal, is to give the discharged bankrupt a fresh start. The section sets out the limits of this fresh start by excluding specific debts from being released by the order of discharge (s. 178(1)), and it provides for the consequences of that order by releasing the bankrupt from all other provable claims (s. 178(2)). Section 178 does not further the purpose of equitable distribution of assets. What the Court of Appeal points to are the consequences of survival of the judgment debt as a result of s. 102 of the *TSA*, despite the discharge contemplated in s. 178. This concerns the financial rehabilitation purpose of the *BIA* and nothing more.

[86] This Court has repeatedly cautioned against giving "too broad a scope to paramountcy on the basis of frustration of federal purpose": *Lemare Lake*, at para. 23, quoting *Marcotte*, at para. 72; *Marine Services*, at para. 69; *Western Bank*, at para. 74. In the federal paramountcy analysis, it is therefore always essential to ascertain the exact purpose of the specific provision of the federal law that is at issue. The Court of Appeal does not cite any authority supporting the assertion that s. 178 has purposes other than the debtor's financial rehabilitation. Although other provisions of the *BIA*, discussed earlier in these reasons and dealing mostly with the property of the bankrupt and the administration of the bankrupt's estate, are meant to ensure this equitable distribution purpose, those provisions are not at issue in the case at bar. At best, the assertion made by the Court of Appeal unduly broadens the *BIA*'s equitable distribution purpose and the related single

constitue le partage équitable. À son avis, le régime législatif de la province permet à celle-ci d'obtenir plus que les dividendes ordinaires versés sous le régime de la faillite, ce qui est contraire à l'objectif de la *LFI* qui consiste à [TRADUCTION] « traiter équitablement tous les créanciers d'une même catégorie » (par. 50). Pour sa part, la province affirme que l'art. 102 ne modifie en rien les priorités énoncées dans la *LFI*, car le paiement exigé en échange des droits de conducteur n'est pas puisé dans l'actif du failli devant servir au paiement des autres créanciers.

[85] Je ne suis pas d'accord avec cette conclusion de la Cour d'appel. L'article 178, la seule disposition de la *LFI* en cause dans le présent pourvoi, vise à permettre au failli libéré de repartir à neuf. Il fixe les limites de ce nouveau départ en excluant certaines dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération (par. 178(1)), et prévoit les conséquences de cette ordonnance en libérant le failli de toutes autres réclamations prouvables (par. 178(2)). L'article 178 ne favorise pas la réalisation de l'objet qu'est le partage équitable des biens du failli. Ce que la Cour d'appel fait ressortir, ce sont les conséquences de la survie de la dette constatée par jugement en raison de l'art. 102 de la *TSA* et malgré la libération prévue à l'art. 178. Seul est en cause l'objet de réhabilitation financière de la *LFI*, et rien de plus.

[86] La Cour a à maintes reprises mis en garde contre le fait de conférer « à [la] doctrine [de la prépondérance fédérale] une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral » : *Lemare Lake*, par. 23, citant *Marcotte*, par. 72; *Marine Services*, par. 69; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 74. Dans l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, il est donc toujours essentiel d'établir avec précision l'objet de la disposition de la loi fédérale en cause. La Cour d'appel ne cite pas de source appuyant l'affirmation voulant que l'art. 178 vise autre chose que la réhabilitation financière du débiteur. D'autres dispositions de la *LFI*, que j'ai déjà examinées dans les présents motifs et qui traitent principalement des biens du failli et de l'administration de l'actif de celui-ci, visent à assurer la réalisation de l'objet de partage équitable, mais ces dispositions ne sont pas en cause en l'espèce. Au mieux, l'affirmation de la Cour d'appel élargit indûment l'objet de

proceeding model. This is contrary to the presumption of constitutionality according to which, “[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes”: *Western Bank*, at para. 75, quoting *Law Society of B.C.*, at p. 356; *Marine Services*, at para. 69.

[87] Professor Wood, at p. 3, explains as follows the rationale behind the collective proceeding through which equitable distribution is achieved:

The race to grab assets in the absence of a collective insolvency regime does not provide an environment within which an efficient and orderly liquidation can occur. The process is inefficient because each creditor must separately attempt to enforce their claims against the debtor’s assets, and this produces duplication in enforcement costs. The piecemeal selling off of assets also results in a much smaller recovery than if a single person were in control of the liquidation. Similarly, the race to seize assets does not produce an environment within which negotiations with creditors can easily occur. A reasonable creditor who is inclined to negotiate with the debtor will be unlikely to do so if other creditors are actively taking steps to make away with the debtor’s realizable assets; instead, the creditor will feel compelled to join the wild dash to seize assets. Although some of the creditors (those who are able to strike first) are better off in such a scenario, the creditors as a group receive less than if a more orderly liquidation or negotiated arrangement had taken place.

(See also *Husky Oil*, at para. 7.)

[88] The single proceeding model is focused on ensuring the orderly distribution of assets and reducing inefficiencies, and ultimately on maximizing global recovery for creditors. If, after the bankrupt’s discharge, that is, after the administration of the estate and the orderly distribution contemplated by the *BIA*, the province is allowed to compel a bankrupt to make payments outside the collective proceeding and to obtain property that

partage équitable de la *LFI* et le modèle de la procédure unique qui s’y rapporte. Cette approche est contraire à la présomption de validité constitutionnelle qui exige que « [c]haque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75, citant *Law Society of B.C.*, p. 356; *Marine Services*, par. 69.

[87] Le professeur Wood, à la p. 3, décrit ainsi la raison d’être de la procédure collective qui permet d’assurer un partage équitable :

[TRADUCTION] La course pour s’emparer des éléments d’actif en l’absence d’un régime collectif d’insolvabilité n’offre pas un environnement propice à une liquidation efficace et ordonnée. Le processus est inefficace parce que chaque créancier doit tenter séparément de faire valoir sa réclamation contre les biens du débiteur, ce qui entraîne un dédoublement des frais de recouvrement. La liquidation à la pièce des éléments d’actifs donne également lieu à un recouvrement bien inférieur à ce qu’il aurait été si une seule personne avait dirigé la liquidation. De la même façon, la course pour saisir les éléments d’actif ne crée pas un environnement très propice aux négociations avec les créanciers. Le créancier raisonnable qui est disposé à négocier avec le débiteur ne le fera probablement pas si les autres créanciers prennent des mesures concrètes pour emporter les biens réalisables du débiteur; il se sentira plutôt obligé de se jeter dans la mêlée pour saisir les biens. S’il est vrai que certains créanciers (ceux qui réussissent à frapper en premier) s’en tirent mieux dans un tel contexte, les créanciers, en tant que groupe, reçoivent moins que ce qu’ils auraient reçu dans le cadre d’une liquidation plus ordonnée ou d’un arrangement négocié.

(Voir aussi *Husky Oil*, par. 7.)

[88] Le modèle de la procédure unique vise à assurer le partage ordonné des biens et à réduire les inefficacités et, ultimement, à maximiser le recouvrement global des créanciers. Si, après la libération du failli, c’est-à-dire après l’administration de l’actif et le partage ordonné que prévoit la *LFI*, la province peut contraindre un failli à effectuer des paiements en dehors de la procédure collective, et obtenir des biens qui ne seraient pas, de toute façon,

would not, in any event, be distributed to the creditors as part of the bankruptcy process, I fail to see how the single proceeding model is disrupted. The assets to be distributed to creditors remain the same, and they are still allocated according to the bankruptcy scheme and any priorities it dictates. Whether or not s. 102 of the *TSA* operates after the discharge does not impact the orderly distribution to creditors, nor does it affect the pool of assets to be distributed to them. In this regard, the judgment debt is not “preferred” or given any kind of priority under the *BIA* scheme; it is quite simply unaffected by the bankruptcy process as a result of the provincial scheme in the same way as the other debts listed in s. 178(1) that are not released by the order of discharge. The operation of s. 102 does not cause any chaos or inefficiencies in the bankruptcy process. If anything, allowing s. 102 to operate increases global recovery for the other creditors while leaving the single proceeding intact.

[89] Thus, although it is clear that the purpose of s. 178(2) is to ensure the debtor’s financial rehabilitation and that s. 102 frustrates that purpose, I am not convinced that the operation of the provincial scheme in the context of this appeal interferes with the equitable distribution of assets, a purpose that is undoubtedly served by other provisions of the *BIA*, but not by s. 178.

VI. Disposition

[90] In my view, the doctrine of paramountcy dictates that s. 102 of the *TSA* is inoperative to the extent that it conflicts with the *BIA*, and in particular s. 178(2). Therefore, the province cannot withhold the respondent’s driving privileges on the basis of an unsatisfied but discharged judgment debt. I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question as follows:

Is s. 102(2) of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, constitutionally inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?

distribués aux créanciers dans le cadre du processus de faillite, je ne vois pas en quoi le modèle de la procédure unique est perturbé. Les éléments d’actif devant être partagés entre les créanciers demeurent les mêmes et sont quand même répartis conformément au régime de faillite et aux priorités qu’il dicte. Que l’article 102 de la *TSA* s’applique ou non après la libération n’a aucune incidence sur le partage ordonné des biens entre les créanciers, ni même d’effet sur l’ensemble de biens que ceux-ci peuvent se partager. À cet égard, la dette constatée par jugement n’est pas « privilégiée » et ne se voit pas non plus accorder une quelconque priorité sous le régime de la *LFI*; elle n’est tout simplement pas touchée par le processus de faillite en raison du régime provincial, au même titre que les autres dettes énumérées au par. 178(1) dont le failli n’est pas libéré par l’ordonnance de libération. L’application de l’art. 102 ne cause ni chaos ni inefficacités dans le processus de faillite. En fait, permettre l’application de l’art. 102 augmente le recouvrement global des autres créanciers, tout en préservant la procédure unique.

[89] Par conséquent, s’il est clair que le par. 178(2) vise la réhabilitation financière du débiteur et que l’art. 102 entrave la réalisation de cet objet, je ne suis pas convaincu que l’application du régime provincial dans le contexte du présent pourvoi fait obstacle au partage équitable des biens, un objet dont la réalisation est sans aucun doute visée par d’autres dispositions de la *LFI*, mais pas par l’art. 178.

VI. Dispositif

[90] À mon avis, la doctrine de la prépondérance fédérale dicte que l’art. 102 de la *TSA* est inopérant dans la mesure où il entre en conflit avec la *LFI*, et avec le par. 178(2) en particulier. La province ne peut donc pas priver l’intimé de ses droits de conducteur en raison d’une dette constatée par jugement qu’il n’a pas payée mais dont il a été libéré. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens, et de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante :

Le paragraphe 102(2) de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, de l’Alberta est-il inopérant du point de vue constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?

Answer: Yes, s. 102 of the Alberta *Traffic Safety Act* is inoperative to the extent that it is used to enforce a debt discharged in bankruptcy.

The reasons of McLachlin C.J. and Côté J. were delivered by

[91] CÔTÉ J. — I agree that what is at the core of this appeal is the frustration of a federal purpose. Therefore, I concur with Gascon J. insofar as he finds that s. 102 of the Alberta *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6 (“TSA”), frustrates the purpose of financial rehabilitation that underlies s. 178(2) of the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), and that s. 102 is accordingly inoperative to the extent of the conflict by reason of the doctrine of federal paramountcy. However, I do not believe that there is an operational conflict to speak of in this appeal.

[92] There is no doubt in my mind that s. 102 of the *TSA* allows Alberta to do indirectly what it is implicitly prohibited from doing under s. 178(2) of the *BIA*, but in light of the indirect nature of the conflict, this issue is properly dealt with on the basis of the second branch of the federal paramountcy test, not the first.

[93] In my respectful view, Gascon J.’s analysis contrasts with the clear standard that has been adopted for the purpose of determining whether an operational conflict exists in the context of the federal paramountcy test: impossibility of dual compliance as a result of an express conflict. My colleague’s approach conflates the two branches of the federal paramountcy test, or at a minimum blurs the difference between them and returns the jurisprudence to the state it was at before the second branch was recognized as a separate branch. And it has an additional serious adverse effect: by expanding the definition of conflict in the first branch, it increases the number of situations in which a federal law might be found to pre-empt a provincial law without an in-depth analysis of Parliament’s intent.

Réponse : Oui, l’art. 102 de la *Traffic Safety Act* de l’Alberta est inopérant dans la mesure où il permet de recouvrer une dette dont le débiteur a été libéré dans le cadre d’une faillite.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Côté rendus par

[91] LA JUGE CÔTÉ — Je conviens que ce qui est au cœur du présent pourvoi est l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral. En conséquence, je souscris aux motifs du juge Gascon dans la mesure où il conclut que l’art. 102 de la loi *Traffic Safety Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, c. T-6 (« TSA »), entrave la réhabilitation financière du failli, qui est l’objet du par. 178(2) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), et que l’art. 102 est donc inopérant dans la mesure du conflit, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cependant, je ne crois pas qu’il existe un conflit opérationnel en l’espèce.

[92] Il ne fait aucun doute, selon moi, que l’art. 102 de la *TSA* autorise l’Alberta à faire indirectement ce que le par. 178(2) de la *LFI* lui interdit implicitement de faire, mais le caractère indirect du conflit fait en sorte que la question doit être examinée sous le second volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, et non sous le premier volet.

[93] À mon humble avis, l’analyse du juge Gascon tranche avec la norme claire que cette Cour a retenue en vue de déterminer, dans le cadre de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, s’il existe un conflit opérationnel : l’impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d’un conflit express. L’approche de mon collègue confond les deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, ou obscurcit à tout le moins la différence entre les deux et ramène la jurisprudence à l’état où elle se trouvait avant que le second volet soit reconnu comme volet distinct. Et cette approche a également une conséquence sérieuse : en élargissant la définition de conflit sous le premier volet, elle accroît le nombre de cas où une loi fédérale pourrait court-circuiter une loi provinciale sans que l’on analyse en profondeur l’intention du Parlement.

[94] To support his approach, my colleague relies on cases that were decided before “frustration of purpose” was recognized as a separate branch of the test. He also relies on subsequent decisions in which the two branches were confused. In my view, *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961 (“*M & D Farm*”), and *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 (“*Lafarge*”), cannot be found to represent a consistent and coherent approach to the interplay between the two branches.

[95] In the case at bar, it is clear from the provisions themselves that as a result of how the two legislatures decided to exercise their respective powers, dual compliance is not impossible. The provincial and federal provisions at issue do not expressly conflict; they are different in terms of their contents and of the remedies that they provide. One of them does not permit what the other specifically prohibits.

[96] Under s. 178 of the *BIA*, a bankrupt is discharged from all claims provable in bankruptcy. That section says nothing more. One must be careful, in light of the federal purpose of financial rehabilitation, not to add words to the provision.

[97] Thus, s. 102 of the *TSA* does not revive an extinguished claim *per se*; if a debtor chooses not to drive, the province simply cannot enforce its claim. Rather, s. 102 allows the province to suspend a driver’s licence, which gives it some leverage to compel payment of the debt *if the driver decides to drive*. The bankrupt is still discharged in the literal sense of the words of s. 178(2) of the *BIA*. This is not a situation of express conflict in which one law says “yes” while the other says “no”. The two statutes answer different questions. In the end, the literal requirement of the federal statute is, strictly speaking, met. It therefore follows that the two acts can operate side by side without conflict. To conclude otherwise would be to disregard the distinct contents of the two provisions and the remedies that they provide.

[94] À l’appui de l’approche qu’il préconise, mon collègue cite des arrêts rendus avant que « l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral » ne soit reconnue comme un volet distinct de l’analyse. Il se fonde également sur des arrêts subséquents où cette Cour a confondu les deux volets. À mon avis, on ne peut affirmer que les arrêts *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961 (« *M & D Farm* »), et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 (« *Lafarge* »), abordent de manière uniforme et cohérente l’interaction entre les deux volets.

[95] En l’espèce, il appert clairement des dispositions elles-mêmes, en raison de la façon dont les deux législateurs ont décidé d’exercer leur compétence législative respective, que le respect des deux textes de loi n’est pas impossible. Les dispositions provinciale et fédérale en cause ne sont pas expressément en conflit; elles diffèrent de par leur contenu et les recours qu’elles offrent. L’une ne permet pas ce que l’autre interdit expressément.

[96] Aux termes de l’art. 178 de la *LFI*, un failli est libéré de toutes réclamations prouvables en matière de faillite. Cet article ne prévoit rien de plus. Il faut se garder, compte tenu de l’objectif fédéral de la réhabilitation financière du failli, d’ajouter des mots à cette disposition.

[97] Ainsi, l’art. 102 de la *TSA* ne fait pas revivre une réclamation éteinte en soi; si un débiteur choisit de ne pas conduire, la province ne peut tout simplement pas recouvrer sa créance. Cet article autorise plutôt la province à suspendre un permis de conduire, ce qui lui donne un moyen pour contraindre le débiteur à payer la dette *s’il décide de conduire*. Le failli demeure libéré au sens littéral du par. 178(2) de la *LFI*. Il ne s’agit pas d’un cas de conflit exprès où une loi dit « oui » et l’autre dit « non ». Les deux lois visent des objets différents. En bout de ligne, l’obligation littérale de la loi fédérale est, à proprement parler, respectée. Il s’ensuit donc que les deux lois peuvent coexister sans conflit. Conclure autrement signifierait faire abstraction du contenu distinct des deux dispositions et des recours qu’elles offrent.

[98] This is why I am of the view that this appeal must be decided on the basis of the frustration of a federal purpose, an issue in respect of which the applicable standard is higher, and that requires an in-depth analysis of Parliament’s intent.

VII. Impossibility of Dual Compliance

[99] In my colleague’s discussion of operational conflict, *impossibility* of dual compliance, instead of being at the forefront of the analysis, seems to be a secondary consideration. Yet it is the undisputed standard for determining whether an operational conflict exists, and one that very few cases will meet.

[100] In the jurisprudence, impossibility of dual compliance has become synonymous with operational conflict: see e.g. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 16-4 (“Impossibility of dual compliance”). This may largely be due to this Court’s repeated emphasis on the definition of operational conflict articulated by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161 (“*Multiple Access*”): “. . . there is actual conflict in operation . . . where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’; ‘the same citizens are being told to do inconsistent things’; compliance with one is defiance of the other” (p. 191 (emphasis added)).

[101] In *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188 (“*Rothmans*”), Major J. stressed that *Multiple Access* is “often cited for the proposition that there is an inconsistency for the purposes of the doctrine if it is impossible to comply simultaneously with both provincial and federal enactments” (para. 11). Major J. also described an operational conflict as a situation in which the provincial law “mak[es] it impossible to comply” with the federal law (para. 14). Binnie and LeBel JJ. would subsequently state in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, that provincial and federal laws

[98] C’est pourquoi j’estime que le présent pourvoi doit être tranché sous l’angle de l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral; l’analyse dans ce cas suppose que la norme applicable est plus élevée et exige un examen en profondeur de l’intention du Parlement.

VII. Impossibilité de se conformer aux deux lois

[99] Dans l’examen du conflit opérationnel auquel se livre mon collègue, *l’impossibilité* de se conformer aux deux lois semble être une considération secondaire au lieu de se trouver au premier plan de l’analyse. Cette impossibilité constitue pourtant la norme incontestée pour déterminer s’il existe un conflit opérationnel, et très peu de cas pourront satisfaire à cette norme.

[100] Dans la jurisprudence, l’impossibilité de se conformer aux deux lois est devenue synonyme de conflit opérationnel : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 16-4 (« *Impossibility of dual compliance* »). Il en est probablement ainsi en bonne partie parce que notre Cour a mis l’accent à maintes reprises sur la définition donnée au conflit opérationnel par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 (« *Multiple Access* ») : « . . . il y a un conflit véritable [. . .] lorsqu’une loi dit “oui” et que l’autre dit “non”; “on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles”; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre » (p. 191 (je souligne)).

[101] Dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188 (« *Rothmans* »), le juge Major a souligné que l’arrêt *Multiple Access* est « souvent cité à l’appui de la théorie que l’incompatibilité apparaît selon cette doctrine en cas d’impossibilité de respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral » (par. 11). Il a aussi mentionné que le conflit opérationnel s’entend d’une situation où la loi provinciale « ren[d] impossible le respect » simultanément de la loi fédérale (par. 14). Les juges Binnie et LeBel ont affirmé par la suite dans *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3,

are incompatible where “it is impossible to comply with both laws” (para. 75). Impossibility of dual compliance continues to be the standard for conceptualizing operational conflict and determining whether one exists: see e.g. *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), at para. 64.

[102] The requirement of an “express contradiction”, discussed in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241 (“*Spraytech*”), at para. 34, is inseparable from impossibility of dual compliance as a clear expression of the prudent measure of restraint displayed in the line of cases in which the first branch of the federal paramountcy test was developed. It echoes the proposition that for the two laws to conflict, each one has to say exactly the opposite of what the other says (one law says “yes” and the other says “no”). A less direct conflict is simply not enough.

[103] In *Canadian Western Bank*, Bastarache J. indicated that the only type of conflict capable of triggering the first branch is one that is “express” (para. 126). See also *Lafarge*, at para. 113. In *M & D Farm*, on which my colleague relies extensively, Binnie J., writing for the Court, acknowledged that the federal enactment will prevail only in the event of “an express contradiction” (para. 17). The Court had also previously used the expression “direct conflict” to characterize this requirement: *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at pp. 64-65. Peter W. Hogg states that the requirement is “a very tight restriction on the paramountcy doctrine, since cases where the provincial law expressly contradicts the federal law are few and far between”: “Paramountcy and Tobacco” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 338 (emphasis added). In the absence of an express conflict, the two provisions are deemed to be capable of operating side by side. This idea also underlies the reasons of the majority in *COPA*, who found that there was no operational conflict, because the federal statute did not require the construction of an

qu’il y a incompatibilité entre les législations provinciale et fédérale lorsqu’« il est impossible de se conformer aux deux législations » (par. 75). L’impossibilité de se conformer aux deux lois demeure la norme à appliquer pour cerner la notion de conflit opérationnel et déterminer s’il en existe un : voir, par exemple, *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 64.

[102] L’exigence d’un « conflit explicite » proposée dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241 (« *Spraytech* »), par. 34, est indissociable de l’impossibilité de se conformer aux deux lois. C’est là l’expression claire de la retenue prudente dont cette Cour a fait preuve dans la série d’arrêts où a été élaboré le premier volet de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette approche adopte le principe voulant que, pour que les deux lois entrent en conflit, chacune doit dire exactement le contraire de ce que dit l’autre (l’une dit « oui » et l’autre dit « non »). Un conflit moins direct ne suffit tout simplement pas.

[103] Dans *Banque canadienne de l’Ouest*, le juge Bastarache a indiqué que le seul type de conflit auquel le premier volet de l’analyse peut s’appliquer est le conflit « explicite » (par. 126). Voir aussi *Lafarge*, par. 113. Dans l’arrêt *M & D Farm*, sur lequel mon collègue s’appuie largement, le juge Binnie, au nom des juges majoritaires, a reconnu que le texte de loi fédéral aura priorité seulement dans le cas d’une « contradiction expresse » (par. 17). La Cour avait aussi employé auparavant l’expression « conflit direct » pour qualifier cette exigence : *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 64-65. Peter W. Hogg a écrit que l’exigence [TRADUCTION] « restreint énormément la doctrine de la prépondérance fédérale car les cas où la loi provinciale contredit explicitement la loi fédérale sont peu nombreux » : « Paramountcy and Tobacco » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 338 (je souligne). En l’absence d’un conflit exprès, les deux dispositions sont réputées pouvoir coexister. Cette idée sous-tend également les motifs de la majorité dans *COPA*, dans lequel la Cour a conclu à l’absence

aérodrome, whereas the provincial law prohibited it (para. 65).

[104] In light of the modern jurisprudence, this restrained approach to operational conflict is therefore inescapable. There are good reasons for maintaining such a strict standard for operational conflict. Iacobucci J. (dissenting, but not on this point) explained the rationale behind it in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453:

In closing, although I find there to be no conflict between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*, I posit that, even if there were to be some element of conflict, this must be evaluated in light of the fact that the provincial legislation is *intra vires*. Legislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere. I would emphasize again that this Court has traditionally declined to invoke the paramountcy doctrine in the absence of actual operational conflict. I am uncomfortable with the “water-tight” approach to federal bankruptcy legislation propounded by the respondents. To interpret the quartet as requiring the invalidation of provincial laws which have any effect on the bankruptcy process is to undermine the theory of co-operative federalism upon which (particularly post-war) Canada has been built. In *Deloitte Haskins [and Sells Ltd. v. Workers’ Compensation Board]*, [1985] 1 S.C.R. 785], at pp. 807-8, Wilson J. recognized it to be appropriate to adopt as narrow a definition of operational conflict as possible in order to allow each level of government as much area of activity as possible within its respective sphere of authority. [Emphasis added; para. 162.]

Such a high standard is consistent with co-operative federalism and with the idea, as eloquently expressed by my colleague Abella J. for the majority in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, that “[t]oday’s constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism”, which requires that courts accept an overlap “between the exercise of federal and provincial competencies” as inevitable (para. 42). If, in practice, the wording of the statutes

d’un conflit opérationnel puisque la loi fédérale n’exigeait pas la construction d’un aérodrome, alors que la loi provinciale l’interdisait (par. 65).

[104] La jurisprudence moderne rend donc inéluctable cette façon restreinte d’aborder le conflit opérationnel. Il y a de bonnes raisons pour justifier le maintien d’une norme aussi stricte relative au conflit opérationnel. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, le juge Iacobucci (dissident mais non sur ce point) en a expliqué la raison d’être :

Pour terminer, bien que je conclue qu’il n’existe pas de conflit entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*, je pose comme principe que, même s’il existait une certaine mesure d’incompatibilité entre les deux textes, il faut examiner cette question en tenant pour acquis que la loi provinciale est constitutionnelle. Une loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale. Je tiens à souligner, de nouveau, que notre Cour a traditionnellement refusé d’appliquer la règle de la prépondérance en l’absence d’un conflit réel d’application. Je suis mal à l’aise avec la façon « étanche » d’aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent. Interpréter le quatuor d’arrêts comme requérant l’invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d’après-guerre) a été érigé. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt *Deloitte Haskins [and Sells Ltd. c. Workers’ Compensation Board]*, [1985] 1 R.C.S. 785], aux pp. 807-808, il convient de restreindre autant que possible la définition de l’expression « conflit d’application » pour que chaque palier de gouvernement puisse exercer autant d’activités que possible dans sa propre sphère de compétence. [Je souligne; par. 162.]

Une norme aussi élevée est conforme au fédéralisme coopératif et à l’idée, exprimée avec tant d’éloquence par ma collègue la juge Abella dans *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, que « [l]e paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif » qui oblige les tribunaux à accepter l’inéluctabilité d’un chevauchement « entre l’exercice des compétences fédérales et provinciales » (par. 42). S’il est possible en pratique

makes it possible to comply with both of them, then co-operative federalism requires this Court to find that the federal and provincial statutes are compatible, at least at the first stage of the analysis. If there is a doubt in this regard, the issue should be addressed at the second stage, since an interpretation of the federal and provincial legislation that results in a finding of compatibility should be favoured at the first stage.

[105] This is where I cannot agree with my colleague. Rather than assessing the possibility of dual compliance and the existence or absence of an express operational conflict, Gascon J. begins by characterizing the effect of s. 102 of the *TSA*. In his view, that effect is to permit the enforcement of a discharged debt. He then finds that compelling the payment of such a debt is prohibited by s. 178(2) of the *BIA*, as its purpose is to give the bankrupt a fresh start. My colleague interprets s. 178(2) of the *BIA* broadly on the basis of Parliament's intent to foster the financial rehabilitation of the bankrupt, and this results in a conflict. In other words, rather than considering whether to comply with one statute is to defy the other, he considers whether the effects of the provincial statute seem to be incompatible with the federal prohibition. Instead of considering only the actual words of both provisions, he takes into account their purposes and their effects.

[106] As I mentioned above, his analysis thus conflates the two branches of the federal paramountcy test, or at a minimum blurs the difference between them and returns the jurisprudence to the state it was at before the second branch was recognized as a separate branch.

[107] With all due respect, as the Chief Justice stated in *COPA*, the two branches of the modern federal paramountcy test relate to “two different forms of conflict” (para. 64). See also *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 (“*Marine Services*”), at

de respecter les deux lois en raison de leur libellé, alors le fédéralisme coopératif oblige notre Cour à conclure que les lois fédérale et provinciale sont compatibles, du moins à la première étape de l'analyse. En cas de doute à ce sujet, c'est à la deuxième étape qu'il convient d'examiner la question puisqu'une interprétation des lois fédérale et provinciale qui mène à la conclusion que les lois sont compatibles doit être favorisée à la première étape.

[105] C'est ici que je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue. Plutôt que d'évaluer la possibilité de se conformer simultanément aux deux lois et de déterminer l'existence ou l'absence d'un conflit opérationnel exprès, le juge Gascon commence par qualifier l'effet de l'art. 102 de la *TSA*. Selon lui, cette disposition permet le recouvrement d'une dette dont le débiteur a été libéré. Il conclut ensuite que le fait d'exiger le paiement de cette dette est interdit par le par. 178(2) de la *LFI*, celui-ci ayant pour objectif de permettre au failli de prendre un nouveau départ. Se fondant sur l'intention du Parlement de favoriser la réhabilitation financière du failli, mon collègue donne au par. 178(2) de la *LFI* une interprétation large qui résulte en un conflit. En d'autres termes, plutôt que d'examiner si l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre, il se demande si les effets de la loi provinciale semblent contraires à l'interdiction fédérale. Au lieu d'examiner seulement le libellé des deux dispositions, il prend en considération leurs objets et leurs effets.

[106] Comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis que son analyse confond les deux volets de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, ou atténuée à tout le moins la différence entre ces deux volets, et ramène la jurisprudence dans l'état où elle se trouvait avant que le second volet ne soit reconnu en tant que volet distinct.

[107] Avec respect, les deux volets de l'analyse moderne de la doctrine de la prépondérance fédérale ont trait à « [d]eux formes de conflit différentes », comme la Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt *COPA* (par. 64). Voir également *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC

para. 68. While it is true that they overlap, it is not true that a finding of an operational conflict in the first branch will necessarily entail a finding of frustration of a federal purpose in the second branch. An overlap between the two forms of conflict does not mean the branches are necessarily redundant. The party that invokes the frustration of a federal purpose bears the burden of proof, and the standard of proof is high: *COPA*, at para. 66. The federal scheme may be drafted in a manner that does not match the record of Parliament's intent, but that results in an express conflict with a provincial law. If the frustration of a federal purpose can be used to find that an operational conflict exists, there is really no point in having two branches of the test. If the Court wishes to merge the two branches, it cannot do so without overruling *Rothmans*, *COPA* and *Marine Services* on this point.

[108] The first branch of the federal paramountcy test is concerned with incompatibility *of the provisions*, that is, an incompatibility that is evident on the face of the provisions themselves. An analysis in this regard takes the federal statute as a starting point and focusses on its actual wording. This analysis requires an inquiry, based on the wording of the federal statute, into whether there is room for the provincial law to operate. In this context, the content of each of the laws and the remedies that they provide are of considerable importance.

[109] For all these reasons, even a superficial possibility of dual compliance will suffice for a court to conclude that there is no operational conflict: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113 ("*Mangat*"), at para. 72. By the same logic, a duplication of federal and provincial legislation will not on its own amount to operational conflict: *Multiple Access*, at p. 190, per Dickson J. for the majority. In addition, where federal legislation is broad and permissive, a restrictive provincial scheme will usually be deemed not to conflict with

44, [2013] 3 R.C.S. 53 (« *Marine Services* »), par. 68. S'il est vrai qu'il existe un chevauchement entre les deux volets, il est inexact d'affirmer que la constatation d'un conflit opérationnel au premier volet de l'analyse entraînera nécessairement au second volet une conclusion que la réalisation de l'objectif fédéral a été entravée. L'existence d'un chevauchement entre les deux formes de conflit ne signifie pas que les deux volets sont nécessairement redondants. Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui invoque l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, et la norme de preuve est élevée : *COPA*, par. 66. La loi fédérale peut être rédigée d'une façon qui ne correspond pas à l'intention du législateur, mais cela peut néanmoins entraîner un conflit exprès avec une loi provinciale. Si une cour peut se fonder sur l'entrave à l'objectif fédéral pour conclure à l'existence d'un conflit opérationnel, il ne sert à rien de conserver une analyse en deux volets. Si la Cour désire fusionner les deux volets, elle ne peut le faire sans infirmer sur ce point les arrêts *Rothmans*, *COPA* et *Marine Services*.

[108] Le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale concerne l'incompatibilité *entre les dispositions*, soit une incompatibilité ressortissant à première vue des dispositions elles-mêmes. Le premier volet de l'analyse prend la loi fédérale comme point de départ et ne porte que sur son libellé. Dans le cadre de cette analyse, le tribunal doit déterminer si, compte tenu uniquement du texte de la loi fédérale, la loi provinciale peut elle aussi s'appliquer. Dans ce contexte, le contenu des deux lois et les recours qu'elles offrent revêtent une grande importance.

[109] Pour toutes ces raisons, même une possibilité superficielle de se conformer aux deux lois suffit pour qu'un tribunal conclue à l'absence de conflit opérationnel : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 (« *Mangat* »), par. 72. Suivant la même logique, la duplication d'une loi fédérale et d'une loi provinciale ne donne pas lieu à un conflit opérationnel : *Multiple Access*, p. 190, le juge Dickson, au nom des juges majoritaires. En outre, lorsqu'une loi fédérale est générale et permissive, un régime

it, because it will be possible to comply with both of them by conforming to the more restrictive provincial law: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 SCC 60, [2011] 3 S.C.R. 635, at para. 20. Such was the case in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121 (“*Bank of Montreal*”), *Spraytech, Rothmans and COPA*.

[110] If the federal law is prohibitive, as in the case at bar, the question becomes what *exactly* it prohibits. If the provincial law allows the very same thing the federal law prohibits, there is an operational conflict. If it does not do so, the analysis shifts to the second branch.

[111] My colleague contends, relying on *Marine Services*, that the modern approach to statutory interpretation applies to ambiguous federal statutes. According to him, the analysis regarding an express conflict cannot be limited to a literal reading of the statute. Parliament’s intent can thus be used to find that an operational conflict exists where there would otherwise be none.

[112] With all due respect, *Marine Services* does not stand for that proposition; rather, it reaffirms the idea that co-operative federalism supports an interpretation of the federal and provincial legislation that results in a finding of compatibility at the first stage of the test. In *Marine Services*, this Court resolved the ambiguity in the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by finding that “[a]n interpretation recognizing the absence of conflict between the statutes is borne out by the broader context, the scheme and object of the *MLA* and Parliament’s intent” (para. 79). Yet Gascon J. is doing the opposite, that is, concluding that an operational conflict exists even though there is an interpretation of the two laws that results in a finding of compatibility.

[113] If permissive federal legislation is to be interpreted restrictively in order to avoid an operational conflict, I see no reason to generally treat

provincial restrictif ne sera pas considéré comme entrant en conflit avec la loi fédérale parce qu’il est possible de respecter les deux lois en se conformant à la loi provinciale plus restrictive : *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 20. Tel était le cas dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 (« *Banque de Montréal* »), *Spraytech, Rothmans et COPA*.

[110] Si la loi fédérale est prohibitive, comme en l’espèce, il faut alors se demander ce qu’elle interdit *exactement*. Si la loi provinciale autorise la chose même qu’interdit la loi fédérale, il existe un conflit opérationnel. Sinon, le second volet de l’analyse entre en jeu.

[111] S’appuyant sur l’arrêt *Marine Services*, mon collègue soutient que la méthode moderne d’interprétation des lois s’applique aux textes législatifs ambigus. Selon lui, l’analyse relative à l’existence d’un conflit exprès ne doit pas se limiter à une lecture littérale de la disposition législative. L’intention du législateur fédéral peut servir pour conclure à l’existence d’un conflit opérationnel là où il n’y en aurait pas autrement.

[112] Avec égards, ce n’est pas ce qu’affirme l’arrêt *Marine Services*; il réaffirme plutôt l’idée que le fédéralisme coopératif appuie une interprétation des lois fédérale et provinciale qui mène, sous le premier volet de l’analyse, à la conclusion que les lois sont compatibles. Dans *Marine Services*, notre Cour a résolu l’ambiguïté que comportait la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, lorsqu’elle a conclu que « [l]’interprétation selon laquelle il y a absence de conflit en l’espèce est confirmée par le contexte général, l’esprit et l’objet de la *LRMM*, ainsi que par l’intention du législateur » (par. 79). Le juge Gascon pour sa part conclut à l’existence d’un conflit opérationnel même si une interprétation des deux lois peut mener à la conclusion qu’elles sont compatibles.

[113] S’il faut interpréter restrictivement une loi fédérale permissive afin d’éviter un conflit opérationnel, je ne vois aucune raison d’accorder de

ambiguous provisions differently. Following my colleague's approach, the frustration of federal purpose analysis can result in findings of two different forms of conflict. That is clearly not the conclusion this Court reached in *Bank of Montreal*. It should be noted that the federal provision at issue in that case could easily have been characterized as being ambiguous. Thus, a broader interpretation could have been adopted to the effect that Parliament's intent resulted in an operational conflict; instead, the Court considered it necessary to extend the federal paramountcy test by creating the frustration of purpose branch. Whereas Parliament's intent had originally been irrelevant to the federal paramountcy test, it would now be the touchstone of this new branch.

[114] The Court has never really addressed the interrelation between the two branches. In many cases from both before and after *Rothmans, Canadian Western Bank* and *COPA*, it seems to me that the two branches have been confused, as the Court has concluded that there was an operational conflict in the context of the first branch while referring to the federal purpose.

[115] For instance, Gonthier J., writing for the majority in *Husky Oil*, found that there was a "clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*" (para. 87). As the Ontario Court of Appeal noted in its reasons in the companion case, *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, the decision of the majority in *Husky Oil* is best understood as one involving frustration of federal purpose rather than operational conflict:

Although not so described in the case, in my view, the majority in *Husky Oil* is best understood as a decision involving frustration of a federal purpose rather than an

façon générale un traitement différent aux dispositions ambiguës. Suivant l'approche de mon collègue, l'intention du Parlement peut donner lieu à deux formes de conflit différentes. Telle n'est manifestement pas la conclusion à laquelle notre Cour est parvenue dans *Banque de Montréal*. Il convient de signaler que dans cette affaire, on aurait pu facilement qualifier d'ambiguë la disposition fédérale en cause. Ainsi, la Cour aurait pu adopter une interprétation plus large suivant laquelle l'intention du législateur entraînait un conflit opérationnel; pourtant, la Cour a estimé nécessaire d'élargir l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale en considérant un deuxième volet, soit celui de l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral. Alors qu'à l'origine, l'intention du Parlement n'était pas pertinente dans l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, elle devenait désormais la pierre d'assise de ce nouveau volet.

[114] La Cour n'a jamais vraiment traité de l'interaction entre les deux volets de l'analyse. Dans de nombreux arrêts, tant avant qu'après *Rothmans, Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, il me semble que la Cour a confondu les deux volets en concluant à l'existence d'un conflit opérationnel dans l'analyse sous le premier volet tout en traitant de l'objectif du Parlement fédéral.

[115] Par exemple, dans *Husky Oil*, le juge Gonthier, écrivant pour la majorité, a conclu qu'il existait « une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir » (par. 87). Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans ses motifs dans l'affaire connexe à la présente *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, il faut considérer le jugement majoritaire dans *Husky Oil* comme une décision fondée sur l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral plutôt que sur un conflit opérationnel :

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas décrit de cette façon dans cette affaire, le jugement majoritaire dans *Husky Oil* doit être qualifié, selon moi, de décision portant sur

operational conflict. Firstly, the majority did not rely on *Multiple Access* but on *Hall*, a case which is now viewed as a frustration of purpose decision. Secondly, the majority relied on the effect of the provincial legislation and indirect conflict to ground its paramountcy analysis and not the strict operational conflict test found in *Multiple Access*. [para. 75]

[116] In *Lafarge*, the majority did recognize the two branches of the federal paramountcy test, but stated the test incorrectly:

We restated the requirements for federal paramountcy in our reasons in *Canadian Western Bank*. The party raising the issue must establish the existence of valid federal and provincial laws and the impossibility of their simultaneous application by reason of an operational conflict or because such application would frustrate the purpose of the enactment, as explained by our Court in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at paras. 11-14. (See also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 68-71; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.) [para. 77]

[117] The conflation of frustration of a purpose with impossibility of dual compliance is even more apparent at para. 75 of that case, where the majority stated that the two statutes “would create an operational conflict that would flout the federal purpose”. Interestingly, the majority did not refer to an operational conflict in terms of impossibility of dual compliance or a situation in which one enactment says “yes” and the other says “no”. They merely applied *M & D Farm* and found that there was an operational conflict, just as my colleague proposes to do in the case at bar. In my opinion, *Lafarge* should also be understood as a decision involving the frustration of a federal purpose rather than an operational conflict.

l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral plutôt que de décision sur un conflit opérationnel. Premièrement, les juges majoritaires se sont appuyés non pas sur *Multiple Access* mais sur *Hall*, un arrêt que l’on considère maintenant comme une décision fondée sur l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral. Deuxièmement, la majorité s’est fondée sur l’effet de la loi provinciale et le conflit indirect pour justifier son analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance, et non sur le critère strict de conflit opérationnel établi dans *Multiple Access*. [par. 75]

[116] Dans *Lafarge*, les juges majoritaires ont bel et bien reconnu les deux volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, mais ont incorrectement formulé le critère d’analyse :

Dans nos motifs dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, nous avons reformulé les conditions requises pour que s’applique la prépondérance fédérale. La partie soulevant la question doit établir l’existence de lois fédérale et provinciale valides et l’impossibilité qu’elles s’appliquent simultanément en raison d’un conflit d’application ou parce que cette application entraverait la réalisation de l’objet du texte législatif, comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 11-14. (Voir également *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 68-71; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.) [par. 77]

[117] Cette confusion entre l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral et l’impossibilité de se conformer simultanément aux deux lois est encore plus évidente au par. 75 de cet arrêt, où les juges majoritaires affirment que les deux lois « créeraient un conflit d’application qui ferait fi de l’objectif fédéral ». Il est intéressant de noter que la majorité n’a pas fait mention de l’impossibilité de se conformer aux deux lois ou du fait qu’un texte législatif dit « oui » et que l’autre dit « non ». Dans l’analyse du conflit opérationnel, les juges majoritaires ont simplement appliqué *M & D Farm* et conclu qu’il existait un conflit opérationnel, tout comme mon collègue propose de le faire en l’espèce. À mon sens, l’arrêt *Lafarge* devrait lui aussi être considéré comme une décision portant sur l’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral plutôt que sur un conflit opérationnel.

[118] Although *M & D Farm* was decided on the basis of an operational conflict, it is not helpful authority on the modern doctrine of federal paramountcy either, as Binnie J. made no distinction between the first and second branches of the federal paramountcy test. At the time that case was decided, the concept of frustration of purpose had been referred to in *Bank of Montreal*, but this Court had not yet explicitly recognized the two branches of the federal paramountcy test. Although the Court found in *M & D Farm* that there was an operational conflict, in doing so it relied on passages from *Bank of Montreal* in which La Forest J. had inquired into whether “requir[ing] the bank to defer to the provincial legislation is to displace the legislative intent of Parliament” (*Bank of Montreal*, at p. 153; see *M & D Farm*, at para. 41). I agree that there was in fact an operational conflict in *M & D Farm*, but for different reasons, as I will explain below.

[119] Finally, in *Mangat*, the federal legislation (*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) permitted non-lawyers to appear on behalf of clients before the Immigration and Refugee Board (ss. 30 and 69(1)). The provincial legislation (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25) prohibited non-lawyers from practising law. As defined in s. 1 of the *Legal Profession Act*, the expression “practice of law” included “appearing as counsel or advocate” in the expectation of a fee. Mr. Mangat was an immigration consultant. The Law Society of British Columbia applied for a permanent injunction to prevent him from practising law. The Court found the law to be inoperative, but used the term “operational conflict” in respect of both branches of the paramountcy test:

In this case, there is an operational conflict as the provincial legislation prohibits non-lawyers to appear for a fee before a tribunal but the federal legislation authorizes

[118] Bien que l’affaire *M & D Farm* ait été tranchée sur la base d’un conflit opérationnel, cette affaire ne constitue pas un précédent utile quant à la doctrine moderne de la prépondérance fédérale, car le juge Binnie n’a pas fait de distinction entre les premier et second volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. À l’époque où cet arrêt a été rendu, la notion d’entrave à la réalisation de l’objectif fédéral avait été évoquée dans *Banque de Montréal*, mais notre Cour n’avait pas encore reconnu explicitement les deux volets de l’analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Même si elle a conclu à l’existence d’un conflit opérationnel dans *M & D Farm*, en ce faisant, notre Cour s’est fondée sur des extraits de l’arrêt *Banque de Montréal* où le juge La Forest se demandait si le fait d’« obliger la banque à respecter la loi provinciale, c’est écarter l’intention du Parlement » (*Banque de Montréal*, p. 153; voir *M & D Farm*, par. 41). Je suis d’accord pour dire qu’il y avait effectivement un conflit opérationnel dans *M & D Farm*, mais pour des motifs différents, comme je l’expliquerai plus loin.

[119] Enfin, dans *Mangat*, la loi fédérale (*Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2) permettait à des non-avocats de comparaître comme représentant d’un justiciable devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (art. 30 et par. 69(1)). La loi provinciale (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25) interdisait aux non-avocats de pratiquer le droit. Suivant la définition contenue à l’art. 1 de la *Legal Profession Act*, l’expression [TRADUCTION] « exercice du droit » englobait « la comparution à titre d’avocat » dans l’espoir d’obtenir une rétribution. Monsieur Mangat était consultant en immigration. Le Barreau de la Colombie-Britannique a demandé une injonction permanente afin de l’empêcher de pratiquer le droit. La Cour a jugé la loi provinciale inopérante, mais elle a employé l’expression « conflit d’application » dans l’examen qu’elle a fait des deux volets de l’analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance :

En l’espèce, il existe un conflit d’application étant donné que les dispositions législatives provinciales interdisent aux non-avocats de comparaître, moyennant

non-lawyers to appear as counsel for a fee. At a superficial level, a person who seeks to comply with both enactments can succeed either by becoming a member in good standing of the Law Society of British Columbia or by not charging a fee. Complying with the stricter statute necessarily involves complying with the other statute. However, following the expanded interpretation given in cases like *M & D Farm* and *Bank of Montreal*, supra, dual compliance is impossible. . . .

This case should be distinguished from *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40. In that case, it was possible to comply with the federal, provincial, and municipal statutes or regulations without defeating Parliament's purpose. As previously shown, in this case, it is impossible to comply with the provincial statute without frustrating Parliament's purpose. [Emphasis added; paras. 72-73.]

[120] In my view, the Court actually found in that case that there was no operational conflict (as that concept is understood today), as it noted in the above passage that the statutes at issue allowed dual compliance at a “superficial level”; the words “superficial level” corresponded to the operational conflict branch. And it then found that dual compliance was not possible on the basis of an “expanded interpretation”, citing *M & D Farm* and *Bank of Montreal*; the words “expanded interpretation” referred to the frustration of purpose branch.

[121] In light of the above cases, I find it difficult to conclude, as my colleague urges me to do, that the approach taken by this Court on this issue has been entirely consistent.

[122] Although this Court's past decisions are not always helpful when it comes to drawing a distinction between the two branches, they do support three propositions: (1) that the applicable standard for the first branch is *impossibility* of dual compliance caused by an express conflict, (2) that this is a high standard that should be applied with restraint, and only in very few cases, and (3) that the two

rétribution, devant un tribunal, alors que les dispositions législatives fédérales leur permettent de le faire. À première vue, une personne peut réussir à se conformer aux deux textes de loi en devenant membre en règle du Barreau de la Colombie-Britannique ou en n'exigeant pas de rétribution. L'observance de la loi la plus stricte entraîne nécessairement le respect de l'autre. Cependant, compte tenu de l'interprétation élargie que notre Cour a donnée dans des arrêts comme *M & D Farm* et *Banque de Montréal*, précités, le double respect est impossible . . .

Il y a lieu de distinguer la présente affaire de l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40. Dans cette affaire, il était possible de se conformer aux lois ou aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux sans déjouer l'intention du Parlement. Comme je l'ai montré précédemment, il est impossible en l'espèce d'observer la loi provinciale sans déjouer l'intention du Parlement. [Je souligne; par. 72-73.]

[120] Selon moi, la Cour a effectivement estimé dans cette affaire qu'il n'y avait pas de conflit opérationnel (au sens que l'on donne à cette notion aujourd'hui), car elle a indiqué dans l'extrait ci-dessus que les lois en cause se prêtaient à une application simultanée, même au niveau superficiel; le mot superficiel correspondait au volet relatif au conflit opérationnel. Et la Cour a alors conclu, citant *M & D Farm* et *Banque de Montréal*, que l'application simultanée n'était pas possible en raison d'une « interprétation élargie »; les mots « interprétation élargie » se rapportaient au volet relatif à l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral.

[121] À la lumière des arrêts ci-dessus, il m'est difficile de conclure, comme le fait mon collègue, que l'approche suivie par notre Cour sur cette question s'est toujours avérée cohérente.

[122] Bien que la jurisprudence antérieure de notre Cour ne permette pas toujours de distinguer le premier volet du second, trois propositions s'en dégagent : (1) la norme applicable au premier volet est celle de l'*impossibilité* de se conformer simultanément aux deux lois en raison d'un conflit exprès, (2) la norme pour déterminer si telle impossibilité existe est élevée et ne devrait être appliquée qu'avec

branches are distinct and address different forms of conflict.

[123] Consequently, I find that the analysis at the first stage should really be as simple as the Alberta Court of Appeal put it, and it is no surprise to me that both parties made next to no submissions on the point. The determining question is whether the province's legislation provides a path on which dual compliance is possible. Because such a path exists in this case as a result of the wording of the two provisions, dual compliance cannot be found to be impossible. Unlike in *M & D Farm*, the two statutes in the instant case have different contents and provide for different remedies. Since the bankrupt is under no compulsion in this regard, he or she can either opt not to drive or voluntarily pay the discharged debt, in which case there will be no operational conflict between the provincial and federal laws. The only thing Alberta can do is suspend a bankrupt's driver's licence.

[124] It is important to note that although operational conflict and frustration of purpose are described as two "branches" of a single test, either one is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. Where enactments are found to be in operational conflict, the inquiry can end there without further investigation into the purposes of the enactments. A high standard at the first stage merely means that in most cases, the purpose and effects of the legislation at issue will need to be analyzed at the second stage.

[125] Requiring courts to deal with the issue in the second branch has many advantages. For the frustration of purpose analysis, the federal legislative intent with which the provincial law is alleged to be incompatible must be established by the party relying on it. Clear proof of intent is required. The party must first establish the purpose of the relevant federal statute and then prove that the provincial law is

retenue, et dans très peu de cas seulement, et (3) les deux volets sont distincts et s'appliquent à des formes différentes de conflit.

[123] Par conséquent, j'estime que l'analyse requise sous le premier volet est vraiment aussi simple que l'a dit la Cour d'appel de l'Alberta. Je ne suis donc pas surprise que les deux parties n'aient presque pas présenté d'observations sur ce point. La question déterminante est de savoir si la loi provinciale laisse la possibilité de se conformer aux deux lois. Puisque la possibilité existe en l'espèce, du fait du libellé des deux dispositions, on ne peut conclure à l'impossibilité de se conformer aux deux lois. Contrairement à la situation dans l'affaire *M & D Farm*, les deux lois en l'espèce diffèrent de par leur contenu et les recours qu'elles offrent. Étant donné qu'il n'est pas tenu d'exercer un choix, le failli peut choisir soit de ne pas conduire, soit de payer volontairement la dette dont il a été libéré; il n'y a donc pas de conflit opérationnel entre les lois provinciale et fédérale. La seule mesure que peut prendre la province est la suspension du permis de conduire.

[124] Il importe de signaler que, même si le conflit opérationnel et l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral sont décrits comme deux « volets » d'une même analyse, l'existence de l'un ou l'autre suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale. Lorsqu'on conclut à l'existence d'un conflit opérationnel entre deux textes de loi, l'analyse peut s'arrêter là sans que l'on étudie plus à fond leurs objets respectifs. L'application d'une norme élevée sous le premier volet signifie simplement que dans la plupart des cas, l'objet et les effets de la loi en cause devront être analysés sous le deuxième volet.

[125] Obliger les tribunaux à étudier la question au second volet comporte de nombreux avantages. Dans le contexte de l'analyse portant sur l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, la partie qui invoque l'incompatibilité de la loi provinciale avec l'intention du législateur fédéral doit démontrer cette incompatibilité. Une preuve claire de l'intention est requise. La partie doit d'abord établir l'objectif du

incompatible with or frustrates this purpose: *COPA*, at para. 66.

[126] In the second branch, the court can proceed with a careful analysis of Parliament's intent and, if possible, interpret the federal law so as not to interfere with the provincial law: *Canadian Western Bank*, at para. 75. Before concluding that the provincial law is inoperative, the court can also consider whether the federal government supports the operation of that law. In *Rothmans*, this Court emphasized that in resolving federalism issues, a court must bear in mind the position of the government at the other level (para. 26). In that case, the federal government intervened in favour of the provincial law, arguing that it had been enacted for the same health-related purpose as the federal law. The Court found that there was no frustration of purpose.

[127] Considering that the doctrine of federal paramountcy operates at the expense of provincial jurisdiction and reduces legislative overlap, these principles encourage governments at both levels to take the lead in defining the scope of their legislative powers. They facilitate intergovernmental dialogue and serve as safeguards of provincial autonomy. In my view, the approach I suggest is more consistent with the principle of co-operative federalism as applied in *Canadian Western Bank*. It also sets a clear precedent by reaffirming that a provincial law will rarely be found to be inoperative in the first branch of the analysis.

[128] My colleague concludes that this approach would render the first branch of the federal paramountcy test meaningless; in his opinion, it is virtually always possible to avoid the application of a provincial law so as not to cause a conflict with a federal law. I disagree that the "impossibility" standard, if applied strictly, would render the first branch of the federal paramountcy test meaningless. If the provincial law *allows or requires* something that the federal law explicitly *prohibits*, or if the conflict is

Parlement fédéral et ensuite démontrer que la loi provinciale est incompatible avec cet objectif ou entrave sa réalisation : *COPA*, par. 66.

[126] Sous le deuxième volet, la cour procède à une analyse attentive de l'intention du Parlement et, si cela est possible, interprète la loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi provinciale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75. Avant de conclure que la loi provinciale est inopérante, la cour peut aussi tenir compte de la question de savoir si le gouvernement fédéral est favorable à l'application de cette loi. Dans *Rothmans*, la Cour a souligné qu'il importe, au moment de l'examen des questions de fédéralisme, d'avoir à l'esprit la position de l'autre ordre de gouvernement (par. 26). Dans cette affaire, le gouvernement fédéral est intervenu pour appuyer la loi provinciale, faisant valoir qu'elle visait le même objectif lié à la santé que la loi fédérale. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas entrave à la réalisation de l'objectif fédéral.

[127] Puisque la doctrine de la prépondérance fédérale opère au détriment de la compétence provinciale et réduit le chevauchement entre les lois, ces principes encouragent les deux ordres de gouvernement à prendre l'initiative de définir la portée de leurs pouvoirs législatifs respectifs. Ils favorisent le dialogue intergouvernemental et contribuent à protéger l'autonomie provinciale. L'approche que je préconise dans la présente affaire me semble mieux respecter le principe du fédéralisme coopératif appliqué dans *Banque canadienne de l'Ouest*. Elle constitue aussi un précédent clair en réaffirmant qu'une loi provinciale sera rarement jugée inopérante sous le premier volet de l'analyse.

[128] Mon collègue conclut que mon approche dénuerait de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale; selon lui, il est presque toujours possible d'éviter d'appliquer une loi provinciale, afin d'éviter qu'elle n'entre en conflit avec une loi fédérale. Je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que l'application stricte de la norme de « l'impossibilité » rendrait dénué de sens le premier volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si la loi provinciale *autorise ou exige*

direct rather than indirect, there will be an operational conflict. But that is just not the case here. In fact, the effect of my colleague's approach is to render the *second* branch meaningless, since a frustration of federal purpose analysis can now be used to interpret federal statutes broadly in order to find that an operational conflict exists where there would otherwise be none.

[129] Following my approach, one would still find that there was an operational conflict in *M & D Farm*, in which the federal law imposed an absolute stay of proceedings on the very procedures the provincial statute allowed to commence or to continue. In that case, the express requirement of the federal statute was in direct conflict with the provincial law. On the one hand, the federal *Farm Debt Review Act*, R.S.C. 1985, c. 25 (2nd Supp.), permitted a farmer to obtain a stay of a creditor's proceedings and required the creditor, before demanding payment, to give notice that it intended to commence foreclosure proceedings. On the other hand, under the provincial statute, the creditor could obtain an order authorizing the immediate commencement of such proceedings. Unlike in the case at bar, the two statutes had similar contents and provided for similar remedies: both dealt specifically with the process for realizing on farmers' debts, and both established procedures for commencing or continuing proceedings against farmers.

[130] The approach I suggest would also result in a finding that there was an operational conflict in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, in which the federal statute, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, gave a court the power to order that a security or charge rank in priority *over the claim of any secured creditor of the company*, whereas the provincial statute created a priority in favour of the administrator of the company's employee pension plan. The federal legislation was not

l'accomplissement d'un acte que la loi fédérale *interdit* expressément, ou s'il s'agit un conflit direct plutôt qu'indirect, il existera un conflit opérationnel. Mais ce n'est tout simplement pas le cas en l'espèce. En fait, l'approche de mon collègue a pour effet d'enlever tout sens au *second* volet de l'analyse puisqu'une analyse sous le second volet pourrait maintenant servir à interpréter largement les lois fédérales afin de conclure à l'existence d'un conflit opérationnel là où il n'y en aurait pas autrement.

[129] Suivant l'approche que je préconise, la conclusion suivant laquelle il existait un conflit opérationnel dans *M & D Farm* demeure inchangée, là où la loi fédérale imposait une suspension permanente des mêmes recours que la loi provinciale permettait d'exercer ou de poursuivre. Dans cette affaire, la disposition de la loi fédérale entrainait directement en conflit avec la loi provinciale. D'une part, une loi fédérale, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, c. 25 (2^e suppl.), permettait à un agriculteur d'obtenir une suspension des recours et exigeait du créancier qu'il donne avis de son intention d'intenter une action en forclusion avant de réclamer le paiement. D'autre part, la loi provinciale permettait au créancier d'obtenir une ordonnance l'autorisant à intenter son action sur-le-champ. Contrairement aux deux lois en cause dans la présente affaire, les deux lois dans *M & D Farm* avaient un contenu semblable et offraient des recours semblables : les deux traitaient explicitement du processus de recouvrement de dettes auprès d'agriculteurs et précisaient la procédure à suivre pour intenter ou poursuivre des recours contre des agriculteurs.

[130] L'approche que je propose permettrait aussi de conclure à l'existence d'un conflit opérationnel dans *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, où une loi fédérale, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, accordait au tribunal le pouvoir d'ordonner qu'une sûreté ou charge ait priorité *sur la réclamation de tout créancier garanti de la compagnie*, tandis que la loi provinciale accordait la priorité à l'administrateur du régime de retraite des employés de la compagnie.

only permissive, but granted the court a very specific power; the provincial legislature was left little leeway to interfere with this power. Because the provincial statute provided, on a mandatory basis, for a different order of priority, it was impossible to comply with both laws without rendering the court's power under the federal statute meaningless.

[131] I would add that what is “virtually always possible”, as my colleague puts it, at para. 69, is to find *some* conflict in the application of two laws. This is why the case law requires something more, namely impossibility of dual compliance and an express conflict. It is also why the focus is on the wording of the federal statute and not on its every possible ramification.

[132] In the end, the issue in this case is whether the *effect* of the province withholding driving privileges in this manner produces a conflict with the purposes of the *BIA*, thereby accomplishing indirectly what the province cannot do directly. Thus, it is on the basis of the second branch of the federal paramountcy test, not the first, that this appeal must be decided.

[133] I adopt my colleague's analysis and conclusion on this point. As the frustration of one federal purpose is sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy, I need not address the second proposed ground for frustration of purpose, that of equitable distribution.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bow Valley Counsel, Canmore, Alberta.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

La loi fédérale était non seulement permissive, mais elle conférait aussi au tribunal un pouvoir très précis, ce qui empêchait à toute fin pratique le législateur provincial d'empiéter sur ce pouvoir. Comme la loi provinciale établissait un autre ordre de priorité obligatoire, il était impossible de se conformer aux deux lois sans priver de sens le pouvoir que la loi fédérale accordait au tribunal.

[131] J'ajouterais que ce qui est « presque toujours possible », pour emprunter les mots de mon collègue au par. 69, c'est de conclure à l'existence d'un conflit *quelconque* dans l'application des deux lois. C'est pour cette raison que la jurisprudence exige plus qu'un conflit quelconque, à savoir l'impossibilité de se conformer aux deux lois en raison d'un conflit exprès. C'est pour cette raison aussi que l'accent est mis sur le libellé de la loi fédérale et non sur chacune de ses implications possibles.

[132] En définitive, la question en litige en l'espèce est de savoir si l'*effet* que produit la province en privant ainsi le failli de ses droits de conducteur, accomplissant indirectement ce qu'elle ne peut accomplir directement, entraîne un conflit avec les objectifs de la *LFI*. C'est donc sous le second volet de l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance fédérale, et non sous le premier volet, que le présent pourvoi doit être tranché.

[133] Je souscris à l'analyse et à la conclusion de mon collègue sous le second volet. Comme l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral suffit pour que s'applique la doctrine de la prépondérance fédérale, je n'ai pas à me prononcer sur le deuxième motif proposé d'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, soit la distribution équitable des biens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appellant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Bow Valley Counsel, Canmore, Alberta.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Superintendent of Bankruptcy: Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Surintendant des faillites : Procureur général du Canada, Toronto.

COUR SUPÉRIEURE
(Chambre commerciale)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-057716-199

DATE : Le 15 octobre 2020

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE LOUIS J. GOUIN, J.C.S.

Dans l'affaire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*
de :

NEMASKA LITHIUM INC.
NEMASKA LITHIUM SHAWINIGAN TRANSFORMATION INC.
NEMASKA LITHIUM P1P INC.
NEMASKA LITHIUM WHABOUCHI MINE INC.
NEMASKA LITHIUM INNOVATION INC.

Débitrices

c.

PRICEWATERHOUSECOOPERS INC.

Contrôleur

et

VICTOR CANTORE

Créancier opposant

et

OMF FUND II (K) LTD. ET AL.
INVESTISSEMENT QUÉBEC
THE PALLINGHURST GROUP

Mises en cause

et

FMC LITHIUM USA CORP.
BRIAN SHENKER

Mis en cause

JUGEMENT

(sur la Demande pour ordonnance de dévolution inversée des Débitrices)

1. MISE EN CONTEXTE

1.1 Demande pour ODI

[1] Le Tribunal est saisi d'une «Application Seeking Leave to Enter into the Orion/IQ/Pallinghurst Transaction with Issuance of an Approval and Vesting Order and Ancillary Relief» (la «**Demande pour ordonnance de dévolution inversée**» ou la «**Demande pour ODI**») présentée par les débitrices Nemaska Lithium inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation inc., Nemaska Lithium P1P inc., Nemaska Lithium Whabouchi Mine inc. et Nemaska Lithium Innovation inc. (collectivement les «**Débitrices**») aux termes des articles 11 et 36 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des companies*¹ («**LACC**»).

[2] Une ordonnance de «dévolution inversée» (une «**ODI**») consiste, en substance, en la vente à un acquéreur des actions du capital-actions d'une compagnie insolvable, délestée de certains de ses actifs et dettes non voulus par l'acquéreur, lequel poursuit alors les opérations de la compagnie.

[3] Ainsi, la Demande pour ODI vise à autoriser une transaction comprenant une série d'opérations corporatives, fiscales et commerciales, à diverses étapes dans le temps, entre les Offrants (définis ci-après) et les Débitrices, incluant, entre autres, l'échange, le transfert, l'annulation, la réduction et la souscription d'actions du capital-actions de diverses compagnies, la fusion entre certaines d'entre elles, et la disposition de certains actifs et dettes, non nécessaires pour les fins des opérations, à des filiales nouvellement incorporées, lesquelles seront alors sous le régime de la *LACC* et déposeront éventuellement un plan d'arrangement.

[4] L'ensemble de toutes ces opérations, dispositions et étapes projetées permet, entre autres, de maintenir en vigueur les permis, licences et autorisations existants, les contrats essentiels, et de maximiser l'utilisation des divers attributs fiscaux disponibles, dans un souci d'efficacité et rapidité.

[5] Qui plus est, tout cet exercice de haute voltige corporative, fiscale et commerciale fait en sorte, en bout de ligne, qu'il est au bénéfice de tous.

[6] Utiliser la voie plus connue de disposition d'actifs comme la vente (ordonnance de dévolution ou «Vesting Order») est certes beaucoup moins complexe, mais une vente ne permet pas, de façon générale, de maintenir en vigueur les permis, licences et autorisations existants, et les contrats essentiels, ainsi que les divers attributs fiscaux disponibles, surtout dans des secteurs hautement règlementés, tel que le secteur des mines.

¹ L.R.C. 1985, c. C-36.

[7] Dès à présent, le Tribunal tient à mentionner que les explications demandées par le Tribunal en début d'audition afin que tous puissent bien saisir et comprendre la transaction envisagée et fournies par les fiscalistes Me Patrick Boucher, du cabinet McCarthy Tétrault, procureurs des Débitrices, et Me Derek G. Chiasson, du cabinet Norton Rose Fulbright, procureurs de IQ, et ce, à l'aide des documents intitulés «Transaction Steps» (les «**Étapes**») et «Nemaska – Proposed reorganization structure» joints (Exhibit A) au projet de «Share Purchase Agreement», lui-même joint (Schedule A) au projet² d'ordonnance de dévolution inversée soumis par les Débitrices, furent très éloquentes et éclairantes, et ont convaincu le Tribunal du but légitime visé par la structure de «dévolution inversée» proposée dans la transaction sujette à son approbation.

[8] Il s'agit d'une structure innovatrice très complexe et ce n'est que la 6^e fois qu'une telle structure fait partie d'une transaction soumise à un tribunal canadien pour approbation aux termes de l'article 36 LACC, mais c'est la 1^{ère} fois qu'elle est contestée, les transactions dans les 5 autres dossiers³ ayant été approuvées sans aucune opposition.

[9] Plus spécifiquement, par la Demande pour ODI, les Débitrices demandent au Tribunal d'approuver, aux termes de l'article 36 LACC, l'offre du 10 juillet 2020 déposée par OMF Fund II (K) Ltd., OMF Fund II (N) Ltd. et OMF (Cayman) Co-VII Ltd. (collectivement «**Orion**»), Investissement Québec («**IQ**») et The Pallinghurst Group («**Pallinghurst**»), telle qu'amendée par lettres datées des 10 et 23 août 2020 (l'«**Offre Orion/IQ/Pallinghurst**»)⁴, et ce, par l'émission d'une ODI.

[10] Orion, IQ et Pallinghurst sont ci-après collectivement appelées les «**Offrants**».

[11] L'Offre Orion/IQ/Pallinghurst fut reçue dans le cadre du processus de demande de soumissions visant les actifs et entreprises des Débitrices et intitulé «Sale or Investment Solicitation Process» (le «**SISP**»), processus autorisé aux termes du jugement du 29 janvier 2020 du Tribunal et intitulé «SISP Approval Order» (l'«**Ordonnance SISP**»)⁵.

[12] L'Ordonnance SISP comprend une Annexe A, intitulée «SISP Procedures» (les «**Procédures SISP**»), décrivant les diverses procédures du processus à être suivi par les Débitrices, incluant les explications générales suivantes :

² Pièce P-3B.

³ *Plasco Energy Group Inc., Re* (17 July 2015), Ont SJC, Toronto CV-15-10869-00CL (Settlement Approval Order), Spence J; *Stornoway Diamond Corporation, Re* (7 October 2019), Que SC, Montréal 500-11-057094-191 (Approval and Vesting Order), Gouin J; *Wayland Group Corp., Re* (21 April 2020, Ont SCJ, Toronto CV-19-00632079-00CL (Approval and Vesting Order), Haney J; *Comark Holdings Inc., Re* (July 13, 2020), Ont SCJ, Toronto CV-20-00642013-00CL (Approval and Vesting and CCAA Termination Order), Hainey J; *Beleave Inc., Re* (18 September 2020), Ont SCJ, Toronto CV-20-00642097-00CL (Approval and Vesting Order, and Endorsement), Conway J.

⁴ Pièce P-2, déposée «sous scellés» et remise confidentiellement au procureur du Créancier Cantore.

⁵ Pièce P-1.

Recitals

[...]

- C. Pursuant to an order of the Court dated January 29, 2020 (as it may be amended, restated or supplemented from time to time, the «**SISP Approval Order**»), the Court approved a sale or investor solicitation process to be conducted in respect of the business and assets of Nemaska [les Débitrices] (as such process may be amended, restated or supplemented pursuant to the terms herein, the «**SISP**»), in accordance with the procedures, terms and conditions set out herein (the «**SISP Procedures**»).
- D. The SISP Procedures sets out the manner in which (i) bids and proposals for a broad range of executable transaction alternatives (restructuring, recapitalization and/or refinancing) involving the business of Nemaska [les Débitrices], as more particularly described in the Teaser Letter (the «**Business**»), and all property, assets and undertaking of Nemaska (the «**Property**»), whether en bloc or any portion(s) thereof, will be solicited from interested parties, (ii) any bids received will be negotiated, (iii) any Successful Bid(s) will be selected and, (iv) the Court's approval of any Successful Bid(s) will be sought.
- E. An investment in the Business may involve, among other things, a restructuring, recapitalization, or other form of reorganization of the business and affairs of the Business or any part thereof, and such investment may be consummated pursuant to a plan of compromise or arrangement (a «**Plan**»), an arrangement pursuant to the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 (respectively an «**Arrangement**» and the «**CBCA**») or otherwise.
- F. The SISP Approval Order, the SISP Procedures, and any other orders of the Court made in the CCAA Proceedings relating to the SISP shall exclusively govern the process for soliciting and selecting bids for the sale of the Property or investment in the Business pursuant to a broad range of executable transaction alternatives.

[...]

(le Tribunal souligne)

[13] Ainsi, l'Ordonnance SISP, rendue sans opposition, vise tous les actifs des Débitrices, sans distinction, dans un tout ou séparément, et ouvre la porte à une panoplie de transactions possibles afin de trouver une solution aux problèmes financiers des Débitrices.

[14] L'Ordonnance SISP constitue donc la pierre angulaire, la toile de fond (la «**Toile de fond**») de la Demande pour ODI, et il est essentiel que les parties l'aient toujours à l'esprit, surtout lors de la présentation de leurs arguments.

[15] De plus, la Demande pour ODI ne constitue pas une demande d'homologation d'un plan aux termes de la *LACC*, mais plutôt, tel que mentionné précédemment, une demande d'approbation par le Tribunal⁶ de la soumission retenue par les Débitrices suite à l'Ordonnance SISP, soit l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

[16] L'offre Orion/IQ/Pallinghurst est soumise au Tribunal telle que déposée, et il ne revient pas au Tribunal d'indiquer aux Offrants quels termes et conditions doivent en faire partie.

[17] Le choix du Tribunal est le suivant : il approuve ou il refuse l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

1.2 Demande Cantore

[18] La Demande pour ODI inclut, entre autres, une demande afin que les droits réels existants sur les actifs des Débitrices soient radiés.

[19] Aussi, parallèlement à la Demande pour ODI, le créancier Victor Cantore (le «**Créancier Cantore**»), l'un des actionnaires de la débitrice Nemaska Lithium inc., a déposé une demande intitulée «Real Rights Application» (la «**Demande Cantore**») contre les débitrices Nemaska Lithium inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation inc. et Nemaska Lithium Whabouchi Mine inc. (collectivement «**Nemaska**»).

[20] Ce litige entre le Créancier Cantore et Nemaska fut l'élément déclencheur de l'opposition du Créancier Cantore à la Demande pour ODI et, même si le mérite de la Demande Cantore ne faisait pas l'objet de la Demande pour ODI, il n'en demeure pas moins que ce litige fut omniprésent tout au long de l'audition, le Créancier Cantore étant le seul à s'opposer à la Demande pour ODI, et ce, inlassablement.

[21] Il est donc pertinent, dans ces circonstances, de bien situer ce litige entre le Créancier Cantore et Nemaska, en précisant qu'il origine de l'«Entente d'acquisition de 16 claims (Propriété Cantore) [la «**Propriété Cantore**»⁷]» du 17 septembre 2009 (l'«**Entente**»⁸, entre Exploration Nemaska inc. («**Exploration**») (maintenant la débitrice Nemaska Lithium inc.) et le Créancier Cantore, alors qu'Exploration a acquis 100% des intérêts du Créancier Cantore dans lesdits claims⁹.

⁶ Pièce P-1, Procédures SISP, art. 15.1.

⁷ Pièce P-1 de la Demande Cantore.

⁸ Pièce P-2 de la Demande Cantore.

⁹ Pièces P-3 et P-5 de la Demande Cantore.

[22] À titre de considération pour cette acquisition, l'Entente prévoit, entre autres, le paiement d'une «Royauté» par Exploration au Créancier Cantore, et ce, comme suit :

1. Royauté

Le paiement à Groupe Cantore, d'une Royauté égale à 3 % NSR [Net Smelter Return] sur tous les métaux. La royauté sera payable mensuellement, le 15 du mois et sera calculée pour la période de un (1) mois de calendrier précédent. La Société aura l'option à son gré, en tout temps jusqu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant la déclaration de mise en production officielle, de racheter 1% NSR des détenteurs, au prorata de leur intérêt, pour une somme de 1,000,000 \$, payable en 2 versements égaux, le premier le jour de l'exercice de l'option de rachat et le second 90 jours plus tard.

(la «**Royauté NSR**»)

[23] Lors d'une conférence de gestion de ce litige, tenue le 9 septembre 2020, le Créancier Cantore a reconnu que ce texte de l'Entente prévoyant le paiement de la Royauté NSR ne lui octroyait aucun droit réel comme tel et, s'il était strictement et limitativement question de ce texte, alors la Demande Cantore devrait être rejetée¹⁰.

[24] Par contre, tel qu'il appert de la Demande Cantore, le Créancier Cantore cherche plutôt à obtenir du Tribunal, dans un premier temps, une reconnaissance et déclaration à l'effet qu'il est bénéficiaire, par prescription acquisitive ou autrement, d'un «droit réel *sui generis*» rattaché à la Royauté NSR et constituant un démembrement du droit de propriété innommé, de telle sorte que le Tribunal devrait, selon le Créancier Cantore, ordonner éventuellement à Nemaska de signer, entre autres, un document, non encore produit, constatant ce prétendu «droit réel *sui generis*» affectant la Propriété Cantore (le «**Droit réel *sui generis* Cantore**») et procéder à sa publication au registre foncier du Québec, à défaut de quoi, le jugement à intervenir sur la Demande Cantore devrait avoir cet effet.

[25] Dans un deuxième temps, le Créancier Cantore demande au Tribunal d'exempter expressément le Droit réel *sui generis* Cantore de la radiation des droits réels demandée par les Débitrices aux termes de la Demande pour ODI, d'où l'opposition du Créancier Cantore à la Demande pour ODI, non seulement au motif de cette radiation demandée, mais pour moult raisons, tel qu'expliqué ci-après, le Créancier Cantore faisant flèche de tout bois.

1.3 Cadre convenu pour l'audition de la Demande pour ODI

¹⁰ Voir le jugement du Tribunal du 15 septembre 2020, paragr. [14].

[26] Afin d'alléger, dans la mesure du possible, l'audition de la Demande pour ODI, les parties ont tenu pour acquis, mais strictement pour les fins de cette audition, que le Créancier Cantore détenait effectivement un Droit réel *sui generis* Cantore, le débat au mérite de la Demande Cantore étant reporté à plus tard.

[27] Ainsi, lors d'une conférence de gestion tenue le 18 septembre 2020¹¹, le Tribunal faisait état de ce qui suit à cet égard :

- b. Quant au Droit réel *sui generis* réclamé par le Créancier Cantore et pour lequel une purge est demandée aux termes de la Demande RVO [la Demande pour ODI], les Débitrices prétendent que, même s'il était éventuellement décidé que la Demande Cantore est bien fondée et que le Créancier Cantore détient effectivement un Droit réel *sui generis*, alors le Tribunal a, de toute façon et à tout événement, le pouvoir de le purger, et c'est ce qu'elles demandent dans la Demande RVO.

À quoi cela sert-il alors d'entreprendre un long débat aux fins [de] déterminer si effectivement le Créancier Cantore détient un Droit réel *sui generis* si, en bout de ligne, il est demandé au Tribunal de le purger tout simplement.

Les parties limiteront donc la première étape de la Demande Cantore à débattre du pouvoir du Tribunal d'ordonner une telle purge. Une réponse positive pourra ainsi couper court au débat aux fins de déterminer si oui ou non le Créancier Cantore bénéficie effectivement d'un Droit réel *sui generis*.

(le Tribunal souligne)

[28] Par contre, après quelques jours d'audition de la Demande pour ODI, laquelle s'étirait beaucoup plus que prévu, il fut décidé de reporter à plus tard, non seulement la question de l'existence ou non du Droit réel *sui generis* Cantore, mais aussi celle relative au pouvoir du Tribunal de le purger, si tant est que le Droit réel *sui generis* Cantore existe, et ce, sans conséquence sur le pouvoir du Tribunal de purger les autres droits réels affectant les actifs des Débitrices.

[29] Le projet d'ODI joint à titre de pièce¹² à la Demande pour ODI fut alors modifié afin de prévoir une exception temporaire pour la Demande Cantore et le Droit réel *sui generis* Cantore qui y est réclamé, de telle sorte que si jamais il est décidé par le Tribunal que ce droit existe et qu'il ne peut pas être purgé, alors il affectera les actifs visés et faisant partie de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, et les Offrants devront en assumer les conséquences, le cas échéant.

¹¹ Voir le procès-verbal d'audience de la conférence de gestion du 18 septembre 2020.

¹² Pièce P-3B, amendée de nouveau lors de la dernière journée d'audition, soit le 8 octobre 2020, voir les paragr. [36] et [37].

[30] Le report de ce débat, lequel avait essentiellement pour but que la Demande Cantore ne soit plus un obstacle à l'obtention urgente de l'approbation par le Tribunal de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, dans la mesure où le Tribunal était disposé à aller dans ce sens, n'a pas mis fin à l'opposition du Créancier Cantore à la Demande pour ODI, loin de là.

[31] Ainsi, le Créancier Cantore a continué à prétendre que le Tribunal n'avait tout simplement pas l'autorité et la compétence pour accueillir la Demande pour ODI sauf, par contre, si elle incluait aussi un règlement de la Demande Cantore qui serait alors approuvé par le Tribunal.

[32] Tel que discuté ci-après, il est apparu clairement au Tribunal, tout au long de l'audition, que le Créancier Cantore, par les arguments qu'il présentait, ne prenait nullement en considération ce qui avait été décidé par l'Ordonnance SISP, la Toile de fond de la Demande pour ODI.

[33] Tout était décortiqué à la pièce par le Créancier Cantore, isolé du portait global, loin de ce que le Tribunal avait déjà autorisé.

[34] À plusieurs occasions, le Tribunal a eu l'étrange impression que l'opposition du Créancier Cantore était un exercice de négociation avec les Débitrices et les Offrants, portant ainsi ombrage à la légitimité des arguments qu'il avançait.

[35] À un tel point tel que, le 8 octobre 2020 05 :19, le Tribunal a fait parvenir un courriel aux procureurs présents à l'audition, mentionnant, entre autres, ce qui suit :

[...]

I ask you all to be practical and don't take a legal position in front of the Court on this issue, or any other issue, as a bargaining tool.

[...]

(le Tribunal souligne)

1.4 Incident malencontreux

[36] Par ailleurs, lors de cette même conférence de gestion du 18 septembre 2020, le Tribunal a permis au procureur représentant quelques centaines d'actionnaires de Nemaska Lithium inc. ainsi que l'un des soumissionnaires dans le cadre du SISP, soit le soumissionnaire Edda Stock Finance S.A.S. et Zingher Construct S.R.L. («E&Z»), d'éventuellement poser des questions lorsque le SISP ayant mené au dépôt de la Demande pour ODI serait de nouveau expliqué, et ce, par strict souci de transparence, aucune contestation de la Demande pour ODI n'ayant été déposée par eux.

[37] À cette occasion, le Tribunal a formulé, entre autres, les mises en garde suivantes, d'abord relativement au SISP, déjà autorisé par l'Ordonnance SISP, et quant aux droits des actionnaires de Nemaska Lithium inc. :

Le Tribunal tient à réitérer que si le processus fut suivi aussi rigoureusement que le Contrôleur le laisse sous-entendre dans son Rapport et qu'un soumissionnaire, en l'occurrence EDDA [E&Z], n'a pas suivi et respecté les règles applicables au processus et que sa soumission fut ainsi rejetée, alors il n'a que lui à blâmer. Il n'est pas question, dans de telles circonstances, que ce soumissionnaire ait «*a second kick at the can*». Il en va de la crédibilité et du sérieux de tout le processus de demandes de soumissions.

De plus, le Tribunal tient à répéter que dans un contexte d'insolvabilité, tel que dans la présente affaire, les intérêts économiques des Actionnaires, si tant est que de tels intérêts existent encore, sont entièrement subordonnés à ceux de tous les créanciers des Débitrices, et ce, jusqu'à ce que ces créanciers aient été entièrement payés, ce qui n'est nullement envisagé dans le présent dossier et n'a, semble-t-il, jamais été envisagé par qui que ce soit. Il s'agit d'un principe fondamental en la matière et qui ne doit jamais être perdu de vue.

Nonobstant cela, et par strict souci de transparence, le Tribunal permettra au procureur des Actionnaires de poser aux 3 témoins mentionnés précédemment [un représentant des Débitrices (M. Jacques Mallette, président du conseil d'administration), leur conseiller financier (M. Thomas Bachand de FBN) et le Contrôleur (M. Christian Bourque)] quelques questions, mais ce principe fondamental ne devra jamais être oublié, ceci dit avec la plus grande sympathie ressentie pour les Actionnaires qui traversent une période très difficile.

[38] Or, après avoir entendu, le 25 septembre 2020, le témoignage de M. Thomas Bachand, représentant du conseiller financier des Débitrices, soit Financière Banque Nationale («**FBN**»), alors interrogé par le procureur des Débitrices relativement au déroulement du SISP, incluant le dépôt de la soumission de E&Z (la «**Soumission E&Z**»), il est apparu clairement au Tribunal que E&Z avait fait fi des règles fondamentales applicables au SISP et établies par le Tribunal aux termes de l'Ordonnance SISP et des Procédures SISP et, sans ambages, le Tribunal l'a indiqué au procureur de E&Z en fin de journée.

[39] Principalement, le dépôt requis de 5% du montant de la Soumission E&Z n'a jamais été effectué, ni le dépôt des documents contractuels correspondant à la structure transactionnelle proposée par E&Z aux termes de la Soumission E&Z, aussi requis lors du dépôt d'une soumission dans le cadre du SISP.

[40] Avant de ce faire, E&Z exigeait que la Soumission E&Z soit d'abord acceptée par les Débitrices, telle que déposée, et que les termes et conditions imposés par

l'Ordonnance SISP et les Procédures SISP soient mis de côté et ne s'appliquent pas à la Soumission E&Z¹³.

[41] Ce n'est qu'après une telle acceptation de la Soumission E&Z, que E&Z ferait ledit dépôt et déposerait lesdits documents contractuels, pour fins de négociation avec les Débitrices.

[42] Totalement inacceptable!

[43] Un refus catégorique des termes et conditions fondamentaux d'un processus sérieux et rigoureux, entériné par l'Ordonnance SISP.

[44] Qui plus est, après de nombreuses demandes de FBN auprès de E&Z aux fins d'identifier qui était effectivement impliqué derrière E&Z, les documents¹⁴ finalement remis par E&Z n'étaient constitués que de simples notes domestiques, préparées à la bonne franquette, sans pièce justificative, et ne faisant que confirmer au Tribunal que la Soumission E&Z n'était tout simplement pas sérieuse.

[45] À la lumière des commentaires alors formulés par le Tribunal, le procureur de E&Z a demandé de suspendre l'audition jusqu'au lundi matin 28 septembre 2020, ce qui lui permettrait de revoir en détail le dossier et faire le point avec ses clients.

[46] Or, dès le début de l'audition du 28 septembre 2020, le procureur de E&Z informait le Tribunal qu'il cessait d'occuper pour E&Z, et aussi pour les actionnaires Alain Fournier et Denis Carrier.

[47] Parallèlement, les représentants de E&Z ont mis fin à leur présence semi-virtuelle à l'audition et les actionnaires de Nemaska Lithium inc. présents ont quitté la salle d'audience.

[48] Le Tribunal a alors mis un terme à cette saga malencontreuse entourant la Soumission E&Z en demandant ce qui suit aux procureurs toujours présents, propos consignés au procès-verbal d'audience du 28 septembre 2020 9 :50 :

[...]

Vu cela, le Tribunal fait part aux procureurs présents que le sujet concernant l'offre qui avait été déposée par Edda Stock Finance S.A.S. et Zingher Construct S.R.L. ne doit plus être traité dans le cadre de la présente audition, et le Tribunal demande aux procureurs de faire en sorte qu'il en soit ainsi.

2. CADRE LÉGISLATIF ET JURISPRUDENTIEL DE LA DEMANDE POUR ODI

¹³ Voir, entre autres, Pièce-8A E.

¹⁴ Pièces P-8A U et V.

[49] Tel que déjà mentionné, la Demande pour ODI est présentée aux termes de l'article 36 LACC, lequel prévoit ce qui suit :

Restriction à la disposition d'actifs

36 (1) Il est interdit à la compagnie débitrice à l'égard de laquelle une ordonnance a été rendue sous le régime de la présente loi de disposer, notamment par vente, d'actifs hors du cours ordinaire de ses affaires sans l'autorisation du tribunal. Le tribunal peut accorder l'autorisation sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'acquiescement des actionnaires, et ce malgré toute exigence à cet effet, notamment en vertu d'une règle de droit fédérale ou provinciale.

Avis aux créanciers

(2) La compagnie qui demande l'autorisation au tribunal en avise les créanciers garantis qui peuvent vraisemblablement être touchés par le projet de disposition.

Facteurs à prendre en considération

(3) Pour décider s'il accorde l'autorisation, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la justification des circonstances ayant mené au projet de disposition;
- b) l'acquiescement du contrôleur au processus ayant mené au projet de disposition, le cas échéant;
- c) le dépôt par celui-ci d'un rapport précisant que, à son avis, la disposition sera plus avantageuse pour les créanciers que si elle était faite dans le cadre de la faillite;
- d) la suffisance des consultations menées auprès des créanciers;
- e) les effets du projet de disposition sur les droits de tout intéressé, notamment les créanciers;
- f) le caractère juste et raisonnable de la contrepartie reçue pour les actifs compte tenu de leur valeur marchande.

[...]

Autorisation de disposer des actifs en les libérant de restrictions

(6) Le tribunal peut autoriser la disposition d'actifs de la compagnie, purgés de toute charge, sûreté ou autre restriction, et, le cas échéant, est tenu d'assujettir le produit de la disposition ou d'autres de ses actifs

à une charge, sûreté ou autre restriction en faveur des créanciers touchés par la purge.

[...]

(le Tribunal souligne)

[50] Lors de son analyse des facteurs énumérés à l'article 36(3) LACC, le Tribunal doit vérifier et s'assurer de ce qui suit :

- whether sufficient efforts to get the best price have been made and whether the parties acted providently;
- the efficacy and integrity of the process followed;
- the interests of the parties; and
- whether any unfairness resulted from the process.¹⁵

[51] Par ailleurs, le Tribunal considère plus qu'approprié de citer de larges extraits de la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*¹⁶ (l'«**Affaire Callidus**»), afin de bien saisir la toile de fond que constitue la LACC pour une restructuration et la nature évolutive des procédures intentées sous son régime, et ainsi bien comprendre le rôle que le juge chargé de la supervision d'une restructuration doit jouer :

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la LACC. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC

[39] La LACC est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l'insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l'insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d'assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolubles, l'accès à la LACC est limité

¹⁵ *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 1742, paragr. [34]-[35]; *Royal Bank v. Soundair Corp.*, (1991) 7 C.B.R. (3d) 1 (Ont. C.A.) paragr. 16.

¹⁶ 2020 CSC 10.

aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (*LACC*, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l'insolvabilité poursuivent un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l'insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5, 14; Sénat du Canada, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Parmi ces objectifs, la LACC priorise en général le fait d'« éviter des pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable » (*Century Services*¹⁷, par. 70). C'est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l'entreprise débitrice qui n'a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c'est-à-dire en permettant qu'elle poursuive ses activités. Lorsqu'une telle restructuration n'était pas possible, on considérait qu'il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la *LFI*. C'est précisément le résultat qui était recherché dans l'affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la *LACC* est fondamentalement une loi sur l'insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d'exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l'entreprise [...] et d'améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 103). Afin d'atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la *LACC* ont évolué de telle

¹⁷ *Century Services Inc. v. Canada (P.G.)* [2010] 3 R.C.S. 379.

sorte qu'elles permettent des solutions qui évitent l'émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la LACC », sont maintenant courants dans le contexte de la LACC (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la LACC revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d'entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d'actif susceptibles d'être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l'entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l'issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la LACC sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d'une autre entité viable (p. ex, les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont.) (Div. gén.)), alors que d'autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l'inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex, la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D'autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s'occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l'application de la LACC ont d'abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L'émergence de cette pratique a fait l'objet de critiques, essentiellement parce qu'elle semblait incompatible avec l'objectif de « restructuration » de la LACC (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l'art. 36 de la LACC est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l'utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la LACC. L'article 36 confère aux tribunaux le pouvoir d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie

débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires¹⁸. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration], ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités rentables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la LACC dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la LFI. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la LFI vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où la société débitrice ne s'extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la LACC, lorsque la restructuration d'une société débitrice qui n'a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d'exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l'objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l'objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l'expliquerons, la structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

¹⁸ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la LACC plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la LACC

[47] Un des principaux moyens par lesquels la LACC atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu'elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La LACC mise sur la position avantageuse qu'occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s'adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l'esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu'il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu'il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l'opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la LACC. Le tribunal « évalue l'opportunité de l'ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l'exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d'insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l'art. 18.6 de la LACC, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d'agir de bonne foi dans le cadre d'une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S'il est convaincu que l'intéressé n'agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu'on s'y attarde. Conformément au régime de la *LACC* en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la *LACC* se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir McElcheran, p. 262). La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la *LACC* (voir art. 11.7, 11.8 et 23-25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir *LACC*, al. 23(1)d) et i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

[...]

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l'art. 11 de la LACC indique que le législateur a sanctionné « l'interprétation large du pouvoir conféré par la LACC qui a été élaborée

par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L'article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu'une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la LACC ne confère plus précisément compétence, l'art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d'emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l'a dit le juge Blair dans l'arrêt *Stelco*, l'art. 11 [TRADUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la LACC (par. 36).

(le Tribunal souligne)

[52] La LACC donne donc au juge surveillant la flexibilité nécessaire pour rendre les ordonnances « indiquées » afin de faciliter la restructuration d'une compagnie insolvable.

[53] La nature des problèmes économiques contemporains commande que des solutions innovatrices soient envisagées et, si elles permettent que les objectifs fondamentaux de la LACC soient atteints, au bénéfice de tous, alors elles doivent être entérinées.

[54] La présente affaire en est un très bel exemple.

3. DÉCISION DU TRIBUNAL

[55] À la lumière du rapport du contrôleur PricewaterhouseCoopers inc. (le «**Contrôleur**»), intitulé «Tenth Monitor's Report on the Approval of the Proposed Transaction» et daté du 10 septembre 2020 (le «**Rapport**»)¹⁹, de larges extraits étant

¹⁹ Pièce P-7.

reproduits ci-après, et à la lumière des témoignages de Jacques Mallette, Thomas Bachand et Christian Bourque, le Tribunal ne peut que conclure que les Débitrices ont agi de bonne foi et avec la diligence voulue, et que l'ordonnance de dévolution inversée demandée par la Demande pour ODI est indiquée dans les circonstances.

[56] Le Tribunal ne retient pas les motifs avancés par le Créancier Cantore, certains étant énumérés ci-après, afin de tenter de le convaincre de rejeter la Demande pour ODI, d'autant plus que les autres choix sont (i) la réalisation des sûretés détenues par Orion, laquelle patiente déjà depuis plusieurs mois, (ii) la «mise en veilleuse» des Débitrices pour éventuellement refaire un SISP, dans quelques mois, et ce, à un coût très élevé et dans un marché qui a déjà été analysé sous toutes ses coutures, fort incertain et risqué, ou (iii) la faillite des Débitrices, des choix catastrophiques pour tous, employés, créanciers, incluant le Créancier Cantore, fournisseurs, la Communauté Cree et, de façon générale, pour les économies des régions affectées.

[57] C'est dans un cas comme celui-ci, alors que le Tribunal est satisfait que les facteurs à prendre en considération aux termes de l'article 36 *LACC* sont rencontrés et que les avantages sont, dans les circonstances, évidents, que le juge qui supervise la restructuration et qui a ainsi une vue d'ensemble du dossier et des intérêts de tous, doit exercer son pouvoir discrétionnaire à bon escient et permettre que la solution proposée, peu importe son degré d'innovation et créativité, soit autorisée et entérinée, car elle assure définitivement un meilleur résultat que les autres choix, et ce, pour tous.

[58] D'ailleurs, devant l'opposition insistante du Créancier Cantore, et ce, malgré les conséquences désastreuses des autres choix, le Tribunal a demandé à son procureur, dans l'éventualité où le prétendu Droit réel *sui generis* Cantore était réglé à sa satisfaction et le règlement convenu alors incorporé dans l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst pour approbation par le Tribunal, s'il maintiendrait ses motifs d'opposition à la Demande pour ODI, et sa réponse fut : NON.

[59] C'est tout dire quant à la légitimité de ses motifs d'opposition à la Demande pour ODI, certains annoncés comme étant «fondamentaux».

4. RAPPORT DU CONTRÔLEUR SUR LES SOUMISSIONS REÇUES

[60] Tel que mentionné précédemment, le 29 janvier 2020, suite à l'audition non contestée de l'«Amended Application to Approve a Claims Process and a Sale or Investor Solicitation Process» présentée par les Débitrices et visant leurs actifs et entreprises, le Tribunal a rendu l'Ordonnance SISP.

[61] L'Ordonnance SISP a donc établi les Procédures SISP applicables à toutes les soumissions, lesquelles furent analysées par les Débitrices et le Contrôleur dans ce cadre bien défini.

[62] Le Rapport du Contrôleur donne un compte rendu des diverses étapes, le tout menant à sa recommandation à l'effet que la Demande pour ODI soit accueillie par le Tribunal.

[63] D'entrée de jeu, le Contrôleur précise que le Rapport a pour but :

«[...] to provide a complete overview of the Sale and Investor Solicitation Process (the «**SISP**») leading to the acceptance of the sale proposal submitted by (i) Investissement Québec («**IQ**»), (ii) The Pallinghurst Group (acting through Quebec Lithium Partners (UK) Limited («**QLP**») («**Pallinghurst**», and together with IQ, the «**Sponsors**»), (iii) OMF Fund II (K) Ltd. and OMF Fund II (N) Ltd. (together «**Orion**») and (iv) OMF (Cayman) Co-VII Ltd. («**OMF Cayman**», collectively with the Sponsors and Orion, the «**Bid Group**») (the «**Accepted Bid**» or «**Proposed Transaction**»). The Monitor's report will also provide information on the other bids received as part of the SISP and on the Proposed Transaction.»²⁰

[64] Le Rapport revoit ainsi tout le processus suivi par les Débitrices afin de disposer de leurs actifs et entreprises, par vente ou investissement, à la lumière de l'Ordonnance SISP et des Procédures SISP, et le Tribunal retient, entre autres, les commentaires et constatations suivants du Contrôleur, lesquels furent répétés lors du témoignage de Christian Bourque, responsable du dossier des Débitrices auprès du Contrôleur et corroborés, quant à certains aspects, par Jacques Mallette, président du Conseil d'administration de Nemaska Lithium inc. et par Thomas Bachand de FBN:

[...]

C. OVERVIEW OF THE SISP LEADING TO THE PROPOSED TRANSACTION

[...]

21. The Monitor is of the opinion that the SISP process that led to the Accepted Bid was conducted in a transparent and fair manner.

[...]

E. STRUCTURE OF THE PROPOSED TRANSACTION

26. The transactions contemplated by the Accepted Bid (collectively, the «**RVO Transaction**») are achieved through a corporate structure consistent with a reverse vesting order («**RVO**») and provide for a reorganization of Nemaska Lithium and its subsidiaries (the «**Nemaska Entities**»).

27. The RVO Transaction provides for the acquisition by the Sponsors of the Nemaska Entities' business and assets (other than certain excluded assets and excluded liabilities), by way of a RVO to be sought from the Court, the culmination of which will result in the

²⁰ Rapport, p. 2, parag. 2.

Sponsors acquiring, on a 50-50 basis, all of the issued and outstanding shares of an entity resulting from the amalgamation of the Nemaska Entities («**AmalCo2**»), which will itself emerge from the CCAA proceedings and subsequently be amalgamated with Orion to form the entity that will operate the business of the Debtors («**AmalCo3**», referred to as «**New Nemaska Lithium**»).

28. As mentioned above, the Bid Group consists of the IQ, Pallinghurst, Orion and OMF Cayman.
29. The RVO Transaction will also involve: (i) the incorporation of a new entity («**New ParentCo**») to ultimately hold those liabilities that are designated by the Sponsors not to be assumed by New Nemaska Lithium (the «**Excluded Liabilities**»); (ii) the incorporation by New ParentCo of a wholly-owned subsidiary («**ResidualCo**» and collectively with New ParentCo, «**Residual Nemaska Lithium**») which will ultimately hold certain excluded assets (i.e., those assets of the Nemaska Entities that are designated by the Sponsors not to be kept by New Nemaska Lithium) (the «**Excluded Assets**»); and (iii) the exchange of the shares of Nemaska Lithium for common shares of Residual Nemaska Lithium, resulting in Residual Nemaska Lithium becoming a successor reporting issuer.
30. New Nemaska Lithium will be a private company and will not be a reporting issuer under applicable Canadian securities laws.
31. The RVO structure will not require the reissuance or transfer of the Nemaska Entities' mining lease, mining claims or environmental permits, which will ensure that the business can be developed on an expedited timeline by New Nemaska Lithium. It allows for all of the permits to stay in place.
32. Pursuant to the Accepted Bid, substantially all of the current employees of the Nemaska Entities will be retained by New Nemaska Lithium in their current roles and responsibilities in all material respects.
33. The RVO Transaction is not subject to significant closing conditions, other than (i) the issuance of the RVO and (ii) the completion of required steps provided for under the *Competition Act* (Canada).
34. The Sponsors intend to invest, from and after closing of the RVO Transaction and subject to the fulfillment of certain conditions and receipt of appropriate approvals, up to \$600,000,000 in New Nemaska Lithium (inclusive of amounts paid to OMF Cayman in connection with the transaction) for the financing of the project, comprised of the mine and the electrochemical plant.

F. THE ACCEPTED BID [l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst]

[...]

36. The Accepted Bid is submitted as a credit bid and the full amount of the Orion Secured Claim is used as such by the Bid Group as consideration.
37. The consideration offered under the Accepted Bid includes (i) the assumption by New Nemaska Lithium of the Orion Secured Claim (\$134,500,000); (ii) the assumption by New Nemaska Lithium of the Johnson Matthey Battery Materials Ltd. («**JMBM**») secured claim (\$12,000,000); (iii) the assumption of various liabilities and obligation (including the Livent obligations and all of the Debtors' obligations under the Chinuchi Agreement from the closing onwards) and (iv) the transfer to Residual Nemaska Lithium of Nemaska Lithium's cash on hand on closing, subject to certain adjustments (the «**Residual Cash**») and any Excluded Assets.
38. The Residual Cash is comprised of: (i) the cash still on hand as at the closing date (to be determined and subject to adjustments), the amount of US\$7M from the US\$20M escrowed funds held in respect of the Livent litigation (plus accrued interest on US\$20M), an amount under the Directors and Officers (the «**D&O**») trust of approximately \$2M, less (ii) the sum of \$12M to be retained by New Nemaska Lithium to cover its assumption of the secured claim of JMBM.
39. The Excluded Liabilities include, without limiting the liabilities forming part of the Excluded Liabilities, any claim on the part of construction suppliers and sub traders holding a valid legal hypothec against the Debtors' assets.
40. With respect to JMBM, as a result of the issuance of the RVO and the implementation of the RVO Transaction, the JMBM's secured claim shall be secured only by the movable and immovable assets of Nemaska Lithium P1P Inc. as such assets exist immediately prior to the implementation of the RVO Transaction (including assets in replacement of such assets, as applicable), and only to the same extent that such assets are secured as at that time, with any other encumbrances over assets of the Nemaska Entities, other than the assets of Nemaska Lithium P1P Inc., to be discharged as a result of the RVO Transaction.
41. The RVO Transaction contemplates that the rights of the Cree parties pursuant to the Chinuchi Agreement will not be affected.
42. The Accepted Bid specifically provides that the Debtors and the Monitor shall use their commercially reasonable efforts to obtain the RVO and therein a declaration that the Whabouchi mine is conveyed free and clear of all encumbrances, including the alleged

claims and rights of Victor Cantore, except for certain permitted encumbrances.

G. BENEFITS OF THE PROPOSED TRANSACTION FOR STAKEHOLDERS

- 43. After submission by the Bid Group of their initial Qualified Bid, the Debtors successfully negotiated a higher consideration that eventually led to the Accepted Bid.
- 44. The RVO Transaction should enable the restart of the project and, therefore, the completion of the Whabouchi mine. By doing so, many creditors will benefit from conducting business with New Nemaska Lithium for the finalization of the mine.
- 45. Also, the RVO Transaction should allow the retention of substantially all of the current employees.
- 46. Finally, the RVO Transaction will enable Residual Nemaska Lithium to submit a plan of compromise and arrangement (the «Plan») to the Debtors' remaining creditors, excluding claims assumed by New Nemaska Lithium, which will account for the payment in full of the secured claims and will provide a cash pool for the unsecured creditors.
- 47. The Monitor has considered whether the Accepted Bid would be more beneficial to the Debtors stakeholders than a sale or disposition of assets under a bankruptcy.
- 48. Given the SISP and the value of the Debtors' assets, the Monitor is of the view that a sale or disposition of assets under a bankruptcy would not result in a better outcome for the Debtors' stakeholders.
- 49. The estimated amount to be distributed to the unsecured creditors can be illustrated as follows:
[...]
[between] \$14 240 000 [and] \$6 240 000
[...]

H. CONCLUSION AND RECOMMANDATIONS

- 50. The Monitor is of the view that the Debtors have canvased [sic] the market since the beginning of 2019, including through the SISP, and that the Proposed Transaction is the best option available in the circumstances. The monitor is also of the view that:
 - i. The aggregate consideration provided under the Proposal Transaction is fair and reasonable in the circumstances; and

- ii. There is no evidence to suggest that any viable alternative exists that would allow a better recovery for the Debtors' stakeholders.

51. Accordingly, the Monitor recommends the approval by the Court of the Accepted Bid and the RVO Transaction.

[65] À la lecture du Rapport, et constatant qu'aucune preuve n'a été présentée pour contredire son contenu, le Tribunal est d'avis, tel que mentionné précédemment, que tous les facteurs prévus à l'article 36(3) *LACC* sont rencontrés à sa satisfaction.

[66] Tous les efforts raisonnables ont été déployés afin de trouver la meilleure offre dans les circonstances, la seule encore sur la table, et cela fut fait suivant un processus rigoureux, efficace, juste, équitable et transparent, en conformité avec l'Ordonnance *SISP* et les Procédures *SISP*.

[67] Tel qu'expliqué ci-haut, les autres choix seraient catastrophiques, pour tous, y inclus le Créancier Cantore.

5. MOTIFS D'OPPOSITION DU CRÉANCIER CANTORE

[68] Le Créancier Cantore a soulevé plusieurs motifs pour tenter de convaincre le Tribunal qu'il ne devrait pas autoriser l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst et que le Tribunal devrait donc refuser la Demande pour ODI.

[69] Par contre, tel que déjà mentionné, si le prétendu Droit réel *sui generis* Cantore était réglé à la satisfaction du Créancier Cantore et le règlement convenu incorporé dans l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst soumise pour l'approbation du Tribunal aux termes de la Demande pour ODI, alors le Créancier Cantore ne maintiendrait plus ses motifs d'opposition.

[70] Nonobstant cela, le Tribunal revoit et commente ci-après, quoique brièvement, certains de ces motifs, lesquels sont inclus, soit dans l'«Objecting Party's Argument Brief» du 6 octobre 2020, soit dans la «Re-Modified and Restated Contestation of Nemaska's Approval Application» du 30 septembre 2020.

5.1 There is no authority to grant a vesting order in respect of anything other than a sale or disposition of assets

[71] Le Tribunal est d'avis que les termes «disposer, notamment par vente, d'actifs hors du cours ordinaire de ses affaires» / «sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business» de l'article 36(1) *LACC* permettent un grand éventail d'actes et modes de disposition, incluant, en partie ou en totalité, par voie de «dévolution inversée», une solution innovatrice, à être analysée au cas par cas.

[72] L'article 36(1) *LACC* ne comporte aucune restriction à cet égard.

[73] Sortir des sentiers battus n'est pas contre-indiqué, au contraire, surtout lorsque cela permet de meilleurs résultats.

[74] D'ailleurs, dans l'Affaire *Callidus*, la Cour suprême mentionne ce qui suit quant au pouvoir discrétionnaire général du Tribunal prévu à l'article 11 *LACC* :

«[...] le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.»²¹

[75] Dans la présente affaire, la solution d'une «dévolution inversée», efficace et rapide, n'affecte pas le résultat final pour les créanciers des Débitrices, au contraire, elle l'améliore.

[76] En effet, le maintien des permis, licences et autorisations existants et des contrats essentiels à l'exploitation des entreprises, et l'utilisation possible des divers attributs fiscaux disponibles²², ont facilité l'obtention de concessions de la part des Offrants, et confirmées par le Contrôleur, ce qui devrait permettre qu'une distribution plus importante soit éventuellement effectuée au bénéfice des créanciers des Débitrices.

[77] La vente n'est pas la structure proposée dans l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, elle prévoit plutôt une structure de «dévolution inversée», laquelle doit, soit être approuvée telle que soumise, soit être refusée par le Tribunal, chacun devant tirer ses propres conclusions de la décision à venir et en assumer les conséquences.

[78] Parallèlement, la purge des droits réels prévue à l'article 36(6) *LACC* aide à la mise en œuvre d'une solution envisagée et autorisée aux termes des articles 36(1) et (3) *LACC*, autrement, les détenteurs de droits réels bénéficieraient d'un droit de veto sur toute telle solution, ce qui serait inacceptable, et ce, même lorsque des actifs ne sont pas effectivement transférés à l'extérieur du patrimoine d'une compagnie débitrice, comme dans la présente affaire.

[79] Dans la mesure où la solution envisagée permet un meilleur résultat pour tous, et même l'améliore, il n'y a pas de raison pour que la purge des droits réels prévue à l'article 36(6) *LACC* ne puisse s'appliquer.

5.2 The Proposed Transaction and RVO are impermissible under the CCAA because they permit the Debtor Entities to emerge from CCAA protection outside the confines of a plan of arrangement

²¹ *Supra*, note 16, paragr. [67]

²² Pièce P-8A Y.

[80] Le Tribunal est d'avis qu'un recul s'impose lors de l'analyse d'une transaction comportant une structure de «dévolution inversée», telle que celle de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, afin de la considérer dans son ensemble (*the global picture*).

[81] Il ne faut pas chercher à décortiquer et analyser chacune des étapes et composantes d'une telle transaction afin d'y trouver, pour chacune d'elles, une assise légale aux termes de la LACC, tel que le fait le Créancier Cantore.

[82] Procéder ainsi ne fait que restreindre sérieusement, et à mauvais escient, l'éventail de solutions innovatrices permettant de faire face aux problèmes commerciaux et sociaux contemporains, de plus en plus complexes.

[83] Cet exercice requiert une grande flexibilité et, plus souvent que jamais, il permet d'accroître les bénéfices pour les parties intéressées, alors qu'un formalisme rigide devient un carcan qui limite sérieusement les choix et, plus souvent que jamais, au détriment des parties intéressées.

[84] À preuve, refuser la seule offre sur la table suite au SISP, soit l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, et ce, après plus de 18 mois au total de démarchage, signifierait, tel que déjà mentionné, (i) la réalisation des sûretés détenues par Orion, (ii) la «mise en veilleuse» des Débitrices à un coût très élevé et sans aucune assurance qu'une meilleure offre puisse être obtenue dans plusieurs mois d'ici, surtout pas dans le contexte économique actuel, fort incertain et risqué, ou (iii) la faillite des Débitrices, entraînant, dans tous les cas, des conséquences catastrophiques pour les créanciers, les employés, les fournisseurs, la Communauté Cree et les régions affectées.

[85] Par ailleurs, les créanciers des Débitrices n'ont pas à voter sur une demande aux termes de l'article 36 LACC, laquelle n'est soumise qu'à l'approbation du Tribunal, qui prend alors en considération, entre autres, les facteurs énumérés à l'article 36(3) LACC.

[86] Tel que déjà mentionné, l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst ne constitue pas un plan d'arrangement soumis au vote des créanciers des Débitrices.

[87] En temps et lieu, fort probablement une fois que les Étapes de la transaction proposée aux termes de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst auront été complétées, New ParentCo et ResidualCo seront alors en mesure de soumettre un plan d'arrangement aux créanciers restants des Débitrices, et ils voteront à ce moment-là sur ce qui leur sera proposé.

5.3 The Proposed Transaction contravenes the SISP Order on the basis that it is neither a Sale Proposal nor an Investment Proposal pursuant to the terms of the SISP Order

[88] L'Offre Orion/IQ/Pallinghurst est une proposition de transaction «hybride» et, aux termes de l'Ordonnance SISP et des Procédures SISP, les Débitrices et le Contrôleur

bénéficiaient de la latitude nécessaire²³ afin de considérer et prévoir des modifications appropriées aux circonstances, d'autant plus qu'il n'y avait plus qu'une seule offre sur la table, le tout sujet à l'autorisation ultime du Tribunal, d'où la Demande pour ODI.

[89] L'Ordonnance SISP et les Procédures SISP accordent ainsi la flexibilité nécessaire afin de trouver des solutions innovatrices à des problèmes sociaux et économiques contemporains, tel que discuté précédemment.

[90] Il n'était pas nécessaire que les Débitrices et le Contrôleur s'adressent au Tribunal à chaque fois qu'une modification aux termes et conditions des Procédures SISP était envisagée et, dans les circonstances, il était préférable que cela soit fait à l'étape de la Demande pour ODI.

5.4 The Proposed Transaction and RVO contravenes applicable securities laws

[91] Le procureur du Créancier Cantore a fait grand état du fait que la transaction proposée par l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst ne respecterait pas certaines des dispositions du *Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières* de la *Loi sur les valeurs mobilières*²⁴, ce que contestent vigoureusement les Débitrices.

[92] À tout événement, le Tribunal ne croit pas approprié d'élaborer sur ce sujet, surtout à la lumière du courriel²⁵ reçu le 7 octobre 2020 15 :15 par Me Patrick Boucher de M. Patrick Théorêt de l'Autorité des Marchés Financiers, à l'effet suivant :

«[...]
Je te confirme que nous n'avons pas d'objection avec votre interprétation du Règlement 61-101 dans le contexte de l'opération projetée. Nous n'interviendrons pas à la Cour sur ce point.

Nous comprenons par ailleurs que la demande de dispense des obligations d'information continue de NMX Debtor (tel que ce terme est défini dans le projet du «vesting order» déposé en Cour) faite à la Cour sera retirée du paragraphe 44 de la procédure.
[...]»

5.5 New ParentCo and ResidualCo cannot avail themselves of the CCAA

[93] Le Créancier Cantore met énormément d'emphase sur le moment précis où les deux filiales nouvellement créées par la débitrice Nemaska Lithium inc., soit New

²³ Pièce P-1, voir, entre autres, les paragr. 1.5, 6.6, 11.2, 12.4, 12.9 et 17.2 des «SISP Procedures» jointes à titre de d'Annexe A à l'Ordonnance SISP.

²⁴ RLRQ, c. V-1.1, art. 331.1, r. 33.

²⁵ Pièce P-14.

ParentCo et ResidualCo, deviendront insolvables et pourront alors bénéficier du régime de la LACC, soit à l'intérieur des quelques jours que durera la séance de clôture de la transaction résultant de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, et donc après l'obtention de l'ODI du Tribunal.

[94] Évidemment, tout ne peut pas être fait en même temps et, avant de débiter la séance de clôture de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, encore faut-il que le Tribunal l'ait autorisée.

[95] Tel que mentionné précédemment, un recul s'impose afin de considérer la transaction dans son ensemble (*the global picture*), en ayant toujours à l'esprit la Toile de fond, et ne pas chercher à analyser une étape précise, séparément des autres, aux fins d'identifier une assise légale la justifiant aux termes de la LACC.

[96] À tout événement, le recours à la LACC est permis lorsqu'une insolvabilité est imminente²⁶, ce qui est définitivement le cas pour ces deux filiales, New ParentCo et ResidualCo, et ce, à la lumière de la vue d'ensemble des Étapes de la transaction projetée.

5.6 The Proposed transaction is an impermissible disguised substantive consolidation of the estates of the Debtors

[97] Le Créancier Cantore a longtemps argumenté que les Débitrices n'avaient pas obtenu l'autorisation préalable du Tribunal pour présenter un plan «consolidé».

[98] Or, la Demande pour ODI ne constitue nullement une demande d'approbation d'un plan «consolidé», mais constitue plutôt une demande d'approbation de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, laquelle fut retenue par les Débitrices suite à l'obtention de l'Ordonnance SISF, incluant les Procédures SISF, et suivant le cadre et les instructions qui y sont inclus.

[99] Tel que mentionné précédemment, l'Ordonnance SISF et les Procédures SISF visaient tous les actifs des Débitrices, sans distinction, dans un tout ou séparément, et permettaient donc aux soumissionnaires de présenter des offres comprenant tous les actifs des Débitrices, ou une partie seulement.

5.7 The release in favour of the directors and officers of the Debtors pursuant to the Proposed Transaction should not be authorized

[100] L'Offre Orion/IQ/Pallinghurst comprend une quittance générale au bénéfice, entre autres, des administrateurs et dirigeants des Débitrices.

²⁶ *Stelco Inc., Re*, 2004 CanLII 24933 (ON SC), paragr. 21, 25 et 26, Farley J. (permission d'en appeler à la CA refusée, 2004 CarswellOnt 2936 et permission d'en appeler à la CSC refusée, 2004 CarswellOnt 5200; voir aussi art. 3 LACC.

[101] Le Créancier Cantore, aussi actionnaire de la débitrice Nemaska Lithium inc., et l'actionnaire Brian Shenker se sont opposés à ce qu'une telle quittance soit autorisée par le Tribunal à ce stade-ci, et ils ont demandé que le débat sur ce sujet soit reporté au jour du dépôt du plan d'arrangement à venir.

[102] Essentiellement, ces actionnaires ont l'intention de poursuivre, entre autres, les administrateurs et dirigeants des Débitrices au motif de leur comportement relié à certains événements.

[103] Cette quittance générale demandée fait partie de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst et les Offrants l'ont incluse pour leurs propres raisons.

[104] Il ne revient pas au Tribunal de leur ordonner de l'exclure, mais le Tribunal ne peut que constater qu'ils ont effectivement prévu une exception, reproduite dans le projet d'ODI soumis au Tribunal, soit :

«[41] [...] provided that nothing in this paragraph shall waive, discharge, release, cancel or bar any claim against the Directors (as this term is defined in the Initial Order) of the Debtors that is not permitted to be released pursuant to section 5.1(2) of the CCAA.»

[105] Or, l'article 5.1(2) LACC est à l'effet suivant :

La transaction ne peut toutefois viser des réclamations portant sur des droits contractuels d'un ou de plusieurs créanciers ou fondées sur la fausse représentation ou la conduite injustifiée ou abusive des administrateurs.

[106] Le Tribunal est d'avis que cette exception protège adéquatement les actionnaires à l'égard des administrateurs et dirigeants des Débitrices et il n'y a pas lieu d'élaborer davantage sur ce sujet.

5.8 The Court should not authorize the transfer of the Excluded Liabilities, the Agreement and/or the NSR Royalty to New ParentCo

[107] Ce transfert fait partie de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst et de l'ensemble de la transaction projetée, et il n'y a pas lieu de l'analyser isolément, afin d'en décortiquer toutes les facettes.

[108] À tout événement, dans le cadre d'une demande telle que celle de la Demande pour ODI, le Tribunal a le pouvoir nécessaire, après s'être satisfait que les critères de l'article 36(3) sont respectés, d'ordonner que ce transfert soit effectué, sans le consentement du Créancier Cantore, ou de tout autre créancier relativement à un contrat à être transféré, autrement le créancier concerné bénéficierait d'un droit de veto sur la transaction projetée, ce qui serait inacceptable.

[109] Dans le cadre de l'insolvabilité des Débitrices, le résultat global de la transaction projetée avec les Offrants est à l'avantage de tous, comparativement aux conséquences des autres choix mentionnés précédemment.

[110] Certes, le Créancier Cantore souhaiterait que l'Entente prévoyant le paiement de la Royauté NSR soit entièrement protégée, sans aucune conséquence négative pour lui, mais le Tribunal ne peut pas accepter qu'il en soit ainsi, car cela signifierait l'échec de la transaction prévue dans l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

[111] Par ailleurs, le Créancier Cantore fait un parallèle entre le traitement qui lui est réservé et celui prévu par les Offrants pour le créancier garanti Johnson Matthew Battery Materials Ltd., et il voudrait qu'il en soit ainsi pour lui.

[112] Les Offrants ont leurs propres raisons commerciales pour qu'il en soit ainsi avec ce créancier garanti et il ne revient pas au Tribunal à faire en sorte que tous les créanciers des Débitrices soient traités également dans l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

[113] Tel qu'expliqué précédemment, le Créancier Cantore est amplement protégé par ce qui a été convenu avec les Offrants quant au débat à venir sur son prétendu Droit réel *sui generis* Cantore.

[114] S'il réussit à établir la validité de ce droit, alors certains des actifs acquis par les Offrants seront sujets à ce droit, et s'il ne réussit pas, il bénéficiera alors d'un droit personnel, lequel sera traité par les Débitrices comme tout autre droit personnel d'un créancier ordinaire des Débitrices non retenu par les Offrants dans le cadre de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

5.9 The Proposed transaction is not fair and reasonable

[115] Tel qu'abordé à plusieurs occasions ci-haut, il ne fait aucun doute pour le Tribunal que l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst est juste et raisonnable et qu'elle doit être acceptée telle que déposée, et ce, dans les meilleurs délais.

[116] Depuis plusieurs mois, le Tribunal a été à même de constater tous les efforts déployés par les Débitrices afin de sauver leurs entreprises et, après de sérieuses démarches et un SISP mis en œuvre rigoureusement et en conformité avec l'Ordonnance SISP et les Procédures SISP, l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst est la seule sur la table, et elle permet de redémarrer les opérations «épurées» des Débitrices, avec tout ce que cela comporte de positif au plan économique.

[117] La refuser serait catastrophique!

5.10 The Monitor's commitment to use «commercially reasonable efforts to obtain the RVO» and other stipulations of the successful bid compromise the integrity of the SISP

500-11-057716-199

[118] À plusieurs égards, le Créancier Cantore a mis en doute l'intégrité et l'impartialité du Contrôleur.

[119] Le Tribunal rejette toutes les allégations à cet égard du Créancier Cantore, lesquelles sont totalement non fondées.

[120] Il s'agit ici aussi d'une autre démonstration que le Créancier Cantore fait flèche de tout bois en référant à certains termes utilisés et à certains engagements pris par le Contrôleur dans le cadre des négociations avec les Offrants, ou autrement, afin d'amener le Tribunal à conclure comme il le souhaiterait.

[121] Le Tribunal a eu plusieurs occasions de constater le haut professionnalisme du Contrôleur, sa rigueur et sa diligence. Le Tribunal était périodiquement tenu au courant de l'évolution du dossier, et le Contrôleur a toujours clairement répondu aux questions que le Tribunal pouvait lui poser de temps en temps.

[122] Aucun événement, aucun fait, aucun geste ne permet au Tribunal de conclure qu'il n'en a pas été ainsi. Le Contrôleur s'est très bien déchargé de ses responsabilités dans le cadre de l'Ordonnance SISP et des Procédures SISP.

[123] De plus, vu sa connaissance approfondie du dossier, il est définitivement approprié que le Contrôleur puisse jouer un rôle actif dans la mise en œuvre de certaines des étapes de la transaction prévue dans l'offre Orion/IQ/Pallinghurst.

[124] Cela facilitera et permettra un dénouement plus rapide, et le Tribunal l'approuve.

6. CONCLUSION ET JUGEMENT EXÉCUTOIRE NONBSTANT APPEL

[125] Le Tribunal accueillera donc la Demande pour ODI suivant ses conclusions et suivant le projet qui lui a été soumis à cette fin.

[126] Aussi, et tel que mentionné à plusieurs reprises ci-haut, il est urgent que l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst soit approuvée et mise en œuvre dans les meilleurs délais, les Offrants n'ayant pas à subir davantage des délais que le Tribunal considère injustifiés dans les présentes circonstances.

[127] En plus de nuire aux Offrants, tout délai additionnel nuit aux Débitrices, à leurs employés et fournisseurs, à leurs créanciers, à la Communauté Cree et aux économies des régions affectés par cette situation.

[128] Par conséquent, le présent jugement et l'ordonnance de «dévolution inversée» qui y est jointe seront exécutoires immédiatement nonobstant appel et sans qu'il soit nécessaire de fournir quelque caution que ce soit.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

500-11-057716-199

- [129] **ACCUEILLE** l'«Application Seeking Leave to Enter into the Orion/IQ/Pallinghurst Transaction with Issuance of an Approval and Vesting Order and Ancillary Relief» des Débitrices;
- [130] **REJETTE** la «Re-Modified and Restated Contestation of Nemaska's Approval Application» du Créancier Cantore;
- [131] **REND** l'ordonnance de «dévolution inversée» jointe au présent jugement et intitulée «Approval and Vesting Order»;
- [132] **DÉCLARE** le présent jugement et ladite ordonnance de «dévolution inversée» sont exécutoires immédiatement nonobstant appel et sans qu'il soit nécessaire de fournir quelque caution que ce soit;
- [133] **LE TOUT** avec les frais de justice.

LOUIS J. GOUIN, J.C.S.

Mes Patrick Boucher, Gabriel Faure, Gabrielle Groulx-Maurer, Karine Joizil, Pascale Klees-Themens, Alain Tardif et François Alexandre Toupin
McCarthy Tétrault
Procureurs des Débitrices

Mes Jean Fontaine et Nathalie Nouvet
Stikeman Elliott
Procureurs du Contrôleur

Me Dimitri Maniatis
Accent Legal inc.
Procureur de Victor Cantore

Mes David Bish, Marie-Ève Gingras et Christopher Richter
Torys
Procureurs de Orion

Me Luc Morin
Norton Rose Fulbright
Procureurs de Investissement Québec

Mes Denis Ferland et Hannah Toledano
Davies Ward Phillips & Vineberg
Procureurs de Pallinghurst

500-11-057716-199

Mes François D. Gagnon et Kevin Mailloux
Borden Ladner Gervais
Procureurs de FMC Lithium USA Corp.

Mes Puya Fesharaki et Robert Thornton
TGF
Procureurs de Brian Shenker

Dates d'audition : 21, 24, 25 et 28 septembre et 1, 2, 6, 7 et 8 octobre 2020

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
REGISTRY OF MONTREAL

No: 500-09-029177-201, 500-09-029190-204
(500-11-057716-199)

DATE: November 11, 2020

BEFORE THE HONOURABLE GENEVIÈVE MARCOTTE, J.A.

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT OF:

N° : 500-09-029177-201

VICTOR CANTORE

APPLICANT – Objecting Party

v.

NEMASKA LITHIUM INC.

and

NEMASKA LITHIUM WHABOUCHI MINE INC.

and

**NEMASKA LITHIUM SHAWINIGAN
TRANSFORMATION INC.**

and

NEMASKA LITHIUM P1P INC.

and

NEMASKA LITHIUM INNOVATION INC.

RESPONDENTS – Debtors

and

PRICEWATERHOUSECOOPERS INC.

IMPLEADED PARTY – Monitor

and

INVESTISSEMENT QUÉBEC

and

THE PALLINGHURST GROUP

and

OMF FUND II (K) LTD.

OMF FUND II (N) LTD.

and

FMC LITHIUM USA CORP.

and

BRIAN SHENKER

IMPLEADED PARTIES – Impleaded parties

IN THE MATTER OF THE PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF:

N° : 500-09-029190-204

BRIAN SHENKER

APPLICANT – Impleaded party

v.

NEMASKA LITHIUM INC.

and

NEMASKA LITHIUM WHABOUCHI MINE INC.

and

**NEMASKA LITHIUM SHAWINIGAN
TRANSFORMATION INC.**

and

NEMASKA LITHIUM P1P INC.

and

NEMASKA LITHIUM INNOVATION INC.

RESPONDENTS – Debtors

and

PRICEWATERHOUSECOOPERS INC.

IMPLEADED PARTY – Monitor

and

INVESTISSEMENT QUÉBEC

and

THE PALLINGHURST GROUP

and

OMF FUND II (K) LTD.

OMF FUND II (N) LTD.

and

FMC LITHIUM USA CORP.

IMPLEADED PARTIES – Impleaded parties

and

VICTOR CANTORE

IMPLEADED PARTY – Opposing creditor

JUDGMENT

[1] I am tasked with the determination of two applications for leave to appeal of a judgment rendered on October 15, 2020 by the Superior Court of Québec, district of Montreal (the honourable Louis J. Guoin) which approved a transaction and issued a reverse vesting order pursuant to sections 11 and 36 of the *Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA)*.¹

[2] The CCAA proceedings were commenced in December 2019 with respect to the debtor companies (the "Nemaska entities") which are involved in the development of a lithium mining project in Quebec

[3] In January 2020, the CCAA judge approved an uncontested sale or investment solicitation process (« SISP ») which led to the acceptance of an offer submitted by impleaded parties Investissement Québec, the Pallinghurst Group and OMG Fund II (K) Ltd. and OMG Fund II (N) Ltd (« Orion »), in the form of a bid that was made subject to the condition that a reverse vesting order (RVO) be issued.

[4] The proposed RVO provides for the acquisition by the impleaded parties of the shares of Nemaska entities free and clear of the claims of creditors which are transferred along with unwanted assets² to a newly incorporated non-operating company, as part of a pre-closing reorganization.

[5] The RVO allows the purchaser to continue to carry on the operations of the Nemaska entities in a highly regulated environment by maintaining their existing permits, licences, authorizations, essential contracts and fiscal attributes. It is essentially a credit bid whereby the shares of the Nemaska entities are acquired in return for the assumption of the secured debt³.

¹ R.S.C., 1985, c. C-36.

² They essentially consist of residual cash defined as follows in the Accepted bid:

38. The Residual Cash is comprised of: (i) the cash still on hand as at the closing date (to be determined and subject to adjustments), the amount of US\$7M from the US\$20M escrowed funds held in respect of the Livent litigation (plus accrued interest on US\$20M), an amount under the Directors and Officers (the «D&O») trust of approximately \$2M, less (ii) the sum of \$12M to be retained by New Nemaska Lithium to cover its assumption of the secured claim of JMBM.

³ The Accepted bid provides for the following consideration:

36. The Accepted Bid is submitted as a credit bid and the full amount of the Orion Secured Claim is used as such by the Bid Group as consideration.

[6] Applicant Victor Cantore (Cantore) is a shareholder of Nemaska and a creditor of royalties (a 3% net smelter return royalty on all metals), following the sale of his original mining titles to the Nemaska entities in 2009.

[7] Cantore filed an application to have the Court recognize his “*bene esse* real rights” on the mining titles which the parties agreed to debate at a later date and have temporarily carved out of the proposed RVO.

[8] Cantore nonetheless formally objected to the approval of the RVO, raising multiple grounds of contestation, including the CCAA judge’s lack of authority to grant a vesting order for anything other than a sale or disposition of assets, the impossibility under the CCAA for debtor companies to emerge from CCAA protection outside a compromise or arrangement, the violation of securities laws and the improper release stipulated in favour of directors and officers without prior approval from creditors.

[9] Applicant Brian Shenker (“Shenker”) is a shareholder of Nemaska Lithium Inc. Along with other shareholders, he filed an *Application to declare certain claims as exempt and to permit the filing of certain claims in late September 2020*, namely against Nemaska entities’ directors and officers for negligent misrepresentations.

[10] While the application had not been heard by the CCAA judge at the time of the approval hearing, Shenker was allowed to make oral submissions regarding the granting of releases in favour of the directors and officers in the context of the proposed RVO.

[11] Notwithstanding the Cantore objections and the Shenker representations, the CCAA judge approved the RVO following a 9 day hearing.

[12] In his reasons, the CCAA judge reviewed the context of the transaction in detail and insisted on the purpose and efficiency of the RVO to maintain the going concern operations of the debtor companies, while also emphasizing that it is not up to the courts to dictate the terms and conditions to be included in the offer which stems from the uncontested SISP order.

37. The consideration offered under the Accepted Bid includes (i) the assumption by New Nemaska Lithium of the Orion Secured Claim (\$134,500,000); (ii) the assumption by New Nemaska Lithium of the Johnson Matthey Battery Materials Ltd. («**JMBM**») secured claim (\$12,000,000); (iii) the assumption of various liabilities and obligation (including the Livent obligations and all of the Debtors’ obligations under the Chinuchi Agreement from the closing onwards) and (iv) the transfer to Residual Nemaska Lithium of Nemaska Lithium’s cash on hand on closing, subject to certain adjustments (the «**Residual Cash**») and any Excluded Assets.

[13] He also reiterated that the approval of the RVO pursuant to s. 36 CCAA is subject to determining:

- Whether sufficient efforts to get the best price have been made and whether the parties acted providently;
- The efficacy and integrity of the process followed;
- The interests of the parties; and
- Whether any unfairness resulted from the process.⁴

[14] He considered that these criteria had been met and found the issuance of the RVO to be a valid use of his discretion, insisting that it would serve to maximize creditor recoveries while maintaining the debtor companies as a going concern and allowing an efficient transfer of the necessary permits, licences and authorizations to the purchaser.

[15] In coming to this conclusion, the CCAA judge relied extensively on the principles recently set out by the Supreme Court in the matter of *9354-9186 Quebec inc. c. Callidus Capital Corp.*⁵ namely:

1. The evolution of CCAA proceedings and the important role of the CCAA supervising judge;
2. The remedial objectives of Canadian insolvency laws to provide timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency, preserve and maximize the value of a debtor's assets, ensure fair and equitable treatment of the claims against a debtor, protect the public interest, and balance the costs and benefits of restructuring or liquidating the debtor company;
3. The priority afforded by the CCAA to « “avoid [ing] the social and economic losses resulting from the liquidation of an insolvent company” by facilitating the reorganization and survival of the pre-filing debtor company, as a going concern;
4. The CCAA judge's wide discretion pursuant to s. 11 of the CCAA with a view to furthering the remedial objectives of the CCAA while keeping in mind three “baseline considerations,” which the applicant has the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence.

⁴ *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 1742, para.34-35.

⁵ *9354-9186 Quebec inc. c. Callidus Capital Corp.*[*Callidus*], 2020 CSC 10, para. 38-52, 67-68.

[16] After reviewing the Monitor's report and uncontradicted testimony, the CCAA judge dismissed the Cantore objections and concluded that the Nemaska entities had acted in good faith and with the required diligence, and that the approval of the RVO was the best possible outcome in light of the alternatives, being : (i) the realization of the rights held by secured creditors, (ii) the suspension of the restructuring process to attempt a new SISP at a high cost with an uncertain outcome in an uncertain market that had previously been thoroughly canvassed and had led to a single acceptable bid, or (iii) the bankruptcy of the debtor companies.

[17] He underlined the catastrophic impact of these alternatives on all stakeholders being the employees, creditors, suppliers, the Cree community and local economies.

[18] As far as the various arguments raised by Cantore are concerned, the CCAA judge pointed out that his attorney had conceded that his client would not have continued to oppose the RVO if his *sui generis* rights had been settled and incorporated into an offer to be approved by the Court.

[19] The CCAA judge dismissed Cantore's argument regarding the Court's limited authority to grant a vesting order, stating that the terms « *Sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business* » under subsection 36 (1) CCAA should be broadly interpreted to allow a CCAA judge to grant innovative solutions such as RVOs on a case by case basis, in accordance with the wide discretionary powers afforded the supervising judge pursuant to section 11 CCAA, as recognized by the Supreme Court in *Callidus*.⁶

[20] He insisted that this would be particularly appropriate, where the proposed RVO brings an outcome to creditors more favourable than the alternatives and where available tax attributes contribute to significantly improve the offer, to eventually bring a greater distribution to the creditors.

[21] The CCAA judge also insisted on the fact that the expungement of real rights was contemplated by subsection 36(6) and was a necessary condition to the implementation of a solution, and served to prevent a veto on the part of the holders of those real rights.

[22] The CCAA judge further held that the offer did not constitute a plan of arrangement subject to prior creditor approval and that the residual companies would be submitting a plan of arrangement to the remaining creditors for a vote once the first step, being the acquisition of the Nemaska shares by the impleaded parties, is accomplished.

[23] He dismissed the argument of a potential violation of the applicable securities laws, insisting on the fact that the issue had become moot, given the written confirmation obtained from a representative of the Autorité des marchés financiers that

⁶ See Supra note 5.

they would not object to the interpretation of *Regulation 61-101 respecting Protection of Minority Security Holders in Special Transactions*⁷ proposed in the context of the RVO.

[24] He dismissed the argument related to an « impermissible disguised substantive consolidation » of the Nemaska entities and the alleged lack of approval of a consolidation plan, insisting on the fact that the offer had been made by the impleaded parties in response to a SISP process which had not been contested and clearly contemplated the purchase of all or part of the assets of the debtor companies.

[25] Additionally, the CCAA judge held that the release in favour of the directors and officers of the debtor companies contained in the RVO was qualified in such a manner so as to protect the rights of shareholders and creditors whose claim is based on Section 5.1 (2) of the CCAA.

[26] Moreover, he concluded that Cantore's sui generis real rights were being fully protected by the reserve set out under the RVO and he dismissed his proposition that the proposed transaction was not fair and reasonable or that the Monitor had acted in a partial or improper manner, given the serious efforts put forward to salvage the operations of the companies, the rigorous SISP process carried out and the fact that the offer at issue was the only acceptable and serious bid received and that it allowed the mining project operations to resume.

[27] Lastly, he insisted on the urgency to approve the RVO and the fact that that any additional delay would work to the detriment of the impleaded parties as well as the debtor companies, their employees and suppliers, the Cree community and their local economies.

[28] In the applications for leave to appeal, Applicants Cantore and Shenker both argue that the CCAA judgment is flawed, in that the CCAA judge did not have the power to approve a transaction which is structured in such manner as to allow the debtor companies to emerge from CCAA protection free and clear of their pre-filing obligations outside the confines of a plan of compromise or arrangement and without the benefit of an approval by the required majority of creditors.

[29] Both Applicants add that the CCAA judge also erred in approving the broad releases in favour of third parties, including the directors and officers, outside the context of a plan of arrangement and without first determining whether they were fair, reasonable and necessary to the restructuring and whether they could prejudice creditor rights.

⁷ V-1.1, r. 33.

[30] In addition Cantore raises essentially the same arguments which were previously dismissed by the CCAA judge, being that:

1. The pre-filing obligations were essentially “novated” by the Court and consolidated (without prior determination of the need for such consolidation), and were illegally transferred to third parties without prior creditor consent;
2. The CCAA judge erred in law by approving the transaction and issuing the RVO on the basis of evidence given by the Monitor who was not neutral nor impartial;
3. The CCAA judge focused exclusively on the outcome of the proposed transaction which he qualified to be the “best and only alternative available in the circumstances”, while failing to give any meaningful consideration to creditor rights.
4. The CCAA judge approved a transaction that violates applicable securities law, more precisely the minority shareholder approval requirements.
5. The CCAA erred in granting provisional execution and failed to support this order with sufficient reasons relating to the nature and the extent of the harm which could be suffered.

[31] In order to obtain leave to appeal a judgment pursuant to section 13 CCAA, the Applicants must demonstrate that they satisfy the following four-pronged test in that:

1. The point on appeal is of significance to the practice;
2. The point is of significance to the action or proceedings;
3. The appeal is prima facie meritorious;
4. The appeal will not unduly hinder the progress of the proceedings⁸.

[32] Such leave is only granted sparingly given the nature of the powers afforded the CCAA judge.

⁸ See *Bridging Finance inc c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138 para. 14 and 15 (per Kasirer, J.A., in chambers); *Statoil Canada Ltd. (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCA 665, para. 4 (per Hilton, J.A., in chambers).

[33] All parties agree that RVOs are a novelty and that, until now, they have only been granted by consent. They also agree that a delimitation of powers of the CCAA judge under section 11 of the CCAA where the RVO transaction is contested by certain creditors is a point of principle which could be of interest to the practice and could, in certain circumstances, justify granting leave to appeal⁹.

[34] They claim, however, that in the particular context of the transaction, such leave should not be granted as it will serve to hinder the progress of the CCAA proceedings in a context where the great majority of creditors will be prejudiced.

[35] As underlined by the CCAA judge, the only determination that the courts are asked to make is whether or not to approve the RVO, without having the power to dictate its terms:

[16] L'offre Orion/IQ/Pallinghurst est soumise au Tribunal telle que déposée, et il ne revient pas au Tribunal d'indiquer aux Offrants quels termes et conditions doivent en faire partie.

[17] Le choix du Tribunal est le suivant : il approuve ou il refuse l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst.

[36] Certain issues raised in appeal do appear to qualify as being significant to the practice of insolvency. This is particularly the case regarding the issue of the scope of authority of the CCAA supervising judge in the context of an order that is not strictly limited to the "sale or disposition of assets" provided for under section 36 (6) CCAA, which, according to the Applicants, results in an outcome that would normally form part of an arrangement subject to prior approval by the creditors. There is also an issue of principle raised regarding the granting of broad third party releases (that are not limited to the transaction itself), outside the confines of an arrangement and without determining their appropriateness and submitting same to the required vote of creditors.

[37] There is however reason to question the merit of the appeal in the particular context of the file. The CCAA judge's comments on Cantore's approach in the file (notwithstanding the parties' agreement to postpone the debate regarding the expungement of his "*bene esse* real rights" in the mining claims), provide the context in which his arguments are being advanced and somewhat affect their legitimacy:

[30] Le report de ce débat, lequel avait essentiellement pour but que la Demande Cantore ne soit plus un obstacle à l'obtention urgente de l'approbation par le Tribunal de l'Offre Orion/IQ/Pallinghurst, dans la mesure où le Tribunal était disposé à aller dans ce sens, n'a pas mis fin à l'opposition du Créancier Cantore à la Demande pour ODI, loin de là.

⁹ *Aviva Cie d'assurance du Canada c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2016 QCCA 1837, para. 16.

[31] Ainsi, le Créancier Cantore a continué à prétendre que le Tribunal n'avait tout simplement pas l'autorité et la compétence pour accueillir la Demande pour ODI sauf, par contre, si elle incluait aussi un règlement de la Demande Cantore qui serait alors approuvé par le Tribunal.

[32] Tel que discuté ci-après, il est apparu clairement au Tribunal, tout au long de l'audition, que le Créancier Cantore, par les arguments qu'il présentait, ne prenait nullement en considération ce qui avait été décidé par l'Ordonnance SISP, la Toile de fond de la Demande pour ODI.

[33] Tout était décortiqué à la pièce par le Créancier Cantore, isolé du portait global, loin de ce que le Tribunal avait déjà autorisé.

[34] **À plusieurs occasions, le Tribunal a eu l'étrange impression que l'opposition du Créancier Cantore était un exercice de négociation avec les Débitrices et les Offrants, portant ainsi ombrage à la légitimité des arguments qu'il avançait.**

[35] À un tel point tel que, le 8 octobre 2020 05 :19, le Tribunal a fait parvenir un courriel aux procureurs présents à l'audition, mentionnant, entre autres, ce qui suit :

[...]

I ask you all to be practical and don't take a legal position in front of the Court on this issue, or any other issue, **as a bargaining tool.**

[...]

[Emphasis added]

[38] As it turns out¹⁰, the value of the Cantore provable claims (setting aside the later debate regarding his potential real rights) stands at \$8,160 million out of a total value of provable claims of \$200 million. Thus, Cantore's provable claims represent at this point in time 4% of the total value of unsecured creditors' claims as determined by the Monitor. Yet, Cantore is the only creditor having voiced an objection to the RVO approval. This begs the question: whose interest is being served by the proposed appeal? What would be the true impact of the Cantore vote on the RVO transaction if it were made subject to prior approval on the part of the creditors as he suggests?

¹⁰ In May 2020, Cantore delivered to the Monitor 5 proofs of claims which were disallowed in part by the Monitor by way of a Notice of Revision or Disallowance dated October 22, 2020, leaving an outstanding provable claim of \$8,160,000. Cantore has since filed an application to appeal from the Monitor's revision or disallowance of a claim dated October 29, 2020.

[39] In these circumstances, I am simply not convinced that the arguments that are advanced by Cantore are anything but a “bargaining tool”, while he pursues multidirectional attacks on the RVO with the same arguments that were dismissed in first instance.

[40] That being said, the applicants have also failed to convince me that their appeal will not hinder the progress of the proceedings and that it is not purely strategic (insofar as Applicant Cantore is concerned) or theoretical (insofar as Applicant Shenker is concerned).

[41] Serious concerns were raised at the hearing regarding the fact that the RVO may be compromised if the closing (which has already been postponed on more than one occasion since the acceptance of the offer in June 2020) cannot take place as determined in the RVO by December 31, 2020. These concerns are compounded by the risk of a potential cash depletion as contemplated by the Monitor (in his Ninth Monitor’s Report) at a monthly rate of \$2.5 to \$3 million. As well, the Monitor deems it unlikely that an alternative or any other new plan of arrangement could generate a distribution to unsecured creditors in the range currently estimated in the RVO (between \$6 million and \$14 million).

[42] This makes the leave to appeal a risky proposition that could turn into the potential “catastrophy” that the CCAA judge referred to in his reasons, one in which all stakeholders, including creditors, employees, suppliers, the Cree community and the local economies stand to lose. In such event, the rights being debated even if important may become theoretical.

[43] As far as Shenker is concerned, while the issues that he proposes to raise with respect to overreaching third party releases are not devoid of merit, granting leave is likely to seriously prejudice creditors, with limited gains to be had on the part of shareholders whose rights remain entirely subordinated to those of the creditors.¹¹ If the manner of constituting the releases makes them invalid or unopposable, then Shenker, and any other party with a claim against directors, may still have a recourse.

THEREFORE, THE UNDERSIGNED:

¹¹ As highlighted by the CCAA judge during a management hearing held on September 18 2020 as reproduced at paragraph 37 of the judgment:

De plus, le Tribunal tient à répéter que dans un contexte d’insolvabilité, tel que dans la présente affaire, les intérêts économiques des Actionnaires, si tant est que de tels intérêts existent encore, sont entièrement subordonnés à ceux de tous les créanciers des Débitrices, et ce, jusqu’à ce que ces créanciers aient été entièrement payés, ce qui n’est nullement envisagé dans le présent dossier et n’a, semble-t-il, jamais été envisagé par qui que ce soit. Il s’agit d’un principe fondamental en la matière et qui ne doit jamais être perdu de vue.

[44] **DISMISSES** the applications for leave to appeal;

[45] **THE WHOLE**, with legal costs.

GENEVIÈVE MARCOTTE, J.A.

Mtre Dimitrios Maniatis
ACCENT LÉGAL
Mtre Tom Provost
MLT AIKINS
For Applicant and impleaded party Victor Cantore

Mtre Neil Peden
Mtre Bogdan Catanu
WOODS
For Applicant Brian Shenker

Mtre Alain Tardif
Mtre Gabriel Faure
Mtre François Alexandre Toupin
Mtre Patrick Boucher
McCARTHY TÉTRAULT
For Respondents

Mtre C. Jean Fontaine
Mtre Nathalie Nouvet
STIKEMAN ELLIOT
For impleaded party Pricewaterhousecoopers inc.

Mtre Luc Morin
NORTON ROSE FULLBRIGHT CANADA
For impleaded party Investissement Québec

Mtre Denis Ferland
DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG
For impleaded party The Pallinghurst Group

Mtre Christopher Richter
Mtre Marie-Ève Gingras
SOCIÉTÉ D'AVOCATS TORYS
For impleaded party OMF Fund II (K) Ltd. and OMF Fund II (N) Ltd.

Mtre Kevin Mailloux
Mtre François Gagnon
BORDEN LADNER GERVAIS
For impleaded party FMC Lithium USA Corp.

Date of hearing: November 2, 2020

No. 39526

April 29, 2021

Le 29 avril 2021

BETWEEN:**ENTRE :**

Brian Shenker

Brian Shenker

Applicant

Demandeur

- and -

- et -

Nemaska Lithium Inc., Nemaska Lithium Whabouchi Mine Inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation Inc., Nemaska Lithium P1P Inc., Nemaska Lithium Innovation Inc., PricewaterhouseCoopers Inc., Investissement Québec, Pallinghurst Group, OMF Fund II (K) Ltd., OMF Fund II(N) Ltd., FMC Lithium USA Corp. and Victor Cantore

Nemaska Lithium Inc., Nemaska Lithium Whabouchi Mine Inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation Inc., Nemaska Lithium P1P Inc., Nemaska Lithium Innovation Inc., PricewaterhouseCoopers Inc., Investissement Québec, Pallinghurst Group, OMF Fund II (K) Ltd., OMF Fund II (N) Ltd., FMC Lithium USA Corp. et Victor Cantore

Respondents

Intimés

JUDGMENT**JUGEMENT**

The motion to be added as parties or for leave to intervene is dismissed. The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal of Quebec (Montréal), Number 500-09-029190-204, 2020 QCCA 1488, dated

La requête en vue d'être ajoutés comme parties ou pour permission d'intervenir est rejetée. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (Montréal), numéro 500-09-029190-204, 2020 QCCA 1488 daté du

November 11, 2020, is dismissed with costs.

11 novembre 2020, est rejetée avec dépens.

C.J.C.
J.C.C.

No. 39464

April 29, 2021

Le 29 avril 2021

BETWEEN:

ENTRE :

Victor Cantore

Victor Cantore

Applicant

Demandeur

- and -

- et -

Nemaska Lithium Inc. (Formerly Nemaska Lithium Inc., Nemaska Lithium Whabouchi Mine Inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation Inc., Nemaska Lithium P1p Inc. and Nemaska Lithium Innovation Inc.), PricewaterhouseCoopers Inc., Investissement Québec, Pallinghurst Group, OMF Fund II (K) Ltd., OMF Fund II (N) Ltd., FMC Lithium USA Corp. and Brian Shenker

Nemaska Lithium Inc. (anciennement Nemaska Lithium Inc., Nemaska Lithium Whabouchi Mine Inc., Nemaska Lithium Shawinigan Transformation Inc., Nemaska Lithium P1p Inc. et Nemaska Lithium Innovation Inc.), PricewaterhouseCoopers Inc., Investissement Québec, Pallinghurst Group, OMF Fund II (K) Ltd., OMF Fund II (N) Ltd., FMC Lithium USA Corp. et Brian Shenker

Respondents

Intimés

JUDGMENT

JUGEMENT

The motion to be added as parties or for leave to intervene is dismissed. The application for leave to appeal from the

La requête en vue d'être ajoutés comme parties ou pour permission d'intervenir est rejetée. La demande d'autorisation d'appel

judgment of the Court of Appeal of Quebec (Montréal), Number 500-09-029177-201, 2020 QCCA 1488, dated November 11, 2020, is dismissed with costs.

de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (Montréal), numéro 500-09-029177-201, 2020 QCCA 1488, daté du 11 novembre 2020, est rejetée avec dépens.

C.J.C.
J.C.C.

Re Blue Range Resource Corporation, 1999 ABQB 1038

Date: 19990618
Action No. 9901-04070

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL DISTRICT OF CALGARY

IN THE MATTER OF THE COMPANIES'
CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C.1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF
BLUE RANGE RESOURCE CORPORATION

REASONS FOR JUDGMENT
of the
HONOURABLE MR. JUSTICE S.J. LoVECCHIO

INTRODUCTION

[1] This decision relates to the applications for advice and directions brought by three gas marketing companies regarding their dealings with Blue Range Resource Corporation. Blue Range is subject to an Order dated March 2, 1999, under the *Companies' Creditors Arrangements Act*¹.

BACKGROUND

[2] Blue Range is a producer of natural gas. It holds leases for natural gas producing properties and over the years entered into a number of long term natural gas supply agreements

¹ R.S.C. 1985, c. C-36.

with various gas marketing companies. Among these companies are Engage Energy Canada, L.P., Duke Energy Marketing Limited Partnership and CanWest Gas Supply Inc.

[3] On March 2, 1999, Blue Range petitioned the Court and was granted an order staying proceedings against it pursuant to section 11 of the CCAA. PricewaterhouseCoopers was named the Monitor for Blue Range under the Order. Certain provisions of that Order are germane to this application. They are:

3. b. all Persons having arrangements or agreements, written or oral, with Blue Range for the supply of goods and/or services by or to Blue Range...are hereby restrained from accelerating, terminating, suspending, modifying or cancelling any such agreements, arrangements or supply of goods and services, and are also hereby restrained from exercising any right of distress, rescission, set-off or consolidation of accounts in relation to any indebtedness or obligation in favour of Blue Range...without the prior written consent of Blue Range ...or leave of this Honourable Court.

c. notwithstanding subparagraph 3(b) hereof, this Order shall not prohibit any party to an “eligible financial contract” (as defined in section 11.1(1) of the CCAA), which contract was entered into before the date of this Order, from terminating, amending or claiming an accelerated payment under such eligible financial contract and setting off the obligations between Blue Range and such other party in accordance with its provisions, provided that if the “net termination value” (as defined in section 11.1(1) of the CCAA) determined in accordance with the eligible financial contract is owed by Blue Range to another party to the eligible financial contract, the other party shall be deemed to be a creditor of Blue Range with a claim in respect of that net termination value;

16. Blue Range shall have the right to:

a. ...

d. proceed with an orderly liquidation of such of its Property as Blue Range deems appropriate... provided that any sale of any real or personal property outside the ordinary course of business... shall require... the approval of the Court;

e. terminate such of its arrangements or agreements of any nature whatsoever, including without limitation contracts for the purchase or sale of commodities, marketing agreements, transportation agreements, and service agreements, whether oral or written, as Blue Range deems appropriate and to make provision for any consequences thereof in the Plan (as hereinafter defined),

all of the foregoing to permit Blue Range to proceed with an orderly restructuring of its business, property and affairs (the “Restructuring”).

17. In order to facilitate the Restructuring, Blue Range shall be permitted to carry on its business in the manner and to the extent determined by it, to dispose of any or all of its inventory and other assets, all subject to paragraph 16(d) hereof, wherever situate, and, for greater certainty, Blue Range shall have the right to realize upon its assets in such manner as Blue Range deems suitable or desirable for the purpose of maximizing the proceeds and recovery therefrom.

[4] As part of a restructuring plan, Blue Range may sell certain of its petroleum leases the lands and reserves under which were “dedicated” to the supply of natural gas under the aforementioned long term natural gas supply agreements.

[5] Some of the agreements provide for the sale of natural gas at prices below today’s spot prices for natural gas. As such, the leases might command a higher price if they were sold after the existing contractual supply obligations had been terminated and Blue Range called for bids for the leases based on that assumption.

[6] After supplying natural gas in accordance with the terms of the existing contractual supply obligations for both February and March, on March 31, 1999, Blue Range terminated some of its natural gas supply contracts as permitted by paragraph 16.e of the Order including those with Engage, Duke and CanWest.

[7] While the precise terms of the various contracts may differ slightly, it is generally the case that the payment for a month’s supply of natural gas becomes payable on the 25th day of the following month. Thus the payment for the February supply of natural gas was due on March 25th and the payment for the March supply of natural gas was due on April 25th.

[8] At the time of the hearing, Duke and Engage had not paid Blue Range for February or March. Duke has, however, reserving its right to argue set-off, paid the amount owing for its February delivery to the Monitor. Engage, while permitted to pay on the same basis, did not. No indication was given at the hearing how Duke or Engage would deal with the payment for March deliveries. The principles of this decision would however be applicable to that payment as well.

[9] Payment to the Monitor on this basis had been authorized by the Court pursuant to an order dated March 25th, 1999. The purpose for permitting this mode of payment was twofold. It was to prevent Blue Range from arguing that the creditor was in default for non-payment of natural gas which had been delivered thereby giving termination rights due to that fact and, at the same time, to protect the funds paid by the creditor while the issue of set-off was being decided by the Court.

[10] All of the companies may suffer substantial losses as a result of the termination of the existing natural gas supply contracts as, prior to the termination of the agreements, they had the

right to purchase natural gas below the current spot market price for natural gas and that natural gas will have to be replaced by purchases of natural gas at prices that at present are higher.

THE APPLICATIONS

[11] The different companies have made a number of applications with respect to the March 2nd Order. These applications were all made before Blue Range terminated the agreements.

[12] Engage and CanWest have each applied for a declaration that, if any of the leases which are dedicated to their respective supply contracts are sold, the terminations of the contracts are to be declared ineffective with the corresponding result that the leases will remain subject to the pricing provisions and the “dedication” contained in the agreements.

[13] In the alternative, Engage and CanWest, joined by Duke, seek a variation of the stay order such that Blue Range would be able to terminate the contracts only on certain conditions. The conditions sought being that Blue Range could only terminate if it was incapable of performing them or that termination is essential to the success of the restructuring.

[14] Duke and Engage have also each applied for an order permitting them to set-off the damages that they anticipate suffering, as a result of Blue Range terminating the supply contracts, against the payments due to Blue Range for the February and March deliveries of natural gas.

[15] Lastly, Engage and Duke seek to have their respective agreements declared “eligible financial contracts” as defined in the CCAA. This last issue, however, has been adjourned with the agreement of all of the interested parties. This decision is predicated on the assumption that the contracts in question will not be considered “eligible financial contracts”.

ISSUES

[16] The relief sought by the various applicants gives rise to three main issues.

- (1) Should the “dedication” of the natural gas reserves contained in the pre-existing natural gas supply contracts be found to be an interest running with the land thereby giving rise to an encumbrance on the leases which Blue Range listed for sale?
- (2) Have CanWest, Engage and Duke satisfied the Court that it is appropriate to vary the Order such that Blue Range should only be permitted to terminate the contracts if Blue Range is found to be incapable of performing them or that termination is essential to the success of the restructuring?
- (3) Should Engage and/or Duke be entitled to set-off their anticipated damages for non-delivery against the payments that they owe for the natural gas deliveries of February and March?

DECISION - ISSUE (1)

[17] For the reasons which follow, the “dedication” of the natural gas reserves contained in the pre-existing natural gas supply contracts does not, in the circumstances of this case,

constitute an interest running with the land thereby giving rise to an encumbrance on the leases which Blue Range listed for sale.

DISCUSSION

[18] Counsel for CanWest conceded in argument that the natural gas supply contracts in question do not contain the type of words which would normally be associated with either the creation of a security interest or the creation of an interest in land with the result that the entire foundation for their argument is based on the legal interpretation to be given to the word “dedicate” in the contracts. Counsel also candidly agreed that there are at present no authorities in support of the legal position they postulate.

[19] The word “dedicate” appears in a slightly different way in the various agreements filed in these proceedings. CanWest provided the various relevant provisions in Exhibit A to the Affidavit of Janet Vellutini.

In certain of the contracts, the following appears:

“Seller herein agrees to dedicate Seller’s share of the Remaining Recoverable Reserves to Buyer and Buyer herein agrees to accept such reserve dedication from Seller”.

In seven of the nine contracts, the following appears:

“3. The Assignee [Blue Range] covenants and agrees with CanWest that it now owns and possesses a right, title, interest and estate in the lands and leases formerly owned by the Assignor and dedicated to the Contract(s) as set out in the attached Schedule “A”.”

In one of the contracts, the following appears:

“Seller shall dedicate sufficient lands and gas reserves in the Silver area attached hereto as Schedule “A”, ...”

[20] The ordinary meaning of the word dedicate, according to the Canadian Oxford Dictionary (1998, Oxford University Press, Toronto) includes:

b. commit, contribute, or set apart resources etc. for a particular cause or effort.

This word does not connote a transfer or assignment of an interest. Use of a word which connotes these elements would be more indicative of an intention to create an interest in land. In my view, the word “dedicate” alone, without more, should not be seen as creating anything other than a contractual covenant in favour of the other party to the contract.

[21] This word connotes to me only an intention by Blue Range to give an assurance of its ability to perform. By dedicating or setting apart reserves, Blue Range provides comfort to CanWest and the others that it has sufficient reserves so that it will be in a position to perform several years into the future.

[22] The necessity for and the value of a covenant of this nature would depend on the particular circumstances. If CanWest were dealing with a company that had very significant volumes of proven and probable reserves and the contracted volumes of CanWest were very small relative to those reserves, then the necessity for such a covenant might be diminished. On the other hand, if CanWest were dealing with a producer whose volumes of proven and probable reserves were not as significant and the contracted volumes represented a significant portion of those reserves then the value of or comfort gained by such a covenant might be increased.

[23] I make this observation as, in my view, there is nothing in our law which would prevent the parties if they so desired from using words which would manifest an intention to create an encumbrance in appropriate circumstances thereby giving more than mere comfort from the assurance.

[24] This situation is not unlike that in **Scurry-Rainbow Oil Ltd. et al. v. Galloway Estate**² in which Hunt J., as she then was, decided that certain royalty interests could amount to interests in land but that it depended on the specific language used. The case was appealed³ and the Court described her analysis at page 69 as follows:

...Firstly, having concluded that the retention of the right of reversion in a give P. & N.G. lease could amount to an interest in land, she held that she then had to look at each of the subject leases to see if in fact that had been done;
...We find no reversible error in the learned trial judge's analysis...

[25] Moreover, according to Paragraph 15 of the Affidavit of Janet Vellutini of CanWest, eight of the nine CanWest contracts contain a restriction on assignment identical or similar to the following provision.

Each party undertakes to the other party that it shall not assign this Agreement or any of its rights hereunder without the consent in writing of such other party, which consent shall not be withheld, if the proposed assignee undertakes in form satisfactory to such other party that each of its rights acquired by such assignment is subject to the rights, title and interest of such other party herein set forth.

Paragraph 16 of that same Affidavit says that six of the contracts contain a specific restriction on Blue Range disposing of its interest in the petroleum and natural gas leases covered by the Contracts identical or similar to the following provision:

Seller's undertaking to sell Raw Gas (as set forth in Article VI hereof) is subject to the following reservations:

e. the right to dispose of Said Lands, or any part thereof, provided that such disposition is made subject to this agreement...

² (1993) 138 A.R. 321 (Q.B.).

³ This decision is reported at (1994) 157 A.R. 65 (C.A.).

Only one of the nine contracts does not have such a provision. It apparently provides that Blue Range “can assign with consent if all lands [are] acquired”⁴. CanWest argues that these provisions are consistent with an intention to create an interest in land.

[26] In my view, these provisions do not assist their argument. Really, the contrary is true. If the word dedicate were found to constitute a legal encumbrance running with the land, there would be no need to have such covenants restricting assignment without consent or requiring a purchaser to honour the covenant. The later requirement, which is contractual in nature, indicates to me that the parties understood such a purchaser would not be so bound without specifically agreeing to be bound.

[27] As I said, I would not view the use of the word “dedicate” alone as manifesting such an intention but I see no reason why such an interest could not be created in appropriate circumstances by the use of appropriate language.

[28] Counsel referred me to the case of **Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.**⁵, where Rooke J. decided that royalty and net profit interest holders, whose rights were granted by a petroleum lessee, did not have interests in land. At page 70 he concluded that:

...the requirement for an interest in land, as held by a number of authorities and jurists in this jurisdiction and the Supreme Court of Canada, is, in simple language, that, as a matter of law, *a lessee of an oil and gas lease (which is a profit a prendre), which is in itself an interest in land, obtained from a lessor (whether the Crown or freehold), cannot in law pass on an interest in land to a third party.*[emphasis added]

[29] Applying that logic to this situation, the interest which the applicants want me to conclude that the parties intended to create could not have been created. As I have decided that, regardless of the principles in the above passage, the language of the instrument was insufficient to establish an intention to create an interest in land, I need not consider the application of the **Dynex** case to this case. That argument will be left for another day.

DECISION - ISSUE (2)

[30] For the reasons which follow, CanWest, Engage and Duke have not satisfied the Court that it is appropriate to vary the Order such that Blue Range should only be permitted to terminate the contracts if Blue Range is found to be incapable of performing them or that termination is essential to the success of the restructuring.

DISCUSSION

⁴ Page 2 to Exhibit B of the Vellutini Affidavit.

⁵ (1995) 39 Alta. L.R. (3d) 66.

[31] CanWest and Engage have applied in the alternative, and they are joined in this argument by Duke, for an order either deleting entirely or amending accordingly clause 16.e of the March 2nd Order such that Blue Range would be prevented from terminating any of the applicable contracts without satisfying the Court that certain conditions have been satisfied.

[32] In view of my decision on the first issue, this second issue must be addressed in the context of the contracts being ordinary contractual arrangements between the marketing companies and Blue Range.

[33] The Applicants submit that it is unfair for Blue Range to be permitted to terminate its contracts pursuant to the March 2nd Order, when Blue Range has the natural gas to deliver and is capable of performing the contracts. The only rationale for allowing Blue Range to terminate the contracts, they say, is because they are below market and, as a result, Blue Range could increase its cash flow by selling natural gas under new contracts at today's higher rates.

[34] CanWest also submits that section 11 of the CCAA does not allow the Court to permit a debtor company to terminate contracts as part of a stay order.

[35] On the other hand, Blue Range's position, and it is shared by the Banks, is that the termination of the contracts should not be prevented as it is crucial to the reorganization of Blue Range.

[36] The purpose of the CCAA proceedings generally and the stay in particular is to permit a company time to reorganize its affairs. This reorganization may take many forms and they need not be listed in this decision. A common denominator in all of them is frequently the variation of existing contractual relationships. Blue Range might, as any person might, breach a contract to which they are a party. They must however bear the consequences. This is essentially what has happened here.

[37] A unilateral termination, as in any case of breach, may or may not give rise to a legitimate claim in damages. Although the Order contemplates and to a certain extent permits unilateral termination, nothing in section 16 .e or in any other part of the Order would suggest that Blue Range is to be relieved of this consequence; indeed Blue Range's liability for damages seems to have been assumed by Duke and Engage in their set-off argument. The application amounts to a request for an order of specific performance or an injunction which ought not to be available indirectly. In my view, an order authorizing the termination of contracts is appropriate in a restructuring, particularly given that it does not affect the creditors' rights to claim for damages.

[38] The Applicants are needless to say not happy about having to look to a frail and struggling company for a potentially significant damages claim. They will be relegated to the ranks of unsecured judgment creditors and may not, indeed likely will not, have their judgments satisfied in full. While I sympathise with the Applicants' positions, they ought not to, in the name of equity, the guide in CCAA proceedings, be able to elevate their claim for damages above the claims of all the other unsecured creditors through this route.

[39] As I said, one of the objectives of the CCAA is to provide relief to a beleaguered company from its obligations to individual creditors and to allow the detrimental repercussions of that relief to be dealt with as equitably as possible under a court approved plan.

[40] I will now turn briefly to CanWest's suggestion that the Court has no jurisdiction to countenance the termination by a debtor of its contracts. This is not the first time that such a provision has been included in a section 11 stay order.

[41] In **Re Dylex Limited**⁶ Farley J. upheld an order which authorised the debtor to break a number of retail leases in shopping malls under which it was the tenant. Farley J. considered the equities of the situation and had regard to the relative commercial stamina of the parties before saying at p.110:

I am therefore of the view that in weighing the balancing of interests in a CCAA context, the nod should continue to be given to Dylex which is in a precarious position as opposed to Cambridge which is in a sound financial condition...

It is clear that s.11 of the CCAA gives the power to the court to sanction a plan which includes the termination of leases as part of a debtor's plan of arrangement... In the interim between the filing and the approval of a plan, the court has the inherent jurisdiction to fill in gaps in legislation so as to give effect to the objects of the CCAA, including the survival program of a debtor until it can present a plan.

[42] The termination of these contracts by Blue Range, as an adjunct to the disposition of the leases on favourable economic terms, is necessary to the company's survival program and I am satisfied that the Court has the necessary jurisdiction to permit termination. As to the broad discretion of the Courts under section 11 of the CCAA, reference should also be made to the discussion under Issue (3).

[43] I will now consider the set-off arguments.

DECISION - ISSUE (3)

[44] For the reasons which follow, Engage and/or Duke are not entitled to set-off their anticipated damages for non-delivery against the payments that they owe for the natural gas deliveries of February and March.

DISCUSSION

⁶ (1995) 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont.Ct.Just. Gen.Div).

[45] Engage and Duke seek to vary the March 2nd Order to allow them to set-off the payments that they owe for February and March, 1999, against anticipated damages arising from Blue Range's future non-performance.

[46] Factually the cases of the two companies vary slightly because Duke paid the amounts owing into court on the understanding that it would preserve its right to argue set-off and Engage did not.

[47] Further, the Duke contracts provided for the setting-off of anticipated damages from supply replacement against delivery payments upon receiving notice of the anticipated supply failures. The relevant clause of that contract is 6.1(g) which reads:

(g) Any Alternate Gas Supply Damages payable hereunder shall be paid by Seller to Buyer on the 25th day of each month following the month in which they were incurred. The amount of Alternate Gas Supply Damages properly payable by Seller to Buyer hereunder may be offset by Buyer against amounts payable by Buyer hereunder as contemplated in Section 11.3....

[48] Additionally, the Engage contracts provided for a period of delay after non-payment for supply before the expiration of which Blue Range could not terminate the agreements for non-payment.

[49] Section 18.1 of the CCAA provides that the law of set-off applies to claims by and against the debtor company. It reads:

18.1. The law of set-off applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[50] This section was added in 1997 by *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*⁷. It is clear from the wording of this passage that it neither prohibits nor requires the setting-off of obligations by a Court but merely states that the law of set-off, with its usual implications, applies to debtor companies. It is necessary then, to look to the principles of set-off in general.

[51] **Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corporation**⁸ is one of the most helpful cases dealing with set-off in a CCAA context. In that case, the debtor company owned a coal mine which sold coal to a Japanese steel conglomerate. The conglomerate was the sole purchaser of the coal generated by the mine which would otherwise not have been an economic facility. Following a demand for payment of a debt to the conglomerate, the debtor company received

⁷ S.C. 1997 c. 12, s.125.

⁸ (1990), 2 C.B.R. (3d) 291 (B.C.S.C.) and 51 B.C.L.R. (2d) 104, 2 C.B.R. (3d) 303 (C.A.).

CCAA protection with a stay order that, amongst other things, specifically prevented the Japanese conglomerate from exercising rights of set-off.

[52] The conglomerate was owed approximately \$46 million as a result of favourable decision on a retroactive pricing arbitration and sought to set-off this amount against payments for coal deliveries, some already received and some yet to be received.

[53] On an application to vary the specific prohibition and thus allow set-off, Thackray J. of the British Columbia Supreme Court stated:

Nor do I accept the proposition that the order forces an overpayment by J.S.I. for future coal deliveries. They are obliged to pay, and Quintette is obliged to accept, a price set pursuant to the arbitration award or any variation thereof pursuant to any appeal of that award [the damages owed by the debtor co]. The award has created a debt owed by Quintette to J.S.I. and I see that as completely distinguishable from the debts incurred by J.S.I. for future coal deliveries.

Mr. G. Muench, in his short but able presentation, said that he could not see why J.S.I. should be treated any differently than any other creditor of Quintette. In spite of the able arguments of Mr. McAlpine, neither can I.⁹

The reasoning underlying this decision also emerges from the following passage:

Unless there is a sound legal principle for doing so, I must not carve out one portion of the order and give an advantage to one creditor over another¹⁰.

[54] The British Columbia Court of Appeal¹¹ affirmed the decision of Thackray J. One of the issues on the appeal was whether the power to stay set-off rights was granted to a Court by section 11 of the CCAA. The Court held that it was and relied upon the wide discretion conferred upon the Courts to achieve the CCAA's purpose of holding creditors at bay to assist a debtor company in surviving as a going concern.

[55] Counsel for Duke and Engage argued that section 18.1 came into being after the **Quintette** decision and that it therefore brings the continued usefulness of the decision into question. While I am inclined to agree with Thackray J. in the B.C.S.C. decision that allowing set-off runs contrary to the purpose of the CCAA by unfairly subordinating the rights of other creditors, I do not, in view of section 18.1, consider that reason as a ground for this decision.

[56] Parliament has specifically mandated that, notwithstanding the well known purpose of the Act as a whole, namely to share amongst all of the creditors the asset shortfall, the general law of set-off is to apply to debts owed or claimed by the debtor company.

⁹ Ibid at page 296.

¹⁰ Ibid at page 297.

¹¹ This decision is reported at (1990) 2 C.B.R. (3d) 303.

[57] That this is the appropriate way to approach the problem is supported by the analysis of the Ontario Court of Appeal in **Re Citibank Canada and Confederation Life Insurance Company in Liquidation et al.**¹². In that case, a company sought to set-off against amounts owed by it to a debtor company in liquidation under the *Winding Up Act*¹³ part of the debtor's liability to it arising from the termination of certain swap agreements.

[58] While the *Winding Up Act* provided for set-off, it is clear that the Court had the same reservations as are expressed here about effectively granting priority to one creditor over the other creditors.

The Court stated:

“Citibank seeks a set-off to have the moneys owing to it paid in full and, in the process, reduce its indebtedness. Citibank would thereby gain a distinct advantage over the other creditors who must stand behind the policy holders and wait to recover *pari passu* in accordance with the priorities established under the Act. There would be little, if any recovery for the other creditors.

Section 73 of the *Winding Up Act* preserves the right of set-off on a winding up. It provides as follows:

73. The law of set-off, as administered by the Courts, whether of law or equity, applies to all claims on the estate of a company, and to all proceedings for the recovery of debts due or accruing due to a company at the commencement of the winding-up of the company, in the same manner and to the same extent as if the business of the company was not being wound up under this Act.

A right of set-off can arise by agreement, at law or in equity...There is no question of an agreement to set-off in this case. Further, Citibank concedes on this appeal that it cannot meet the test for equitable set-off...Therefore, the question is whether there can be set-off at law”¹⁴.

[59] The Court of Appeal held that there could be no legal set-off as the claims were not sufficiently certain to be liquidated claims. What is important to note is that, notwithstanding the same policy concerns as to priority, where the legislation had mandated the applicability of the law of set-off, the Court proceeded to consider whether the claim for set-off should be allowed in the circumstances of the case.

¹² [1998] O.J. No. 114, 37 O.R. (3d) 226, (C.A.).

¹³ R.S.C. 1985, c.W-11.

¹⁴ At page 2 of the Quicklaw text.

[60] Blair J. who heard the application in first instance¹⁵ also discussed the effect of set-off on priorities. After quoting section 73 of the *Winding Up Act*, Blair J. said at paragraph 29:

“This provision - along with a similar (although not identical) provision in section 97(3) of the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c.B-3, as amended - preserves the law of set -off as administered by the courts, in such insolvency situations. In this fashion set-off becomes the policy mechanism whereby the competing “equities” emerging from the dilemma outlined at the beginning of these reasons are balanced.

In insolvency situations, set-off provides a creditor with an advantage which other creditors, ranking *pari passu* except for the set-off, do not have. It puts the advantaged creditor in what is tantamount to a secured position, something which was not a part of the bargain with the insolvent company in the first place. On the other hand, there is an inherent unfairness where a debtor/creditor is required to pay the liquidator everything that is legitimately owed to the insolvent company but is only able to collect a fraction of what is equally legitimately owing by the insolvent company, if anything”.

[61] The Court concluded that the legislature had resolved this issue in favour of the application of the general law of set-off and proceeded to apply the law. With the advent of section 18.1 of the CCAA, the same answer holds in this case and I am bound to consider the question of set-off without reference to the policy concern of potentially creating priorities between various creditors.

[62] Counsel on all sides rely upon the same authorities and there appears not to be any disagreement as to the principles upon which determinations of set-off are made. It is not contended that legal set-off is available in this case as the claims to be set-off are unliquidated.

[63] Conversely, “equitable set-off is available where there is a claim for a money sum whether liquidated or unliquidated”¹⁶. With respect to equitable set-off, Counsel refer to the Supreme Court of Canada’s application of the law of equitable set-off as found in **Telford v. Holt**¹⁷. In that case, two parties exchanged two parcels of land and granted each other mortgages with the difference to be set-off and netted-out. However, before closing, one party assigned its mortgage to a third party who subsequently foreclosed on the property and sought to enforce the entire amount of the mortgage.

[64] The Supreme Court found that equitable, but not legal, set-off applied to the claim. I note that that case and the authorities discussed therein are concerned primarily with the application

¹⁵ [1996] O.J. No. 3409, (Ont. Ct. Justice, Gen).

¹⁶ **Telford v. Holt** *infra*, at p.394.

¹⁷ (1987) 41 D.L.R. (4th) 385 at 398.

of equitable set-off to situations in which one of the two parties to a contract (usually a mortgage) has assigned its rights under that contract to a third party.

[65] Counsel for both the Banks and for Duke refer to five enumerated principles found at page 398 of that case as standing for the state of the law of equitable set-off.

1. The party relying on a set-off must show some equitable ground for being protected against his adversary's demands: **Rawson et al. v. Samuel** (1841), Cr. & Ph. 161, 41 E.R. 451.
2. The equitable ground must go to the very root of the plaintiff's claim before a set-off will be allowed: [**Br. Anzani (Felixstowe) Ltd. v. Int'l Marine Mgmt (U.K.) Ltd.**, [1980] Q.B. 137, [1979] 3 W.L.R. 451, [1979] 2 All E.R. 1063]
3. A cross-claim must be so clearly connected with the demand of the plaintiff that it would be manifestly unjust to allow the plaintiff to enforce payment without taking into consideration the cross claim: [**Federal Commerce & Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.**, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066].
4. The plaintiff's claim and the cross-claim need not arise out of the same contract: **Bankes v. Jarvis**, [1903] 1 K.B. 549 (Div.Ct.); **Br. Anzani**.
5. Unliquidated claims are on the same footing as liquidated claims: [**Nfld. V. Nfld. Ry. Co.** (1888), 13 App.Cas. 199 (P.C.)].

[66] I should point out that those principles appeared in the Court's discussion of prior cases as part of a quote from the British Columbia Court of Appeal's decision in **Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.**¹⁸.

[67] Nevertheless, both counsel contend that it is a correct statement of the law to be applied to the issues at hand and I concur. The Court decided that the debts should be set-off since they arose out of the same contract or closely interrelated contracts such that it would be unfair to enforce only one side of the land exchange agreement¹⁹.

[68] It is clear that the overriding concern for a court faced with an application for equitable set-off is fairness whether it be formulated as "manifestly unfair"²⁰, "unfair"²¹, "unjust and

¹⁸ (1985), 20 D.L.R. (4th) 689 at 696-7, [1985] 6 W.W.R. 14 at 22.

¹⁹ P. 401.

²⁰ **B. Anzani**.

²¹ **Telford v. Holt**.

unreasonable²²”, “unconscionable²³” or as any of the other descriptions that have been invoked in support of the doctrine’s application.

[69] Counsel for Duke favours the formulation found in **British Anzani (Felixstowe) Ltd. v. Int’s marine Management (U.K.) Ltd.**²⁴ in which Forbes J. stated at p.1076 that:

“It would in my view be manifestly unjust to allow the landlord to recover his rent without taking into account the damages which it is alleged the tenant has suffered through failure by the landlord to perform his part of the agreement”.

Spry, *The Principles of Equitable Remedies* fifth ed. (1997, Carswell, Agincourt) at p. 173 introduces the topic of equitable set-off with the following words at page 173:

...To decide that there is an equitable set-off is to decide that, on grounds that are set out hereunder, it would be unjust to order the specific enforcement of a particular obligation without lessening or reducing it by reference to a related obligation of the plaintiff to the defendant or making specific enforcement conditional on performance of that related obligation.

[70] A passage from the fourth edition is quoted by the Alberta Court of Appeal in **420093 B.C.Ltd. v. Bank of Montreal**²⁵.

[71] The case was predominantly concerned with the operation of the doctrine of res judicata and the Court decided that if the claims could have been raised as matters of equitable set-off, the claims were res judicata. The Court, did, however, at page 500 make the following comments by way of *obiter dicta*:

The nature of equitable set-off is explained in I.C.G. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1990). After observing that it is not sufficient to assert an unrelated cross-claim or even to plead a claim which arises out of the same transaction as the plaintiff’s claim, the author states at p. 174:

What must be established is a relationship between the respective claims of the parties which is such that the claim of the defendant has been brought about by, or has been contributed to by, or is otherwise closely bound up with, the rights that are relied on by the plaintiff and which is also such that it would be unconscionable that he should proceed without permitting a set-off. Thus if

²² Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 2nd ed. (1980) at p. 168.

²³ *Ibid.* at p. 170-1.

²⁴ [1979] 2 All E.R. 1063 (Q.B.D.).

²⁵ (1995) 128 D.L.R. (4th) 488 (C.A.).

conduct of the plaintiff is such as to induce the defendant to incur an obligation in favour of the plaintiff, and the conduct itself is fraudulent, negligent or otherwise wrongful so as to give a cause of action to the defendant, the plaintiff is not ordinarily permitted to proceed until he has made good the material claims of the defendant.

In other cases also it will, where appropriate, be held that an equitable set off lies, provided that it appears that the claim of the defendant does in truth impeach that of the plaintiff, for the application of the principles that are here in question should not be arbitrarily restricted. Thus the better view is that this category of equitable set-offs extends to cases where a relevant claim is, not for a sum of money, but for the possession of property or some other non-pecuniary item.

In **Bank of Boston Connecticut v. European Grain and Shipping Ltd.** [1989] 2 W.L.R. 440, the House of Lords held at p.452 that the test is to determine whether the cross-claim in question is one “flowing out of and being inseparably connected with the transaction”, that is, the transaction giving rise to the plaintiff’s claim. *Spry says that this apparently new and more generous test is merely an instance of the traditional one which requires the defendant’s claim to be “so closely connected with his [the plaintiff’s] demands that it would be manifestly unjust to allow him to enforce payment without taking into account the cross claim”*: (p.176). [emphasis added]

[72] Therefore, I conclude that the question to be asked is whether the anticipated damages are so closely connected to the payments for February and March natural gas that it would be manifestly unjust or unfair to require Duke and Engage to pay Blue Range for the natural gas without permitting Duke and Engage to set-off their claims for unliquidated damages.

[73] The obligation to pay for the gas delivered in February and March arose upon its delivery. At the point in time of each of the deliveries, there were no damages. Thus, Engage and Duke had a contractual obligation to pay for the natural gas at a point in time when they had suffered no damages albeit there was trouble on the horizon.

[74] The anticipated damages for the higher cost of replacement natural gas only arise later and the cause of them is the prospective termination of the contract with the resulting failure of the delivery of natural gas from April onwards. They do not arise from a problem with the February and March deliveries.

[75] Fundamentally, Engage and Duke contracted to buy natural gas from Blue Range. They contracted to pay for it on a month to month basis. They were delivered natural gas. They accepted the natural gas delivered and have sold or otherwise utilized the natural gas received.

[76] Now, when payment is due they do not want to pay for it. The reason they give is that Blue Range's suspension of future deliveries will make them incur future damages. In my view, the future damages from the non-deliveries are sufficiently independent that it is not manifestly unjust to require Engage and Duke to pay for the natural gas that they have received.

[77] Counsel for Duke, in argument, cited the Duke contract which provided for the setting-off of replacement cost damages against delivery payments. There was, however, notwithstanding this clause, no serious attempt to argue contractual set-off. This, I presume, is because the provision allowed for damages *for a given month* to be set-off only against payments *for the same month*.

[78] If anything, this provision serves to reinforce the view that damages for future non-deliveries are not so closely connected to past deliveries that fairness demands their being set-off against payments for previous deliveries.

[79] While Counsel for Engage and Duke have endeavoured valiantly to distinguish the **Quintette** case, they have not succeeded on one part of the decision. It is to be remembered that the purchasing company wanted to set off *past* debts of the insolvent company (from the retroactive price review) against their *future* obligation to pay the insolvent company for ongoing coal deliveries. This was the exact inverse of the situation at bar where the companies wish to set off *future* damages owed them against their *past* payment obligations.

[80] In my view, while the chronology is reversed, the principle is the same. The situation in that case led the Supreme Court to say, at p.296:

The award has created a debt owed by Quintette to J.S.I. and I see that as completely distinguishable from the debts incurred by J.S.I. for future coal deliveries.

[81] This observation is not affected by the change in the CCAA provisions to allow set-off. The legislature has spoken. In this case, the principles of set-off are to be applied. The issue for the Court is whether through the application of those principles a set-off should be permitted in the circumstances of this case.

[82] The anticipated damages arise after the completion of the deliveries. They arise after the stay order. They become an unsecured claim just like the claim of any other unsecured creditor of Blue Range and lack the necessary relatedness to the deliveries and the consequent unfairness to take them out of this category.

[83] Quite to the contrary, the applicants should share with the other unsecured creditors the burden of the reorganization and to hold otherwise would be potentially unfair to the other creditors.

[84] In any event, although this was not argued before me with much emphasis (other than indirectly at paragraph 4.c. of the Blue Range Brief), as regards the March deliveries (which for all but one day occurred after the order was issued), it seems to me that it ought to have been well known to both Engage and Duke that trade taking place with a debtor company in CCAA protection after the implementation of a stay order is generally conducted on a cash basis.

[85] Indeed paragraph 34 of the March 2nd Order stipulates that post-petition creditors supplying goods or services to Blue Range after the order are entitled to be paid in accordance with their terms of credit. It further provides that, where the supply spans time before and after the order, they are a post-petition creditor only for the portion of the supply made after the order. In short, trade is to be conducted on a cash basis.

[86] Since Blue Range is not purely a consumer of goods and supplies it is implicit in this paragraph of the order that sales *by* Blue Range will be conducted on the same cash basis as sales *to* Blue Range. This would require Engage and Duke to pay their post-order delivery debts as they became due, notwithstanding any potential damage claims.

CONCLUSION

[87] The applications made by CanWest, Engage and Duke are denied.

COSTS

[88] While Blue Range has been put to the expense of contesting these applications, Blue Range will benefit significantly from the result in that it will be entitled to receive significant payments for the February and March deliveries. On the other hand, Duke and Engage have raised significant issues of more general import and will potentially suffer significant costs in finding replacement natural gas. This being so, it is not my intention to award any costs in these applications to any of the parties who appeared and made representations.

DATED at Calgary, Alberta this 18th day of June, 1999.

J.C. Q.B.A.

APPEARANCES:

P.T. McCarthy, Q.C. and R.W. Block

For Blue Range Resources Corporation and Humble Petroleum Marketing Ltd.

K.M. Horner

For the Monitor, Pricewaterhouse Coopers Inc.

B.P. O'Leary, and D.S. Nishimura

For National Bank of Canada, Royal Bank of Canada and First National Bank of Chicago

A.R. Anderson

For Enron Capital & Trade Resources Canada Corp.

L.B. Robinson

For Engage Energy Canada, L.P.

C.J. Shaw, Q.C.

For CanWest Gas Supply Inc.

R.C. Dixon

For Credit Lyonnais Canada

H.A. Gorman

For Duke Energy Marketing Limited Partnership



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

[Canada.ca](#) > [Canada Revenue Agency](#) > [Forms and publications](#)

- > [Publications listed by number - CRA](#)
- > [G500-2-1 Authorized Fiscal Periods and Reporting Periods \(GST 500-2-1\)](#)

Authorized Fiscal Periods and Reporting Periods (GST 500-2-1)

From: [Canada Revenue Agency](#).

Notice to the reader:

Please note that the following GST Memorandum, although correct at the time of issue, has not been updated to reflect any subsequent legislative changes since the date of issue. As a result, some of the technical information this memorandum contains may no longer be valid. Please contact your GST/HST Rulings Centre for assistance.

GST memoranda 500-2-1

ADMINISTRATION AND ENFORCEMENT RETURNS AND PAYMENTS AUTHORIZED FISCAL PERIODS AND REPORTING PERIODS

Bill C-62, the proposed legislation on the Goods and Services Tax, received third reading and was passed by the House of Commons on April 10, 1990. Although this Bill has not yet received Royal Assent, Revenue Canada would like to help businesses and organizations prepare for the tax. Accordingly,

the information contained in this memorandum, although subject to change, is being provided at this time for your convenience.

Ottawa, December 21, 1990

This memorandum in the **RETURNS AND PAYMENTS** sub-series explains the

options available to a registrant under the proposed Goods and Services Tax (GST) for a fiscal year and for reporting periods as required under the *Excise Tax Act*.

LEGISLATIVE REFERENCES

Excise Tax Act - sections 127, 237, 239, 243, 244 to 251

subsections 123(1), 238(1) and 280(2)

Income Tax Act - subsections 256(1) to 256(6)

TABLE OF CONTENTS

- Definitions
- General
- The GST Fiscal Year
- Reporting Periods
- Instalment Base Calculation for Annual Filers
- Transitional Instalment Base Calculation
- Accounting Periods
- Registrants with Separate Filing Branches

DEFINITIONS

The following definitions have either been taken from the *Excise Tax Act* (as amended by Bill C-62) or represent departmental interpretations or terms relevant to the administration of that

Act:

"Act" means the *Excise Tax Act* as it is to be amended by Bill C-62;

"associated persons" persons are considered to be associated in the following circumstances:

- a. a particular corporation is associated with another corporation if, by reason of subsections 256(1) to (6) of the *Income Tax Act*, the particular corporation is associated with the other corporation for the purposes of that Act;
- b. a person other than a corporation is associated with a particular corporation if the particular corporation is controlled by the person or by a group of persons of which the person is a member and each of whom is associated with each of the others;
- c. a person is associated with:
 - i. a partnership if the total of the shares of the profits of the partnership to which the person and all other persons who are associated with the person are entitled is more than half of the total profits of the partnership, or would be more than half of the total profits of the partnership if it had profits; and
 - ii. a trust if the total of the values of the interests in the trust of the person and all other persons who are associated with the person is more than half of the total value of all interests in the trust; and
- d. a person is associated with another person if each of them is associated with the same third person;

"calendar quarter" means a period of three months beginning on the first day of January, April, July or October in each calendar year;

"consideration" means money, property, a service, or anything else which induces a supplier to make the supply;

"Department" means the Department of National Revenue, Customs and Excise;

"exempt supply" means a supply included in Schedule V to the *Excise Tax Act*;

"financial institution", at any time, means a person who is at that time a financial institution under section 149 of the *Excise Tax Act*;

"fiscal month" of a person means a period that is determined under section 243 of the *Excise Tax Act* to be the fiscal month of the person;

"fiscal quarter" of a person means a period that is determined under section 243 of the *Excise Tax Act* to be the fiscal quarter of the person;

"fiscal year" of a person means

(a) where the person has made an election under section 244

of the *Excise Tax Act* that is in effect, the period that the person elected to be the fiscal year of the person; and

(b) in all other cases, the taxation year of the person;

"listed financial institution" means a person referred to in

paragraph 149(1)(a) of the *Excise Tax Act*. Under paragraph 149(1)(a) a person is a financial institution throughout a particular taxation year of the person if, at any time in the particular year, the person is

(a) a bank,

(b) a corporation that is licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to carry on in Canada the business of offering to the public its services as a trustee,

(c) a person whose principal business is as a trader or dealer in financial instruments or as a broker or salesperson of financial instruments,

(d) a credit union,

(e) an insurer or any other person whose principal business is providing insurance under insurance policies,

(f) a segregated fund of an insurer,

(g) the Canada Deposit Insurance Corporation,

(h) a person whose principal business is the lending of money or the purchasing of debt securities or a combination thereof,

(i) an investment plan,

(j) a person providing services referred to in section 158, or

(k) a corporation deemed under section 151 to be a financial institution;

"Minister" means the Minister of National Revenue;

"person" means an individual, partnership, corporation, trust or estate, or a body that is a society, union, club, association, commission or other organization of any kind;

"registrant" means a person who is registered, or who is required to apply to be registered, under sections 240 and 241 of the *Excise Tax Act*;

"reporting period" of a person means the reporting period of the person as determined under sections 245 to 251 of the *Excise Tax Act*;

"supply" means, subject to sections 133 and 134, the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, rental, lease, gift or disposition;

"taxable supply" means a supply that is made in the course of commercial activity, but does not include an exempt supply;

"taxation year" of a person means

(a) where the person is a taxpayer within the meaning of that term in the *Income Tax Act*, the taxation year of the person for the purposes of that Act; and

(b) in any other case, the period that would be the taxation year of the person for the purposes of that Act if the person were a corporation;

"zero-rated supply" means a supply included in Schedule VI to the *Excise Tax Act*.

GENERAL

1. Registrants are required to calculate their net GST remittance or refund on a periodic basis - monthly, quarterly or annually, depending on sales volumes. Following each reporting period, a registrant must file a GST return and remit the net tax owing, or claim a refund.

2. The reporting period is determined by the registrant's "threshold amount" for a fiscal year or fiscal quarter. Detailed instructions on how to calculate these threshold amounts are included in paragraphs 35 through 40 of this memorandum.

3. The reporting periods are as follows:

(a) Monthly - For registrants whose threshold amount for a fiscal year or fiscal quarter is greater than \$6 million.

(b) Quarterly - For registrants whose threshold amount for a fiscal year is \$6 million or less.

(c) Annually - Registrants whose threshold amount for a fiscal year does not exceed \$500,000 may **elect** to file annually and pay quarterly instalments.

4. At the time of registration, the Department will assign a reporting period based on annual taxable sales (refer to paragraphs 36 and 37 of this memorandum for additional information). The reporting period will either be monthly for annual sales greater than \$6 million or quarterly for annual sales of \$6 million or less. The reporting period of a listed financial institution that is not a registrant is the fiscal year of the institution.

5. A person is permitted, subject to certain legislative limitations, to adopt an alternative reporting period by filing an election. An election for an alternative reporting period shall be filed with the Minister in a prescribed manner, on the form entitled "**ELECTION FOR REPORTING PERIOD**", containing prescribed information and specifying the first fiscal year to which the election applies. A copy of this form is attached as Appendix A.

6. An election will be filed:

(a) where the election is to take effect on the day the person becomes a registrant, when a person applies to be registered, or between that time and the effective date of registration, if the effective date is later;

(b) where the election is for fiscal years and the reporting period ending immediately before the day the election is to take effect is a fiscal quarter, within three months after that day; and

(c) in all other cases, within two months after the day the election is to take effect.

THE GST FISCAL YEAR

Choosing a Fiscal Year

7. For reporting purposes, every registrant is required to have a single "fiscal year".
8. A person's fiscal year for GST purposes will be the person's taxation year unless the person has made an election which is in effect to have another period as the person's fiscal year. For example, where the taxation year of a person is a calendar year, the calendar year will normally also be the person's GST fiscal year.
9. The year end entered on the registration form should be the year end for income tax purposes.
10. As stipulated in subsection 244(1), where a taxation year is not a calendar year, a person may elect to have fiscal years that are calendar years effective on the first day of the calendar year.
11. Where, for purposes of the *Income Tax Act*, the fiscal period of an individual or a trust for a business carried on by the individual or trust is not the taxation year of the individual or trust, the individual or trust may elect to have the fiscal year be the fiscal period of the business. This election is effective on the first day of that fiscal period.
12. The GST fiscal year is defined by reference to the *Income Tax Act*. For the purpose of the *Income Tax Act*, the taxation year of an individual is normally a calendar year.
13. Subsection 244(4) stipulates that an election or revocation under section 244 must be made in prescribed form, specify the day the election or revocation is to become effective and be filed with the Minister before the day that is one month after the effective date. For example, if the

effective date of the election is January 1, the election form must be filed before February 1. If the effective date is January 15, the election form must be filed before February 15.

14. The registrant must complete the form entitled "**ELECTION/REVOCAION OF AN ELECTION FOR GST FISCAL YEAR**", in order to make one of the two elections described in paragraphs 10 and 11 of this memorandum or to revoke a previous GST fiscal year election made under section 244 of the *Excise Tax Act*, as outlined in paragraph 16 of this memorandum. A copy of this form is attached as Appendix B.

15. An election to adopt a fiscal year for GST purposes is binding on the registrant for a period of at least one year. The election remains in effect until such time as it is revoked.

Revocation of Election

16. A registrant may revoke an election effective on the first day of a taxation year, if that taxation year commences more than one year after the day the election became effective.

REPORTING PERIODS

17. For GST purposes, a registrant will have one of three alternative reporting periods: fiscal month; fiscal quarter; or fiscal year. As discussed in paragraph 4 of this memorandum, when an application for registration is filed, the Department will assign either a monthly or quarterly reporting period. Pursuant to sections 246, 247 and 248, a registrant will be permitted, in certain circumstances, to elect a reporting period different from the one assigned.

18. The registrant must complete the form entitled "**ELECTION FOR REPORTING PERIOD**".

19. A registrant who elects to file annually must also complete the form entitled "**TRANSITIONAL INSTALMENT BASE CALCULATION**", a copy of which is attached as Appendix C of this memorandum. Details on the instalment base calculation can be found in paragraphs 41 to 46 of this memorandum.

20. Pursuant to section 237, registrants filing on an annual basis must make instalment payments equal to 1/4 of the instalment base for that reporting period on or before the last day of each fiscal quarter. The instalment base is generally based on the net tax remittable for a year. On the return, which is filed within three months after the end of the fiscal year, the registrant will reconcile the instalment payments with the actual net tax remittable.

21. Penalty and interest will apply if a quarterly instalment is underpaid or paid late, or if the registrant based the instalment payments on a low estimate of net tax remittable.

22. Pursuant to paragraph 245(1)(a), the reporting period for a non-registrant, that is not a listed financial institution, is a calendar month. Paragraph 245(1)(b) provides that the reporting period of a non-registrant that is a listed financial institution is the fiscal year of the institution.

23. The reporting period of a registrant that is a listed financial institution is a fiscal year, unless the listed financial institution has made an election for monthly or quarterly filing.

24. Reporting periods apply to the person or registered entity as a whole. A parent or head office is responsible for informing its separately filing branches or divisions of any change to reporting periods.

Changing Reporting Periods

25. Registrants may elect to change their reporting periods to one of the following:

(a) monthly;

(b) quarterly; or

(c) annually.

26. It should be noted that it is mandatory for registrants whose threshold amount for a fiscal year or fiscal quarter is in excess of \$6 million to report on a monthly basis.

Monthly

27. In accordance with section 246, any person may elect to report on a monthly basis.

28. This election would be in effect until an election to file on a quarterly or annual basis takes effect on the first day of a fiscal year.

29. An election to have reporting periods that are fiscal months may be of interest to persons engaged in making zero-rated supplies, and who anticipate making regular claims for a refund of net tax.

Quarterly

30. Pursuant to section 247, a person may elect to file on a quarterly basis, providing the threshold amount for a fiscal year does not exceed \$6 million.

31. The election to file on a quarterly basis would take effect on the first day of the fiscal year.

32. An election for quarterly filing remains in effect until the earliest of

(a) the beginning of the day an election for monthly or annual filing takes effect;

(b) the first day of the first fiscal quarter for which the threshold amount exceeds \$6 million; and

(c) the first day of the first fiscal year for which the threshold amount exceeds \$6 million.

Annually

33. Subsection 248(1) permits a person to elect to file on a annual basis provided the threshold amount for a fiscal year does not exceed \$500,000.

34. Subsection 248(2) provides that an election under subsection 248(1) will remain in effect until the earliest of

(a) the day on which an election for quarterly or monthly filing takes effect;

(b) the first day of the first fiscal quarter for which the threshold amount exceeds \$500,000, if this should be the second or third fiscal quarter in a fiscal year; and

(c) the first day of the fiscal year for which the threshold amount exceeds \$500,000.

Threshold Amounts

35. The reporting period for registrants is dependent on the threshold amount for a fiscal year or fiscal quarter. The threshold amount for a fiscal year refers to the consideration for taxable supplies made in the immediately preceding fiscal year. The threshold amount for a fiscal quarter at any time in a fiscal year refers to the consideration for taxable supplies made in all preceding fiscal quarters ending in that fiscal year.

36. The threshold amount includes:

(a) goods and services taxable at seven per cent; and

(b) zero-rated supplies such as basic groceries and exports.

37. The threshold amount **does not** include:

(a) exempt supplies such as long term residential rents and daycare services;

(b) supplies of financial services; and

(c) supplies by way of sale of real property that is capital property.

38. The threshold amount of a particular person for a fiscal year of the particular person is an amount equal to the total of

(a) an amount determined by the formula

$$A \times 365/B$$

where

A is the total of all consideration for taxable supplies (other than supplies of financial services and supplies by way of sale of real property that is capital property) made by the particular person that became due or was paid without having become due to the particular person in the immediately preceding fiscal year (the "base year") of the particular person; and

B is the number of days in the base year; and

(b) the total of all amounts, each of which is an amount in respect of a person (the "associate") who was associated with the particular person at the end of the particular fiscal year of the associate that is the last such year ending at the same time as, or at any time in, the base year, determined by the formula

$$C \times 365/D$$

where

C is the total of all consideration for the taxable supplies (other than supplies of financial services and supplies by way of sale of real property that is capital property) made by the associate that became due or was paid without having become due to the associate in the particular fiscal year of the associate; and

D is the number of days in the particular fiscal year of the associate.

39. The threshold amount of a particular person for a fiscal quarter at any time in a fiscal year of the particular person is the total of:

(a) the total of all consideration for taxable supplies (other than supplies of financial services and sales of capital real property) made by the particular person that became due, or was paid without becoming due, to the particular person in all preceding fiscal quarters of the particular person ending in that year; and

(b) the total of all amounts each of which is an amount in respect of a person (referred to as the "associate") associated with the particular person at the beginning of the fiscal quarter equal to the total of all consideration for taxable supplies (other than supplies of financial services and supplies by way of sale of capital real property) that became due, or was paid without having become due, to the associate in all preceding fiscal quarters of the associate ending in the fiscal year of the particular person and before the beginning of the particular fiscal quarter.

40. Persons with associates should contact a Revenue Canada Excise office for more information on how the value of taxable supplies made by associates will affect the threshold amounts and, consequently, filing frequency.

INSTALMENT BASE CALCULATION FOR ANNUAL FILERS

41. Subject to subsection 237(5), a registrant's instalment base for a particular reporting period of the registrant is the lesser of

(a) the net tax for the particular reporting period or, in the case of a reporting period determined under subsection 248(3), the amount determined by the formula

$$A \times 12/B$$

where

A is the net tax for the particular reporting period; and

B is the number of months in the particular reporting period; and

(b) an amount determined by the formula

$$A \times 365/B$$

where

A is the net tax for all reporting periods of the registrant ending in the twelve month period immediately preceding the particular reporting period; and

B is the number of days in those preceding reporting periods.

42. To determine the amount of the quarterly instalment payment, the instalment base is divided by four. At the end of the year, the registrant will remit the balance payable, or claim a refund if the total of instalment payments exceeds the amount remittable.

Minimum Instalment Base

43. Where a registrant's instalment base for a reporting period is less than \$1,000, the instalment base is deemed to be nil and the registrant is not required to submit quarterly instalment payments for that year. The registrant would be required only to file the annual return with the net tax remittable.

Anticipated Decline in Tax

44. A registrant who anticipates a decline in net tax in the current year is permitted to base the current year's instalment payments on an estimate of the current year's net tax, rather than the actual amount of the preceding year's net tax. Providing that the registrant has not underestimated the current year's net tax, no penalty or interest is payable pursuant to subsection 280(2).

Ceasing to Qualify

45. Where a registrant ceases to qualify for annual reporting at the beginning of a second or third fiscal quarter and, as a result, is required to have a reporting period which is shorter than 12 months, the net tax for the short reporting period is to be grossed-up to an amount for a 12-month period in order to determine the instalment base for the short period.

Negative Net Tax

46. Where the net tax for a reporting period is a negative amount, the net tax is deemed to be nil for that reporting period, for purposes of calculating the instalment base.

TRANSITIONAL INSTALMENT BASE CALCULATION

47. In accordance with subsection 237(5), where the reporting period of a registrant who is an annual filer begins before 1992, a special "transitional" instalment base calculation must be used. The calculation must be reported on the form entitled "**TRANSITIONAL INSTALMENT BASE CALCULATION**", attached as Appendix C.

48. The instalment base for that reporting period of the registrant is the lesser of

(a) 75% of the net tax for the reporting period as determined under paragraph 237(2)(a); and

(b) the amount determined by the formula

$$A \times B \times 365 / C$$

where

A is the prescribed percentage;

B is the total consideration received by or due to the registrant for supplies of property (other than supplies by way of sale of capital property of the registrant) or services by the registrant in the fiscal year of the registrant that immediately preceded that reporting period; and

C is the number of days in the fiscal year of the registrant that immediately preceded that reporting period.

49. The prescribed percentages will be:

(a) 1.75 per cent for vendors whose supplies of zero-rated basic groceries constitute at least 25 per cent of their total supplies in the previous fiscal year; and

(b) five per cent for other vendors.

ACCOUNTING PERIODS

50. For GST purposes, registrants filing on a fiscal year basis may adopt fiscal quarters and fiscal months that correspond to the registrant's accounting periods for business purposes, provided they observe the rules in subsections 243(3) and 243(4). In this case, the registrant submits a form entitled "**NOTIFICATION OF ACCOUNTING PERIODS**", attached as Appendix D. This form must be submitted every year.

51. Where a fiscal year is a calendar year, the fiscal quarter shall be a calendar quarter.

52. Where the fiscal quarter is a calendar quarter, the fiscal month shall be a calendar month.

53. A calendar year is January 1 to December 31. An example of a calendar quarter is January 1, 1991 to March 31, 1991 and of a calendar month is January 1, 1991 to January 31, 1991. An example of a non-calendar fiscal quarter is January 6, 1991 to March 30, 1991 and of a non-calendar fiscal month is January 1, 1991 to January 28, 1991.

54. A registrant who elects to use the calendar year must also adopt calendar months (e.g., January 1 to January 31) or quarters (e.g., January 1 to March 31). The registrant is not eligible to have accounting periods (i.e., non-end of the month cut-offs, such as March 17).

Criteria for the Use of Accounting Periods

55. A registrant who elected to have a fiscal year that is a calendar year under section 244 of the *Excise Tax Act* is not permitted to use accounting periods.

56. A person who has a GST fiscal year that is a calendar year by virtue of having a taxation year that is a calendar year may not adopt accounting periods.

57. However, an individual or a trust may elect to have a GST fiscal year that is the fiscal period for a business carried on by the individual or trust. By so doing the individual or trust would be eligible to adopt accounting periods.

58. A taxation year for a corporation is normally a fiscal period. A corporation which has a fiscal period that ends on December 31 is not required to file an election for a fiscal year in order to adopt accounting periods. The corporation must, however, complete and submit the form entitled "**NOTIFICATION OF ACCOUNTING PERIODS**".

Fiscal Quarter Rules

59. In accordance with subsection 243(3), where a fiscal year is not a calendar year, the fiscal quarter will be determined according to the following rules:

- (a) there cannot be more than four fiscal quarters in each fiscal year;
- (b) the first fiscal quarter in the fiscal year begins on the first day of the fiscal year, and the last fiscal quarter of the fiscal year ends on the last day of that fiscal year;
- (c) each fiscal quarter cannot be longer than 114 days; and
- (d) except for the first and last fiscal quarters in the fiscal year, each fiscal quarter cannot be shorter than 84 days.

Fiscal Month Rules

60. Pursuant to subsection 243(4), where the fiscal quarter is not a calendar quarter, the fiscal month shall be determined according to the following rules:

(a) the first fiscal month in each fiscal quarter begins on the first day of that fiscal quarter and the last fiscal month in each fiscal quarter ends on the last day of the fiscal quarter;

(b) each fiscal month cannot be longer than 35 days; and

(c) except for the first and last fiscal months in a fiscal quarter, each fiscal month cannot be shorter than 28 days.

61. The "**NOTIFICATION OF ACCOUNTING PERIODS**" is effective for one fiscal year. A new notification will be submitted each year the registrant wishes to continue to use accounting periods.

REGISTRANTS WITH SEPARATE FILING BRANCHES

62. Branches or divisions authorized under section 239 to file separate returns will be required to have the same fiscal year, fiscal quarters and fiscal months and the same reporting periods as those of the parent.

NOTE: This memorandum contains general information and is provided for convenience and guidance in applying the **Excise Tax Act** and Regulations. Readers should refer to the legislation and/or contact the nearest Revenue Canada Excise office if interpretation problems occur.

To view Appendices A, B, C and D, please see the printed copy of this publication. You can obtain a copy by contacting your local Excise office (addresses and telephone numbers of Excise offices are at the end of this memorandum).

REFERENCES

OFFICE OF RESPONSIBILITY:

Policy and Legislation

LEGISLATIVE REFERENCES:

Excise Tax Act as amended by Bill C-62

HEADQUARTERS FILE:

N/A

SUPERSEDES GST MEMORANDUM:

N/A

OTHER REFERENCES:

N/A

SERVICES PROVIDED BY THE DEPARTMENT ARE AVAILABLE IN BOTH OFFICIAL LANGUAGES.

THIS MEMORANDUM IS ISSUED BY TECHNICAL INFORMATION, EXCISE BRANCH UNDER THE AUTHORITY OF THE DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE, CUSTOMS AND EXCISE.

Date modified:

2017-06-22

DROIT FÉDÉRAL ET DROIT CIVIL: COMPLÉMENTARITÉ, DISSOCIATION

Jean-Maurice Brisson*

André Morel**

Montréal.

La question des rapports entre le droit fédéral et le droit civil a jusqu' à maintenant, en tant que telle, assez peu retenu l' attention, même si le rôle complémentaire du droit civil en la matière est couramment accepté. Cette étude vise à établir les fondements de la complémentarité de principe du droit fédéral et du droit civil et à démontrer que, dans la très grande majorité des cas, les tribunaux acceptent d' avoir recours au droit civil à titre supplétif, soit parce qu' une loi fédérale se superpose à un rapport de droit privé régi par lui, soit parce qu' une loi fédérale de droit privé ne contient pas tout le droit nécessaire à la réalisation de son objet. On est ainsi amené à conclure que, bien que la rencontre des droits soit parfois malaisée, leur complémentarité est néanmoins perçue comme une nécessité qui doit continuer d' être réaffirmée et entretenue, pour demeurer vivante.

The question of harmony between federal legislation and the civil law has, to some extent, held little attention, even if the complementary role of the civil law in this area is commonly accepted. This study aims at establishing the foundations of a framework of complementary principles of federal legislation and the civil law and at demonstrating that in the vast majority of cases, the courts have accepted the practice of appealing to civil law as a supplementary code, either because a federal law superimposes itself on a corresponding matter in civil law which it governs, or because a federal law on civil matters doesn't contain all the legislation necessary to fulfil its objectives. The authors are thus brought to the conclusion that, although the juxtaposition of laws is sometimes difficult, their complementarity is nevertheless seen as a necessity which should continue to be maintained and reaffirmed to remain in use.

Introduction		298
I. La complémentarité des droits: les fondements		300
A. Complémentarité ou dissociation: un choix voulu par le législateur		300

* De la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec. Cette étude a d'abord été rédigée à la demande du ministère de la Justice du Canada. Les opinions qui y sont exprimées ne reflètent cependant pas nécessairement la position du ministère sur les rapports entre le droit fédéral et le droit civil. Nous remercions M. Pierre Lesage, responsable des laboratoires informatiques à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour sa précieuse collaboration au travail de repérage de la jurisprudence pertinente.

1. Les renvois formels	300
2. Les dérogations au droit provincial	303
3. L'application du droit préconfédéral	305
B. Complémentarité ou dissociation: un choix tributaire de principes fondamentaux	307
1. Les renvois indirects	308
2. La dépendance implicite	309
a) La complémentarité du droit civil	309
b) La dissociation entre le droit civil et le droit fédéral ..	311
i) L'élaboration de la législation	311
ii) Les objectifs du législateur	312
iii) L'autonomie de la loi fédérale	314
II. <i>La complémentarité des droits: l'expérience</i>	316
A. <i>Le Code civil s'applique, à titre complémentaire, parce qu'une loi fédérale se superpose à un rapport de droit privé régi par lui</i>	317
1. Le Code civil et les lois fédérales de droit privé	318
2. Le Code civil et les lois fédérales de droit public	320
B. <i>Le Code civil s'applique, à titre complémentaire, parce qu'une loi fédérale de droit privé ne contient pas tout le droit nécessaire à la réalisation de son objet</i>	323
1. L'applicabilité du Code civil lorsque la compatibilité des deux versions linguistiques de la loi n'est pas en cause	324
a) L'application du Code civil à titre utilitaire	324
b) L'application du Code civil à titre substantiel	326
2. L'applicabilité du Code civil lorsque l'incompatibilité des deux versions linguistiques de la loi doit être résolue	330
Conclusion	333

Introduction

On a parfois tendance à penser que le droit civil du Québec occupe une place toute singulière en comparaison du droit privé des autres provinces canadiennes quand il s'agit d'en faire l'application dans des domaines qui relèvent de la compétence du Parlement du Canada et qui sont régis par des lois fédérales. Pourtant, dans la réalité des choses, les rapports qui peuvent exister entre le droit fédéral et le droit civil obéissent à des principes qui ne sont ni propres au droit fédéral ni propres au droit québécois.

D'une part, en effet, le droit civil entretient avec la législation fédérale des liens qui sont tout à fait analogues à ceux qui unissent la législation du Québec et le Code civil. Celui-ci, comme l'énonce maintenant en termes exprès la

disposition préliminaire du nouveau *Code civil du Québec*¹, établit, en toutes matières dont il traite, le droit commun; et il est, en cette qualité, appelé à compléter les «autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger». Il n'en va pas autrement de la législation fédérale lorsqu'elle porte sur des questions de droit privé: le droit civil peut y ajouter — il y a alors, entre les deux, un rapport de *complémentarité*—; la loi fédérale peut, au contraire, y déroger — il y a alors, entre les deux, *dissociation*.

D'autre part, cette sorte de corrélation établie entre les deux droits n'est pas non plus unique. Elle existe de la même manière et au même degré entre le droit fédéral et le droit privé de chacune des autres provinces. Mais elle est alors moins visible ou moins apparente du fait que ces provinces ont en commun un même droit fondamental, qui est la common law. Par rapport au droit civil, les différences sont donc plus marquées parce qu'elles touchent, au-delà de la teneur des règles, des façons contrastées de concevoir et d'exprimer le droit. On en oublie parfois que le droit privé de ces provinces, avec lequel les lois fédérales sont aussi en rapport de dépendance, n'est pas uniforme et qu'il varie d'une province à l'autre, en dépit du même droit commun qu'elles partagent.

Plus sans doute que toute autre chose, c'est cette unité fondamentale du droit privé des provinces de common law qui fait que les rapports entre le droit fédéral et le *Code civil du Québec* apparaissent véritablement, aux yeux de plusieurs, comme une anomalie. C'est aussi ce qui fait, de la complémentarité du droit civil avec la législation fédérale, une question qui suscite occasionnellement sinon des controverses, du moins des désaccords.

Cette question, qui est pourtant inscrite comme en filigrane de toute situation où une loi ou simplement une disposition d'une loi fédérale fait appel de quelque façon à des notions de droit privé, a rarement fait l'objet d'un examen systématique². Elle n'en est pas moins régulièrement évoquée dans la littérature juridique à l'occasion de commentaires d'arrêts ou d'études consacrées à des domaines particuliers du droit qui sont régis par des lois fédérales, tels que les lettres de change, les banques ou la faillite. Il y a donc lieu, croyons-nous, d'examiner la question dans son ensemble, tant du point de vue des règles et des principes qui sont en cause que sous l'angle de leur mise en œuvre par les tribunaux.

Nous nous attacherons donc d'abord à rappeler les *fondements* qu'invoquent la doctrine et la jurisprudence pour expliquer l'existence d'un rapport de complémentarité du droit fédéral avec le droit civil ou, au contraire, pour justifier la dissociation entre l'un et l'autre (I). Nous chercherons ensuite à voir ce que, à l'*expérience*, la pratique judiciaire nous révèle quant à la façon d'interpréter et d'appliquer la législation fédérale dans ses rapports de complémentarité avec le droit civil québécois (II).

¹ L.Q. 1991, c. 64, entrée en vigueur le 1er janvier 1994 en vertu du décret n° 712-93, (1993) 125 G.O. II, 2805.

² Voir cependant J.-M. Brisson, «L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral: une problématique» (1992) 52 R. du B. 345.

I. La complémentarité des droits: les fondements

Qu'il y ait complémentarité entre le droit fédéral et le droit civil ou qu'il y ait plutôt dissociation entre l'un et l'autre, ce sont là des situations qui résultent tantôt d'un choix voulu par le législateur (A), tantôt d'un choix qui dépend de principes fondamentaux (B).

A. Complémentarité ou dissociation: un choix voulu par le législateur

Dire de la législation fédérale qu'elle n'est pas autonome, c'est affirmer simplement que, prise isolément, elle n'exprime pas la totalité du droit applicable dans les matières qui ressortissent à la compétence du Parlement. C'est affirmer aussi que la totalité des lois et des textes réglementaires, quels que soient par ailleurs leur nombre et leur importance, ne forme pas un système juridique véritable, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit qui soit complet et qui se suffise à lui-même, comme on peut le dire de la common law ou du Code civil. Cela, le législateur le reconnaît ouvertement du reste lorsque, comme il arrive, c'est la loi même qui fait appel à un autre droit ou qui en repousse l'application.

Ce sont les situations de ce type que nous regrouperons ici, des situations où c'est par l'effet de la loi que le droit civil complète ou non une loi fédérale. Cela se produit dans trois circonstances: soit que la loi fédérale comporte une disposition formelle de renvoi à un droit de référence (1); soit que la loi fédérale fasse obstacle à l'application du droit civil (2); soit encore que le droit civil préconfédéral trouve à s'appliquer à une loi fédérale ou dans un domaine de compétence fédérale (3).

1. Les renvois formels

L'utilisation de cette technique n'est pas l'apanage du législateur fédéral. On la retrouve tout aussi bien, à l'occasion, dans des lois provinciales. Chacun garde en mémoire les dispositions que contenait à l'origine le *Code civil du Bas-Canada* et qui commandaient, sur des questions particulières, d'avoir recours au droit de l'Angleterre³. Et le *Code civil du Québec* lui-même comporte des dispositions de ce genre lorsque, dans ses articles 517 et 2714, il renvoie à des lois fédérales.

On ne s'attardera pas ici à rechercher les motifs qui peuvent justifier un législateur d'agir ainsi. Ils sont d'ailleurs multiples et variés. Il importe davantage, pour nos fins, de relever le fait qu'il existe un bon nombre de lois fédérales qui utilisent la technique du renvoi à des règles qui ne font pas partie du droit fédéral. Parmi les diverses formes que les dispositions législatives de

³ Ce sont les articles 1206 (preuve en matières commerciales); 2340 et 2341 (lettres de change); et 2390 (Cour de Vice-Amirauté) de l'ancien *Code civil du Bas-Canada*.

1996 CanLIIDocs 93

ce genre peuvent emprunter⁴, nous retiendrons celles qui visent à rendre directement applicable un droit de référence qu'elles désignent⁵.

Dans l'immense majorité des cas, ces dispositions prévoient de façon explicite que les règles de droit en vigueur dans la province concernée et portant sur une matière donnée de droit privé s'appliquent à la loi fédérale en cause. On y vise le plus souvent le droit de la preuve, comme à l'article 23 de la *Loi sur le divorce*⁶; les règles de la prescription extinctive, comme à l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁷; ou des règles en matière de procédure civile⁸. En rendant ainsi applicable le droit privé provincial, la disposition de renvoi consacre donc le rôle de complémentarité que joue, au Québec, le droit civil par rapport à la loi fédérale.

À l'inverse, le Parlement peut, par une disposition de renvoi, faire obstacle à ce rapport de complémentarité en choisissant un droit de référence autre que le droit civil. Cette pratique n'est toutefois pas courante. Seulement deux lois de droit privé, parmi toutes celles qui sont actuellement en vigueur, y ont recours, et toutes deux désignent le droit de l'Angleterre comme droit supplétif. Il s'agit de la *Loi sur les lettres de change*⁹ dont l'article 9 rend «les règles de la *common law* d'Angleterre» applicables aux lettres, billets et chèques; et de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁰ par la définition qui y est donnée de l'expression «droit maritime canadien».

Bien que la technique du renvoi exprès semble, à première vue, être une méthode qui tranche de façon claire la question du droit supplétif d'une loi fédérale, elle n'en est pas moins source de controverses judiciaires, aussi bien lorsqu'elle consacre que lorsqu'elle entrave le rapport de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral.

On pense tout d'abord aux controverses doctrinales et jurisprudentielles portant sur le caractère statique ou évolutif d'un renvoi lorsque les règles faisant l'objet du renvoi ont subi des modifications législatives¹¹. La question revêt au Québec une acuité toute particulière en raison du fait que le droit civil, qui est visé par le renvoi, est un droit essentiellement de nature législative qui est donc

⁴ Il existe trois formes différentes de renvois. Pour une énumération de quelques-unes des lois où on les retrouve, voir: J.-M. Brisson, *supra* note 2 aux pp. 353-354.

⁵ Nous excluons ainsi les dispositions qui visent simplement à informer que la loi n'a pas pour effet d'empêcher l'application du droit provincial.

⁶ L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.). Voir aussi la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 40.

⁷ L.R.C. 1985, c. F-7. Voir aussi la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 32.

⁸ *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. 1985, c. 4 (2e supp.), art. 25.

⁹ L.R.C. 1985, c. B-4.

¹⁰ *Supra* note 7.

¹¹ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990 aux pp. 76-82, analyse longuement cette question.

susceptible de poser, plus souvent que dans les provinces de common law, le problème de l'applicabilité des lois ou des dispositions législatives adoptées postérieurement à la loi fédérale qui contient le renvoi. On sait, par exemple, à quelles discussions a donné lieu l'ancien article 3 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*¹² et qu'il serait hors de propos d'examiner ici en détail. Mais on ne peut éviter de penser que le remplacement du *Code civil du Bas-Canada* par le *Code civil du Québec* pourrait bien faire renaître ces discussions entre les tenants du caractère fermé ou ouvert des renvois au droit provincial que l'on rencontre dans les lois fédérales.

Mais les dispositions qui entravent l'application du droit civil en rendant la common law applicable à titre supplétif ne sont pas non plus à l'abri de controverses, du moins au Québec, parce que l'on a toujours cherché, en les interprétant, à en limiter la portée pour préserver une zone d'intégrité du droit civil. C'est pourquoi les récentes décisions de la Cour suprême qui ont eu pour effet d'étendre l'application de la common law aux délits et à toutes espèces de contrats reliés, fût-ce de façon purement incidente, à une affaire de transport maritime ont soulevé les plus vives protestations des juristes québécois en raison de l'impact, plus considérable qu'ailleurs, qu'elles ont eu sur le droit civil¹³.

Si, en droit maritime, la dissociation entre le droit fédéral et le droit civil paraît complète¹⁴, il n'en va pas de même en matière de lettres de change. On sait en effet que la tendance largement dominante, tant chez les auteurs que dans

¹² L.R.C. 1970, c. C-38. La controverse sur la caractère ouvert ou fermé du renvoi repose, pour l'essentiel, sur la décision *Lamoureux c. La Reine*, [1964] R.C.E. 641, d'une part, et sur l'opinion du juge Pigeon dans *R. c. Nord-Deutsche*, [1971] R.C.S. 849 aux pp. 880-886. Voir à ce sujet: R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2e éd., t. III, Québec, Presses de l'Université Laval, 1989 aux pp. 794 et suiv.; H. Immarigeon, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965 aux pp. 70-75; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982 aux pp. 478 et suiv.

¹³ Il s'agit des deux arrêts suivants: *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Q.N.S. Paper Co. c. Charrwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683. La réaction de la doctrine a été vive, comme on peut le constater à la lecture des commentaires suivants: A. Braën, « L'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec » (1986-1987) 32 R.D. McGill 386; R. Jukier et R.A. Macdonald, « The New Quebec Civil Code and Recent Federal Law Reform Proposals: Rehabilitating Commercial Law in Quebec? » (1992) 20 Canadian Business Law Journal 380 aux pp. 398-399; G. Lefebvre et N. Tamaro, « La Cour suprême et le droit maritime: la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable? » (1991) 70 R. du B. can. 121; W. Tetley, « The Buenos Aires Maru — Has the whole nature of Canadian maritime law been changed? » (1988) 10 Supreme Court L.R. 399.

¹⁴ Selon certaines décisions de la Cour fédérale, le Code civil trouverait pourtant encore application en droit maritime. Voir, par exemple: *Quebec Tugs Ltd. c. Keystone Navigation Inc.*, [1990] F.C.J. no 1157; et *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1994] F.C.J. no 1211.

la jurisprudence au Québec, a été de restreindre la portée de l'article 9 de la loi aux questions qui touchent le droit des effets de commerce au sens strict et de continuer à appliquer les règles de droit civil, plutôt que celles de la common law, à divers aspects du contrat constitué par l'effet de commerce: ainsi en est-il de la capacité de contracter, de la cause d'une lettre de change et de la responsabilité des souscripteurs¹⁵. Au-delà des fondements sur lesquels cette interprétation peut s'appuyer¹⁶, nous retiendrons qu'un renvoi à des règles autres que celles du droit civil ne coupe pas nécessairement tous les liens de complémentarité entre celui-ci et le droit fédéral.

2. Les dérogations au droit provincial

Dans l'exercice de son pouvoir législatif exclusif comme de son pouvoir législatif accessoire, il est loisible au Parlement d'édicter des règles particulières qui sont incompatibles avec celles du droit privé d'une, de plusieurs ou de toutes les provinces. La loi fédérale peut ainsi, sur un sujet donné, adopter une règle qui déroge à certaines dispositions du Code civil, mais qui ne heurte pas les règles de la common law suivies dans les provinces autres que le Québec. Elle peut tout aussi bien établir un régime qui ne soit conciliable avec le droit d'aucune des provinces. Dans tous les cas, la loi fédérale a prépondérance dans la mesure de son incompatibilité avec le droit provincial et elle s'applique en lieu et place des dispositions de celui-ci qui seraient autrement applicables¹⁷.

C'est ainsi que l'alinéa 3b) et l'article 13 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État*¹⁸ ont pour effet de déroger, au profit de la Couronne, à certaines dispositions du Code civil en matière de responsabilité du fait des biens, sans écarter pour autant toutes les règles du Code en la matière¹⁹. Plus draconien est l'article 427 de la *Loi sur les banques*²⁰ dont on a décidé qu'il établissait une

¹⁵ On trouvera une analyse exhaustive de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question dans l'article de J. Leclair, «L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce: perspective constitutionnelle» (1995) 40 R.D. McGill 691. Parmi les décisions récentes en la matière, on verra *Consumers Acceptance Corp. c. Gendron*, [1962] C.S. 203 (capacité de contracter); *Verrault c. Harvey*, [1970] C.A. 753 (cause du contrat) et *Montenay Inc. c. Imbrook Properties Ltd.*, [1989] R.J.Q. 846 (C.A.) (responsabilité des souscripteurs).

¹⁶ Pour sa part, J. Leclair, dans l'article *supra* note 15, soutient de façon fort convaincante que cette interprétation limitative de l'article 9 de la loi repose sur un fondement constitutionnel relié au partage des compétences.

¹⁷ F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 aux pp. 311-312 et 337-340.

¹⁸ *Supra* note 7.

¹⁹ Ces dispositions de la loi fédérale limitent en effet la responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des biens par rapport aux règles qu'énoncent les articles 1465, 1466 et 1467 C.c.Q.

²⁰ L.C. 1991, c. 46, dont l'article 427 reprend l'article 178 de l'ancienne *Loi sur les banques*, L.R.C. 1985, c. B-1.

sûreté qui ne correspondait ni aux notions de la common law ni à celles du droit civil²¹.

Toutefois, si le Parlement a incontestablement le pouvoir d'édicter des règles de droit privé dans la poursuite des fins qui lui sont propres lorsqu'il légifère sur des matières de sa compétence, on s'entend généralement pour reconnaître qu'il ne pourrait en revanche «réglementer de façon exhaustive et systématique les généralités du droit privé»²². Ce pouvoir général — un pouvoir de principe —, il est dévolu aux législatures provinciales, aux termes du paragraphe 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui réserve à celles-ci la compétence exclusive sur «la propriété et les droits civils». Le législateur fédéral pourrait donc, s'il le voulait, adopter, par exemple, des règles de prescription en matière d'effets de commerce ou de faillite; mais l'exercice de ce pouvoir législatif accessoire connaît des limites constitutionnelles. C'est ce qu'a montré l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Clark c. C.N.*²³.

Il s'agissait de savoir si une disposition de la *Loi sur les chemins de fer*²⁴ établissant un délai de prescription de deux ans dans le cas de toute poursuite intentée contre une entreprise fédérale de transport ferroviaire était applicable à une action fondée sur la common law de la province. Tout en reconnaissant que «[r]ien dans le texte du par. 342(1) ne laisse entendre que le Parlement avait l'intention d'en limiter la portée», la Cour devait néanmoins décider que la disposition en cause ne pouvait, pour des motifs constitutionnels, s'appliquer qu'aux seules causes d'action créées spécifiquement par la loi en question. En raison de la nature de la compétence du Parlement — en l'occurrence une entreprise fédérale —, la disposition législative a été jugée *ultra vires* dans la mesure où elle visait un recours en responsabilité fondé sur le droit provincial. Ce recours était donc régi par la loi de la province quant au délai de prescription.

Assurément, le type de compétence qui était en jeu a été déterminant dans la décision rendue par la Cour, mais il est loin d'être certain que les limites constitutionnelles au pouvoir législatif accessoire du Parlement central ne s'appliquent qu'en matière d'entreprises fédérales²⁵. Quoi qu'il en soit, on peut dire que, dans certains domaines de sa compétence exclusive, le législateur fédéral ne peut, par des dispositions dérogoatoires au droit privé des provinces, entraver complètement l'application de ce dernier à titre complémentaire.

²¹ R.A. Macdonald, «Security Under Section 178 of the Bank Act: A Civil Law Analysis» (1983) 43 R. du B. 1007; R. Jukier et R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 13 aux pp. 402-405. Les arrêts pertinents de la Cour suprême sur cette question sont: *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 21; *Banque nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117 et *Banque nationale du Canada c. Atomic Slipper*, [1991] 1 R.C.S. 1059.

²² J.-M. Brisson, *supra* note 2 à la p. 349.

²³ [1988] 2 R.C.S. 680.

²⁴ S.R.C. 1970, c. R-2, art. 342(1), devenu L.R.C. 1985, c. R-3, art. 367(1).

²⁵ Pour une discussion approfondie de toute cette question, voir l'article de J. Leclair, *supra* note 15 aux pp. 712-730.

3. L'application du droit préconfédéral

C'est encore à l'effet de la loi que l'on peut rattacher la question de l'application du droit québécois préconfédéral dans des domaines qui relèvent de la compétence exclusive ou accessoire du Parlement. C'est en effet une question qui dépend tout à la fois de règles édictées par le législateur constitutionnel, de l'action ou de l'inaction du législateur fédéral et même, pour ce qui ressortit au pouvoir accessoire de ce dernier, du comportement du législateur provincial.

On sait que, en exécution de la loi de 1857 qui commandait de codifier le droit privé du Bas-Canada²⁶, le Code civil qui en est issu réglementait, à l'origine, l'ensemble des matières de nature civile, y compris celles qui, en 1867, allaient être attribuées au Parlement central. Adopté en 1865²⁷, ce Code contenait donc bon nombre de dispositions qui, aux termes de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont demeurées en vigueur au-delà de l'Union, mais qui échappaient dorénavant à l'emprise de la législature du Québec. Certaines de ces dispositions ont été, depuis lors, abrogées ou remplacées par des lois fédérales; d'autres, restées intouchées, survivent jusqu'à aujourd'hui et s'appliquent directement dans des domaines de compétence fédérale.

Quant à ces dernières, il s'agit essentiellement, comme on sait, de dispositions portant sur le mariage²⁸ et sur les effets de commerce²⁹; de même que de dispositions touchant la Couronne et qui sont devenues applicables, depuis 1867, à la Couronne du chef du Canada³⁰; et enfin, peut-être, de certaines règles en matière de transport maritime³¹ et d'assurance maritime³², quoique cette question soit controversée.

Il y a donc, ici encore, une certaine forme de complémentarité entre des dispositions de droit civil et le droit fédéral, mais il nous faut constater à regret que, là-dessus, rien n'est absolument clair, rien n'est à l'abri de contestations judiciaires éventuelles.

²⁶ *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. 1857, c. 43.

²⁷ *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.C. 1865, c. 41.

²⁸ Art. 115 à 185 C.c.B.C., à l'exception des articles portant sur la célébration du mariage (matière qui est de compétence provinciale) et de ceux portant sur les empêchements pour cause de parenté (abrogés par la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46, art. 4).

²⁹ Art. 2260(4) C.c.B.C. sur la prescription; et les articles 2341, 2342, 2346 et 2354 en tant qu'ils ont trait à la preuve, encore que la survivance de ces articles soit controversée.

³⁰ Notamment l'article 1994(10) C.c.B.C. sur le privilège de la Couronne «pour créances contre ses comptables» sur tous les biens meubles du débiteur. Voir aussi les articles 2212 — 2215 C.c.B.C.

³¹ Voir, par exemple, la décision suivante qui applique l'article 2383 C.c.B.C.: *Fairway Life & Marine Insurance Ltd. c. The Susan Darlene*, [1987] 2 C.F. 547.

³² Il s'agirait des articles 2492 à 2567 C.c.B.C. dans leur version originale antérieure à toute modification, dans la mesure où ils ne seraient pas abrogés par la *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, c. 22, ou toute autre loi fédérale.

Même si on laisse de côté les questions fort complexes relatives au transport et à l'assurance maritime, il convient de noter que, après plus d'un siècle, l'on ne s'entend toujours pas sur le nombre d'articles du Code civil qui, parce qu'ils ont «trait à la preuve à l'égard des lettres de change, chèques et billets», ont survécu à la loi de 1890³³.

Pour ce qui est de l'article 2260(4) C.c.B.C., certains soutiennent que, parce qu'il porte sur la prescription des effets de commerce, il pouvait faire l'objet d'intervention législative de la part de l'un ou l'autre des deux paliers de gouvernement. Selon cette opinion, en l'absence d'intervention fédérale, sa suppression par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* serait donc valide³⁴.

Par ailleurs, est-il opportun de ne pas modifier l'article 115 C.c.B.C. concernant l'âge minimum des futurs époux qui est dorénavant en contradiction avec l'article 373(1⁰) C.c.Q., alors que ce dernier, selon la jurisprudence, pourrait être considéré valide comme portant sur la célébration du mariage? Ne faut-il pas de toute façon s'interroger sur la détermination précise des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* en matière de mariage qui survivent intactes parce qu'elles relèvent de la compétence du Parlement et que le Québec n'avait le pouvoir ni d'abroger ni de modifier en adoptant le nouveau Code civil³⁵?

Les choses sont-elles plus nettes en ce qui touche les articles qui traitent de la Couronne? On peut en douter.

*

Les trois hypothèses que nous avons examinées jusqu'ici ont en commun d'évoquer des situations où c'est par la volonté du législateur que le droit civil est rendu applicable ou est empêché de s'appliquer à titre complémentaire du droit fédéral.

Si le fondement est clair et ne prête guère à discussion, en revanche, aucune de ces situations n'est exempte de controverses. Selon la portée que l'on donne aux textes législatifs en cause, on est amené à conclure que le rapport de complémentarité entre les deux droits en présence est plus ou moins intense, plus ou moins étendu.

³³ *Acte concernant les lettres de change, chèques et billets promissoires*, S.C. 1890, c. 33, cédule, par. 9.

³⁴ C'est l'opinion défendue par J. Leclair, *supra* note 15 aux pp. 730-737, et, quoique procédant d'une approche différente, par F. Chevrette et H. Marx, *supra* note 17 aux pp. 836-840.

³⁵ Sur la validité des lois provinciales fixant l'âge minimum requis pour la célébration du mariage et généralement sur toutes ces questions relatives au mariage, voir: F. Chevrette et H. Marx, *supra* note 17 aux pp. 656-661; C. Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 43 et 64. Voir aussi: F.J.E. Jordan, «The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution» (1968) 14 R.D. McGill 209 aux pp. 216-219. Sur la validité constitutionnelle de certaines dispositions du *Code civil du Québec*, on lira avec intérêt: *Droit de la famille-2063*, [1994] R.J.Q. 2631 aux pp. 2637 et 2638 (C.S.).

B. *Complémentarité ou dissociation: un choix tributaire de principes fondamentaux*

Nous regroupons ici deux situations où le rôle complémentaire que le droit civil est appelé à jouer par rapport au droit fédéral découle non plus d'une volonté exprimée par un législateur, mais de principes fondamentaux qui ne sont pas inscrits comme tels dans un texte de loi. Le plus souvent d'ailleurs — et la chose ne manque pas de surprendre —, ces principes ne sont pas explicités comme tels.

Bien des auteurs se contentent d'affirmer, en traitant d'une matière qui relève de la compétence fédérale, que le droit civil trouve à s'appliquer à certaines des questions soulevées, et ils citent à l'appui la jurisprudence qui le confirme. Rares sont ceux qui expliquent pourquoi il doit en être ainsi.

Il n'en va ordinairement pas autrement de la jurisprudence, à moins que l'une des parties n'ait contesté l'applicabilité du droit civil en l'espèce, auquel cas la cour est amenée à justifier la solution qu'elle adopte. Mais ces cas sont relativement rares. Généralement, tout se passe comme s'il était superflu pour les tribunaux d'invoquer des principes sur lesquels tout le monde s'entend. On ne peut d'ailleurs leur en faire reproche.

Il convient toutefois de souligner dès maintenant ce qui se dégage nettement de la seconde partie de cette étude, à savoir, que le droit que les décisions judiciaires nous font connaître — et qui n'est, à côté de la pratique, que l'une des faces du «droit vivant» — paraît très largement en accord avec ces principes que l'on tait, mais dont on ne manque pas de tirer les conséquences en considérant que le droit civil est le complément normal du droit fédéral appliqué au Québec.

Tous ne s'accordent pourtant pas à reconnaître cette «normalité», ni dans les faits ni dans le principe. Pour certains, il existe entre la législation fédérale et la common law des liens implicites ou des liens intrinsèques qui font de celle-ci le droit commun de celle-là, le droit qui soutient, au plan conceptuel, l'interprétation des lois fédérales et qui oriente leur application. C'est un courant d'opinion qui n'est certes pas dominant ni dans la pensée des auteurs ni dans la pratique judiciaire, mais on ne saurait en ignorer les manifestations, ne serait-ce qu'en raison de sa persistance, puisqu'il remet en cause les fondements mêmes des rapports entre le droit civil et le droit fédéral.

Nous le verrons surtout à propos des situations, si nombreuses qu'elles en deviennent courantes, où la loi fédérale est dans la dépendance implicite d'un droit qui lui est extérieur parce qu'elle est incomplète en elle-même (2). Les cas que nous qualifierons de renvois indirects (1) ne nous mettent que bien rarement en présence de pareilles divergences d'opinion.

1. *Les renvois indirects*

Par cette expression, nous voulons viser des situations qui sont régies à titre principal par la common law et où le droit civil est rendu applicable — comme l'est le droit privé de chacune des provinces —, non par une disposition législative expresse, mais, curieusement, par l'effet même d'une règle de common law.

C'est ce qui se produit en ce qui concerne les contrats conclus par la Couronne fédérale. Certes, c'est là un domaine d'où la législation n'est pas totalement absente: la loi comme les règlements peuvent prévoir des exigences de forme et de fond auxquelles est soumis, pour sa formation, l'engagement contractuel de la Couronne. Mais, sous réserve de ces dérogations législatives et de ce qui peut découler de l'existence d'une prérogative³⁶, les conditions de validité des contrats auxquels l'État est partie, leur exécution, de même que les questions de responsabilité civile contractuelle de la Couronne fédérale sont régies par le Code civil lorsque la cause d'action a pris naissance au Québec.

S'il en est ainsi, ce n'est assurément pas parce que les contrats sont affaire de droit privé tout simplement³⁷; car il s'agit de la Couronne qui, lorsqu'elle contracte comme à tous autres égards d'ailleurs, est régie fondamentalement par la common law — ce qu'on ne saurait nier. Mais c'est précisément pour cela et en vertu de la *rule of law* à laquelle la Couronne est soumise en matière contractuelle que, comme l'écrivait le juge Pratte dans un arrêt de la Cour suprême, «[l]a Couronne est liée par une obligation contractuelle de la même manière qu'un particulier...»³⁸. C'est donc comme par ricochet que le droit privé de la province — ici, le Code civil, là, la common law — s'applique à la puissance publique.

Mais bien avant que la doctrine³⁹ n'en dégage le fondement, les tribunaux ont, avec constance et en se passant de toute justification, appliqué le droit commun des contrats aux contrats administratifs, dans la mesure où ni la loi ni quelque immunité de la Couronne n'y formaient obstacle. Tous les auteurs en font la constatation, même quand ils ne nous en fournissent pas les raisons⁴⁰.

³⁶ R. Dussault et L. Borgeat, *supra* note 12, t. I aux pp. 760-762.

³⁷ Encore que l'on puisse penser que, pour plusieurs, l'application du droit civil aux contrats administratifs reposerait sur une qualification qui privilégie l'élément contractuel (droit privé) par rapport à l'élément «Couronne» (droit public). Voir sur cette question: A. Lajoie, *Contrats administratifs, jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984 aux pp. 50 et 51.

³⁸ *Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565 à la p. 574.

³⁹ R. Dussault et L. Borgeat, *supra* note 12, tome I aux pp. 609-611; A. Lajoie, *supra* note 37 aux pp. 45-60. Voir également: F. Chevrette et H. Marx, *supra* note 17 aux pp. 233-234.

⁴⁰ P. Garant, *Droit administratif*, vol. I, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 aux pp. 414 et 443; G. Pépin et Y. Ouellette, *supra* note 12 aux pp. 525-529.

2. La dépendance implicite

Par comparaison avec toutes les situations que nous avons examinées précédemment, il n'en est aucune qui se présente plus fréquemment que celle où une loi fédérale ne fournit pas à elle seule tous les éléments nécessaires à son application et où il faut avoir recours, pour la compléter, à des concepts et à des règles qui sont extérieurs à la loi même. Cette situation n'est d'ailleurs pas propre à certaines catégories de lois. On la rencontre aussi bien pour les lois de droit public que de droit privé, car il en est fort peu au total qui pourvoient elles-mêmes, par une disposition expresse, à la détermination de ce qui constitue leur droit supplétif. Presque toutes sont donc placées dans une relation de dépendance implicite par rapport à un autre droit.

On ne saurait dénombrer facilement toutes les lois fédérales qui font implicitement appel au droit privé — pour ne parler que de celles-là. Il y a, bien sûr, celles qui se rattachent principalement à l'une ou l'autre des compétences du Parlement qui portent sur des questions de droit privé et qui sont trop bien connues pour en faire ici l'énumération. Mais il y a aussi toutes les autres lois qui renferment, de façon incidente et souvent imprévue, des dispositions touchant le droit privé.

A chaque fois qu'une disposition d'une loi fédérale utilise une notion de droit privé sans la définir ou sans lui donner autrement une signification propre; à chaque fois aussi qu'une loi fait défaut de réglementer complètement une question particulière de droit privé ou d'adopter une disposition formelle de renvoi, il faut avoir recours, pour pallier les silences de la loi, à l'un des deux systèmes juridiques en vigueur⁴¹.

Au Québec, c'est le droit civil qui est appelé normalement à jouer ce rôle (a), encore que certains le lui contestent, comme nous le verrons (b).

a) La complémentarité du droit civil

Affirmer la complémentarité de principe du droit civil par rapport à la législation fédérale de droit privé lorsque celle-ci est appliquée au Québec, c'est presque affirmer un lieu commun, si l'on en juge par le comportement des tribunaux dans l'immense majorité des décisions qu'ils rendent. Et pourtant, on s'est rarement attardé jusqu'ici à en expliquer les fondements. En le faisant dans un article récent, l'un des auteurs de cette étude avait le sentiment de faire œuvre de pionnier⁴². Il suffira de retracer ici les lignes principales de cette démonstration.

Il faut commencer par rappeler l'évidence, à savoir que le fédéral est «une création statutaire impériale»⁴³. Il est un ordre de gouvernement et non pas une ancienne colonie. À cet égard, sa situation ne peut être assimilée à celle

⁴¹ J.-M. Brisson, *supra* note 2 aux pp. 352 et 353.

⁴² *Ibid.* à la p. 347. «Trop peu de choses ont été dites sur la place du Code civil par rapport au droit fédéral pour que l'on soit dispensé d'y revenir», écrivait-il.

⁴³ F. Chevette et H. Marx, *supra* note 17 à la p. 868.

d'aucune des provinces canadiennes qui, toutes, ont reçu, à un moment ou l'autre de leur histoire coloniale, un système juridique (voire, dans le cas du Québec, deux systèmes juridiques) sur la base duquel chacune a édifié son droit propre⁴⁴. Pour sa part, le fédéral n'a pas «reçu», au moment de sa création en 1867, un ou plusieurs systèmes juridiques. Aux termes de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en effet, tout le droit qui était en vigueur dans chacune des colonies constituantes de la fédération «continue» d'être en vigueur dans chaque province «respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu»; seul le pouvoir d'abroger ou de modifier une partie de ce droit est conféré au Parlement du Canada dans la mesure où il s'agit de matières qui sont attribuées à sa compétence par la Constitution. Contrairement à la législation des provinces, la législation fédérale n'est donc pas adoptée par rapport à un droit fondamental qui serait le sien. Ce droit fondamental «qui puisse servir de réservoir à [sa] législation»⁴⁵, il n'existe qu'à la condition qu'un texte y pourvoie expressément dans un domaine donné.

C'est pourquoi l'on s'entend généralement à affirmer qu'il n'existe pas de droit commun proprement fédéral⁴⁶, si ce n'est une common law d'application particulière en ce qui touche les immunités et privilèges de la Couronne⁴⁷. Comme l'écrivaient Chevrette et Marx, «cela signifie qu'au niveau fédéral, le droit non statutaire n'est pas un corps de droit unique, mais qu'il dérive du droit de chacune des provinces, selon la nature du litige dont il s'agit»⁴⁸. C'est dire, en d'autres termes, que c'est le droit des provinces qui, en l'absence de texte au contraire, constitue le droit fondamental par rapport auquel s'inscrit toute législation fédérale.

Comme le Québec, à cause de son histoire constitutionnelle et à la différence des autres provinces, possède deux droits communs⁴⁹ — chacun étant applicable selon qu'il s'agit de droit privé ou de droit public —, c'est le droit civil, dont le Code civil est la pièce maîtresse, qui est appelé à s'appliquer à titre supplétif de toute disposition législative fédérale portant sur une question de droit privé pour la compléter, combler ses lacunes et fournir «le soutien conceptuel nécessaire à une application intelligente de cette loi»⁵⁰.

⁴⁴ *Ibid.* aux pp. 5-8; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1992 aux pp. 27-44; J.D. Whyte et W.R. Lederman, *Canadian Constitutional Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1977 aux pp. 2-1—2-15.

⁴⁵ J.-M. Brisson, *supra* note 2 à la p. 348.

⁴⁶ H.P. Glenn, «The Common Law in Canada» (1995) 74 R. du B. can. 261 à la p. 279 et note 74; J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald (dir.), *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993 aux pp. 47 et 699; F. Chevrette et H. Marx, *supra* note 17 à la p. 868; J. Willis, «Securing Uniformity of Law in a Federal System — Canada» (1943-44) 5 U. of T.L.J. 352 à la p. 354.

⁴⁷ F. Chevrette et H. Marx, *supra* note 17 à la p. 869; H.P. Glenn, *supra* note 46 à la p. 280 et note 76.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 868. Nos italiques.

⁴⁹ L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1978 (réimpression de l'édition originale de 1965) à la p. 50.

⁵⁰ J.-M. Brisson, *supra* note 2 à la p. 353.

Pour qu'il en aille autrement, pour que le droit commun en vigueur au Québec ne soit plus le droit fondamental de la législation fédérale de droit privé, il faut donc démontrer pourquoi l'ordre des choses est ainsi perturbé, pourquoi les liens de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral seraient rompus.

b) *La dissociation entre le droit civil et le droit fédéral*

Pour conclure que le droit civil est empêché de jouer son rôle de complémentarité à l'égard du droit fédéral — en dehors des cas où cette conséquence découle soit d'une disposition de renvoi soit de la présence dans la loi de dispositions dérogatoires au droit commun —, on s'appuie sur des arguments qui sont tous tirés d'une analyse de la législation fédérale. On invoquera tour à tour son élaboration, ses objectifs ou son autonomie. Mais quelle que soit la justification que l'on retienne, le résultat est le même: l'uniformisation de la législation fédérale dans son application à travers le pays par le recours à la common law.

i) *L'élaboration de la législation*

Nul n'oserait contester le fait que la législation fédérale est, de façon régulière, rédigée dans un style et suivant un schème de pensée qui sont caractéristiques du système de common law, quand elle n'est pas au surplus inspirée directement de modèles anglais⁵¹. La structure de la loi, son libellé, sa teneur même, tout nous renvoie au droit anglais. Ce sont là autant de points de rattachement qui facilitent une interprétation de la loi dans un contexte de common law et en faisant appel à son univers conceptuel.

Faut-il aller plus loin et conclure que, en agissant ainsi, le législateur a manifesté son intention de rendre la common law applicable à titre de seul droit complémentaire? Il en est qui le pensent⁵²; et c'est surtout un argument dont se servent à l'occasion les plaideurs devant les tribunaux, avec plus ou moins de succès⁵³.

⁵¹ R. Jukier et R.A. Macdonald, *supra* note 13 à la p. 396.

⁵² C'est notamment l'opinion exprimée par J.E.C. Brierley à propos du moins des matières de droit commercial de compétence fédérale, dans son article intitulé: «La notion de droit commun dans un système de droit mixte: le cas de la province de Québec», dans: *La formation du droit national dans les pays de droit mixte, Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit Civil*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103 aux pp. 107 et 108. Il ajoute toutefois qu'il n'y a pas de droit commun fédéral dans les matières de droit privé fédéral; et que, en conséquence, «l'ensemble de droit civil peut servir toujours comme droit commun, même au niveau fédéral, lorsque des lois fédérales ne l'ont pas déplacé».

⁵³ La décision *Reading and Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources* (1986), 2 F.T.R. 241 à la p. 263, est à cet égard caractéristique en ce qu'elle repousse l'application du droit civil au profit des «common law principles of tort which are presumed

Toute la question, on le voit, réside dans la portée que l'on doit attribuer au fait que les rédacteurs de la loi ont utilisé un modèle conceptuel qui appartient indéniablement à la tradition juridique de common law. Si cela traduisait une intention législative claire de la part du Parlement de substituer la common law au droit civil comme droit supplétif, il faudrait assurément s'incliner devant la volonté du législateur souverain.

Mais on ne peut s'empêcher de remarquer que, comme la common law constitue déjà le droit commun de toutes les provinces canadiennes et des territoires à l'exception du Québec, cette intention législative, que l'on déduit de la façon dont la loi a été conçue et élaborée ou des modèles dont elle s'inspire, n'est susceptible de produire d'effets réels qu'au Québec. Aussi peut-on se demander si, pour réaliser un changement aussi substantiel que le remplacement du droit commun québécois par un autre, il ne faudrait pas que la volonté du législateur soit plus clairement manifestée. On comprend pourquoi l'argument ne convainc pas ces juristes, dont parle Roderick Macdonald, «who believe that provincial law in respect of property and civil rights is residual and cannot be displaced by federal law except explicitly or by *absolutely necessary implication*»⁵⁴.

ii) *Les objectifs du législateur*

Il est vrai qu'en principe, dans un système fédéral comme le nôtre où coexistent deux traditions juridiques en droit privé et où la compétence législative en cette matière appartient aux législatures provinciales, les lois fédérales doivent logiquement pouvoir s'harmoniser avec chacun des deux systèmes⁵⁵. Mais il faut admettre aussi que le Parlement puisse vouloir que ses lois soient appliquées de façon uniforme partout au Canada.

Cette volonté d'uniformité, certains croient la trouver exprimée dans le langage même de la loi ou dans les principes d'interprétation.

Il arrive en effet que la loi soit rédigée en des termes qui n'ont de signification et de résonance que dans l'un des deux systèmes juridiques.

to have been adopted by implication when Parliament enacted this section» (l'article 57 de la Loi sur les brevets). Nos italiques.

On ne peut éviter de mentionner ici que ce type de raisonnement a, autrefois, reçu un certain aval de la part de la Cour suprême ou de quelques-uns de ses juges à propos de l'interprétation non pas de lois fédérales, mais de lois québécoises et de dispositions du Code civil. On pense, en particulier, à des décisions comme *Renaud c. Lamothe* (1902), 32 R.C.S. 357 aux pp. 365 et 366; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, à l'opinion du juge Kellock aux pages 853 et 854. Ce courant jurisprudentiel a toutefois été renversé notamment par le juge Pigeon dans l'arrêt *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472.

⁵⁴ R.A. Macdonald, «Provincial Law and Federal Commercial Law: Is «*Atomic Slipper*» a New Beginning?» (1982) 7 *Banking and Finance Law Review* 437 à la p. 447. Les italiques sont dans le texte.

⁵⁵ J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, *supra* note 46 aux pp. 48-49.

Quoique cette situation se rencontre aujourd'hui moins fréquemment en raison d'une politique de rédaction législative visant à adapter au droit civil la version française des textes de loi⁵⁶, il n'en reste pas moins que les tribunaux y ont parfois vu une intention du législateur d'imposer par là le recours aux concepts de la common law⁵⁷ et un moyen d'exprimer une volonté d'uniformisation du droit canadien dans un domaine donné.

L'argument pourrait avoir un certain poids si ces références à des concepts de common law dans les deux versions de la loi étaient délibérées et non, comme c'est le plus souvent le cas, le résultat de l'insouciance des rédacteurs de la loi.

Il arrive aussi que, dans l'application des principes d'interprétation des textes bilingues, les tribunaux cherchent à donner aux deux versions un sens commun, au motif que les notions qu'on y trouve n'ont pas la même signification en droit civil et en common law⁵⁸.

Ce type de raisonnement, assurément moins fréquent que le précédent, est bien illustré par une décision de la Cour supérieure selon laquelle l'expression «la créance de tout vendeur impayé», employée à l'ancien article 179(1), devenu l'article 428(1), de la *Loi sur les banques*, ne comprenait pas le droit de résolution au profit du vendeur (art. 1543 C.c.B.C.) parce que, dit le juge, «there is not a matching right given to an unpaid vendor in the common law»⁵⁹.

Il y a là, certes, un contresens évident d'interprétation puisqu'il n'existait, entre les deux versions de la loi, aucune contradiction et, partant, aucun besoin de les concilier. Si toutes les lois fédérales devaient être ainsi interprétées, il faudrait exiger de tous les juges canadiens qu'ils soient des comparatistes chevronnés! Aussi, un exercice d'interprétation de ce genre ne peut-il se justifier que si le législateur fédéral est présumé avoir adopté implicitement la common law comme droit de référence, afin d'éviter toute variation entre les provinces dans l'application de ses lois.

⁵⁶ C'est du moins la politique qui semble avoir été suivie par les responsables de la révision des lois du Canada de 1985. Ce n'est pas nécessairement pour autant la politique actuellement suivie par le ministère de la Justice.

⁵⁷ Par exemple, pour la seule *Loi sur les lettres de change*, la jurisprudence en ce sens est citée dans l'étude de J. Leclair, *supra* note 15 aux pages 703 et 704. On lira sur cette question controversée l'ouvrage de R.M. Beaupré, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986 aux pp. 166-176 et ce qu'il écrit au sujet de «la présomption à l'encontre de la modification du système général du droit».

⁵⁸ Il est vrai que l'alinéa 8(2)a), maintenant abrogé, de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. 0-2, pouvait sembler fournir un soutien à pareille interprétation. Cet alinéa se lisait ainsi:

«a) lorsqu'on allègue ou lorsqu'il apparaît que les deux versions du texte législatif n'ont pas le même sens, on tiendra compte de ses deux versions afin de donner, sous toutes réserves prévues par l'alinéa c), le même effet au texte législatif en tout lieu du Canada où l'on veut qu'il s'applique, à moins qu'une intention contraire ne soit explicitement ou implicitement évidente.»

⁵⁹ *Knitrama Fabrics Inc. c. K. & A. Textiles Inc.*, [1984] C.S. 1202 aux pp. 1208 et 1209.

S'il est vrai que celles-ci «s'applique[nt] à l'ensemble du pays», comme le dit l'article 8(1) de la *Loi d'interprétation*⁶⁰, il n'est dit nulle part qu'elles doivent nécessairement s'appliquer de façon uniforme partout et à tous égards. Le contraire n'est-il pas inscrit dans le partage des compétences entre le fédéral et les provinces? Comme le soulignait un auteur à propos justement de cette prétendue uniformité: «If all aspects of the law should be exactly the same across the country why have a federal system?»⁶¹.

iii) *L'autonomie de la loi fédérale*

Enfin, il existe une autre source de dissociation, et c'est l'autonomie que l'on peut reconnaître à certaines lois fédérales ou à certaines dispositions d'une loi fédérale. Mais la dissociation, cette fois, opère non seulement entre le droit fédéral et le droit civil, mais aussi bien entre le droit fédéral et le droit privé de toutes les provinces et des territoires.

Une loi fédérale touchant des questions de droit privé peut en effet être conçue de façon à transcender en quelque sorte les deux traditions juridiques canadiennes. Elle peut être élaborée sur la base de concepts *sui generis* qui ne font appel ni aux notions de la common law ni à celles du droit civil.

La *Loi sur l'arbitrage commercial*⁶² semble être de celles-là, en mettant en oeuvre un concept d'arbitrage original qui n'entretient que très exceptionnellement des liens avec le droit privé provincial. Peut-être en est-il ainsi également d'un certain nombre d'autres lois qui reposent sur des traités ou des conventions internationales qu'elles ont pour objet d'intégrer dans l'ordre juridique interne.

De même, en matière fiscale, des considérations d'égalité des contribuables devant le fisc peuvent amener le législateur à donner à certaines notions de droit privé une acception propre et qui ne coïncide avec le droit d'aucune des provinces.

On peut encore évoquer le type de sûreté dont les banques bénéficient aux termes de l'article 427 de la *Loi sur les banques*. Selon les tribunaux qui ont eu à l'interpréter, cette sûreté ne correspondrait exactement à aucune notion de common law ou de droit civil, les uns la qualifiant de «quasi-chattel-mortgage», les autres de «droit de propriété *sui generis*»⁶³.

Assurément, le Parlement fédéral a le pouvoir de créer, dans ses lois, n'importe quel concept ou n'importe quelle institution juridique qui peut lui

⁶⁰ L.R.C. 1985, c. I-21.

⁶¹ R.A. Macdonald, *supra* note 54 à la p. 451.

⁶² L.R.C. 1985, c. 17 (2e supp.).

⁶³ Sur cette question, voir: R.A. Macdonald, *supra* note 21. Ne peut-on pas en dire autant de la notion d'aliments dont traitent les articles 15 et 17 de la *Loi sur le divorce*, *supra* note 6?

paraître utile pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés; comme il peut définir n'importe quelle notion traditionnelle de common law ou de droit civil de la façon qu'il l'entend et sans égard à sa signification usuelle. En ce faisant, il confère explicitement à sa loi une autonomie véritable par rapport au droit privé des provinces, en raison de la prépondérance de la loi fédérale sur toute règle de droit provinciale incompatible avec elle.

Il semblerait toutefois qu'il faille considérer d'un œil critique quelques décisions de la Cour suprême qui ont conclu à l'autonomie de certaines dispositions de la *Loi sur la faillite*⁶⁴ ou de la *Loi sur les banques*⁶⁵, les qualifiant même de «code complet». À l'examen de décisions subséquentes⁶⁶, ces affirmations paraissent en effet remises en question dans la mesure où la Cour admet l'application possible de règles de droit privé à titre supplétif.

Le nombre de ces lois dont on peut dire qu'elles sont autonomes parce qu'elles excluent explicitement ou par implication nécessaire toute référence au droit provincial n'est donc peut-être pas très considérable.

*

Comme on vient de le voir dans les pages qui précèdent, il existe un courant diffus dans la pensée juridique et dans la pratique judiciaire qui tend à dissocier le droit privé fédéral et le droit civil. Ce courant est surtout présent dans les matières qui touchent plus ou moins directement le droit commercial, telles la faillite, les banques, les lettres de change, les brevets, les corporations et les sociétés commerciales; mais il s'étend occasionnellement aussi à d'autres secteurs du droit privé, tel le divorce. Il est d'ailleurs souvent alimenté par le langage de la législation fédérale quand celui-ci ne reflète qu'une seule des deux traditions juridiques canadiennes, rendant ainsi difficiles les rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral.

Au surplus, quels que soient les principes que l'on invoque pour asseoir des conclusions de dissociation entre le droit civil et le droit fédéral, c'est, en définitive, l'uniformité du droit fédéral que l'on cherche à réaliser sur la base du système de common law⁶⁷.

Cet incessant balancement entre ces deux pôles — complémentarité et dissociation — dont nous venons d'analyser les fondements, on le retrouve dans la jurisprudence de nos tribunaux que nous examinerons maintenant.

⁶⁴ *B.C. c. Henfrey Samson Belair*, [1989] 2 R.C.S. 24.

⁶⁵ *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

⁶⁶ *Banque Nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117; *Banque Nationale du Canada c. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 R.C.S. 1059. Sur toute cette question, voir: R.A. Macdonald, *supra* note 54.

⁶⁷ Cela est d'ailleurs affirmé expressément par la Cour suprême dans ses célèbres décisions touchant le droit maritime: *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683.

II. La complémentarité des droits: l'expérience

Il est sans doute utile de rappeler au départ que la jurisprudence ne révèle jamais qu'une part restreinte de l'effectivité des lois. Tout ce qui, dans l'application de celles-ci, échappe aux tribunaux peut être en effet très vaste et contribuer à déformer, une fois dévoilé, la perception qui aurait d'abord été fondée sur la seule partie contentieuse du phénomène. Aussi faut-il se garder de croire, en abordant ce que la jurisprudence peut nous apprendre des rapports entre le droit fédéral et le droit civil, que la réalité entière du sujet s'y trouve nécessairement exprimée. Il suffit de penser au fait qu'un nombre considérable de lois fédérales de droit privé ne sont que rarement — si elle le sont seulement — interprétées ou appliquées par les tribunaux⁶⁸ (parce qu'elles le sont plutôt par l'Administration, par exemple) pour sentir la nécessité d'éviter de généraliser à partir d'un échantillon somme toute limité⁶⁹. Une fois cette réserve faite, il n'en reste pas moins que, «qu'on le veuille ou non, la pratique judiciaire a, comme tout fait social, une vertu normative»⁷⁰; elle est donc susceptible d'influencer de façon variable, selon le degré d'autorité qu'on y attache, les acteurs impliqués dans le processus d'application des lois.

La plus importante constatation qui s'impose, à la lecture de la jurisprudence rendue au cours des vingt-cinq dernières années, est sans aucun doute que les fondements qui ont été exposés, dans la première partie de cette étude, pour justifier la complémentarité du droit fédéral et du droit civil, font bel et bien partie du «droit vivant»⁷¹, même s'ils sont rarement utilisés de façon explicite. En réalité, on finit même par acquérir la conviction que la complémentarité, dans leur application, du droit fédéral et du droit civil est à ce point tenue pour inscrite dans l'ordre des choses qu'il paraît inutile de la justifier, sauf lorsqu'elle est ouvertement contestée, phénomène qui est à ce jour resté marginal — du moins dans les décisions analysées -, et même si elle soulève parfois des difficultés.

⁶⁸ C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. 1985, c. C-7, qui, bien qu'elle contienne des dispositions de droit privé, n'est que très rarement soumise à l'attention des tribunaux. Mais la législation fédérale contient plusieurs lois de droit privé qui semblent échapper de toute façon à peu près complètement à l'activité judiciaire, du moins au Québec: voir par exemple, la *Loi sur les titres de biens-fonds*, L.R.C. 1985, c. L-5; la *Loi sur le financement des hypothèques grevant des propriétés résidentielles*, L.R.C. 1985, c. R-6 et la *Loi sur les sociétés de fiducie*, L.R.C. 1985, c. T-20.

⁶⁹ Cette étude est fondée sur la jurisprudence rendue par la Cour d'appel du Québec, depuis 1974 (228 décisions), par la Cour fédérale, depuis 1970 (165 décisions), y compris les jugements de cette Cour qui ont été versés dans les banques française (*Arrêts de la Cour fédérale*) et anglaise (*Federal Court Judgments*) mises sur pied par *Quick Law*, et par la Cour suprême du Canada, depuis 1970 (20 décisions).

⁷⁰ F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 1991 à la p. 94.

⁷¹ Selon le mot du juriste autrichien Erlich, cité — et traduit — par F. Zenati, *ibid.* à la p. 76.

Il n'y a bien sûr rien là de surprenant lorsque c'est par l'effet d'une disposition expresse que le droit provincial a été rendu applicable à titre supplétif, étant entendu que, même dans cette hypothèse, c'est la loi fédérale qui doit l'emporter en cas de conflit⁷². Mais l'application spontanée du droit civil est également attestée dans les cas d'application des lois fédérales qui n'y font aucunement référence. On observe alors que la complémentarité du droit fédéral et du droit civil se matérialise dans deux situations types: soit que le Code civil s'applique, à titre complémentaire, parce qu'une loi fédérale se superpose à un rapport de droit privé régi par lui (A), soit qu'il sert à compléter une loi fédérale de droit privé qui ne contient pas tout le droit nécessaire à la réalisation de son objet (B).

A. *Le Code civil s'applique, à titre complémentaire, parce qu'une loi fédérale se superpose à un rapport de droit privé régi par lui*

On peut parler, alors, d'application par ricochet. Dans cette situation de complémentarité, en effet, le Code civil n'est mis à contribution que de manière indirecte, parce qu'il sert de cadre réglementaire à un rapport de droit privé dans lequel une loi fédérale entend s'inscrire. Bien qu'il soit, en ce cas, médiatisé, le rôle du Code n'en est pas moins essentiel: si l'on n'a pas recours à lui pour déterminer les droits et obligations qui découlent d'un rapport de droit privé, l'application de la loi fédérale en cause en sera virtuellement suspendue.

La formule est apparemment complexe, mais vise pourtant une situation courante. Il est impossible, pour prendre un exemple simple, que les dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions*⁷³ portant sur la responsabilité d'une société nouvellement formée vis-à-vis d'un contrat pré-incorporatif⁷⁴ puissent trouver application, si un contrat n'a pas d'abord été conclu conformément au Code civil⁷⁵. Cette situation de complémentarité n'exige même pas, tant elle est courante, que l'on se trouve en face d'une loi fédérale de droit privé (1).

⁷² Pour des exemples en matière de responsabilité civile de l'État fédéral, voir: *Sasseville c. Canada*, [1986] A.C.F. N° 466 (C.F.), p. 5 et *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211 (C.A.). Un tel conflit peut cependant être résolu en faveur du droit provincial, comme l'illustre de façon intéressante l'arrêt rendu dans *Droit de la famille-233*, [1985] C.A. 512 (conflit entre les articles 48 et 88 de la *Loi sur les Indiens*). Sur la question de savoir si le renvoi que fait une loi fédérale au droit provincial doit être considéré comme ouvert ou fermé, voir P.-A. Côté, *supra* note 11; la seule décision qui mérite d'être signalée à cet égard, dans la jurisprudence retenue pour les fins de cette étude, est celle qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849, où l'on a accepté d'appliquer l'article 1056c *C.c.B.C.*, disposition postérieure à l'adoption du renvoi, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* de 1952.

⁷³ L.R.C. 1985, c. C-44.

⁷⁴ *Ibid.* art. 14; ou le même article dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33, et mod., qui a précédé la loi actuelle.

⁷⁵ *Gervais c. Monty*, [1989] R.J.Q. 1452 à la p. 1456 (C.A.) (formalités de ratification par la société jugées insuffisantes).

puisqu'elle se présente pareillement dans l'application des lois fédérales de droit public, les lois pénales comprises (2). Tout exercice de qualification préalable de la loi devient donc, en ce cas, inutile pour justifier l'applicabilité du Code.

1. *Le Code civil et les lois fédérales de droit privé*

Les lois fédérales de droit privé (ou toute partie, ou même une simple disposition d'une loi fédérale qui peuvent être ainsi qualifiées) constituent le terrain par excellence — du moins en principe — où le rôle complémentaire du Code civil trouve à s'exprimer. Si l'on accepte le point de vue selon lequel le droit privé fédéral, globalement envisagé, constitue «en quelque sorte du droit d'exception» par rapport au droit privé des provinces⁷⁶, il est en conséquence naturel que le Code civil soit mis à contribution dans l'application des lois fédérales de droit privé au Québec. L'application du Code par ricochet suppose, cependant, la mise en oeuvre d'une loi fédérale (ou, encore une fois, d'une simple disposition ou partie de cette loi) qui se superpose à un rapport de droit privé pour en tirer des conséquences proprement fédérales.

On peut relever des exemples de cette situation de complémentarité au regard des lois fédérales de droit privé les plus couramment appliquées.

Ainsi, en matière de faillite, la loi⁷⁷ contient-elle plusieurs dispositions qui, pour avoir effet, imposent de recourir au Code civil pour déterminer l'existence même et, le cas échéant, la teneur d'un acte juridique auquel le failli a été partie:

— L'article 95 de la loi, par exemple, qui permet au syndic de faire annuler un paiement préférentiel effectué dans les trois mois précédant la faillite, est inapplicable lorsqu'il y a «inexistence de l'état juridique de créancier-débiteur» entre le failli et un tiers; puisqu'il n'y a pas eu d'acte juridique de conclu au regard du Code civil, il ne peut y avoir annulation au sens de l'article 95⁷⁸.

— Il peut arriver de même que le paiement attaqué, à partir de l'article 95, soit malgré tout opposable au syndic, s'il n'est que l'exécution d'un acte juridique lui-même conclu avant la période visée⁷⁹.

— L'article 81 de la loi, qui permet à une personne de réclamer au syndic des biens qui étaient en la possession du failli au moment de la faillite, impose

⁷⁶ F. Chevette et H. Marx, *supra* note 17 à la p. 639.

⁷⁷ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C. 1992, c. 27.

⁷⁸ *In re Promoteur Inc.: Danyluk c. Franco*, J.E. 82-689 (C.A.); de même, mais pour aboutir à une conclusion contraire quant à l'existence d'un acte juridique, voir: *Franki Canada Ltée c. Kwiat*, J.E. 81-867 (C.A.). Cet article 95 a succédé à l'article 73 de la loi telle que publiée dans les *Statuts révisés du Canada* de 1970.

⁷⁹ *F. Vigneron construction générale: Gingras c. Banque royale du Canada*, [1976] C.A. 367; il s'agissait d'une cession de créances. Pour d'autres exemples d'application du même article et de l'utilité indirecte du Code civil, voir: *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Hoffman*, [1975] C.A. 407 et *In re Paquin: Ford Motor Credit Co. of Canada Ltd. c. Verdier*, [1979] C.A. 165.

aussi, comme l'article 95, que l'on détermine ses droits vis-à-vis du failli au regard du Code civil, pour que le syndic puisse décider du bien-fondé de sa réclamation⁸⁰.

— L'article 136, enfin, s'inscrit dans le même scénario puisque, pour déterminer si un créancier du failli doit être considéré comme un créancier garanti au sens de cet article, il peut être nécessaire d'analyser la nature du rapport de droit privé établi avec le failli⁸¹.

En matière d'intérêt, ensuite, la loi fédérale pertinente⁸² comporte plusieurs dispositions qui, par la force des choses, se superposent à un acte juridique lui-même régi par le Code civil:

— L'article 4 de la loi, par exemple, qui fixe un taux maximal d'intérêt annuel, suppose nécessairement l'existence d'un contrat, qui doit au surplus être «écrit ou imprimé»⁸³.

— Comme l'article 8, qui établit une limite quant à l'intérêt exigible sur des arriérés, ne peut avoir effet que lorsqu'un contrat de prêt hypothécaire a été conclu conformément au Code civil⁸⁴.

En matière de sûretés, enfin, les dispositions de l'article 427 de la *Loi sur les banques*⁸⁵ s'inscrivent elles aussi, à certains égards, dans un acte juridique

⁸⁰ *In re Murray Bay Sports Enr.: Swaig c. Bombardier Ltée*, J.E. 79-600 (C.A.): réclamation acceptée, le contrat en cause constituant une promesse de vente sous condition suspensive; et *In re Roy: Borg-Warner Acceptance Canada Ltd. c. Delwaide*, J.E. 79-722 (C.A.): réclamation acceptée, s'agissant d'une vente avec réserve de propriété jusqu'à parfait paiement du prix. Cet article 81 a succédé à l'article 59 de la loi telle que publiée dans les *Statuts révisés du Canada* de 1970.

⁸¹ *In re Décorations Pierre Langlois Inc.: Guay c. Dallaire*, [1983] C.A. 482; il s'agissait de l'article 107, dans les *Statuts révisés du Canada* de 1970. Pour d'autres exemples de la nécessité de recourir au Code pour déterminer le statut d'un créancier au regard de la *Loi sur la faillite*, voir: *In re Pan-O-Flex: Racine c. Martin*, J.E. 78-1007 (C.A.); et *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*, [1985] C.A. 301 à la p. 302: «La juridiction de la *Loi sur la faillite* s'étend à tout le Canada. Lorsqu'à son article 2 elle définit ce qu'est un créancier garanti, elle s'en rapporte forcément à ce que chacune des législations provinciales édicte sur le sujet et elle respecte toute convention à laquelle un failli a pu consentir et dans laquelle une garantie est créée, à la condition que cette convention soit conforme à la loi de la province où elle est conclue». La jurisprudence rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (L.R.C. 1985, c. C-36) permet de constater que cette loi donne ouverture à l'application indirecte du Code civil de la même manière que la *Loi sur la faillite: Cavendish Shopping Centre Co. c. Bertrand*, [1994] R.D.I. 11 (C.A.); *Jalbec inc c. Steinberg inc.*, [1994] R.L. 325 (C.A.); et *Blanchette Inc. c. Forex Inc.*, [1991] 35 Q.A.C. 130 (C.A.). Le rapprochement est également possible par rapport à la *Loi sur les liquidations* (L.R.C. 1985, c. W-11): *Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] 58 Q.A.C. 211 (C.A.).

⁸² *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15.

⁸³ *Fiducie du Québec c. A. Lecompte & Fils Inc.*, J.E. 88-997 (C.A.).

⁸⁴ *Eiffel Construction (Québec) Ltd. c. Morguard Trust Co.*, J.E. 90-1594 (C.A.) et *Roynat Ltée c. Restaurants La Nouvelle-Orléans Inc.*, [1976] C.A. 557.

⁸⁵ *Loi sur les banques*, L.R.C. 1985, c. B-1.

lui-même réglementé par le droit civil, puisqu'elles visent la constitution d'une garantie au profit d'une banque à l'occasion d'un contrat de prêt⁸⁶.

Il n'est sans doute pas nécessaire de multiplier les exemples: ils sont de toute façon innombrables. Et comment pourrait-il en être autrement, étant donné que les lois fédérales de droit privé ne sont, au regard du droit privé des provinces, que des lois «particulières»? Il est en conséquence inévitable que, dans plusieurs de leurs dispositions, les lois fédérales de droit privé rendent nécessaire l'application du Code civil par ricochet: la *Loi sur le divorce*, la *Loi sur la faillite*, la *Loi sur les lettres de change*⁸⁷ et la *Loi sur l'intérêt*, pour ne mentionner que celles-là, ont toutes pour vocation de se superposer, dans l'une ou plusieurs de leurs dispositions, à un rapport de droit privé d'abord fondé sur le droit civil.

2. *Le Code civil et les lois fédérales de droit public*

Le rapprochement est, au premier abord, surprenant: comment se peut-il qu'une loi fédérale de droit public (entendons toute loi qui ne peut être qualifiée de loi de droit privé) mette en branle, à titre complémentaire, l'application du Code civil? Si c'est la loi fédérale elle-même qui l'impose, la question ne se pose pas: il suffit, alors, de prendre acte de l'intention exprimée⁸⁸. Pour le reste, on est simplement conduit à conclure que le Code civil s'applique pour des raisons identiques à celles qui ont été énoncées plus haut, à propos des lois de droit privé.

Il arrive en effet, et la chose n'est pas rare, qu'une loi fédérale de droit public se superpose à des rapports de droit privé qui sont eux-mêmes régis, au Québec, par le Code civil.

C'est sans conteste la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸⁹ (et la législation fiscale en général) qui en offre l'exemple le plus probant. On serait même tenté de dire que la loi de l'impôt se superpose à des actes juridiques assujettis au droit civil dans la quasi-totalité de ses dispositions, pour en tirer des conséquences justifiées par son objet propre. «Le droit fiscal, [en effet,] est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature des contrats déterminée par le droit civil, la *Loi de l'impôt* intervient, mais seulement, alors, pour imposer des conséquences fiscales à ces contrats. Sans

⁸⁶ Ce contrat de prêt peut avoir été accompagné d'une convention particulière, à laquelle la *Loi sur les banques* se superpose, et qui est elle-même soumise au droit civil: *Syndic de Boutique André Bibeau Inc.*, [1987] R.J.Q. 1694 (C.A.). Sur les rapports entre ces dispositions de la loi et le droit privé des provinces, il faut lire: R.A. Macdonald, *supra* note 54, particulièrement aux pp. 449 et suiv.

⁸⁷ L.R.C. 1985, c. B-4.

⁸⁸ C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, *supra* note 7, comme on l'a vu dans la première partie de cette étude.

⁸⁹ S.C. 1970-71-72, c. 63 et mod.

contrat, sans droit et sans obligation, il ne peut y avoir d'incidence fiscale»⁹⁰. Ainsi s'explique que, pour que la loi puisse s'appliquer, il faille d'abord déterminer, en fonction du Code civil, si l'acte constitue, par exemple, une *donation*⁹¹; une *substitution* ou un *legs*⁹²; une *vente*⁹³; ou, encore, une *cession de créances*⁹⁴. De la même manière, le gain en capital résultant de la vente d'un bien est-il réputé avoir été réalisé par le mari, lorsqu'il y a communauté de biens, parce que le Code civil — mis à contribution par ricochet — lui attribue, à titre d'administrateur de la masse commune, «le droit au produit de la disposition de biens»⁹⁵.

On peut donc retenir que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, loi de droit public par excellence, rend en principe nécessaire de recourir indirectement au droit civil pour avoir effet. Si la loi, par exemple, «ne définit le mot "vente" ni ne lui accorde aucun sens spécial, ce mot doit être envisagé à la lumière des lois de la province de Québec telles qu'elles s'appliquent aux rapports nés de ce contrat»⁹⁶. Et il en va de même pour ce qui regarde le processus d'exécution forcée des créances fiscales de l'État fédéral, qui suppose nécessairement que l'on ait recours au Code civil de manière indirecte pour déterminer les droits respectifs des parties sur des biens saisis⁹⁷.

On pourrait être tenté de croire que cette situation de superposition d'une loi fédérale de droit public à des rapports de droit privé régis par le Code civil est atypique et ne se reproduit guère, une fois la législation fiscale mise à part. Et pourtant, on en trouve suffisamment de manifestations ailleurs pour en accréditer la valeur descriptive, bien qu'il soit impossible de prétendre ici à l'exhaustivité.

⁹⁰ *R. c. Lagueux & Frères Inc.*, [1974] 2 C.F. 97 à la p. 103 (C.F.); dans le même sens: *Perron c. Minister of National Revenue* (1960), 25 Tax A.B.C. 166 aux pp. 170-171.

⁹¹ *Gauthier c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 331 à la p. 334 (C.F.); comme il peut être nécessaire d'établir à quel moment la donation a produit ses effets: *Furfaro-Siconolfi c. Canada*, [1990] 2 C.F. 3 aux pp. 10 et 16 (C.F.).

⁹² *La succession de Paul Dontigny c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 418 (C.F.).

⁹³ *Perrault c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 339 à la p. 345 (C.F.).

⁹⁴ *R. c. Pollock Sokoloff Holdings Corp.*, [1974] 2 C.F. 169 aux pp. 179-180 (C.F.).

⁹⁵ *Dumais c. Ministre du Revenu national*, [1990] 1 C.F. 709 (C.F.), solution retenue par la Cour suprême dans le célèbre arrêt *Sura c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 65. Pour d'autres exemples en matière matrimoniale, voir: *Béique c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 618 (C.F.) (prise d'effet d'un changement de régime matrimonial); et *Garant c. Canada*, [1985] 1 C.T.C. 153 (C.F.) (caractère déclaratif ou translatif de propriété de l'acte de partage d'une communauté).

⁹⁶ *Olympia and York Developments Ltd. c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 691 à la p. 697 (C.F.); voir aussi *Vaillancourt c. Canada*, [1991] 3 C.F. 663 aux pp. 675-676 (C.A.), où la définition du mot «biens» par la loi est jugée «assez vaste» pour comprendre la propriété indivise au sens du Code civil, étant admis que la loi peut avoir dérogé, jusqu'à le mettre en échec, au droit commun normalement applicable.

⁹⁷ Mais c'est d'abord, en cette matière comme dans tous les cas d'exécution forcée, par l'effet de l'article 56 de la *Loi sur la Cour fédérale* (L.R.C. 1985, c. F-7) que le Code s'applique.

On la voit se reproduire, par exemple, dans l'application du *Code criminel*⁹⁸, en matière d'infractions contre la propriété ou contre la personne:

— Il peut être nécessaire, en fonction de l'article 328 du Code, de déterminer s'il y a eu mandat ou, à tout le moins, gestion d'affaires au sens du *Code civil* pour établir l'existence d'un «intérêt spécial» dans les biens volés⁹⁹.

— De même n'est-il possible d'ordonner le paiement d'une indemnité à la victime d'un acte criminel, sur la base de l'article 725 du Code, que lorsque «le juge qui impose la peine est d'opinion que les moyens que l'accusé veut faire valoir contre l'action civile [à laquelle il est par ailleurs partie] sont frivoles ou manifestement mal fondés»¹⁰⁰.

— Enfin, un accident d'automobile causé par une personne en état d'ébriété — fait juridique de droit privé — ne peut donner lieu à une ordonnance de remboursement en vertu du *Code criminel*, parce que la *Loi sur l'assurance automobile* indemnise automatiquement la victime ou ses ayants cause¹⁰¹.

Et l'on voit encore des manifestations de cette situation de complémentarité dans l'application d'autres lois, que l'on est tenté de qualifier aussi de lois de droit public, l'exercice de qualification comportant toujours, il faut bien l'admettre, une part de flou¹⁰².

De toute manière, comme nous l'avons signalé au départ, la qualification de la loi fédérale en cause importe peu et l'on ne doit donc pas s'inquiéter des difficultés que peut soulever l'exercice: il suffit qu'une loi fédérale, de quelque «allégeance» qu'elle soit, se superpose, au Québec, à un rapport de droit privé pour que le recours au droit civil par ricochet soit rendu nécessaire. La distinction qui a été faite ici entre les situations où ce sont tantôt des lois fédérales de droit privé, tantôt des lois fédérales de droit public qui sont en cause n'a donc pas de vertus explicatives particulières: elle sert simplement à montrer que la législation fédérale, y compris celle qui paraît au premier abord éloignée de notre propos, est objectivement inscrite, au Québec, dans un rapport de dépendance vis-à-vis du droit civil, lorsqu'elle se superpose à un rapport de droit privé.

⁹⁸ L.R.C. 1985, c. C-46.

⁹⁹ *Rodrigue c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 14 à la p. 16 (C.A.).

¹⁰⁰ *R. c. Ouellette*, [1992] 46 Q.A.C. 138 à la p. 140 (C.A.). Pour un autre exemple en matière d'infractions contre la propriété, voir: *Martin c. La Reine*, [1992] 49 Q.A.C. 13 (C.A.).

¹⁰¹ *R. c. Sigouin*, [1994] R.J.Q. 1249 (C.A.).

¹⁰² Voir, par exemple, pour la *Loi sur la monnaie et les changes*: *Bellier c. Éditions techniques*, [1984] C.A. 622; et, pour la *Loi sur l'expropriation*: *Comparaît: La Reine*, [1979] 2 C.F. 568 à la p. 569 (C.A.) et *Wong Wing Food Products Co. c. La Reine*, [1976] 2 C.F. 252 à la p. 260 (C.F.).

B. *Le Code civil s'applique, à titre complémentaire, parce qu'une loi fédérale de droit privé ne contient pas tout le droit nécessaire à la réalisation de son objet*

La question de la qualification n'est cependant plus indifférente lorsque, s'agissant d'une loi fédérale incomplète, il faut identifier le droit qui va servir à titre complémentaire de système de référence. On ne peut sans doute pas affirmer dans cette hypothèse, comme on l'a fait pour le droit anglais, que «constater qu'une loi [...] appartient au droit public ne signifie normalement rien sur le plan pratique»¹⁰³. Au contraire, la qualification de la loi (ou, encore une fois, d'une simple partie ou disposition d'une loi) est ici primordiale, pour la raison — chose généralement admise — qu'il n'existe pas de droit commun fédéral¹⁰⁴, d'une part, et, d'autre part, qu'il y a coexistence au Québec de deux traditions juridiques différentes.

S'agit-il d'une loi fédérale de droit public qui est incomplète, l'identification du système de référence qui devra être utilisé à titre supplétif ne soulève guère de difficultés: où que l'on se trouve au Canada, c'est la common law «provinciale», sauf texte contraire, qu'il faudra mettre à contribution¹⁰⁵. Mais, en face d'une loi fédérale de droit privé, le droit qu'il faut utiliser à titre supplétif est susceptible de varier selon que l'on se trouve au Québec ou ailleurs, sans compter que, en raison du partage des compétences en matière de droit privé, le droit privé provincial est par ailleurs susceptible d'être différent d'une province à l'autre. Ce n'est que vis-à-vis d'une loi fédérale de droit privé que le Code civil a donc vocation à s'appliquer, à titre complémentaire, pour combler les lacunes de cette loi.

Il faut rappeler à nouveau, en abordant cette deuxième situation de complémentarité, ce qui a été dit à propos de la première: que les lois fédérales de droit privé constituant en quelque sorte des lois particulières par rapport au droit privé des provinces, qui énoncent les généralités de la matière, il peut arriver — et il arrive en fait fréquemment, par la force des choses — qu'une loi fédérale rende nécessaire de recourir, au Québec, au Code civil. Mais il ne s'agit plus cette fois d'application indirecte ou par ricochet: si le Code est mis à contribution, ici, c'est de façon immédiate, pour lui-même, comme s'il venait s'insérer dans la loi fédérale lacunaire. Cette complémentarité immédiate est susceptible de jouer lorsque la compatibilité des deux versions linguistiques d'une loi fédérale n'est pas en cause (1.), comme lorsque leur incompatibilité doit être résolue (2.).

¹⁰³ J.A. Jolowicz, «Vue générale du droit anglais», dans J.A. Jolowicz (dir.), *Droit anglais*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1992 à la p. 57.

¹⁰⁴ Voir les autorités citées à la note 46.

¹⁰⁵ Le *Code criminel*, par exemple, l'affirme d'ailleurs expressément, dans son article 8. Le droit applicable à titre supplétif, en droit public, est susceptible de varier d'une province à l'autre, particulièrement en ce qui regarde le Québec par rapport au reste du pays, puisque certaines prérogatives ou immunités de l'État y sont énoncées ou restreintes par le Code civil.

1. *L'applicabilité du Code civil lorsque la compatibilité des deux versions linguistiques de la loi n'est pas en cause*

Les lois fédérales de droit privé sont, par essence, lacunaires. N'étant destinées à régir que des parties d'un tout qui relève, pour le reste, de la compétence des provinces, elles imposent donc de mettre le Code civil à contribution, en cas de silence. La situation d'incomplétude la plus fréquente, au regard de la jurisprudence, est celle où, en raison d'une omission volontaire ou non, et sans que la compatibilité des deux versions linguistiques de la loi ne soit en cause, une loi fédérale de droit privé ne comporte pas toutes les règles nécessaires à la réalisation de son objet. Les exemples en sont à la fois variés et nombreux et l'on peut les regrouper, bien que la distinction soit d'application délicate, en deux catégories: il y a d'abord des cas où le Code civil est mis à contribution à titre utilitaire (a), puis d'autres où il est invoqué à titre substantiel (b).

a) *L'application du Code civil à titre utilitaire*

On peut ranger sous cette rubrique toutes les situations qui touchent à l'exercice d'un droit d'action ou s'y rattachent de manière accessoire. Soit que l'omission ait été involontaire, soit que l'on ait recherché, en s'abstenant, à favoriser l'harmonie du droit fédéral et du droit civil, dans un cas comme dans l'autre le résultat est le même: la loi fédérale incomplète devra être appliquée, dans la seule mesure mais dans toute la mesure de son incomplétude, comme si elle était une loi provinciale. Lorsqu'une loi fédérale de droit privé comporte une lacune, donc, le justiciable du Québec est placé dans une situation identique, vis-à-vis de cette loi, à celle dans laquelle il se trouve lorsque sa situation juridique est régie par le Code civil.

La complémentarité immédiate du Code est facilement admise, par exemple — et sans doute est-ce à cause du caractère apparemment inoffensif de la matière —, lorsqu'il s'agit d'identifier un délai de prescription. La jurisprudence en offre de nombreux exemples, ce qui s'explique en partie par le fait que la *Loi sur la Cour fédérale* fait expressément référence en la matière au droit provincial¹⁰⁶. Mais en cas de silence d'une loi fédérale qui ne profite pas du renvoi de cette loi, le principe est presque toujours appliqué sans discussion¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 39; voir, par exemple, *Leesona Corp. c. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 2; *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1993] 2 C.F. 515 (C.F.); et *De Jong P.Z. c. Falcon Maritime Management S.A.*, [1989] 2 C.F. 63 (C.F.).

¹⁰⁷ Voir cependant, en matière d'assurance-chômage, *Brière c. Canada*, [1989] 3 C.F. 88 (C.A.) à la p. 110, où l'on a jugé que «[l]es dispositions pertinentes de la Loi constitu[ai]ent en elles-mêmes un code complet qui, lorsque la Commission s'en prévaut, régit l'établissement et le recouvrement de ses créances à l'exclusion des règles du droit commun».

C'est le cas en matière de faillite, par exemple, où le recours en annulation qu'intente le syndic sur la base de la loi est notoirement assujéti aux délais de prescription du Code civil¹⁰⁸. Mais l'application immédiate est aussi facilement acceptée lorsque, la loi fédérale prévoyant un délai de prescription, se pose la question de savoir si la prescription a été interrompue¹⁰⁹.

Font aussi partie des situations où le Code s'applique à titre utilitaire celles où il s'agit, à l'occasion d'une action en justice fondée sur une loi fédérale, de déterminer s'il y a eu transaction¹¹⁰. On serait tenté de classer ici, également, les décisions qui ont admis l'applicabilité des dispositions du Code portant sur l'intérêt prescrit en cas d'action en responsabilité extracontractuelle¹¹¹, comme celles qui ont fait jouer les dispositions de l'article 1078.1 C.c.B.C.¹¹². Et de même en est-il, enfin, lorsque l'on accepte de dire qu'une pension alimentaire accordée par jugement de divorce est sujéti à indexation sur la base du Code civil¹¹³.

¹⁰⁸ *Gingras c. General Motor Products of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 426; *The Employer's Liability Assurance Corp. c. Ideal Petroleum (1959) Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 230; *Ferme brune des Alpes inc. c. Trotter*, [1992] R.D.J. 417 (C.A.); et, à propos d'une question d'interruption de la prescription qui ne découle cependant pas de l'exercice d'un recours en annulation: *Banque royale du Canada c. Bernier*, [1990] R.J.Q. 991 à la p. 996 (C.A.). Une loi, on le constate, qui tantôt rend nécessaire l'application du Code par ricochet parce qu'elle se superpose à un rapport de droit privé, peut imposer en même temps d'avoir recours à lui de manière immédiate parce qu'elle est incomplète: l'article 95 de la *Loi sur la faillite* en offre une illustration intéressante. Pour un autre exemple de la complémentarité des droits en la matière, voir: *Doyle c. Sparling*, [1992] R.J.Q. 11 à la p. 35 (C.A.); le «recours pour oppression» fondé sur l'article 234 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* se prescrit par cinq ans, en application de l'art. 2260, par. 4 C.c.B.C.

¹⁰⁹ Voir, par exemple, *Tourigny Estate c. Canada*, [1982] F.C.J. N° 1101, p. 25 (C.F.), en matière d'expropriation.

¹¹⁰ *Droit de la famille-785*, [1990] R.L. 58 (C.A.), en matière de divorce; *Canada c. Banque nationale du Canada*, [1991] 47 F.T.R. 63 (C.F.), en matière d'accise; et *N.Y. Navigation Shipping Co. c. Mitsui & Co.*, [1985] A.C.F. N° 216 (C.F.), en matière de transport maritime.

¹¹¹ *Prudential Assurance Co. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 293 à la p. 312 (C.A.): «Étant donné que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient aucune disposition au sujet du taux de l'intérêt avant jugement, il faut recourir à la loi provinciale. Le *Code civil du Bas-Canada* [...] prévoit ceci, à l'article 1056c [...]; dans le même sens: *Roblin Textiles Inc. c. Canada* (1991), 45 F.T.R. 276 à la p. 283 (C.F., 1991); *De Tervagne c. Ville de Beioeil* (1993), 63 F.T.R. 247 (C.F.); et *Standal Estate c. Swecan-International Ltd.* (1989), 27 F.T.R. 15 (C.F.).

¹¹² *Banque nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117; et *R. c. Bonaventura* (1992), 46 C.L.R. 132 (C.F., 1990).

¹¹³ *Droit de la famille-959*, [1991] R.J.Q. 581 à la p. 587 (C.A.): «on peut [donc] appliquer l'article 638 [C.c.Q. [1980]] et la *Loi sur le divorce* concurremment ou de façon complémentaire»; *Droit de la famille-646*, [1989] R.J.Q. 1104 à la p. 1111 (C.A.); et *Laflamme c. Levallée*, [1981] C.A. 396.

Dans tous ces cas, comme dans n'importe quelle situation du genre, la politique législative exprimée par une loi fédérale de droit privé n'est normalement ni mise en cause, ni perturbée. La complémentarité des droits est acceptée parce qu'en réalité, le droit qui est utilisé à titre supplétif ne fait qu'ajouter aux modalités de mise en oeuvre de la législation fédérale. Et il paraît indifférent au Parlement fédéral que ces modalités supplémentaires puissent varier d'un droit supplétif à l'autre, puisqu'il n'a rien fait pour uniformiser le droit.

Mais il arrive aussi, et la question est plus délicate, comme l'expérience judiciaire le révèle, qu'une loi fédérale de droit privé requière d'être nourrie, dans ses principes, par un système complémentaire. Le Code civil est alors mis à contribution, au Québec, à titre substantiel.

b) *L'application du Code civil à titre substantiel*

Dans cette catégorie de situations, c'est la complémentarité des principes énoncés par les deux ordres de législation qui est en cause, mais toujours pour les raisons qui ont été avancées plus haut: la loi fédérale de droit privé n'ayant pas tout dit — et il peut arriver qu'elle se taise à cause de contraintes constitutionnelles —, il est nécessaire d'y suppléer par le recours au Code civil. Le rapprochement des droits, dans cette hypothèse, peut cependant n'être pas aussi spontané que lorsqu'il s'agit d'ajouter aux modalités de mise en oeuvre de la loi fédérale: pour que la complémentarité joue sur le plan du fond, en effet, il est essentiel que l'objectif poursuivi par un législateur coïncide avec celui poursuivi par l'autre ou, à tout le moins, qu'ils ne soient pas incompatibles. S'il y a incompatibilité, il faut sans doute y voir le signe d'une autonomie possible de la loi fédérale par rapport au droit commun normalement applicable¹¹⁴; sinon, le principe de la complémentarité est susceptible de recevoir une pleine et entière application.

Ainsi s'explique que l'on ait accepté de dire, en matière de divorce, c'est-à-dire là où le Parlement détient pourtant une compétence exclusive, que l'application complémentaire du Code civil est acceptable quand les finalités poursuivies par la *Loi sur le divorce* ne sont pas contrecarrées: le seul fait que la loi permette d'ordonner aux parents de verser des aliments à leurs enfants, par exemple, n'empêche pas que d'autres ascendants, si les moyens des parents ne suffisent plus, soient mis à contribution par le jeu de l'obligation alimentaire du Code civil¹¹⁵.

¹¹⁴ Voir *Re Reed: Sous-ministre du Revenu du Québec c. Franco* (1984), 49 C.B.R. 21 (C.A.); *Canassurance cie d'assurance-vie inc. c. Canada* (1992), 48 F.T.R. 22 aux pp. 32-33 (C.F., 1991); et *Sénécal c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 169 (C.F.).

¹¹⁵ *Droit de la famille-211*, [1985] C.A. 332; pour d'autres exemples du même genre en application de cette loi: *Droit de la famille-1921*, [1994] R.J.Q. 303 (C.A.), survie de

Pour que le Code civil soit mis à contribution à titre substantiel, donc, il faut que les deux droits soient en harmonie sur le plan du fond ou qu'ils ne soient pas contradictoires. De la nécessité de cette prémisse, la jurisprudence nous offre assurément des exemples, que l'on peut regrouper autour de deux propositions.

On observe d'abord que des principes énoncés par le droit civil sont utilisés, à des fins d'interprétation, parce qu'ils sont perçus comme sous-tendant la législation fédérale: ainsi est-il possible de tirer parti, par exemple, du fait que le Code énonce expressément que les décisions qui concernent l'enfant doivent être prises «dans son intérêt», lorsqu'il s'agit de décider, en matière de divorce, de l'attribution de la garde¹¹⁶. Et l'on constate, ensuite, que lorsqu'une loi fédérale donne ouverture à un recours civil, le Code civil peut être utilisé, à titre complémentaire, pour tout ce que cette loi n'a pas prévu, dans la mesure où il n'y a pas incompatibilité, le régime de la responsabilité civile étant celui qui est le plus fréquemment mis à contribution¹¹⁷.

Autant ces exemples sont importants, parce qu'ils prouvent que, quant au fond, le droit fédéral et le droit civil ne peuvent se passer l'un de l'autre, autant, pourrait-on dire, ils ne nous apprennent somme toute qu'assez peu de choses. À partir du moment, en effet, où l'on admet qu'il ne peut y avoir complémentarité immédiate, sur le plan substantiel, que lorsque les deux droits sont en harmonie, il est prévisible que les rapports que ces deux droits vont établir dans leur application simultanée seront, le plus souvent, sans histoire, sinon silencieux.

Il est par exemple inutile, pour reprendre une situation qui vient d'être évoquée, d'avoir recours au Code civil pour trouver le principe fondamental d'une décision à rendre en matière de garde d'enfant, après divorce. Soit que le principe sera tenu par le juge pour inscrit dans l'ordre des choses, soit qu'il apparaîtra à la seule lecture de la loi fédérale qui ne l'énonce pourtant

l'obligation alimentaire au décès du débiteur divorcé; *Droit de la famille*-988, J.E. 91-788 (C.A.), la radiation d'une déclaration de résidence familiale sur la base du Code civil ne peut être obtenue que lorsque le jugement de divorce est devenu final.

¹¹⁶ *Droit de la famille*-955, [1991] R.J.Q. 599 à la p. 606 (C.A.); voir aussi, entre autres: *Comité pour la république du Canada c. Canada*, [1987] 2 C.F. 68 (C.A.), attributs du droit de propriété et contrôle de l'accès à un aéroport; *Re Roy: Borg-Warner Acceptance Canada Ltd. c. Delwaide* (1979), 31 C.B.R. 294 (C.A.): qualification d'un bien au regard du Code civil et transposition dans la *Loi sur la faillite*.

¹¹⁷ Voir, entre autres, *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix*, [1990] 2 R.C.S. 440, en matière de coalitions; *Via Rail Canada inc. c. Location Via-Route inc.*, [1992] R.J.Q. 2109 à la p. 2121 (C.A.), en matière de marques de commerce; et *Syndic de Arctic Gardens*, [1990] R.J.Q. 6 à la p. 11 (C.A.), en matière de faillite. Il est également admis que la violation d'une obligation légale imposée par une loi fédérale peut constituer un fait générateur de responsabilité au sens du Code civil, ce qui constitue encore un exemple de complémentarité du droit fédéral et du droit civil: *Banque nationale du Canada c. Couture*, [1991] R.J.Q. 913 (C.A.) et *Syndicat des postiers du Canada c. Santana Inc.*, [1978] C.A. 114.

pas expressément, dans un cas comme dans l'autre la décision pourra tendre au même résultat que si l'on avait eu recours au Code.

De même, lorsqu'une loi fédérale donne ouverture à un recours civil sans le réglementer, comme à l'action en responsabilité par exemple, et qu'il faut recourir au droit civil pour connaître le régime juridique applicable, le jeu de la complémentarité reste-t-il superficiel, puisque l'interaction des droits est alors réduite à sa plus simple expression.

Dans l'une ou l'autre de ces situations de complémentarité, l'expérience judiciaire a donc surtout valeur statistique: il y a bel et bien des cas où le droit fédéral et le droit civil sont liés par le fond, et il est au surplus plausible de croire qu'ils sont nombreux, bien qu'ils ne soient pas nécessairement manifestes à la lecture des jugements. En cette matière comme pour ce qui regarde les fondements mêmes de la complémentarité des droits, ainsi qu'on l'a vu dans la première partie de cette étude, les justifications de la complémentarité ne sont en effet que rarement explicitées.

Et pourquoi faudrait-il se donner la peine de cette explicitation? Dans la première situation, le recours au Code civil est bien souvent inutile, parce que, sur le fond, il y a redondance d'un droit à l'autre, sans doute parce qu'il y a entre eux harmonie de valeurs; dans la deuxième, celle où la loi fédérale donne ouverture à un recours civil, il s'agit, à toutes fins utiles, dans la loi fédérale en cause, d'un simple renvoi déguisé au droit commun normalement applicable. On est ainsi conduit à penser que ce n'est pas en pareil contexte que la raison d'être ou la résistance des fondements de la complémentarité des droits sont véritablement mis à l'épreuve, et que c'est plutôt à travers le pathologique que l'on peut comprendre le normal.

Ce qui a été dit jusqu'à maintenant des rapports entre le droit fédéral et le droit civil, tels que la jurisprudence nous les fait découvrir, tend en effet à faire croire que tout va pour le mieux, dans le meilleur des mondes possibles: une loi fédérale se superpose-t-elle à un rapport de droit privé, le Code civil est alors mis à contribution par ricochet; de même l'est-il de manière immédiate, lorsqu'une loi fédérale de droit privé est incomplète.

En réalité, il arrive que, dans cette dernière situation, lorsque la substance d'une loi fédérale doit être alimentée par un système de référence, des divergences de vue se fassent jour quant au choix du système applicable. Et c'est alors, surtout, que l'à-propos et la vigueur des fondements de la complémentarité sont directement mis en question.

On émet en effet parfois l'opinion que la complémentarité du droit fédéral et du droit civil est contestable, parce que l'application de la common law, à titre supplétif, est jugée plus appropriée. Il est difficile de prendre la mesure exacte du phénomène, parce qu'il est susceptible de déborder largement la documentation analysée¹¹⁸. Mais il reste possible

¹¹⁸ Cette attitude est peut-être davantage le fait, par exemple, des tribunaux siégeant à juge unique.

d'affirmer, à partir de l'échantillon étudié, que ce point de vue est somme toute marginal. S'il faut s'y arrêter, c'est sans doute parce qu'il met en cause la perception que l'on peut avoir, au Canada, du fédéralisme en matière de droit privé.

Contre la position généralement admise, selon laquelle la complémentarité du droit privé provincial vis-à-vis des lois fédérales de droit privé est acceptée sauf texte contraire¹¹⁹, on avance parfois l'idée que la législation fédérale devrait être appliquée, par souci d'uniformité, de la même manière partout. Ainsi s'explique l'opinion selon laquelle il faut admettre l'existence d'«un concept de déraisonnabilité [...] sous-jacent dans toute la *Loi sur le divorce* et son application» si l'on veut éviter de «traiter différemment les divorcés qui sont originaires des provinces de *common law* par rapport à ceux qui viennent du Québec», où le droit civil ne contient pas de notion équivalente¹²⁰. De même est-ce sans doute pour des motifs d'uniformité que l'on a proposé, pour interpréter l'expression «*any person*» utilisée à l'article 57 de la *Loi sur les brevets*, d'avoir recours «not to the law of the province where the infringement took place but rather to common law principles of tort which are presumed to have been adopted by implication when Parliament enacted this section»¹²¹. Et c'est encore pour la même raison que l'on juge parfois opportun de donner à la *Loi de l'impôt sur le revenu* une interprétation dérogatoire au droit civil, justifiée par la *common law*, pour éviter que la portée de la loi ne soit étendue, à l'occasion d'«un litige dans la province de Québec, au-delà de ce qu'il en serait dans une autre province»¹²².

Ces illustrations ponctuelles sont trop peu nombreuses pour former système: mais, toutes, elles tendent à alimenter l'opinion diffuse selon laquelle il existe une inadéquation — de langage ou de substance, cela revient souvent au même — entre le droit fédéral et le droit civil, qui justifie de les dissocier, plutôt que d'accepter leur complémentarité, même si elle peut être parfois difficile à établir. La logique habituelle qui préside au partage des compétences en droit privé est en quelque sorte, dans cette

¹¹⁹ R. Jukier et R.A. Macdonald, *supra* note 13 à la p. 403.

¹²⁰ *Droit de la famille-608*, [1989] R.J.Q. 522 à la p. 528 (C.A.); mais voir, pour une opinion contraire sur ce point, les motifs du juge Frenette aux pp. 533-534.

¹²¹ *Reading and Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources*, [1986] F.C.J. N° 185, p. 64 (C.F.).

¹²² *Gervais c. Minister of National Revenue*, [1984] F.C.J. N° 1040, p. 17 (C.F.). Il est plausible de croire qu'en cette matière, un impératif sous-jacent d'égalité devant les charges fiscales favorise une interprétation uniforme de la législation à travers le pays. Pour d'autres exemples que l'on peut expliquer par une volonté implicite d'uniformité du droit, voir: *Gagné c. Canada*, [1992] F.C.J. N° 306, p. 70-75 (C.F.), opportunité d'accorder des dommages «exemplaires et punitifs» en cas de congédiement illégal; et *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ashby*, [1976] C.A. 594 et *Chemins de fer nationaux c. Vincent*, [1975] C.A. 761, application de la doctrine des «circonstances exceptionnelles ou spéciales» en matière de responsabilité civile d'un transporteur ferroviaire.

vision des choses, renversée: le droit privé des provinces n'est plus tenu pour le droit fondamental des lois fédérales, puisque celles-ci s'autosuffisent en générant une common law qui leur est propre. Que ce soit au nom de l'uniformité d'application des lois fédérales, de leur source d'inspiration — qui est souvent la common law — ou du fait qu'une loi donnée constitue un «code complet»¹²³, dans tous les cas le résultat est le même: la législation fédérale de droit privé n'a plus à être modulée, dans son application, en fonction des particularités du droit d'une province. Or, comme on l'a à juste titre fait observer, en parlant du droit privé, «if all aspects of the law should be exactly the same across the country why have a federal system?»¹²⁴.

L'influence de cette opinion, qui prône l'autonomie des lois fédérales, ne doit cependant pas être exagérée: car, pour une décision qui plaide la dissociation du droit fédéral et du droit civil, combien d'autres où leur complémentarité de principe est affirmée, en excluant la common law¹²⁵.

2. *L'applicabilité du Code civil lorsque l'incompatibilité des deux versions linguistiques de la loi doit être résolue*¹²⁶

Cette deuxième situation, où le Code civil peut être mis à contribution de manière immédiate, est sans doute la plus complexe de toutes celles qui ont été décrites jusqu'à maintenant. Cette complexité découle d'abord du fait, sans doute, qu'une législation bilingue, elle-même rédigée à partir du droit civil et de la common law, est appelée à entrer en relation avec deux traditions juridiques différentes. Mais, serait-on tenté d'ajouter, elle tient aussi plus simplement au fait qu'il est difficile de définir ce qu'il faut entendre par le terme «incompatibilité». Dans une certaine vision des choses, on pourrait affirmer que l'incompatibilité entre le texte anglais et le texte français des lois fédérales est, en principe, complète et permanente,

¹²³ *Panagopoulos c. Canada*, [1990] A.C.F. N° 234, p. 11 (C.F.); et *Brière c. Canada*, [1989] 3 C.F. 88 à la p. 110 (C.A.).

¹²⁴ R.A. Macdonald, *supra* note 54 à la p. 451.

¹²⁵ *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.): cette décision, qui admet expressément le rôle complémentaire du droit civil par rapport au droit fédéral des sociétés par actions, a été accueillie comme amorçant «peut-être un redressement de la situation» traditionnelle en la matière, marquée par l'influence de la common law: M. Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 C. de D. 1021 à la p. 1031, à la note 41. Voir par ailleurs *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*, [1985] C.A. 301; *Robitaille c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 90 à la p. 94 (C.F.); *Olympia and York Developments Ltd. c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 691 à la p. 702 (C.F.); *Central Factors Corp. Ltd. c. Imasa*, J.E. 79-318 (C.A.) et *R. c. Lagueux & Frères Inc.*, [1974] 2 C.F. 97 (C.F.).

¹²⁶ Cette question est développée plus longuement par A. Morel dans son rapport sur *La révision des lois fédérales à la lumière du Code civil du Québec*, présenté au Ministère de la Justice du Canada en mars 1995.

à partir du moment où l'on admet qu'il existe «une certaine relation de dépendance — voire d'interdépendance — entre les idées juridiques et la langue qu'on utilise pour les traduire»¹²⁷.

En réalité, l'expérience révèle qu'il y a incompatibilité dans l'une ou l'autre des trois situations suivantes:

— Lorsque les deux versions linguistiques d'une loi fédérale utilisent chacune un terme qui n'a pas la même teneur juridique en droit civil et en *common law*: c'est le cas, par exemple, dans l'emploi simultané des expressions «cas fortuit ou force majeure» et «*act of God*»¹²⁸.

— Lorsque, en dépit d'une apparente harmonie de langage, un terme employé dans les deux versions de la loi n'a aucune consistance juridique, du moins sous cette appellation, dans l'un ou l'autre système: pensons, par exemple, au terme «*special damages*» que l'on traduit littéralement par «dommages-intérêts spéciaux»¹²⁹.

— Lorsque, enfin, et cette situation n'est pas très éloignée de la précédente, le texte anglais d'une loi fédérale utilise un terme dont la traduction française ne rend pas impossible de recourir au droit civil pour en fixer le sens: on pense ici, par exemple, à la notion de «*settlement*» employée dans la *Loi sur la faillite*, qui est «inconnue du droit civil»¹³⁰ et qui est tant bien que mal traduite par l'expression «disposition de biens»¹³¹.

Dans ces trois situations, la question se pose de savoir comment concilier des textes juridiques divergents, quand il s'agit d'appliquer la loi fédérale de droit privé qui les contient au Québec. Si l'on s'en remet aux règles habituelles d'interprétation, on retiendra sans doute, à partir de l'intention du législateur, la version linguistique qui l'exprime le mieux, en concluant que le texte rédigé dans l'autre langue est présumé avoir le même sens. On pourra encore, et toujours en se fondant sur l'intention présumée

¹²⁷ N. Kasirer, «Dire ou définir le droit» (1994) 28 R.J.T. 141 à la p. 143.

¹²⁸ *Gulf Oil Canada Ltd. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1979] C.S. 72; voir, sur ce point, R.M. Beaupré, *supra* note 57 aux pp. 164-166. Constituent également des exemples d'une incompatibilité du même genre les expressions suivantes: conjointement et solidairement/ *jointly and severally*, créance du vendeur impayé/*claim of the unpaid vendor* et contrat/*contract*.

¹²⁹ *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, *supra* note 7, art. 31(3).

¹³⁰ Comme le constate A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992 à la p. 70. Cette situation d'incompatibilité est courante, compte tenu des pratiques qui ont traditionnellement prévalu dans la rédaction des lois fédérales. Lorsqu'il est confronté à une incompatibilité de ce genre, l'interprète devrait déterminer d'abord le sens d'une notion ou d'un terme au regard de la *common law*, pour le transposer, *mutatis mutandis*, «dans l'autre système juridique»: c'est la solution proposée, mais qui n'a pas toujours été retenue en pratique, par R.M. Beaupré, *supra* note 57 à la p. 166.

¹³¹ Voir, par exemple, *Syndic de Cogemar Management Ltd.*, [1989] R.J.Q. 2266 aux pp. 2282-2283 (C.A.) et *Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 à la p. 1758 (C.A.).

du législateur, chercher à identifier un sens commun minimal, que deux notions de contenu inégal peuvent supporter¹³². Mais, quelle que soit la démarche retenue, il paraît difficile d'imaginer que, quand il s'agit d'appliquer la loi en cause au Québec, on puisse ne pas faire intervenir le droit civil de manière immédiate, sur le plan du fond, pour favoriser l'harmonie des droits.

Aussi est-on conduit à penser que toute démarche d'interprétation qui vise à concilier les deux versions linguistiques d'une loi fédérale risque d'être inappropriée, si elle s'inscrit exclusivement dans la logique interne de la loi. On peut même se demander s'il est seulement possible de résoudre un problème d'incompatibilité en se plaçant exclusivement à l'intérieur de la loi, et s'il n'est pas toujours nécessaire, ne serait-ce qu'implicitement, de faire intervenir un système de référence à titre complémentaire, lorsqu'une notion n'a pas été définie par la loi fédérale elle-même. Il faut peut-être rappeler ici ce qui a été constamment avancé depuis le début de cette étude : que les lois fédérales de droit privé ne constituant en principe que des parties d'un tout qui relève, pour le reste, de la compétence des provinces, toute lacune d'une telle loi fédérale doit être comblée, sauf texte contraire, à partir du droit privé provincial et, donc, du droit civil au Québec. Ce qui est vrai pour un délai de prescription ne devrait-il pas l'être aussi pour le sens d'un mot, même au détriment de l'autre version linguistique de la loi?

Ne faut-il pas admettre, avec Rodolfo Sacco, «qu'il existe des expressions intraduisibles», sinon «aller plus loin et poser la question de savoir s'il existe des expressions vraiment traduisibles»¹³³? Dès lors, la complémentarité immédiate et substantielle du droit fédéral et du droit civil devient acceptable, car elle respecte l'économie générale du fédéralisme canadien en matière de droit privé, pourvu qu'on la fasse jouer pareillement, dans le même esprit, lorsqu'une loi fédérale de droit privé est appliquée dans une province de common law. Certes, la loi fédérale lacunaire n'est alors plus appliquée uniformément à travers le pays : mais si ce résultat déplaît, il suffit, mais il est nécessaire, d'imposer dans la loi fédérale même une définition propre¹³⁴, comme on le fait si abondamment en matière fiscale. Autrement, la complémentarité des droits reste la règle, avec la diversité qu'elle est susceptible d'entraîner.

¹³² Démarche adoptée, au profit du sens de common law, dans *Knitrama Fabrics Inc. c. K. & A. Textiles Inc.*, [1984] C.S. 1202.

¹³³ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, Coll. Études juridiques comparatives, 1991 à la p. 18.

¹³⁴ Comme le fait encore observer R.A. Macdonald, *supra* note 54 à la p. 451: «If Parliament should then decide that these various provincial initiatives are contrary to its economic policy relating to banks and bankruptcy, let it then exercise its constitutional jurisdiction to specify in detail the legal regime it wishes to apply. But let it do so on the basis of carefully thought out economic principles, and consciously adopted legal technique responsive to the bijural character of Canadian private law».

Si l'on reprend les trois exemples qui ont été signalés plus haut, pour illustrer les situations types d'incompatibilité entre les deux versions linguistiques d'une loi fédérale de droit privé, les divergences de fond devraient donc dans tous les cas être résolues en fonction du droit civil, s'agissant d'appliquer la loi au Québec. Il faudra donc donner à la notion de cas fortuit la teneur qu'elle a en droit civil, comme il faudra transposer, dans les deux autres cas, les notions de «*special damages*» et de «*settlement*» en droit civil, avec les difficultés d'adaptation que l'on imagine¹³⁵.

Conclusion

Les motifs sont nombreux qui tendent à faire croire que la complémentarité du droit fédéral et du droit civil est une réalité davantage acquise qu'à construire. Non seulement cette complémentarité est-elle inscrite dans la logique générale du partage des compétences législatives en droit privé, elle est aussi — et presque toujours — spontanément acceptée par les tribunaux qui ont à faire face à l'application simultanée des deux droits. Aussi cette étude semble-t-elle avoir eu pour propos principal de rendre apparent ce qui, compte tenu de l'état de la doctrine sur la question, était implicitement tenu pour inscrit dans l'ordre des choses.

À la réflexion, cependant, le phénomène de la complémentarité du droit fédéral et du droit civil est peut-être moins net qu'il ne paraît. Il est notoire que, la législation fédérale ayant été traditionnellement rédigée à partir de modèles de common law, son application au Québec au regard du droit civil ne va pas sans heurts. Si l'idée même de l'adaptation au droit civil des lois fédérales de droit privé appliquées au Québec est généralement admise, la question reste par ailleurs entière de savoir si, dans certaines de ses parties, le droit fédéral n'est pas en voie d'acquérir une autonomie telle que l'utilité du droit privé provincial comme droit supplétif est appelée à s'estomper.

Il n'est pas possible de trancher la question dans cette étude, car elle en déborde largement les cadres. Mais l'expérience judiciaire des vingt-cinq dernières années fournit assez d'indices pour que l'on puisse affirmer que cette question mérite d'être posée. D'abord, parce qu'il arrive que, dans l'application d'une loi fédérale, se soit développée une jurisprudence composite, dont il n'est pas toujours possible de départager les sources, et qui est vraisemblablement acceptée comme telle à travers le pays. Il importe peu, à l'usage, que cette jurisprudence ait à l'origine été inspirée du droit anglais: «une fois le point d'entrée établi et le cheminement

¹³⁵ La détermination du statut du syndic, qui constitue «au plan conceptuel [...] l'une des questions les plus difficiles du droit de la faillite», est un exemple caractéristique des embûches que pose la démarche de transposition: A. Bohémier, *supra* note 130 à la p. 714 et suiv.; voir là-dessus *Banque de Nouvelle-Écosse c. Perras*, [1985] C.A. 21 et *In re Canadian Middle East Consulting Co.: Interpool Ltd. et Dionne*, [1985] C.A. 126.

commencé, la généalogie des idées se perd»¹³⁶. Ensuite, parce qu'il est devenu fréquent que des lois fédérales ne constituent que la mise en œuvre de conventions internationales multilatérales, qui peuvent donc avoir vocation, parce qu'elles ont été conçues à partir de plusieurs systèmes de droit, à échapper au rôle supplétif du droit privé des provinces¹³⁷. On est ainsi amené à penser que la complémentarité du droit fédéral et du droit civil, toute naturelle qu'elle soit pour les raisons que l'on sait, doit être constamment entretenue, réaffirmée, sinon réinventée, pour demeurer vivante.

¹³⁶ Selon le mot, formulé dans un autre contexte, de H.P. Glenn, «La civilisation de la common law», dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, Collection bleue, 1993 aux pp. 595, 608. Le droit de la faillite, des brevets ou la législation applicable en matière de droit d'auteur pourraient servir de terrain d'analyse à cette hypothèse.

¹³⁷ C'est le cas, semble-t-il, en matière de transport aérien: *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756 à la p. 786 (C.F.): «Ce sont les dispositions de la Convention de Varsovie, modifiées par la Convention de La Haye, qui doivent être appliquées en l'espèce, non les dispositions du droit fédéral ou provincial, qu'un intérêt de ce genre ait ou non été accordé selon le droit de la province de Québec où l'action a été instruite». Il pourrait en aller de même, peut-être, en matière d'arbitrage.



THE PLACE OF PRIVATE LAW IN FEDERAL LEGISLATION: THE *ST-HILAIRE* CASE AND BIJURAL TERMINOLOGY RECORDS

[Previous Page](#) | [Table of Contents](#)

2. Relevance of this Decision for Tax Law

Since the *St-Hilaire* decision, the Parliament of Canada has enacted the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*,^[22] which came into force on June 1, 2001. One provision in particular warrants a closer look. It is new section 8.1 of the *Interpretation Act*,^[23] which reads as follows:

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

The principle of complementarity has been recognized and applied by the courts. New section 8.1 of the *Interpretation Act*, which applies to all federal enactments, including tax statutes, confirms that the complementary of federal law with the private law of the provinces is the rule, unless otherwise provided by law. This new section provides for a two-stage process, as it were, which corresponds to the approach employed by Mr. Justice Décaré in the *St-Hilaire* case.

2.1. Public Law - Private law

The first stage is to determine whether Parliament is relying on a private law rule or whether it seeks instead to apply public law rules. As noted earlier, it is not enough to say that a federal tax law as a whole is a public law or a private law enactment. Although the I.T.A., for example, has been described as a public law statute if there ever was one,^[24] one must go a bit further and ask, for each provision in which a private law concept is used, whether the civil rights of the litigants are at issue.

But what distinguishes a public law concept from a private law concept? Public law concerns relations between the state and individuals, and private law is concerned with relationships among individuals.^[25] In other words, the distinguishing feature of a private law rule is the regulation of the exercise of civil rights whereas the object of a public law rule is the regulation of relationships between the state and its citizens.

2.2. Federal Rules of Private Law

The second stage of the analysis is to determine whether Parliament has provided its own private law rule by defining a particular term, for example. An example of such intervention is the definition of the term "child" in section 252 I.T.A.^[26]

However, where Parliament has not intervened to provide its own rule and the particular provision deals with a matter of private law, provincial private law will act as the suppletive law. Federal tax statutes contain a number of provisions that are based on private law concepts. On several occasions, the courts have looked into the nature of an act in the light of the *Civil Code* to determine the tax consequences. Examples include references to the concepts of trust, partnership, gift, substitution or legacy in the I.T.A.

3. Bijuralism and the Harmonization of Federal Statutes

The observation that federal laws may, in certain situations, require recourse to the civil law of Quebec should lead the Parliament of Canada to ensure that its own laws adequately reflect both systems of private law in this country, that is, civil law and common law. It is in this perspective that the federal government launched the Federal Law-Civil Law Harmonization Program. As noted in an earlier column, the first manifestations of this process occurred with the *Harmonization Act, No. 1* and

some tax legislation.^[27] The object of these legislative amendments is to adapt the private law concepts found in federal laws so as to better reflect the civil law and the common law in both linguistic versions.

4. Bijural Terminology Records

Given these specialized legislative amendments, it was considered advisable to acquire tools that would enable litigants to understand the nature of the harmonization changes. So it was that the Department of Justice published bijural terminology records on its Internet website in early 2002. This initiative stemmed from a commitment by the Department during the course of enacting the *Harmonization Act, No. 1*.

Because of the innovative nature of legislative bijuralism, the bijural terminology records are intended to explain the harmonization amendments deriving from the *Harmonization Act, No. 1* and the *Income Tax Amendments Act, 2000*.^[28]

Taxation records include the terms co-ownership (*copropriété*), liquidator of a succession (*liquidateur de succession*), hypothec (*hypothèque*), hypothecary claim (*créance hypothécaire*), hypothecary creditor (*créancier hypothécaire*) and hypothecary debtor (*débiteur hypothécaire*). The fact that the changes result from the harmonization of federal legislation with the civil law of Quebec was underscored in the explanatory notes accompanying the *Income Tax Amendments Act, 2000*. The bijural records are thus another indication of the nature of the changes to tax legislation. They are currently available on the Justice Canada website dealing with the "Consolidated Statutes and Regulations", under the heading "Related Statutory Resources."^[29]

The explanations that follow deal with questions of methodology in relation to the bijural records and are taken from the Department's website. An example of a bijural record can be found in the schedule to this article.

4.1. Methodology Employed for the Preparation of Bijural Records

For ease of consultation, some conventions have been followed in the preparation of the bijural records. Chief among these are the following:

4.1.1. One record for all occurrences of the same solution

These records deal with changes made to reflect appropriate civil and common law terminology. There is only one record per term or phrase, if the harmonization problem has been solved in the same way even if it occurs more than once in the *Harmonization Act, No. 1* or in tax legislation. For example, there is only one record for "real property"/"immovable" (*immeuble/bien réel*), even though these terms are found in several harmonized legislative provisions. Words taken from the original provision that have been harmonized as well as the solutions adopted in the *Harmonization Act, No. 1* for civil law and common law are in bold print.

4.1.2. Appropriate terms for each legal system

In some cases, common terminology is used for both common law and civil law: "acquisition"/*acquisition*.^[30] In other cases, different terms must be used in order to reflect adequately the concepts of each legal system. For example, the terms for the common law of "special damages" / *dommages-intérêts spéciaux* and for the civil law: "pre-trial pecuniary loss" / *perte pécuniaire antérieure au procès*.^[31]

4.1.3. Precedence of common law terms in English and precedence of civil law terms in French

Generally, in provisions that describe a legal concept by using distinct common law and civil law terminology, the common law term appears first in the English version and the civil law term appears first in the French version. Examples of this are "real property and immovable" in the English version and *immeuble et bien réel* in the French version.

4.1.4. Concepts with no corresponding concept in the other system

In certain cases, a concept found in one legal tradition may have no corresponding concept in the other. For example, while "equity" is relevant in common law, it does not exist in civil law. In such a case, the note "n/a" (not applicable) / *s.o. (sans objet)* will appear for the legal system which does not have the corresponding concept.

4.1.5. Rules of interpretation: the bijural tradition in Canada

The appropriateness of using the solutions adopted by the *Harmonization Act, No. 1* in other contexts will need to be examined on a case-by-case basis.

When reading federal legislation, one should always keep in mind the new rules of interpretation that have been brought to the *Interpretation Act* by section 8 of the *Harmonization Act, No. 1*. More particularly, section 8.1 of the *Interpretation Act* recognizes the equality of the common law and the civil law, the principle of the complementarity of provincial law and the evolutionary nature of references to provincial law. Section 8.2 of the *Interpretation Act* is an interpretive tool for bijural legislative provisions.

Section 8.2 of the *Interpretation Act* reads as follows:

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

With the words "[u]nless otherwise provided by law", section 8.2 of the *Interpretation Act* provides that a legislative enactment may be dissociated from the private law of a province. Where "otherwise provided by law", the interpretation of the bijural legislative enactment should not take the provincial law into consideration. However, if no such rule is provided, the interpretation is subject to the ever-present necessity to take the existence of the common law and the civil law into account.

Section 8.2 of the *Interpretation Act* describes the method to be used in making this interpretation. First, the province in which the enactment is to apply must be determined: this indicates which legal system must be used. Next, by using this system, the meaning to be given to each private law term or phrase in each linguistic version of a federal provision will be found. Some phrases will have no meaning in one of the applicable systems: for example, the terms "liquidator of a succession" / *liquidateur de succession* belong to the civil law and do not correspond to any institution of the common law. Conversely, the terms "executor" / *exécuteur testamentaire* have a meaning in common law but no longer have any meaning in the civil law of Quebec. In such a case, section 8.2 of the *Interpretation Act* instructs the common law jurist to disregard the civil law terms of "liquidator of a succession" / *liquidateur de succession* and the civilian jurist to do the same for the common law terms "executor" / *exécuteur testamentaire*. Moreover, where the same word applies in both the common law and the civil law, reference must be made to the corresponding institution in the private law system of the province where it is to be applied. For example, when a federal provision that contains the word "*hypothèque*" is applied to Manitoba, the word must be given the meaning of the common law institution "mortgage" / *hypothèque* and not the meaning of the civil law institution "hypothec" / *hypothèque*.

Thus, section 8.2 of the *Interpretation Act* permits an interpretation of federal legislation that is respectful of the specific features of civil law and common law.

4.1.6. Amendment to one linguistic version only

In cases where an amendment is made only to one linguistic version, the other linguistic version is nevertheless reproduced for ease of consultation.

4.2. Overview

Where a change to a federal tax Act involves the harmonization of the federal legislation with the civil law of Quebec, an indication to that effect will be found in the explanatory notes that accompany the amendment. However, a taxpayer who desires more information on the rationale for a particular change can now consult the bijural terminology records on the Internet website. They are a source of information as to the substantive and formal reasons behind the changes brought about by the amendments. The bijural terminology records currently include the changes made by two recently enacted pieces of legislation,^[32] and other records will be added as new harmonization provisions are enacted.

Conclusion

The result of the Federal Law-Civil Law Harmonization Program will be the adaptation of federal legislation to reflect the common law and civil law in both linguistic versions. Taxpayers now have a number of tools to help them interpret federal legislation, in taxation and other areas. When the tax expert - lawyer, accountant, economist or someone from another background - has to deal with a provision where some terms have been added or amended for harmonization purposes, he or she will be able to consult the bijural records for clarification on the meaning of those terms. Moreover, those

who must interpret a federal statute, whether involving public law, private law or a mixture of both, will find the new provisions of the *Interpretation Act* and the principles in the *St-Hilaire* case indispensable.

Schedule

EXAMPLE OF A BIJURAL TERMINOLOGY RECORD

Droit civil

copropriété

Common law

copropriété

Titre du texte législatif

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)

Disposition

248. (21)c) es subdivisions d'un bâtiment ou les lotissements d'une parcelle de fonds de terre effectués dans le cadre d'un partage ou en vue d'un partage et qui sont la **propriété conjointe** des mêmes personnes qui étaient copropriétaires du bâtiment ou de la parcelle de fonds de terre, ou de leurs cessionnaires, sont considérés comme un seul bien;

Problème

Le concept de « propriété conjointe » / *joint ownership* est propre à la common law en ce qu'il réfère habituellement au concept de « tenance conjointe » qui n'existe pas en droit civil.

Solution

Dans la version française, les termes « propriété conjointe » sont remplacés par « copropriété ». Dans la version anglaise, les termes *jointly owned* sont remplacés par *co-owned*. Le concept de « copropriété »/*co-ownership* est neutre et vaut pour les deux systèmes juridiques. Il est assez large pour englober les notions de « tenance conjointe » et de « tenance commune » en common law.

Disposition harmonisée

248. (21)c) les subdivisions d'un bâtiment ou les lotissements d'une parcelle de fonds de terre effectués dans le cadre d'un partage ou en vue d'un partage et qui sont la **copropriété** des mêmes personnes qui étaient copropriétaires du bâtiment ou de la parcelle de fonds de terre, ou de leurs cessionnaires, sont considérés comme un seul bien;

Loi de 2000 modifiant l'impôt sur le revenu, L.C. 2001, ch. 17, par. 230(5)

Common Law

co-ownership

Civil Law

co-ownership

Title of the Legislative Text

Income Tax Act, R.S.C. (1985), c. 1 (5th Supp.)

Provision

248. (21)(c) subdivisions of a building or of a parcel of land that are established in the course of, or in contemplation of, a partition and that are **jointly owned** by the same persons who **jointly owned** the building or the parcel of land, or by their assignee, shall be regarded as one property, and

...

Problem

The concept of "joint ownership" / *propriété conjointe* is unique to common law as it usually refers to the concept of "joint tenancy", which does not exist in civil law.

Solution

In the French version, the term *propriété conjointe* is replaced by *copropriété*. In the English version, the term "jointly owned" is replaced by "co-owned". The concept of "co-ownership"/*copropriété* is neutral and appropriate for both legal systems. It is also broad enough to include both the common law concepts of "joint tenancy" and "tenancy in common".

Harmonized Provision

248. (21)(c) subdivisions of a building or of a parcel of land that are established in the course of, or in contemplation of, a partition and that are **co-owned** by the same persons who **co-owned** the building or the parcel of land, or by their assignee, shall be regarded as one property, and

...

Income Tax Amendments Act, 2000, S.C. 2001, c. 17, s. 230(5)

Footnotes

[22] S.C. 2001, c.4 [*Harmonization Act, No. 1*].

[23] R.S.C. 1985, c. I-21. This section and section 8.2 were added by the *Harmonization Act, No. 1*.

[24] Brisson and Morel, *supra* note 3 at 321.

[25] H. Brun and G. Tremblay, *Droit public fondamental* Québec:Presses de l'Université Laval, 1972), at 1. On the common law side, Lord Denning stated the test as follows (*O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 W.L.R. 604 (C.A.), at 619):

In modern times we have come to recognise two separate fields of law: one of private law, the other of public law. Private law regulates the affairs of subjects as between themselves. Public law regulates the affairs of subjects vis-à-vis public authorities.

[26] There are also particular definitions of the term "child" in sections 63, 70, 75.1, 110.6 and 148 I.T.A., for example.

[27] *Income Tax Amendments Act, 2000*, S.C. 2001, c.17; *An Act to amend the Customs Act and to make related amendments to other Acts*, S.C. 2001, c. 25; *Excise Act, 2001*, S.C. 2002, c. 22.

[28] *Ibid.*

[29] <http://laws.justice.gc.ca/eng/index.html>

[30] *Harmonization Act, No. 1*, subs. 18(1).

[31] *Ibid.* subs. 51(2).

[32] *Harmonization Act, No. 1* and *Income Tax Amendments Act, 2000* .

summons issued under subsection (3).

Rationale

Subsection (3) is amended to correct a drafting error created by Chapter 47, which could be interpreted to mean that only electronic "data" were to be subject to a production order, while electronic books, records and papers were not. The amendment clarifies the policy intention to include all materials under a production order, including those in electronic form.

Subsection (4) is amended to correct a divergence between the French term (assignments) and the English terms (subpoena, other request or summons) by modernizing the English version to limit the English version to "summons".

Present Law

As enacted by Chapter 47, Clause 131:

30.(3) The Superintendent of Bankruptcy may, for the purpose of the hearing, issue a subpoena or other request or summons, requiring and commanding any person named in it

(a) to appear at the time and place mentioned in it;

(b) to testify to all matters within his or her knowledge relative to the subject matter of the inquiry or investigation into the conduct of the monitor; and

(c) to bring and produce any books, records, data, including data in electronic form, documents or papers in the person's possession or under the control of the person relative to the subject matter of the inquiry or investigation.

(4) A person may be summoned from any part of Canada by virtue of a subpoena, request or summons issued under subsection (3).

Bill Clause No. (Number) 76 Section No. (Number) CCAA (Companies' Creditors Arrangement Act) s. (section)32 Topic: Disclaimer of Agreements

Proposed Wording

32.(1) Subject to **subsections (2) and (3)**, a debtor company may — **on notice given** in the prescribed **form** and manner to the other parties to the agreement **and the monitor** — disclaim or resiliate any agreement to which **the company** is a party on the day **on which proceedings commence under this Act. The company may not give notice unless the monitor approves the proposed disclaimer or resiliation**

approves the proposed disclaimer or resiliation.

(2) Within 15 days after **the day on which the company gives** notice **under subsection (1)**, a party to the agreement may, on notice to **the other parties to the agreement and the monitor**, apply to a court for an order that the agreement **is not to be disclaimed or resiliated**.

(3) **If the monitor does not approve the proposed disclaimer or resiliation, the company may, on notice to the other parties to the agreement and the monitor, apply to a court for an order that the agreement be disclaimed or resiliated.**

(4) **In deciding whether to make the order, the court is to consider, among other things,**

(a) whether the monitor approved the proposed disclaimer or resiliation;

(b) whether the disclaimer or resiliation would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company; and

(c) whether the disclaimer or resiliation would likely cause significant financial hardship to a party to the agreement.

(5) **An agreement is disclaimed or resiliated**

(a) if no application is made under subsection (2), on the day that is 30 days after the day on which the company gives notice under subsection (1);

(b) if the court dismisses the application made under subsection (2), on the day that is 30 days after the day on which the company gives notice under subsection (1) or on any later day fixed by the court; or

(c) if the court orders that the agreement is disclaimed or resiliated under subsection (3), on the day that is 30 days after the day on which the company gives notice or on any later day fixed by the court.

(6) **If the company has granted a right to use intellectual property to a party to an agreement, the disclaimer or resiliation does not affect the party's right to use the intellectual property — including the party's right to enforce an exclusive use — during the term of the agreement, including any period for which the party extends the agreement as of right, as long as the party continues to perform its obligations under the agreement in relation to the use of the intellectual property.**

(7) **If an agreement is disclaimed or resiliated, a party to the agreement who suffers a loss in relation to the disclaimer or resiliation is considered to have a provable claim.**

(8) **A company shall, on request by a party to the agreement, provide in writing the reasons for the proposed disclaimer or resiliation within**

.....
five days after the day on which the party requests them.

(9) This section does not apply in respect of

- (a) an eligible financial contract;
- (b) a collective agreement;
- (c) a financing agreement if the **company** is the borrower; **or**
- (d) a lease of real property or **of** an immovable if the **company** is the lessor.

Rationale

Prior to Chapter 47, the CCAA (Companies' Creditors Arrangement Act) was silent on the ability of a debtor to disclaim an agreement. A judicial practice developed, however, based on inherent jurisdiction that allowed the disclaimer of most kinds of agreements.

The rationale for allowing disclaimers is to facilitate restructurings by granting debtors the ability to repudiate agreements that would threaten its viability if they continued to be bound by them. At the same time, codification of the current practice makes the process more transparent by providing both parties with a better understanding of the rules that apply when considering a disclaimer. The amendments are designed to ensure that the process occurs in an open, fair and expeditious manner.

Subsection (1) is amended to require that notice of a disclaimer only be given if the monitor approves the disclaimer. In addition, notice of disclaimers must be given to the monitor. Approval of the monitor is required to prevent a strategic debtor from using the provision to assist related parties by disclaiming agreements that are profitable for the debtor at their expense. Moreover, because disclaimers will not require court approval unless there is opposition, it is necessary to protect against potential abuse.

Subsection (2) is amended to clarify that notice to have a disclaimer set aside be given to the monitor and other parties to the agreement, if any. The language in Chapter 47 currently could be interpreted to exclude the need for notice to these interested parties.

Subsection (3) is added to provide a debtor with the opportunity to appeal to the courts if a monitor refuses to approve a disclaimer. The provision is needed as monitor approval is required to effect a disclaimer.

Subsection (4) amends the test to be applied by the court in determining whether a disclaimer should be granted. Chapter 47 relied upon a difficult to interpret test that may have created greater uncertainty. In fact, the test, which was drawn from the commercial lease disclaimer section of the BIA (Bankruptcy and Insolvency Act), has been judicially interpreted in an

inconsistent manner. By providing the court with legislative guidance, the provision should ensure better transparency and fairness. Further, the guidance ensures that the court will consider the effect on all parties, not just the debtor as the commercial disclaimer section requires.

Subsection (5) has been amended to clarify that the counterparties to a disclaimed agreement are provided with at least 30 days notice of a disclaimer so that they may prepare for the event regardless of how the disclaimer becomes effective, i.e., court order or monitor approval.

The amendment to subsection (6) is to clarify that certain rights to use intellectual property granted under a disclaimed agreement – including rights to exclusive use and to as-of-right extensions – continue to be available to the disclaimed party provided that that party continues to perform its obligations under the agreement.

Subsection (7) has been amended to clarify that a party to a disclaimed agreement who suffers a loss has a provable claim in the proceeding. The subsection was also amended to ensure that the disclaimer does not serve to reduce the priority, if any, enjoyed by the party.

Subsection (8) has been added to ensure that a party receiving the subsection (1) notice of intention to disclaim an agreement is able to obtain, within five days, a written explanation from the debtor as to why the debtor is seeking to end the agreement so that it may make an informed decision as to whether to commence a subsection (3) court application to oppose the disclaimer.

By virtue of Clauses 104(1) and 105 of *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 19, 2007*, which received Royal Assent on June 22, 2007 (Chapter 29), the definition of eligible financial contract referred to in subsection (9)(a) is now to be found in s. (section)2 rather than in s. (section)11.05(3). Clause 112(20) of this Act amends subparagraph (9)(a) of Clause 26 to remove reference to the old location of the definition.

Present Law

As enacted by Chapter 47, Clause 131 and amended by Chapter 29:

32.(1) Subject to subsection (3), a debtor company may disclaim or resiliate any agreement to which it is a party on the day of the filing of the initial application in respect of the company by giving 30 days notice to the other parties to the agreement in the prescribed manner.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of

- (a) an eligible financial contract;
- (b) a collective agreement;
- (c) a financing agreement if the debtor is the borrower; and

- (d) a lease of real property or an immovable if the debtor is the lessor.
- (3) Within 15 days after being given notice of the disclaimer or resiliation, a party to the agreement may apply to the court for a declaration that subsection (1) does not apply in respect of the agreement, and the court, on notice to any parties that it may direct, shall, subject to subsection (4), make that declaration.
- (4) No declaration under subsection (3) shall be made if the court is satisfied that a viable compromise or arrangement could not be made in respect of the company without the disclaimer or resiliation of the agreement and all other agreements that the company has disclaimed or resiliated under subsection (1).
- (5) If the company has, in any agreement, granted the use of any intellectual property to a party to the agreement, the disclaimer or resiliation of the agreement does not affect the party's right to use the intellectual property so long as that party continues to perform its obligations in relation to the use of the intellectual property.
- (6) If an agreement is disclaimed or resiliated by a company, every other party to the agreement is deemed to have a claim for damages as an unsecured creditor.
-

Bill Clause No. (Number) 77

Section No. (Number) CCAA (Companies' Creditors Arrangement Act) s. (section) 34

Topic: Ipso Facto Clauses

Proposed Wording

- 34.(1)** No person may terminate or amend, or claim an accelerated payment or forfeiture of the term under, any agreement, including a security agreement, with a debtor company by reason only that **proceedings commenced** under this Act **or that the company is insolvent**.
- (2) If the agreement referred to in subsection (1) is a lease, the lessor may not terminate or amend the lease by reason only that **proceedings commenced** under this Act, **that the company is insolvent** or that the company has not paid rent in respect of any period before the **commencement of those proceedings**.
- (3) No public utility may discontinue service to a company by reason only that **proceedings commenced** under this Act, **that the company is insolvent** or that the company has not paid for services rendered or goods provided before the **commencement of those proceedings**.
- (4) Nothing in this section is to be construed as
- (a) prohibiting a person from requiring payments to be made in cash for



DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN:

A Review of the
Bankruptcy and Insolvency Act
and the
Companies' Creditors Arrangement Act

Report of the Standing Senate
Committee on Banking, Trade and Commerce

Chair
The Honourable Richard H. Kroft

Deputy Chair
The Honourable David Tkachuk

November 2003

Ce rapport est aussi disponible en français.

Des renseignements sur le Comité sont donnés sur le site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN:

A Review of the
Bankruptcy and Insolvency Act
and the
Companies' Creditors Arrangement Act

Report of the Standing Senate
Committee on Banking, Trade and Commerce

Table of Contents

The Committee.....	ix
Order of Reference.....	xi
Recommendations.....	xiii
Acknowledgement.....	xxiv
Chapter One	
Introduction.....	1
Chapter Two	
The Committee’s Philosophy with respect to Insolvency Law.....	5
Chapter Three	
Insolvency Legislation and Why It Is Needed.....	9
A. The Socio-Economic Importance of Insolvency Laws.....	9
B. The Magnitude and Nature of the Problem.....	11
C. The <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i>	15
D. The <i>Companies’ Creditors Arrangement Act</i>	17
Chapter Four	
Consumer Insolvency Issues.....	19
A. Federal Exempt Property.....	19
B. Exemptions for RRSPs and RESPs.....	24
C. Reaffirmation Agreements.....	33
D. Summary Administration.....	37
E. Non-Purchase Money Security Interests in Personal Exempt Property....	40
F. Mandatory Counselling.....	43
G. Consumer Liens.....	46
H. Student Loans.....	48
I. Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts.....	57
J. Contributions of Surplus Income to the Bankrupt’s Estate.....	60
K. Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments.....	63

L. Non-Dischargeable Credit Card Purchases	66
M. International Insolvency	68
N. Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency.....	71
O. <i>Ipsa Facto</i> Clauses	74
P. Credit Reporting.....	76
Q. Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals.....	80
R. Bankruptcy and Family Law.....	82

Chapter Five

Commercial Insolvency Issues

A. Compensation Protection: Wages and Pensions	87
B. Debtor-in-Possession Financing	100
C. The Rights of Unpaid Suppliers	105
D. Cross-Border Insolvencies	112
E. Director Liability	118
F. Transfers at Undervalue and Preferences	121
G. Bankruptcies by Securities Firms	124
H. Financial Market Issues	126
I. Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer.....	129
J. Executory Contracts	131
K. Workers' Compensation Board Premiums	139
L. Interim Receivers	144
M. Going Concern and Asset Sales	146
N. Governance.....	149
O. Plan Approvals	151
P. Priorities.....	153
Q. Insolvency of Other Vehicles	154
R. Income Tax	156
S. Subordination of Equity Claims	158
T. Administrative Tribunals and Stays of Proceedings.....	160

Chapter Six

Administrative and Procedural Issues

A. Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy	163
B. Consolidation of Insolvency Statutes	170
C. Statutory Review of Insolvency Legislation	174
D. A Specialized Judiciary	178
E. Issues of Costs	181
F. Conflicts of Interest.....	184
G. The Definition of Income	186
H. The Definition of Consumer Debtor	190
I. Selection of the Bankruptcy Trustee.....	193
J. Non-Arm's Length Creditor Voting Rights	194
K. Debts Not Released by an Order of Discharge.....	197

Chapter Seven

Conclusion	199
-------------------------	-----

Appendix A

The <i>Winding-Up and Restructuring Act</i> and the <i>Farm Debt Mediation Act</i>	201
--	-----

Appendix B

The Evolution of Insolvency Legislation in Canada	205
---	-----

Appendix C

The Report by Industry Canada	214
-------------------------------------	-----

Appendix D

An International Perspective on Insolvency Law	227
--	-----

Appendix E

Witnesses and Submissions.....	237
--------------------------------	-----

The Committee

The following Senators have participated in the study:

The Honourable Richard H. Kroft, C.M., Chair of the Committee

The Honourable David Tkachuk, Deputy Chair of the Committee

and

The Honourable Senators:

W. David Angus

Michel Biron, C.M.

D. Ross Fitzpatrick

Céline Hervieux-Payette, P.C.

James F. Kelleher, P.C.

E. Leo Kolber (past Chair of the Committee)

Paul J. Massicotte

Michael A. Meighen

Wilfred P. Moore

Donald H. Oliver

Marcel Prud'homme, P.C.

Raymond C. Setlakwe, C.M. (retired from the Senate on July 3, 2003)

Ex-officio members of the Committee:

The Honourable Senators: Sharon Carstairs, P.C. (or Fernand Robichaud, P.C.) and
John Lynch-Staunton (or Noël A. Kinsella)

Other Senators who have participated from time to time on this study:

The Honourable Senators Maria Chaput, Leonard J. Gustafson, Pana Merchant and Madeleine Plamondon

Staff of the Committee:

Mr. Yoine Goldstein, Special Advisor to the Committee, Partner, Goldstein, Flanz & Fishman

Ms. June M. Dewetering, Acting Principal, Parliamentary Research Branch, Library of Parliament

Mr. Denis Robert, Clerk of the Committee, Committees and Private Legislation Directorate, The Senate

Mrs. Kelly J. Bourassa, Barrister and Solicitor, Policy Advisor to the Chair

Ms. Rhonda Walker, Policy Advisor to the Deputy Chair

Order of Reference

Extract from the *Journals of the Senate* of October 29, 2002:

“The Honourable Senator Kolber moved, seconded by the Honourable Senator Bacon:

That in accordance with the provisions contained in section 216 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and in section 22 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce be authorized to examine and report on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*; and

That the Committee submit its final report no later than June 19, 2003.

The question being put on the motion, it was adopted.”

Extract from the *Journals of the Senate* of May 15, 2003:

“Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Kolber, seconded by the Honourable Senator Rompkey, P.C.:

That the date for the presentation by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce of the final report on its study on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*, which was authorized by the Senate on October 29, 2002, be extended to Thursday, December 18, 2003.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.”

Paul Bélisle
Clerk of the Senate

Recommendations

Consumer Insolvency:

Federal Exempt Property:

1. The Bankruptcy and Insolvency Regulations be amended to provide a list of federal exempt property. The debtor should be required to choose, at the time of filing for bankruptcy and in its entirety, either the list of federal exempt property or the list of provincial/territorial exempt property available in his or her locality. The value of the property in the list of federal exempt property should be increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. (page 23)

Exemptions for RRSPs and RESPs:

2. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in all Registered Retirement Savings Plans from seizure in bankruptcy, provided that three conditions are met: the Registered Retirement Savings Plan is locked in; contributions made to the Registered Retirement Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors; and the exempt amount is no greater than a maximum amount to be set by regulation and increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. (page 29)

3. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in a Registered Education Savings Plan from seizure in bankruptcy, provided that two conditions are met: the Registered Education Savings Plan is locked in; and contributions made to the Registered Education Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors. (page 32)

Reaffirmation Agreements:

4. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit reaffirmation by conduct or by express agreement. (page 36)

Summary Administration:

5. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to eliminate all unnecessary procedural requirements and to provide parties to a bankruptcy with an opportunity – to the extent possible – to choose their level of involvement in accordance with a “by exception rather than by rule” approach. Moreover, the use of electronic communication should be encouraged in order to simplify and expedite the insolvency process. (page 39)

Non-Purchase Money Security Interests in Personal Exempt Property:

6. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit non-purchase money security interests in property that would otherwise be exempt from seizure in bankruptcy. Property should be defined to include exempted property intended for use or consumption by the debtor or the debtor’s family, and should encompass apparel, household furnishings and motor vehicles owned by the debtor. (page 42)

Mandatory Counselling:

7. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require the completion of mandatory counselling by first-time and second-time bankrupts as a condition of automatic discharge from bankruptcy available after 9 and 21 months respectively. Debtors making a consumer proposal should also undertake mandatory counselling. The nature and timing of mandatory counselling should be examined to ensure its effectiveness. (page 45)

Consumer Liens:

8. The issue of consumer liens continue to be addressed within provincial/territorial consumer protection legislation. (page 47)

Student Loans:

9. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to reduce, to five years following the conclusion of full- or part-time studies, the length of time prior to permitting the potential discharge of student loan debt. As well, the Act should allow the Court the discretion to confirm the discharge of all or a portion of student loan debt in a period of time shorter than five years where the debtor can establish that the burden of maintaining the liability for some or all of the student debt creates undue hardship. (page 56)

Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts:

10. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide automatic discharge from bankruptcy after 21 months for second-time bankrupts who have completed mandatory counselling. The Superintendent of Bankruptcy, the trustee or any interested party should have the opportunity to oppose the automatic discharge, in the same way that the discharge of a first-time bankrupt can be opposed, thereby requiring a Court hearing. (page 59)

Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate:

11. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require bankrupts with surplus income to contribute to their estate for a total of 21 months. Trustees should have the discretion to permit a shorter contribution period in cases of undue hardship. Surplus income should continue to be determined in accordance with the directive of the Superintendent of Bankruptcy. The discharge of the debtor should not be delayed merely because of the obligation to continue to contribute for a total of 21 months. In appropriate circumstances, a trustee should be able to seek a summary judgment to require such payments. (page 62)

Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments:

12. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income. Fees payable to the

trustee in accordance with such an agreement should not exceed the minimum legal amount established for summary administration bankruptcies. (page 65)

Non-Dischargeable Credit Card Purchases:

13. The matter of purchases by the debtor of luxury or non-essential goods and services shortly prior to filing for bankruptcy continue to be decided either during the course of a discharge hearing or through an accusation of fraud. (page 67)

International Insolvency:

14. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt with respect to an individual, provided certain conditions are met. The conditions should be: the bankrupt foreign-resident Canadian has a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the foreign procedure is fair and non-prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the bankrupt foreign-resident Canadian in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada. (page 70)

Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency:

15. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that, for consumer proposals, the year-end date for income tax purposes is the date on which the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, the year-end date should be the earlier of: the date of filing of the notice of intention to file a proposal; and the date of filing of the proposal with the Official Receiver. Moreover, the *Income Tax Act* should be amended to ensure that the debt forgiveness provisions in Section 80 of the Act are not applicable to individuals who file proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. (page 73)

Ipsa Facto Clauses:

16. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that *ipso facto* clauses in agreements for basic services are not enforceable with respect to consumer proposals and consumer bankruptcies. (page 75)

Credit Reporting:

17. The Office of the Superintendent of Bankruptcy take a leadership role in convening a meeting among credit granting agencies, credit grantors, provincial/territorial representatives and other relevant parties with a view to negotiating a mutually acceptable credit scoring regime. (page 79)

Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals:

18. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to ensure that an insolvent debtor will not be released from the debts and liabilities referred to in Section 178 of the Act unless the holder of those debts provides affirmative and informed consent. (page 81)

Bankruptcy and Family Law:

19. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to:
- ensure that bankruptcy does not prevent a claimant from recovering the total amount of support arrears from a bankrupt spouse;
 - clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over enforcement of spousal and child support against the bankrupt's income during the period of bankruptcy;
 - provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt assets under provincial/territorial legislation regarding equalization and/or the division of marital property;

- **exclude, from assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt's spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law; and**
- **add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt. (page 86)**

Commercial Insolvency:

Compensation Protection: Wages and Pensions:

20. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that unpaid claims for wages and vacation pay arising as a result of an employer's bankruptcy be payable to an amount not to exceed the lesser of \$2,000 or one pay period per employee claim. The funding of these claims should be assured by creating a super priority over secured claims to inventory and accounts receivable. The secured creditor or creditors should be able to assume the rights of the employees against the directors. (page 96)

21. The *Bankruptcy and Insolvency Act* not be amended to alter the treatment of pension claims. (page 99)

Debtor-in-Possession Financing:

22. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit Debtor-in-Possession financing. The Court should be given the jurisdiction to provide that the lien by the Debtor-in-Possession lender can rank prior to such other existing security interests as it may specify. As well, any secured creditor affected by such priority should be given notice of the Court hearing intended to authorize the creation of security ranking prior to its security. In deciding whether to authorize a Debtor-in-Possession loan, the Court should be required to consider the seven factors outlined by the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform in its March 2002 report. (page 103)

The Rights of Unpaid Suppliers:

23. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal, subject to the noted exception, the provisions that provide protection for unpaid suppliers of goods to bankrupt companies.

The provisions that protect the rights of farmers, fishers and aquaculturalists as suppliers should be retained. (page 111)

Cross-Border Insolvencies:

24. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to incorporate the United Nations Commission on International Trade Law Model Law on Cross-Border Insolvency. Consideration should be given to adding a reciprocity provision and provisions that would assure the creation of a creditors' committee, consisting of Canadian creditors, to protect their interests. The reasonable expenses of the members of this committee should be paid by the foreign debtor, if considered appropriate by the Canadian Court. (page 117)

Director Liability:

25. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to include a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors. (page 120)

Transfers at Undervalue and Preferences:

26. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to ensure consistent and simplified rules for challenging fraudulent preferences, conveyances at undervalue and other reviewable transactions. A trustee/monitor under a proposal should have the same powers as a trustee in bankruptcy. The Acts should provide a standard for challenging transactions that may affect the value of creditors' realizable claims. (page 123)

Bankruptcies by Securities Firms:

27. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify: the definition of "net equity;" the status of cash in the accounts of bankrupt securities firms; and the applicability of Part XII of the Act to electronic transactions. (page 125)

Financial Market Issues:

28. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to give the Court the right to exempt securities regulators from Court-ordered stays of proceedings in instances where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time. (page 127)

Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer:

29. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to separate clearly the personal liability of an insolvency practitioner from the liability of the debtors' estate. (page 130)

Executory Contracts:

30. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit disclaimer of executory contracts in existence on the date of commencement of proceedings under the Acts. This disclaimer should apply to all executory contracts, provided a number of conditions are met. In particular: the debtor should be obliged to establish inability or serious hardship in restructuring the enterprise without the disclaimer; the co-contracting party should be permitted to file a claim in damages in the restructuring; and, where a collective agreement is being disclaimed, the debtor should also have the burden of establishing that post-filing negotiations have been carried on, in good faith, for relief of too onerous aspects of the collective agreement and should establish in Court that the disclaimer is necessary in order to allow for a viable restructuring. (page 137)

31. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit trustees, Court-appointed receivers and monitors, if authorized by judgment, to assign executory contracts when appropriate, in connection with going concern transactions and on a liquidation basis, provided that two conditions are met: the proposed assignee is at least as

credit worthy as the debtor was at the time the contract was entered into; and the proposed assignee agrees to compensate the other party for pecuniary loss resulting from the default by the debtor or give adequate assurance of prompt compensation. (page 138)

Workers' Compensation Board Premiums:

32. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to return the treatment of Workers' Compensation Board premiums to that which existed prior to 1997. (page 143)

Interim Receivers:

33. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify the role of the interim receiver, and the duration and meaning of the term "interim." As well, the definition of "receiver" should be amended to include interim receivers when they operate in a manner similar to Court-appointed receivers. (page 145)

Going Concern and Asset Sales:

34. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the debtor, subject to prior approval of the Court, to sell part or all of its assets out of the ordinary course of business, during reorganization and without complying with bulk sales legislation. Similarly, the debtor should be permitted to sell all or substantially all of its assets on a going concern basis. On an application for permission to sell, the Court should take into consideration whether the sales process was conducted in a fair and reasonable manner and whether major creditors were given reasonable notice, in the circumstances, of the proposed sale and had input into the decision to sell. No such sale to controlling shareholders, directors, officers or senior management of the debtor having a significant financial interest in the purchaser or in the sales transaction should be permitted, other than in exceptional circumstances. (page 148)

Governance:

35. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the Court to replace some or all of the debtor's directors during proposals or reorganizations if the governance structure is impairing the process of developing and implementing a going concern solution. Moreover, prior to appointment, a trustee/monitor should disclose, to the Court, any business and legal relationships it has or has had with the debtor. The auditor or recent former auditor of the debtor should not be permitted to be the monitor. Furthermore, the monitor should not be permitted, in the event of a failed restructuring, to become the trustee or a receiver for a secured creditor. (page 150)

Plan Approvals:

36. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to require a trustee/monitor to provide, in connection with a request for Court approval of a reorganization plan, an opinion that, as a group, each of secured creditors and unsecured creditors are likely to receive no less under the plan than it would receive in a liquidation. Moreover, Section 54(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* regarding related parties should be incorporated in the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Finally, the Acts should be amended to provide the Court approving a reorganization plan with the power to approve a restructuring of the equity of the debtor, with or without shareholder approval. (page 152)

Priorities:

37. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to incorporate the priority rules in the *Bankruptcy and Insolvency Act*. (page 153)

Insolvency of Other Vehicles:

38. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to provide for the liquidation or the reorganization of a business trust. (page 155)

Income Tax:

39. The *Income Tax Act* be amended to provide that distress preferred share treatment for tax purposes be afforded to qualifying debt, for a specified period of time, by filing a notice of election with the Canada Customs and Revenue Agency. Moreover, on the consummation of a plan of arrangement, a debtor should be able to elect to use fresh start accounting for tax purposes, with tax obligations relating to the period prior to the date of bankruptcy addressed as pre-filing claims. (page 157)

Subordination of Equity Claims:

40. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the claim of a seller or purchaser of equity securities, seeking damages or rescission in connection with the transaction, be subordinated to the claims of ordinary creditors. Moreover, these claims should not participate in the proceeds of a restructuring or bankruptcy until other creditors of the debtor have been paid in full. (page 159)

Administrative Tribunals and Stays of Proceedings:

41. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to exempt, from the application of stays of proceedings and subject to Court discretion, all proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. The exemption should be granted where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time. (page 162)

Administrative and Procedural Issues:

Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy:

42. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to identify opportunities that will contribute to greater efficiency within the insolvency system, including efforts regarding the adoption of new technologies. (page 167)

43. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide the Superintendent of Bankruptcy with the authority to finance research and education programs from the account which contains unclaimed dividends and undistributed funds. Amounts that are unclaimed or undistributed after a two-year period should be used in this way. (page 169)

Consolidation of Insolvency Statutes:

44. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* continue to exist as separate statutes. (page 173)

Statutory Review of Insolvency Legislation:

45. The *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Winding-Up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act* be amended to require a review by a Parliamentary committee at least once every five years. (page 176)

A Specialized Judiciary:

46. The federal government consult with relevant stakeholders with a view to developing education and training programs that

would enable judges in Canada to develop specialized expertise in the area of insolvency law. (page 180)

Issues of Costs:

47. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal the Tariff of Costs. Instead, costs should be paid in accordance with civil Court tariffs as they apply from place to place throughout Canada. (page 183)

Conflicts of Interest:

48. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be reviewed in order to identify and eliminate any opportunities for the roles and responsibilities of insolvency practitioners to place them in a real or perceived conflict of interest. Moreover, in order to ensure that all practitioners fulfill their duties with a high level of integrity, the federal government should adopt guidelines for insolvency practitioners regarding professional conduct and conflicts of interest, expanding upon Rules 34 to 53 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* where appropriate. (page 185)

The Definition of Income:

49. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended in order to clarify the meaning of the term “total income.” As well, clarity – in the form of guidelines contained in a directive of the Superintendent of Bankruptcy – should be provided to trustees regarding the manner in which lump-sum settlements received after bankruptcy and before discharge should be divided between debtors and creditors. Finally, a bankrupt’s tax refunds received during a period to be determined by statute should be made available to the trustee for distribution to creditors. (page 189)

The Definition of Consumer Debtor:

50. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to raise the indebtedness threshold contained in the definition of “consumer

debtor” to \$100,000, with annual increases thereafter to reflect increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. Moreover, two years after the new indebtedness threshold comes into force, the federal government should initiate a review of the degree to which insolvent debtors are using the consumer proposal option rather than pursuing a commercial reorganization. (page 190)

Selection of the Bankruptcy Trustee:

51. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the debtor is required to submit to the Official Receiver his or her choice of a trustee to administer his or her bankruptcy. (page 193)

Non-Arm’s Length Creditor Voting Rights:

52. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide voting rights to non-arm’s length creditors who have been dealing with the debtor at non-arm’s length in the year prior to the bankruptcy, if they represent together more than 40% of the value of the total claims. In the event that the non-arm’s length creditors vote changes the outcome of the vote, any interested party should then seek leave of the Court to have the vote included. (page 196)

Debts Not Released by an Order of Discharge:

53. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require that fraud be proven in order for a debt to survive discharge from bankruptcy. Moreover, the provisions should apply to both debts for property and debts for services acquired through false pretences or fraudulent misrepresentation. (page 198)

Acknowledgements

I would like to express my personal thanks to the members of the committee who were available for many extended meetings in order to hear the evidence of all of the witnesses who appeared before us over the course of our study. Additionally, I would like to thank all of the witnesses who appeared before us, representing the various stakeholder groups. The quality of the evidence presented to us, both orally and in written submissions, and the ability of the witnesses before the committee to respond, on short notice, to often complex questions demonstrated their expertise and dedication to improving Canada's bankruptcy and insolvency laws. They were of great assistance to the committee in completing such a lengthy study in a very short period of time.

Particular mention must be given to the Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament and, in particular, the researcher for our committee, Ms. June Dewetering. June's work in assisting the committee to complete this report has been outstanding. I would also like to thank the Clerk of the Committee, Denis Robert, Senate support staff and translators who assisted the committee in completing this study in a very short time frame. The result is a review of Canadian insolvency legislation, and particularly the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act, that the committee hopes will be helpful to the federal government in drafting much needed legislation. Counsel for the committee, Mr. Yoine Goldstein, provided enormous assistance to the committee in addressing all of the many areas that required consideration and in advising the committee with respect to those areas of review that were particularly technical. It is no exaggeration to say that we could not have completed our work in the time and the way that we have without the benefit of his wisdom, experience and commitment.

I know I speak on behalf of our entire committee in saying; it is our sincere hope that the government will lose no time in acting to implement amended legislation in these areas. We look forward to our opportunity to review such legislation when it reaches the Senate for review.



Richard H. Kroft

Chair, Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN: A REVIEW OF THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT AND THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*

CHAPTER ONE: INTRODUCTION

Canada has a long history of insolvency legislation, beginning in 1869 with *An Act Respecting Insolvency*, which covered voluntary and compulsory bankruptcies, provided for compositions and applied only to traders. This legislation was followed by the *Insolvent Act of 1875*, which was repealed in 1880. For the next four decades, until the passage of the *Bankruptcy Act* in 1919, Canada lacked bankruptcy legislation of uniform application across the nation. Since then, Canadian bankruptcy legislation has been amended in a substantive manner in 1949, 1992 and 1997.

Furthermore, although not used frequently until the 1980s, the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) became law in 1933, with amendments made in 1997. The third pillar of insolvency legislation, the *Winding-up and Restructuring Act*, was passed in 1882. A fourth statute, the 1997 *Farm Debt Mediation Act*, was passed as the successor to the 1986 *Farm Debt Review Act*, and applies to the farming industry.

Numerous attempts have been made in the last three decades to amend Canada's bankruptcy and insolvency laws, and although six omnibus reform bills were introduced in Parliament between 1975 and 1984, none of the proposals became law. Moreover, during that period, a number of advisory committees examined various aspects of the laws and made recommendations for change. In view of the relative lack of success with omnibus legislation, however, a strategic decision was made to propose amendments in selected areas.

Numerous attempts have been made in the last three decades to amend Canada's bankruptcy and insolvency laws ...

Consequently, in June 1991, Bill C-22 was introduced in the House of Commons. The Bill, which came into force in November 1992, contained a provision requiring review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) by a Parliamentary committee three years after coming into force. With a statutory Parliamentary review required in 1995, Industry Canada – then the Department of Consumer and Corporate Affairs – established the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, with several working groups and task forces comprised of public and private sector representatives.

Designed as a forum in which priorities for reform to bankruptcy and insolvency laws could be discussed and in which consensus on policy recommendations might be reached, the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee made a number of recommendations that found legislative expression in Bill C-5, which was originally introduced in the first session of the Thirty-Fifth Parliament as Bill C-109.

Bill C-5 was introduced in the House of Commons in March 1996. The Bill proposed to amend the BIA with respect to: the licensing and regulation of bankruptcy trustees; the liability of trustees for environmental damage and claims; liability of directors and stays of action against directors during reorganizations; compensation for landlords where leases are disclaimed in a proposal under the BIA; procedures in consumer proposals; consumer bankruptcies; the dischargeability of student loan debt; Workers' Compensation Board claims; a requirement for bankrupts to contribute part of their income to the bankruptcy estate; international insolvencies; and securities firm insolvencies. The Bill also proposed amendments to the CCAA in order to align more closely the provisions of the CCAA and the BIA. Beginning in November 1996, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce reviewed Bill C-5, and recommended amendments that were adopted by the Senate and, subsequently, the House of Commons before the Bill received Royal Assent in April 1997.

Anticipating a five-year statutory Parliamentary review of the BIA and the CCAA, as required by Bill C-5, in 2001

and 2002 Industry Canada held consultations with stakeholders on a range of insolvency issues. Consumer insolvency concerns were also examined by the Personal Insolvency Task Force, an independent panel established in 2000 by the Office of the Superintendent of Bankruptcy with membership from the principal stakeholder groups.

The Personal Insolvency Task Force released its report in August 2002, while Industry Canada published its *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* in September 2002. A third insolvency statute – the *Winding-up and Restructuring Act* – is not subject to the current statutory Parliamentary review; nor is the fourth law, the *Farm Debt Mediation Act*.

With the knowledge gained through examination of previous amendments to the BIA and the CCAA, in May 2003 the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce began a review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* with a view to determining whether the legislation, as it is currently written, is meeting the needs of the full range of stakeholders: debtors, creditors, judges, lawyers, trustees and other insolvency practitioners, the Office of the Superintendent of Bankruptcy and – importantly – all Canadians through the impact of insolvency laws on our economy.

In the course of the Committee's study, we have heard from a wide range of groups and individuals: academics, a variety of practitioners, credit counsellors, labour unions, business groups and others. They have shared their invaluable insights about this enormously complex area: what is working, what is not, and how they think the BIA and the CCAA should be changed.

This report comments on the Committee's philosophy regarding the fundamental principles that should guide the design of insolvency laws in Canada, with particular reference to the two statutes that are the subject of this review: the BIA and the CCAA. It also discusses the socio-economic importance of insolvency legislation, and describes the magnitude and nature of the insolvency problem in Canada. Most importantly, the testimony presented to the Committee by witnesses, as well as

In the course of the Committee's study, we have heard from a wide range of groups and individuals: They have shared their invaluable insights about this enormously complex area: what is working, what is not, and how they think the BIA and the CCAA should be changed.

[W]e believe that the ideas [contained in Chapters 4 and 5 of the Personal Insolvency Task Force’s Report] have merit – particularly from the perspective of streamlining the process and of reducing costs –
...

our recommendations for changes to the statutes and conclusions reached, are highlighted.

Although no discussion or recommendations occur with respect to the procedural changes regarding consumer bankruptcies and proposals identified by the Personal Insolvency Task Force in Chapters 4 and 5 of its report, we believe that the ideas have merit – particularly from the perspective of streamlining the process and of reducing costs – and urge relevant stakeholders to engage in the discussions needed to achieve consensus about how they should be addressed in future amendments to our insolvency legislation.

Finally, a number of Appendices provide relevant background information. Appendix A summarizes the key elements of the *Winding-up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act*, which are not part of the Committee’s current review, while Appendix B notes changes over time to Canada’s main insolvency laws – the BIA and the CCAA – and provides a general discussion of how the insolvency process works for consumers and corporations. Appendix C summarizes the report published by Industry Canada following its consultations with stakeholders on administrative policy, commercial insolvency and consumer insolvency issues, and Appendix D concludes with brief details on selected aspects of insolvency legislation in other countries.

CHAPTER TWO: THE COMMITTEE'S PHILOSOPHY WITH RESPECT TO INSOLVENCY LAW

As the Committee began this study, we focussed on what we believe should be the fundamental principles guiding the design of insolvency laws in this country. Certain prerequisites for a well-functioning insolvency system continually struck us as important: fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness. These are all critical hallmarks to remember as legislative changes are proposed.

Canada's insolvency system must be – and must be perceived to be – fair. Fairness is an essential consideration not only for Canadians, but also for residents of other countries. It must be fair for debtors, who should be provided with tools to avoid bankruptcy if that is the best option or with a true “fresh start” when they are discharged from their bankruptcy, and for creditors, who extend credit with the expectation of full repayment on a timely basis or, when this circumstance does not occur, are provided with a predictable, fair and orderly means by which loss is both shared appropriately and minimized to the extent possible.

Moreover, it must be fair for judges, who should have both clear rules to guide their decision making and the flexibility needed to address the unique circumstances of each case, and for trustees, monitors and other insolvency practitioners, who also require comprehensive guidelines about their rights and responsibilities. It must also be fair for foreign entities, who may find themselves involved in a cross-border insolvency, and for Canadians more generally, who need a fair, predictable system that provides stakeholders with incentives to act with integrity and transparency in order that our economic system remains sound and facilitates prosperity for all.

The redistributive effects of bankruptcy must be considered from the perspective of fairness, since bankruptcy-related losses for creditors may lead to higher costs of credit for those who pay their debts fully and in a timely manner. In some sense, fairness would dictate that the burden faced by those who

Certain prerequisites for a well-functioning insolvency system continually struck us as important: fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness. These are all critical hallmarks to remember as legislative changes are proposed.

... the Committee believes that the insolvency system must be accessible to debtors – with any level of debt and in all regions of Canada – as a right, not a privilege.

pay their debts must not be too great because of the actions and omissions of those who do not.

As well, the Committee believes that the insolvency system must be accessible to debtors – with any level of debt and in all regions of Canada – as a right, not a privilege. In order for the system to be meaningful, it must also be accessible from the perspective of being easily understood by stakeholders. It should be, at least to some extent, flexible. Each situation of insolvency is different, and while uniformity and predictability generally are critically important, some flexibility is also needed so that judges can make the decisions required in the best interest of all stakeholders.

The Committee also believes that Canadian insolvency laws must be drafted in a manner that ensures a high level of predictability for all stakeholders, domestic and international. Everyone should have a clear understanding of how the insolvency process operates and the options that are available; consistency should enable the likely outcomes to be predicted with a relatively high degree of accuracy. Predictability will enable stakeholders to make the best possible choices given their particular circumstances: debtors to decide between bankruptcy and a consumer proposal or commercial reorganization, suppliers and creditors to assess the likely outcome of debtor default as a contributing factor in their decision about whether to supply and extend credit and at what cost, domestic and foreign investors about whether to make an investment, and judges to determine the most appropriate orders to be made and actions to be taken in particular circumstances, among others.

Canada's insolvency system must also be characterized by responsible behaviour and cooperation. Recognizing that insolvency often occurs for reasons unrelated to financial mismanagement, the system must provide incentives for debtors to behave responsibly in managing their finances and for creditors to act likewise in their granting of credit. Trustees and other insolvency practitioners must also fulfill their responsibilities in a conscientious manner. There must be

meaningful consequences for any party that fails to act in accordance with the law.

The parties must also be provided with the incentives needed to ensure that they act cooperatively, since cooperation is also a prerequisite for a well-functioning insolvency system: cooperation among debtors and their creditors as they attempt to negotiate a mutually acceptable restructuring arrangement, among the Court, debtors and creditors as reorganization plans are finalized, and among trustees, debtors and creditors as bankruptcy estates are administered. Canada's insolvency system is highly regarded internationally, in part because of its emphasis on cooperation.

The Committee feels, as well, that our insolvency system must be efficient and effective. It must consider the social and economic costs of bankruptcy and ensure that these costs are minimized and shared appropriately. Moreover, situations of insolvency must be resolved with the least possible cost to stakeholders; every action taken by trustees, monitors and others must have a useful purpose. The system must also facilitate the efficient reallocation of resources in the event of bankruptcy, incorporate incentives for proper behaviour by all stakeholders and meet the needs of all stakeholders in an ever-changing environment.

Throughout our hearings, the Committee was mindful that the emphasis in Canada has been on finding the proper balance between providing debtors with unmanageable debt with a reasonable opportunity to make a financial recovery or to have a "fresh start" following discharge from their bankruptcy and ensuring that creditors, to the extent possible, share the burden of loss appropriately. A fundamental issue underlying insolvency is that there are inadequate resources available to satisfy everyone and the situation is a zero-sum game: a fresh start for a bankrupt means that creditors do not fully recover the moneys owed to them, and the greater the share of assets allocated to any particular creditor or class of creditors, the smaller is the share of assets available for distribution to all other creditors or classes of creditors.

The Committee considers that in a society such as ours, and particularly as globalization continues, risk-taking behaviour

A fundamental issue underlying insolvency is that there are inadequate resources available to satisfy everyone and the situation is a zero-sum game: a fresh start for a bankrupt means that creditors do not fully recover the moneys owed to them, and the greater the share of assets allocated to any particular creditor or class of creditors, the smaller is the share of assets available for distribution to all other creditors or classes of creditors.

If we, as a society, support risk-taking behaviour because of the prosperity it brings, then we, as a society, must also be willing to bear the cost of failures – within reason – and to forgive instances where the taking of risks has a negative outcome.

contributes to success in a market-based economy; it is this behaviour that will help to ensure our prosperity as a nation and our place globally. Risk-taking behaviour, however, inevitably carries with it some failures. Data illustrating the extent to which the self-employed and small businesses experience financial difficulties show this fact to be true. If we, as a society, support risk-taking behaviour because of the prosperity it brings, then we, as a society, must also be willing to bear the cost of failures – within reason – and to forgive instances where the taking of risks has a negative outcome.

From this perspective, the manner in which a country addresses insolvency is tied to other decisions: about support for entrepreneurial behaviour as an engine of growth, about the promotion of education as a contributor to the well-educated workforce needed for the future, and about the extent to which safety nets are provided by governments to assist those who are less fortunate, among others. In this sense, a country's insolvency laws are framework legislation. They are a key indicator of how a country governs itself, its businesses and its citizens, and about its priorities for its future. These laws are also among those thought to be important for nations that participate in the global economy, since they regulate certain aspects of international commerce and are considered by those wishing to invest in Canada and make multinational corporate decisions.

The Committee has given consideration to the proper sharing of the burden of loss between debtors and creditors. We want a discharged bankrupt to have the best possible chance for future success and for a meaningful contribution to our economy and to our society. We also want to ensure, however, that due consideration is given to how the treatment of debtors affects others, including creditors, those who pay their debts in full and on time, and the Canadian economy more generally. In developing our recommendations, we continuously reflected on the extent to which our proposals would ensure that the fundamental principles of fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness are respected. We believe that our recommendations strike the appropriate balance.

CHAPTER THREE: INSOLVENCY LEGISLATION AND WHY IT IS NEEDED

A. The Socio-Economic Importance of Insolvency Laws

Bankruptcy and insolvency situations usually have devastating effects for everyone affected: the consumer or corporate debtor, family and friends, communities, unpaid suppliers, uncompensated – and perhaps unemployed – employees, creditors and shareholders, among others. A debtor's financial difficulties generally mean that shareholders lose value, unpaid suppliers and creditors may themselves face insolvency or bankruptcy, uncompensated employees may experience personal insolvency or bankruptcy, communities – particularly if they are small, have a single industry, and involve a number of affected suppliers and employees – probably will not thrive, even if they do survive, and governments at all levels potentially lose tax revenues as a consequence of reduced economic activity yet may face higher costs for employment insurance and social assistance.

In essence, insolvency laws exist in order to provide:

- debtors with an opportunity to obtain a discharge from their debts, subject to conditions, and thereby become productive and useful citizens free from an unsustainable debt burden, in essence to get a fresh start;
- a relatively quick, inexpensive method by which insolvent debtors can be compelled to give their non-exempt property to a trustee with a view to realizing these assets for the benefit of creditors;
- a mechanism for the orderly distribution of the non-exempt property of insolvent debtors among their creditors in order that the burden is shared appropriately;

Bankruptcy and insolvency situations usually have devastating effects for everyone affected: the consumer or corporate debtor, family and friends, communities, unpaid suppliers, uncompensated – and perhaps unemployed – employees, creditors and shareholders, among others.

... with an increased focus on global competitiveness, Canada's insolvency laws must be – and must be seen to be – effective and fair, and amendments to the laws must be made with efficiency and predictability in mind.

- an opportunity to investigate the affairs of bankrupts and to reverse any improper transactions that occurred prior to bankruptcy; and
- a framework within which the financial obligations of debtors can be compromised or restructured in order to avoid bankruptcy.

Canada's insolvency laws fundamentally contribute to the effective and efficient functioning of the marketplace, since their existence gives some security to all stakeholders, domestic and foreign. From a financial perspective alone, the fairness and predictability provided by these laws increase the amount of credit that is available and help to ensure that it is available at reasonable cost. In turn, the availability of credit at reasonable cost has implications for the levels of domestic and foreign investment, entrepreneurship and innovation, and personal investment and consumption.

In the event of financial difficulty, the timeliness, transparency and fairness with which assets can be redeployed to more productive and profitable uses affects economic performance and minimizes losses for creditors. Moreover, with an increased focus on global competitiveness, Canada's insolvency laws must be – and must be seen to be – effective and fair, and amendments to the laws must be made with efficiency and predictability in mind.

Of Canada's insolvency laws – the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Winding-up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act* – the two most important are the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) and the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA). The BIA applies to individuals and companies with unsustainable debt burdens, while companies can reorganize under either statute in the event of financial difficulty provided a \$5 million debt threshold is met with respect to the CCAA. The third statute – the *Winding-up and Restructuring Act* – is primarily used in situations involving financial institutions, while the fourth – the *Farm Debt Mediation Act* – applies to insolvent farmers; these latter two Acts are not part of the Committee's current review.

B. The Magnitude and Nature of the Problem

In developing an insolvency regime that is appropriate to the magnitude and nature of the insolvency problem, some consideration must be given to the circumstances giving rise to insolvency and its recurrence. The preferred option must surely be an identification of the reasons for insolvency, in order that preventive measures can be developed to assist consumers and corporations in avoiding financial difficulties. The public interest is thereby served.

In general, financial difficulties might occur for a number of economic and non-economic reasons, bearing in mind that non-economic reasons frequently have economic consequences. Studies have revealed the following factors as contributors to insolvency: unemployment; underemployment; retirement; compulsive spending; a change in marital, family or health status; substance addiction; gambling; loss of corporate market share; bad weather; international trade sanctions; and business failure which may cause personal insolvency. While also a potential cause of insolvency, financial mismanagement might more often be a contributing factor where one or more other factors also exist.

Individuals and corporations most often cannot control economic circumstances, while non-economic factors may be only partially controllable. Nevertheless, most agree that financial counselling designed to help individuals and businesses assess their attitudes and beliefs regarding credit and its uses, acquire money management and budgeting skills, and identify warning signs associated with financial difficulty are useful. This type of counselling, however, is perhaps most effective before financial difficulties occur. It is for this reason that many advocate money management and budget skills as a skill area that should be taught to high school students.

While some believe that the increased availability of reasonably priced credit is to blame for financial difficulties, it is perhaps more useful to examine the extent to which

The preferred option must surely be an identification of the reasons for insolvency, in order that preventive measures can be developed to assist consumers and corporations in avoiding financial difficulties.

... in a society where credit is important and readily available, a certain number of bankruptcies might be seen as a logical and inevitable consequence of credit availability.

consumer bankruptcies have been rising while the aggregate amount of consumer credit as a proportion of disposable income has been relatively stable.

The magnitude and nature of insolvency problems among Canadians and Canadian businesses have varied over time, largely in response to changing economic conditions, but perhaps also because the stigma of bankruptcy appears to have lessened somewhat. As well, in a society where credit is important and readily available, a certain number of bankruptcies might be seen as a logical and inevitable consequence of credit availability.

Studies reveal that, for some Canadians, their personal debt more than exceeds their annual disposable income. At present, the ratio of personal debt to annual disposable income exceeds 100%, an increase from 61% two decades earlier. The level of consumer indebtedness is thought to have risen by more than 238% over the 1981 to 2001 period, from \$262.4 billion (\$1997) in 1981 to \$625.6 billion in 2001. The changing debt-to-income ratio could reflect changing attitudes by debtors and creditors to risk, a more tolerant attitude toward bankruptcy and/or a reduced stigma associated with bankruptcy.

Over the 1966 to 2002 period, insolvency cases filed with the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) increased, on average, by 8.8% annually, although the highest annual average rates of increase occurred in the 1970s; since 1997 the rate has been 1.1%. There are relatively significant differences between the average rate of increase in commercial and in consumer insolvencies filed with the OSB.

Over the 1966 to 2002 period, the average annual rate of increase in consumer insolvencies was 11.4%, and in 2001 there were almost 93,000 consumer insolvencies or 2.98 per 1,000 Canadians. The average annual rate of increase in consumer insolvencies reached 22.6% in the 1970s before falling to about 7.5% in the 1980s and 1990s. Over the 1997

to 2002 period, the average annual rate of increase in consumer insolvencies was markedly lower, at 2.0%.

Since 1999, the number of consumer bankruptcies filed with the OSB has been rising, although consumer proposals are increasingly popular with debtors as a means of avoiding bankruptcy and protecting certain assets, such as their homes. The 1993 to 2002 period has seen a continuous increase in the number of consumer proposals filed with the OSB; the number of such proposals has increased from about 1,900 in 1993 to more than 15,200 in 2002, which represents an average annual increase of 25.9% over the period.

The average annual rate of increase in corporate insolvencies was 3.6% over the 1966 to 2002 period, about one-third the rate of increase in consumer insolvencies. The average annual rate of increase reached 8.0% in the 1970s and 6.0% in the 1980s before falling to -0.6% in the 1990s. The average annual rate of increase declined further to -4.7% over the 1997-2002 period, and reached -7.6% for 2001-2002.

Corporate proposals have also been popular over the 1993 to 2002 period; during this time, the number of these proposals has increased, on average, 14% annually. Since the mid-1970s, the majority of the Office of Superintendent of Bankruptcy's cases have been consumer insolvencies, and in 2002 corporate insolvencies represented 10% of all cases addressed by the OSB.

Ontario and Quebec have the largest number of insolvency cases filed with the OSB each year, both by consumers and by corporations. This fact is not surprising given their population size and the number of businesses operating there.

In 2002, the Atlantic region, Quebec and Alberta exceeded the national average in terms of consumer insolvencies per 1,000 residents aged 18 years and over, while Ontario, Manitoba/Saskatchewan and British Columbia were

below the national average. In that year, the national average was 3.8 per 1,000 residents aged 18 years and over.

In 2002, corporate insolvencies per 1,000 businesses exceeded the national average in the Atlantic region, Quebec and Alberta; the rate in Ontario, Manitoba/Saskatchewan and British Columbia was lower than the national average. In that year, the national average was 5.9 per 1,000 businesses. In 2002, most corporate insolvency cases arose in the services and wholesale/retail trade sectors; the lowest number of cases occurred in the finance, insurance and real estate, manufacturing and primary sectors.

The regional pattern is, therefore, consistent for both consumer and corporate insolvencies when population and business distribution are considered.

As noted above, the level and depth of insolvency and economic prosperity are linked. In 1992, the percentage of declared liabilities in insolvencies reached 1.75% of Gross Domestic Product. Although this percentage declined until 1999, since that time it has risen, reaching 1.5% in 2002. The increase is largely the consequence of corporate liabilities.

... the level and depth of insolvency and economic prosperity are linked.

C. *The Bankruptcy and Insolvency Act*

Canada's *Bankruptcy and Insolvency Act*, which applies to commercial and consumer – or corporate and personal – insolvencies, provides a number of options for debtors who find themselves with an unsustainable debt burden, including bankruptcy in either case, and proposals for consumers and reorganizations for commercial enterprises, depending on the debtor's degree of financial difficulty.

Consumers and corporations who are in financial difficulty may make a proposal to their creditors – a “consumer proposal” or a “reorganization,” as the case may be – to restructure their debt. This restructuring generally involves the acceptance of partial payment in fulfillment of debt and/or payments over a longer period of time. With this option, debtors retain control of their assets and creditors generally recover a greater amount; the consumer or corporation can continue to function and, hopefully, return to financial viability. Creditors generally have an incentive to agree to a proposal or reorganization if they expect that a greater return could be realized than if the consumer or corporation were to become bankrupt.

To be eligible to make a consumer proposal, an individual's debts cannot exceed \$75,000, excluding the mortgage on a principal residence, and he or she must have adequate resources to enable the development of a fair and realistic proposal. Consumer proposals are not binding on secured creditors; these creditors retain their right to realize on their security if timely payments are not made. Commercial proposals can be filed regardless of the amount of indebtedness, and secured creditors are similarly able to realize on their security if timely payments are not made.

The BIA contains incentives that encourage insolvent debtors to make a proposal rather than pursue bankruptcy. For example, some consumer bankrupts are required to make surplus income payments to their estate, which provides less

Creditors generally have an incentive to agree to a proposal or reorganization if they expect that a greater return could be realized than if the consumer or corporation were to become bankrupt.

The BIA, with its structured system for consumer proposals, corporate reorganizations, and bankruptcies, is thought to ensure a relatively predictable and consistent outcome.

flexibility than a consumer proposal that provides the debtor with more flexibility regarding payments. Moreover, the trustee is required to report – prior to discharge from bankruptcy being granted – whether the debtor could have made a feasible consumer proposal; if so, the Court may grant a conditional discharge and the conditions imposed may resemble the payment arrangements in a proposal.

Where there is no reasonable hope of returning to financial viability, insolvent consumers and corporations may declare bankruptcy. Alternatively, creditors may request that insolvent consumers or corporations be placed in bankruptcy. In situations of bankruptcy, the process serves a number of functions:

- it provides a mechanism for liquidating the debtor's assets for the benefit of creditors;
- it enables the debtor to start over without the burden of unsustainable debt; and
- it allows assets to be re-allocated for use in an environment where profitability may exist.

The BIA, with its structured system for consumer proposals, corporate reorganizations and bankruptcies, is thought to ensure a relatively predictable and consistent outcome.

D. *The Companies' Creditors Arrangement Act*

Corporate reorganizations that involve in excess of \$5 million in debt can occur under either the BIA or the *Companies' Creditors Arrangement Act*; consumer proposals are not possible under the CCAA. At one time, the BIA contained reorganization provisions only for companies that were bankrupt; for those that were insolvent but not bankrupt, reorganization under the CCAA was possible. At present, reorganization for insolvent corporations can occur under either statute, although the \$5 million debt threshold must be met with respect to the CCAA.

The CCAA provides a relatively flexible framework that allows for reorganizations – rather than the relatively more specific rules under the BIA – and allows the Court a fairly high degree of discretion in determining how best to resolve the cases before it. The statute itself is short and relatively few guidelines are provided.

With the proclamation of Bill C-5, the CCAA was amended to align procedures under it more closely with those under the BIA.

The CCAA provides a relatively flexible framework that allows for reorganizations – rather than the relatively more specific rules under the BIA – and allows the Court a fairly high degree of discretion in determining how best to resolve the cases before it.

CHAPTER FOUR: THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON CONSUMER INSOLVENCY ISSUES

A. Federal Exempt Property

When an individual becomes bankrupt and a trustee takes possession of the debtor's property in order to satisfy creditors, certain classes of property – exempt property – continue to belong to the debtor. There is a public policy rationale underlying these exemptions: these types of goods are required as basic necessities of life for the debtor and his or her family, and assist in the debtor's reintegration into society.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) establishes three categories of exempt property:

- property held by the bankrupt in trust for others;
- Goods and Services Tax credit payments and prescribed payments related to the personal needs of individuals; and
- property of the bankrupt that is exempt from seizure under provincial/territorial law where the property is situated and the bankrupt resides.

This third category – provincial/territorial exemptions – varies across jurisdictions. Nevertheless, there are certain similarities. For example, the following assets are generally considered to be exempt property, often up to some monetary limit: food; furniture; appliances; medical devices; tools required to earn an income; and a vehicle. Some jurisdictions provide an exemption for equity in real estate, while others do

There is a public policy rationale underlying [exempt property]: these types of goods are required as basic necessities of life for the debtor and his or her family, and assist in the debtor's reintegration into society.

... the types and values of exempt assets do vary somewhat, and some have not been updated to reflect increases in the cost of living or societal changes.

not. That being said, the types and values of exempt assets do vary somewhat, and some have not been updated to reflect increases in the cost of living or societal changes. Assets in life insurance Registered Retirement Savings Plans are also exempt from seizure under provincial/territorial law.

Since 1970, when the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – recognized the benefits of a list of federal exempt property and saw no constitutional barriers to its existence yet supported continuation of provincial/territorial exemptions, there has been debate about whether a list of federal exempt property should exist, either as a substitute for lists of provincial/territorial exempt property or as an alternative to them.

Supporters of lists of provincial/territorial exempt property argue that the current system allows needed consideration of regional variations in the cost of living and property use. Opponents, on the other hand, believe that lists of provincial/territorial exempt property are inconsistent with a fundamental premise of Canada’s insolvency legislation: that bankrupts and their creditors should be treated identically, regardless of residence or place of business. They believe that the current system lacks uniformity and can create inequities in the treatment of debtors; in extreme cases, it may encourage debtors to survey the lists of exempt property in all provinces/territories – in essence, to “forum shop” – and to move to the jurisdiction with the most generous list of exempt property before filing for bankruptcy. Consistent with this view, federally determined exempt property with specified monetary amounts should apply, in the same way that the Superintendent of Bankruptcy’s directive with respect to surplus income is applied consistently across the country.

Witnesses provided the Committee with a range of views on the issue of federal exempt property: for, against, and as an option. The Personal Insolvency Task Force recommended a list of federal exempt property, as an alternative to provincial/territorial exempt property, that could be selected by debtors when filing for bankruptcy:

- apparel and household furnishings, to a maximum value of \$7,500;
- medically prescribed aids and appliances, and medication for use or consumption by the debtor or his or her family;
- one motor vehicle, to a maximum value of \$3,000 in equity;
- tools of the trade and professional books, exclusive of motor vehicles used in trade or business, to a maximum value of \$10,000 in equity;
- equity in a debtor's residence, to a maximum of \$5,000, with each debtor entitled to the full exemption in cases of joint filing; and
- real and personal property used by a debtor whose livelihood is derived from farming, fishing, forestry and other activities related to the natural resource sector to a value of not less than \$10,000 and not more than \$20,000 in equity, as governed by provincial/territorial law.

Furthermore, the Task Force recommended that the value of the exempted assets be periodically adjusted to reflect increases in the cost of living. This could occur by regulation under the BIA or, preferably, by exercise of the Superintendent's directive powers. "Trading" among different categories of exemptions – what is known as a "wild card" exemption and is an American practice – was not recommended.

Professors Ziegel and Telfer, representing a number of professors of law, voiced support for the notion of an optional list of federal exempt property, as did the Canadian Bar Association, although the latter told the Committee that it is concerned about the complexities that could be introduced with two exemption schemes. The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada generally supported the Task

Force’s proposal since, in their view, “[t]his federally prescribed list of exemptions [would] bridge the disparity that currently exists among provincial exemption levels on specific assets.” They also told us that “the bankrupt must choose either one system or the other and not be allowed to ‘cherry pick’ between the federally and provincially prescribed exemptions.”

Some of the Committee’s other witnesses, however, argued that a federal list would not adequately recognize regional variations and would not ensure uniformity across Canada, but would add complexity. Omega One Ltd. told the Committee that a parallel system of federal exempt property would “add complexity for little apparent benefit. Debtors ... in provinces with lower exemptions [would] likely adopt the proposed federal exemptions as a routine choice. The federal scale [would] become the *de facto* scale for those provinces. Residents of provinces with generous exemptions [would] ignore the proposed federal *schema*. There [would] remain unequal protection across Canada.” In fact, in its view, irregularities regarding property rights would be created within some provinces/territories.

Advocis, formed through the merger of the Canadian Association of Insurance and Financial Advisors and the Canadian Association of Financial Planners, also does not support a list of federal exempt property. The organization told the Committee that the BIA should continue to incorporate provincial/territorial exempt property by reference; the BIA should not override those exemptions.

The Canadian Bankers Association advocated one system of property exempt from seizure, whether the provincial/territorial lists that already exist or the development of a federal list. In its view, the BIA should either maintain the status quo or include a federal list of exempt property, but not both; the bankrupt should not be able to choose between a federal list and a provincial/territorial list. The Association believes that allowing choice “would not eliminate any regional discrepancies and it would add more complexities to the process for little apparent benefit.”

... we believe that a federal list of exempt property should be available as an option for bankrupts.

While the Committee respects the arguments made by witnesses who supported only a list of provincial/territorial exempt property and those who believed that the law should clearly provide for either provincial/territorial exempt property or federal exempt property but not both, we believe that a federal list of exempt property should be available as an option for bankrupts. In our view, the bankrupt should select either the federal list or the provincial/territorial list of exempt property in their locality in its entirety and at the point of filing for bankruptcy. Moreover, recognizing the argument made by some witnesses about the extent to which the value of the assets in the provincial/territorial lists have not been updated over time, we believe that adjustments should be made annually in order to recognize the effects of inflation. We feel that providing bankrupts with this option would help to ensure the fairness that we are seeking in our insolvency system, and for this reason the Committee recommends that:

We feel that providing bankrupts with [the option of a list of federal exempt property] would help to ensure the fairness that we are seeking in our insolvency system ...

The Bankruptcy and Insolvency Regulations be amended to provide a list of federal exempt property. The debtor should be required to choose, at the time of filing for bankruptcy and in its entirety, either the list of federal exempt property or the list of provincial/territorial exempt property available in his or her locality. The value of the property in the list of federal exempt property should be increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index.

B. Exemptions for RRSPs and RESPs

... since federal and provincial/territorial pension and insurance laws make registered pension plans and insurance policy proceeds exempt from execution and seizure, benefits from registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) associated with life insurance policies are generally exempt from seizure in bankruptcy.

Under the BIA, the property of a debtor which is exempt from seizure in bankruptcy under the laws of the province/territory in which the property is situated and the bankrupt resides is not part of the bankrupt's estate and is not available for distribution to creditors. Consequently, since federal and provincial/territorial pension and insurance laws make registered pension plans and insurance policy proceeds exempt from execution and seizure, benefits from registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) associated with life insurance policies are generally exempt from seizure in bankruptcy. That being said, there are a limited number of cases in which a debtor with exempt RRSP savings has been obliged, as a condition of discharge, to collapse a portion of his or her RRSP and to contribute the after-tax proceeds to the trustee for distribution to creditors. In Quebec, RRSPs convertible to annuities held by trust companies are also exempt.

Other types of RRSPs – such as those held by banks, brokerages or in self-directed funds, or what might be termed “non-insurance” – are generally non-exempt, unless for example they are locked in by virtue of the RRSP funds having been transferred from a pension fund on termination of employment. If the holder of a non-insurance RRSP that is not locked in becomes bankrupt, the funds become the property of the trustee and are available for distribution to creditors.

Arguments both for and against extending an exemption from seizure in bankruptcy to all RRSPs exist. Supporters point to the public policy objective of helping Canada's citizens to save for their retirement. From this perspective, if the federal government feels that this undertaking is sufficiently worthwhile that it is willing to provide tax assistance for retirement savings, then it is logical to protect retirement savings from seizure in bankruptcy, and to protect all forms of retirement savings to the same extent. This protection may be particularly important for those

employees who do not have an employer-sponsored registered pension plan and for self-employed individuals.

Opponents, however, note that exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy would reduce the moneys available for distribution to creditors. They also observe that non-locked-in RRSPs can be used for purposes other than retirement, and that RRSP holders have the option to purchase an insurance RRSP and thereby protect those assets from seizure. Finally, opponents believe that RRSPs are a form of investment and should not be treated differently than other investments; if RRSPs are exempt from seizure in bankruptcy, then other investments should be similarly exempted.

Witnesses provided the Committee with recommendations both for and against exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy. The Personal Insolvency Task Force pointed out that the federal government has made a policy choice in deciding to provide individuals with an incentive to save for their retirement. In particular, incentives exist through the exempt status given to registered pension plans and the tax treatment of registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans, among others. It argued that “it would be inappropriate if the bankruptcy system treated RRSPs in exactly the same way as pensions ... because there are several key differences that call for different treatment.” For example, pension contributions are usually compulsory, periodic and fixed in amount, while RRSP contributions are voluntary, often irregular and self-determined in amount. As well, registered pension plans generally cannot be accessed until retirement, while RRSPs can be collapsed at any time, unless they are locked in, and may be used for reasons unrelated to retirement.

While the Task Force believed that “the BIA ought not to be available for strategic use by those who intend to shelter their assets from the reach of impending or foreseeable creditors,” it also shared the view that “[i]t would be consistent with both retirement and bankruptcy policies if bankruptcy legislation afforded exempt status to RRSP

Opponents, however, note that exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy would reduce the moneys available for distribution to creditors.

savings that have accumulated through prudent retirement savings practices before the period of insolvency.” Consequently, the Task Force recommended that legislative change occur in order that RRSPs would be eligible for exemption in bankruptcy, subject to a number of requirements, including: locking in to ensure that funds are used, subject to exceptions in cases of financial hardship, for retirement; non-exempt status for contributions made in the three years prior to bankruptcy in order to prevent strategic behaviour and to allow seizure of those moneys that reasonably could have been used for debt repayment; treatment of the proceeds from a locked-in RRSP as income subject to surplus income standards; and a cap on the exemption, tied to the debtor’s age and the maximum RRSP contribution limit in the year of bankruptcy, so that older bankrupts would be able to protect more of their retirement savings.

The Canadian Bar Association expressed general support for the Task Force’s proposal, but advocated a two-year clawback and no cap; if a cap were to be imposed, however, the Association felt that it should be adjusted periodically. It supported locking in until retirement because “[a] policy that helps to discourage withdrawals prior to retirement would be socially beneficial ... [T]here is no policy justification for exempting savings accounts not earmarked for retirement.” Similarly, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada were generally supportive of the Task Force’s position, but argued for a clawback of the lesser of the contributions in the three-year period and the realizable value in the RRSP at the end of bankruptcy.

An exemption for RRSPs was also supported by the Canadian Federation of Independent Business, which told the Committee that the majority of its members are “clearly in favour.” Advocis also indicated that equitable treatment of retirement savings should occur, and suggested that “[i]ndividuals who save for their retirement in whole or in part through RRSPs or [Deferred Profit Sharing Plans] or who receive retirement income from [Registered Retirement Income Funds] or annuities funded by proceeds from those

registered plans should enjoy similar protection from creditors as individuals who fund their retirement through [registered pension plans].” Protection would be made available to a larger number of individuals, which may be of particular benefit to employees of small employers, who may lack a registered pension plan, or self-employed individuals with a modest income.

The organization also believes that income acquired from an RRSP, Deferred Profit Sharing Plan (DPSP) or Registered Retirement Income Fund (RRIF) should be protected to the same extent as pension income from a registered pension plan. It also commented on the Task Force’s recommendation regarding non-exempt status for contributions made in the three years prior to bankruptcy. In particular, it rejected “the presumption of the [Task Force] that all new contributions to a protected RRSP made within three years preceding bankruptcy will be fraudulent conveyances intended to defraud a creditor.”

In the view of the Alberta Law Reform Institute, “[t]here is an unfairness in [the] exposure of non-insurance RRSPs, compared to the virtually complete protection of insurance RRSPs and annuities, and most pensions.” In essence, the Institute believes that “insurance and non-insurance RRSPs, DPSPs and RRIFs . . . , and obligations to pay money out of such plans, should be totally exempt from all judgment creditors’ remedies. No distinction should be drawn among remedies nor should the exemption be different between insurance and non-insurance products.” Finally, noting that many – and perhaps most – debtors have no RRSP or have already collapsed it, the Institute argued that the “practical impact of a total exemption is likely to be minimal in most situations.”

The Canadian Bankers Association shared with the Committee its view that a level playing field should be created among retirement savings and income products and indicated that the law should “[make] such products either subject to seizure in bankruptcy or exempt from seizure in bankruptcy.”

[The Committee was told that with an exemption for RRSPs, protection] would be made available to a larger number of individuals, which may be of particular benefit to employees of small employers, who may lack a registered pension plan, or self-employed individuals with a modest income.

The Committee found arguments made by those witnesses who urged uniformity of treatment of retirement savings quite compelling.

The Association advocated additional research to determine if an exemption of non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy is an issue that needs to be addressed through legislative amendment.

The Committee found arguments made by those witnesses who urged uniformity of treatment of retirement savings quite compelling. In our view, the public interest is served when Canadians save for their retirement. While some Canadians are able to do so through a registered pension plan available as deferred compensation from their employer – perhaps augmented by private savings and Registered Retirement Savings Plans – those who do not have access to a registered pension plan and those who are self-employed must rely on RRSPs.

As noted above, proceeds from a registered pension plan and some RRSPs – notably those associated with insurance policies and those that are locked in – are generally protected from seizure. The Committee is concerned about the inequity: the inequity between the treatment of registered pension plans and RRSPs, and the inequity between insurance RRSPs and non-insurance RRSPs. In our view, with this differential treatment in the latter case, there is some danger that protection would be given only to those RRSP holders who perhaps were debtors anticipating a future bankruptcy or who had received more expert financial advice. That being said, we are also fully aware of the differences that exist between registered pension plans – which are deferred compensation – and most RRSPs – which are a retirement savings vehicle that generally cannot be viewed as deferred compensation. Moreover, we are also aware that registered pension plans provide primarily retirement benefits and that contributions are locked in until that time, while funds in RRSPs that are not locked in can currently be used for purposes that are not restricted to retirement, since they can also be used for home purchases and education under certain circumstances or collapsed and used for other purposes.

In the past, in particular during our examination of Bill C-5, the Committee expressed support for exempting all

RRSPs from seizure in bankruptcy, subject – of course – to appropriate measures to prevent abuse. In seeking uniform treatment that would make exemption rules more equitable and provide consistent protection to all RRSPs, regardless of their type, we urged the federal government to address the inequities that exist between insurance and other RRSPs.

The Committee’s views have not changed. We continue to believe that amendments are needed to ensure fairness. Fairness to debtors requires equitable treatment among retirement savings vehicles, while fairness to creditors requires that RRSPs be locked in and that contributions in the year prior to bankruptcy – when the funds could reasonably have been used to pay debts – be available to satisfy their claims. From this perspective, the Committee recommends that:

Fairness to debtors requires equitable treatment among retirement savings vehicles, while fairness to creditors requires that RRSPs be locked in and that contributions in the year prior to bankruptcy – when the funds could reasonably have been used to pay debts – be available to satisfy their claims.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in all Registered Retirement Savings Plans from seizure in bankruptcy, provided that three conditions are met: the Registered Retirement Savings Plan is locked in; contributions made to the Registered Retirement Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors; and the exempt amount is no greater than a maximum amount to be set by regulation and increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index.

Education Savings Plans, previously known as Scholarship Trust Plans, have existed in Canada for more than four decades as a vehicle to save funds to finance the cost of future post-secondary education of children. Capital was returned to the plan holder, while the income on the capital was paid in the form of a scholarship to students pursuing post-secondary studies at a degree-granting institution. Income earned in the Plan was attributed to the plan holder as earned income, and was taxed. During the 1970s, tax sheltering for funds held in these Plans resulted in the development of Registered Education Savings Plans (RESPs).

Except in special circumstances, proceeds from an RESP may only be used to finance post-secondary education.

In 1998, the federal government created the Canada Education Savings Grant (CESG), which has increased participation in RESPs. Under the program, the government matches up to 20% of the first \$2,000 contributed annually by Canadian residents to an RESP. The Grant may only be paid to students attending approved post-secondary institutions. By the end of 2000, there were approximately 1.7 million RESP contracts with more than \$7.1 billion in assets under administration, up from about 700,000 contracts with about \$2.4 billion in assets three years earlier.

In the event that the RESP plan holder becomes bankrupt, the trustee withdraws the contributions made by the plan holder and the Canada Education Savings Grant is returned to the federal government.

Believing that RESPs serve the public interest by encouraging a more highly educated population, some have argued that RESP funds should be exempt from seizure in bankruptcy; in their view, federal assistance to RESPs and support through the CESG indicate the importance that is placed on education. Others, however, suggest that granting such an exemption would disadvantage creditors by reducing the moneys available for distribution to them and eroding the principle of a fair distribution of assets in bankruptcy. As well, in their view, RESPs could be viewed as an investment, which should receive the same treatment in bankruptcy as other investments.

Believing that RESPs serve the public interest by encouraging a more highly educated population, some have argued that RESP funds should be exempt from seizure in bankruptcy ...

The Committee received testimony from the RESP Dealers Association about the treatment of Registered Education Savings Plans when the plan holder becomes bankrupt. The Association suggested that, with the rapidly increasing costs of post-secondary education, “RESPs are often the only secure investment vehicles that children have to fund their post-secondary education needs. Against this background, all funds (principal, interest, CESG) should be

fully protected and shielded from creditor seizure in the event of a bankruptcy filing.” In its view, “the concept of shielding RESPs from creditor seizure is akin to shielding life insurance policies which already receive protection.” According to the Association’s calculations, the maximum that would be shielded from creditors over a span of an average Plan duration of 15 years would be \$19,649 in principal, interest and Canada Education Savings Grant contributions.

The Association also noted the need to strike an “equitable balance ... between the promotion of consumer protection rights and securing the rights of creditors.” From this perspective, it recommended that any new RESP opened, or any non-standard principal contributions made, within one year or less of the date of bankruptcy filing should not be accorded any level of protection. Finally, because of the existence of different client categories, it recommended different levels of protection for the custodial parents of a beneficiary and persons other than the custodial parents of the beneficiary.

The Committee, too, supports the notion of a highly educated workforce and believes that there is a federal role in this regard. In our view, however, it is not appropriate for the funds in an RESP to be entirely protected from seizure in the event of the plan holder’s bankruptcy. In addition to the CESG, the federal government has a variety of grants and loans that assist students in pursuing post-secondary education. In this instance, our focus is on fair treatment for both creditors and the beneficiaries of RESPs. Fairness for creditors suggests that the moneys available for distribution to them should be as great as is reasonably possible, while fairness for the beneficiaries of RESPs suggests that they should be able to access moneys that have been saved for their education. We believe, as we did with RRSPs, that the funds should be locked in as a means of ensuring that they are used for the intended purpose – education – and that contributions in the year prior to bankruptcy should be available to satisfy creditors claims, since those contributions

In our view, however, it is not appropriate for the funds in an RESP to be entirely protected from seizure in the event of the plan holder’s bankruptcy.

could reasonably have been available to pay debts.
Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in a Registered Education Savings Plan from seizure in bankruptcy, provided that two conditions are met: the Registered Education Savings Plan is locked in; and contributions made to the Registered Education Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors.

C. Reaffirmation Agreements

A reaffirmation agreement is an agreement between a bankrupt and his or her creditor(s) to reaffirm – or revive – responsibility for pre-bankruptcy debts that have been discharged. Reaffirmation can occur through conduct or through express agreement. The first type of reaffirmation occurs when the bankrupt continues to make payments to creditors following the discharge of the relevant debts; the Court has interpreted this conduct by the bankrupt as re-establishing his or her promise to make payments. The second type of reaffirmation occurs when bankrupts expressly enter into written agreements with creditors to repay discharged debts. The Court is likely to enforce these agreements where sufficient or new consideration is offered, such as the granting of new credit.

A number of considerations exist with respect to such agreements. One issue is the extent to which reaffirmation agreements of either type are occurring within Canada. No data are available, although anecdotal evidence suggests that reaffirmation is occurring as a condition of new credit. As well, there may be reasons why a discharged bankrupt might want to make payments voluntarily; consider, for example, loans that have been made by relatives or creditors with whom the debtor has had a longstanding relationship. There is some concern that reaffirmation of discharged debt undermines the fresh start principle, although it may be the sole means by which a bankrupt can obtain credit and in some cases may be in the best interest of both parties.

At present, the BIA is silent on the issue of reaffirmation agreements, although the Court has permitted such agreements in certain circumstances.

The Committee received arguments from witnesses both for and against reaffirmation agreements. Regarding reaffirmation by conduct, the Personal Insolvency Task Force told the Committee that “bankrupts did not, in general, intend to reaffirm their pre-bankruptcy promises; instead, they

No data are available, although anecdotal evidence suggests that reaffirmation is occurring as a condition of new credit.

[The Committee learned that] there is also the danger that discussions between debtors and creditors may occur at a point of relative vulnerability of debtors, who might be susceptible to pressure.

probably continued to make the payments in order to retain possession of the leased or mortgaged asset and did not appreciate that they were reaffirming their covenant to pay.” It recommended that reaffirmation agreements in respect of unsecured transactions be prohibited in all circumstances and prohibited except subject to certain conditions in respect of secured transactions; the conditions are related to such matters as the possession of the asset when the written reaffirmation agreement is signed, limits on the amount that can be reaffirmed, time limits within which reaffirmation can occur, and an opportunity for a bankrupt to rescind a reaffirmation within a certain period of time.

The Task Force also believed that it should be an offence, under the BIA, for a creditor who knows about a bankrupt’s discharge to accept payment of any indebtedness released upon the bankrupt’s discharge, except in certain circumstances, including voluntary payments made by a discharged bankrupt to a relative. Moreover, it recommended that reaffirmation not occur through the continuation of payments or through any other conduct, since decisions by bankrupts in this regard may be uninformed. In general, the Task Force’s view was that reaffirmations are inconsistent with the fresh start principle. There is also the danger that discussions between debtors and creditors may occur at a point of relative vulnerability of debtors, who might be susceptible to pressure.

Supporting the general thrust of the Task Force – if not its recommendations, which they view as too complex and probably unworkable in practice – Professors Ziegel and Telfer shared their view that “abuses in reaffirmation agreements need to be curbed.” They identified the need for further study of existing reaffirmation practices in Canada.

The Canadian Bar Association supported only the Task Force’s proposal with respect to reaffirmation by conduct, arguing that “[r]eaffirmation should not occur through unconscious or unknowing acts,” and expressed concern about limiting the individual autonomy of Canadians without exploring other, less intrusive, means of controlling the alleged

abuse. In its view, “there is insufficient evidence or justification at this time to warrant regulating voluntary reaffirmations at all.”

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, on the other hand, did not support the Task Force’s position, and advocated greater study into the scope and frequency of reaffirmation agreements and the correct policy response.

Omega One Ltd. told the Committee that, in its opinion, there are “very few attempts by arm’s-length creditors to obtain payment for an unsecured debt that was previously discharged by bankruptcy. ... In our experience, this practice (while very rare) is usually generated by a customer request. ... Canadian credit providers will usually accept gratuitous repayment for previously discharged debts, but the offer must come from the customer and there must be no coercion.” Perceiving that this situation is not problematic, the organization felt that legislative provisions are unnecessary.

The Canadian Bankers Association, too, argued that “[t]here should be no legislation put in place to prohibit such agreements. It should be left to individual consumer choice whether they wish to repay a debt after that debt has been extinguished. ... Some borrowers want to redeem their standing with a particular creditor and this should be allowed.” It suggested that credit counselling can be used to “prevent unscrupulous creditors from taking advantage of bankrupts.”

The fresh start principle is a hallmark of insolvency law in Canada. From this perspective, individuals who declare bankruptcy are able to begin again, with only their non-dischargeable debts. Reaffirmation agreements are inconsistent with this principle. In the Committee’s opinion, banning reaffirmation agreements is simple, consistent with the fresh start principle and supports the objective of fairness in the distribution of assets, which would be undermined if

In the Committee’s opinion, banning reaffirmation agreements is simple, consistent with the fresh start principle and supports the objective of fairness in the distribution of assets ...

some creditors continued to receive payment under such an agreement but others did not. This approach would also contribute to the goal of predictability, since reaffirmation agreements would be disallowed in all cases. For these reasons, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit reaffirmation by conduct or by express agreement.

D. Summary Administration

Canada has had a simpler and less expensive bankruptcy process for consumer debtors with few assets since 1949. Before the 1992 amendments to the BIA, only debtors with assets valued at less than \$500 could use the summary administration – or simplified – process. Recognizing, however, that many debtors had minimal exempt unsecured assets and that a simpler, less expensive bankruptcy process was needed for them, amendments to the BIA in 1992 raised the asset threshold to \$5,000, thereby enabling more debtors to use the simplified process. Since then, the asset threshold has been increased again, to \$10,000, and the summary administration procedure was used in more than 96% of the bankruptcies administered by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in 2002, an increase from 83.2% in 1987.

In the summary administration process, some of the requirements of the ordinary process are either streamlined or eliminated; for example, newspaper bankruptcy notices are not required, creditor meetings are held only on request and there is no requirement that inspectors be appointed. The trustee does, however, hold an initial assessment interview with the debtor, send documents to creditors and prepare a report that includes information on the bankrupt's affairs, the causes of the bankruptcy, the debtor's conduct before and after the bankruptcy, and a recommendation regarding whether the debtor should be automatically discharged after nine months in bankruptcy. The OSB and creditors may oppose the trustee's recommendation and/or the debtor's discharge.

The ordinary administration procedure is used where the bankrupt's realizable assets will exceed \$10,000. With this process, creditors meet and may confirm the appointment of the trustee selected by the debtor or may appoint a trustee selected by them. They may provide the trustee with directions about the administration of the bankrupt's estate, and may vote on the appointment of inspectors to assist the trustee.

... the summary administration procedure was used in more than 96% of the bankruptcies administered by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in 2002, an increase from 83.2% in 1987.

We believe ... that there is a need not only to take action to minimize the number of bankruptcies, but also to ensure that cases that do arise are addressed as effectively and efficiently as possible, while ensuring the ongoing integrity of the insolvency system.

As noted earlier, the Personal Insolvency Task Force made a number of recommendations for change regarding procedural issues in consumer proposals and bankruptcies, many of which would provide a more streamlined and less costly process if adopted, since they would allow the parties involved to choose their level of involvement on the basis of “by exception rather than by rule.” The recommendations are not discussed here, but are presented in Chapters 4 and 5 of its report.

In presenting its view on the summary administration process, the Canadian Bankers Association suggested that the Task Force’s proposal “provides a reasonable balance between keeping costs down and protecting the integrity of the process.” It, too, identified the cost savings that would likely result with streamlining, and noted that these savings should increase disbursements to creditors. Describing the proposed changes as “reasonable and appropriate,” the Canadian Bar Association also advocates the adoption of the recommendations in Chapters 4 and 5 of the Task Force’s report. Finally, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada argued for an increase in the asset value permitted under summary administration to \$15,000. They believed that the amount should be “updated so as not to exclude people unnecessarily.”

The Committee is aware that bankruptcy cases are rising in Canada, that the Office of the Superintendent of Bankruptcy is facing resource constraints, and that more cases generally means higher costs – both economic and societal – for all. We believe, therefore, that there is a need not only to take action to minimize the number of bankruptcies, but also to ensure that cases that do arise are addressed as effectively and efficiently as possible, while ensuring the ongoing integrity of the insolvency system. In view of our desire to respect the fundamental principles of efficiency and effectiveness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to eliminate all unnecessary procedural requirements and to provide parties to a bankruptcy with an opportunity – to the extent possible – to choose their level of involvement in accordance with a “by exception rather than by rule” approach. Moreover, the use of electronic communication should be encouraged in order to simplify and expedite the insolvency process.

E. Non-Purchase Money Security Interests in Exempt Personal Property

In most provinces/territories, creditors can take security on personal property located in a person's home, even though that property would otherwise be exempt under provincial/territorial law from seizure in bankruptcy or in the event of a consumer proposal. For example, consumer loan companies may – as a condition of granting a loan – take a security interest in household goods or vehicles, even if the credit is unrelated to the purchase of those items and the items are exempt from seizure in bankruptcy. This security interest is also known as a lien or a non-purchase money security interest in exempt personal property. It differs from a purchase money security interest, where the goods bought with the credit are the security.

There has been some criticism of this practice, since it is possible that such lenders could threaten to repossess the household property – even if limited in value – in order to perhaps obtain better treatment than other creditors and perhaps more than the property is worth at fair market value. In essence, intimidation may be used by the lien holder to obtain a preference. Trustees may also feel pressured to satisfy lien holders ahead of other creditors in order to ensure that the debtor and his or her family retain their personal property. In general, problems such as these arise in relation to motor vehicles.

The BIA does not contain provisions to protect a bankrupt's personal property that would otherwise be exempt under provincial/territorial law. Provincial/territorial consumer legislation has application to these issues, but some feel that additional controls are also needed.

Witnesses shared a variety of views on this issue. The Personal Insolvency Task Force studied non-purchase money security interests in exempt personal property and

The BIA does not contain provisions to protect a bankrupt's personal property that would otherwise be exempt under provincial/territorial law.

recommended that the BIA be amended to avoid such interests in property that would otherwise be exempt from seizure. In its view, the proposal should apply to consumer proposals as well as bankruptcies, and should “extend to all non-purchase money security interests in exempted property intended for use or consumption of the debtor or the debtor’s family, including apparel, household furnishings and motor vehicles.” Regarding motor vehicles, it believed that the provisions should apply to any motor vehicle owned by a debtor that is exempted from the assets to be divided among creditors. In the event that the value of creditors’ non-purchase money security interests in apparel and household furnishings exceed the value of the exemption provided in the BIA, the debtor should select the items that are to be exempt from seizure; regarding a motor vehicle, the lender should be required to pay the debtor the exempted amount before he or she can enforce the security interest.

Moreover, the Task Force informed the Committee that “the non-uniformity in the provincial treatment of this important aspect of exemption legislation will continue in the foreseeable future [and] justifies the need for a federal provision to ensure that all bankrupts, and those making consumer proposals, will have a uniform level of protection.”

Professors Ziegel and Telfer supported the avoidance of non-purchase money security interests in exempt household goods and vehicles, as did the Canadian Bar Association, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

Expressing a different view, the Canadian Bankers Association opposed any change that would render unenforceable such security interests. In its opinion, if lenders have security over non-household goods, they should be able to realize on the security in accordance with the agreement reached with the debtor; otherwise, credit availability could be reduced and the cost of credit could rise. The Association did, however, support measures that would prevent the use of coercive tactics.

... the Committee believes that the proposal made by the Personal Insolvency Task Force has merit.

Like a number of our witnesses, the Committee believes that the proposal made by the Personal Insolvency Task Force has merit. It would ensure a uniformity of protection across Canada, would safeguard the basic necessities of life for an insolvent debtor and his or her family, and could reduce problems arising from reaffirmation agreements. In essence, the fundamental principles of fairness, predictability and consistency would be assisted. As a consequence, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit non-purchase money security interests in property that would otherwise be exempt from seizure in bankruptcy. Property should be defined to include exempted property intended for use or consumption by the debtor or the debtor's family, and should encompass apparel, household furnishings and motor vehicles owned by the debtor.

F Mandatory Counselling

At present, first-time bankrupts must undertake two mandatory counselling sessions prior to receiving an automatic discharge from their dischargeable debts; counselling is also required with respect to consumer proposals. Costs are paid out of the bankrupt's estate, which in essence means that creditors are financing the counselling sessions, since the moneys available for distribution are thereby reduced. It is thought that counselling has been effective in: helping insolvent debtors to manage better their financial affairs; changing behaviour; and developing skills and acquiring knowledge. Given the timing of mandatory counselling, however, it is perhaps most useful in helping to avoid future problems; earlier sessions might be considered as a mechanism to help debtors avoid insolvency and thereby reduce the possibility of bankruptcy. As well, it should be noted that a debtor may become insolvent even if he or she has exemplary financial management skills, since insolvency is often related to an unforeseen personal or business event.

In general, the Committee's witnesses supported the concept of counselling. Credit Counselling Canada told us that "individuals who make a consumer proposal or file for bankruptcy [should] be compelled to attend compulsory counselling sessions given by properly trained credit counsellors." In its view, individuals "benefit tremendously" from this counselling, which is "an important component in the financial rehabilitation of individuals."

The organization also shared with the Committee the importance of properly trained counsellors and suggested the establishment of standards in order to ensure some uniformity in the level of counselling; in its view, training must go beyond the BIA Insolvency Counsellor's Qualification Course. Credit Counselling Canada also believed that the timing of the counselling sessions should be re-evaluated, and recommended the addition of a third mandatory session.

A third mandatory counselling session was also suggested by the Union des consommateurs, which

It is thought that counselling has been effective in: helping insolvent debtors to manage better their financial affairs; changing behaviour; and developing skills and acquiring knowledge.

commented more generally on the lack of standardization of the content and duration of these sessions. The group also recommended fines for trustees who fail to give mandatory counselling, with the moneys used “to develop training programs and to support outreach campaigns, or to fund consumers’ associations offering services across Canada.”

Professors Ziegel and Telfer argued that if mandatory counselling provisions are retained, they should be “matched by provisions addressing irresponsible credit granting practices and (i) authorizing courts, *inter alia*, to subordinate creditors’ claims against the estate where the creditor has shown clear carelessness or recklessness in extending credit to the consumer debtor, and (ii) extending the powers of inquiry of the Superintendent of Bankruptcy to include credit granting practices.” In their opinion, there is a “striking disparity between requiring consumer insolvents to receive credit counselling while no restrictions are imposed on the credit granting practices of retailers, lenders, and credit card companies.” They also support federally sponsored studies of the effect of credit counselling on bankruptcy, and credit education for consumers, including earlier in their careers and at the high school level.

Finally, the Canadian Bankers Association supported counselling provided by an independent party in order to ensure that borrowers are educated about their alternatives, and the pros and cons of each. It recommended that consideration be given to amending the BIA to require mandatory independent counselling prior to declaring bankruptcy.

The Committee strongly believes that prevention is better than a cure. While we recognize that insolvency often occurs for reasons completely unrelated to financial management skills, we hold the view that mandatory counselling is important in helping bankrupts to avoid future financial difficulties. The timing and content of counselling is, however, the key to success, and we wonder whether the mandatory counselling required for automatic discharge may be, in some sense, “too little too late.” That being said, we support mandatory counselling as a contributor to the

The Committee strongly believes that prevention is better than a cure. While we recognize that insolvency often occurs for reasons completely unrelated to financial management skills, we hold the view that mandatory counselling is important in helping bankrupts to avoid future financial difficulties.

principles of responsibility and fairness. We, as a nation, have a responsibility to help our citizens avoid financial difficulty, if we can, and citizens have a responsibility to do what they can to avoid the insolvency that has social and economic costs for themselves, their families and our country. In fairness, we must help each other avoid these costs. It is for these reasons that the Committee recommends that:

In fairness, we must help each other avoid [the social and economic] costs [associated with bankruptcy].

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require the completion of mandatory counselling by first-time and second-time bankrupts as a condition of automatic discharge from bankruptcy available after 9 and 21 months respectively. Debtors making a consumer proposal should also undertake mandatory counselling. The nature and timing of mandatory counselling should be examined to ensure its effectiveness.

G. Consumer Liens

Consumer liens exist in order to protect to consumer depositors who may not view themselves as creditors and who do not intend to incur risk.

Consumers often must leave a deposit with a retailer in partial payment for goods or services to be delivered or provided at a later date; in some cases, the consumer will pay for the good or service in full, but will await delivery. If the vendor goes bankrupt before the goods or services are received by the consumer, he or she generally has an unsecured claim and no realistic chance of recovery.

Consumer liens exist in order to protect consumer depositors who may not view themselves as creditors and who do not intend to incur risk. These liens rank ahead of secured claims and protect a particular group of creditors at the expense of other creditors. As well, they may affect the availability and cost of credit. Like non-purchase money security interests, the issue of consumer creditors can be addressed in provincial/territorial legislation.

At present, the BIA contains no provision for consumer liens.

The Consumers Association of Canada made the point that “[i]n commercial transactions (business to business) the assumption is usually made that the parties to a transaction, whether it be a loan or extending credit for the purchase of goods and/or services, are in a position to assess the risk, or to seek appropriate assistance, and make an informed decision. In a consumer to business transaction ... the positions of the participants are not equivalent. Even when following the basic principle of ‘caveat emptor’/buyer beware and avoiding situations which appear to be risky, the consumer is basically at the mercy of the vendor.”

The Association cited examples of consumers who purchase advance tickets to public performances that are subsequently cancelled and air travellers who purchase a ticket to fly on an air carrier that subsequently ceases operations.

Similar situations arise when consumers make deposits on merchandise that is unavailable at the time but will be delivered in the future, and when they purchase goods for future delivery or use. In its view, consumer protection legislation is deficient, and any moneys given to a vendor for future goods or services should be returned; in effect, the moneys have been held in trust and should not be included among the assets seized and subsequently liquidated by the trustee.

The Canadian Bankers Association, however, suggested to the Committee that the BIA should not be amended to enact a consumer lien provision. In its view, such a change would limit credit availability and increase borrowing costs. Moreover, efficiency would be affected, since creditors would be unable to determine accurately the financial position of borrowers.

While the Committee has sympathy for individuals who find themselves disadvantaged when a vendor to whom they have given a deposit or made a purchase for future delivery becomes bankrupt, we believe that it would be inappropriate for the issue to be addressed within federal legislation. As well, it is our view that protecting a particular group of creditors at the expense of other creditors is perhaps unfair, could affect efficiency, and should only occur after very careful consideration of any unintended consequences that might result. For these reasons, the Committee recommends that:

... it is our view that protecting a particular group of creditors at the expense of other creditors is perhaps unfair, could affect efficiency, and should only occur after very careful consideration of any unintended consequences that might result.

The issue of consumer liens continue to be addressed within provincial/territorial consumer protection legislation.

H. Student Loans

Canada has a long history of assisting students who wish to pursue post-secondary education.

Evidence reveals that a minority of student loan borrowers in Canada experience severe difficulty in repaying their student loans, and those that default do so not because they do not want to pay their debt, but rather because their financial situation is such that they cannot pay. Moreover, those that file for bankruptcy and have student loan debt are thought to have a more difficult financial situation than that of the average person who seeks bankruptcy protection.

Canada has a long history of assisting students who wish to pursue post-secondary education. For almost four decades, the federal government has assisted needy students through loans that are interest-free while they are in school, with a six-month grace period after leaving school before interest payments are required. At present, about 350,000 students annually benefit from the federal Canada Student Loans Program, and the majority of these students repay their loans in full and on time. As noted below, those that are unable to do so can access a variety of debt management measures to help avoid bankruptcy. Students may also access provincial/territorial student loan programs.

In the last decade, relatively significant changes have occurred with respect to the treatment of student loans under the BIA, perhaps because of rising levels of default among student loan holders in the early 1990s. In the 1990-1991 period, more than 5,600 borrowers holding \$40.5 million in student loans declared bankruptcy. Five years later, about 11,000 borrowers filed for bankruptcy; they held more than \$100 million in student loans. Over the 1990-1997 period, about 53,000 borrowers declared bankruptcy or participated in a bankruptcy-related event, holding about \$445 million in federal student loans at the time; most did so within seven years after leaving school. This bankruptcy activity meant losses for governments and, through them, for taxpayers.

Prior to 1997, student loan debt was treated in the same manner as other consumer debt; in general, student loans were discharged along with other debt provided the trustee or creditor did not believe that students were abusing the system, in which case they could oppose the discharge or creditors could refuse to accept a consumer proposal.

Amendments to the BIA that took effect in September 1997, however, changed the status of student loan debt and, some believe, moved the insolvency system away from the goal of reducing the extent to which any particular class of creditors receives special treatment under the Act. In particular, student loan debts were made non-dischargeable if a debtor filed for bankruptcy before ceasing full- or part-time studies or within two years after studies were completed. A debtor who went bankrupt during the two-year period could, however, apply to the Court at the end of the period for discharge of his or her student loan debt; the Court could order a discharge if the student demonstrated that he or she had acted in good faith in trying to repay the debt but was unable to do so and repayment would result in significant hardship. Those who filed for bankruptcy after the two-year period could have their student loans discharged in a manner similar to other consumer debt during the bankruptcy process. It is thought that the change was made, in part, in order to safeguard the sustainability of the Canada Student Loan Program.

Also in that year, the federal Budget extended the period for which eligible borrowers meeting certain income requirements could receive interest relief. In particular, the period was increased from 18 to 30 months and made available throughout the loan repayment period. As well, no interest or principal payments are required when receiving interest relief, and interest does not accrue.

Amendments to the BIA in 1998 increased the two-year period during which student debt could not be discharged to ten years. Other changes were also made to the Canada Student Loans Program as a consequence of the 1998 federal Budget, and these were thought to provide students

Amendments to the BIA that took effect in September 1997, however, changed the status of student loan debt and, some believe, moved the insolvency system away from the goal of reducing the extent to which any particular class of creditors receives special treatment under the Act.

with assistance that would help them to avoid bankruptcy induced by their student loan debt. Interest relief periods were again extended, so that students with income below the established income thresholds – which were increased by 9% – could be eligible for up to 54 months of interest relief within the first five years of completing their studies which, when combined with the six-month grace period, allows the deferment of payments on interest and principal for the first five years after leaving school. Moreover, federal income tax credits on interest paid on government student loans were created, and a debt reduction in repayment measure was introduced. Two grant programs were also established, including the Millennium Scholarship Fund providing students with non-repayable grants.

More recently, the 2003 Budget announced enhancements to the debt reduction in repayment program by, among other initiatives, removing the restriction that limited debt reduction to 50% of outstanding debt, so that borrowers are now eligible for an initial loan remission of up to \$10,000, and by creating an additional reduction of up to \$5,000 one year after the initial debt reduction if the borrower is still in financial difficulty, with a further reduction of up to \$5,000 available two years after the first reduction if the financial difficulty continues to exist. Moreover, students who default on their Canada Student Loans or who have declared bankruptcy have access to interest relief.

Views on the treatment of student loan debt in discharge are diverse. Some believe that the ten-year period is too onerous, and that it is inconsistent with the fresh start principle, the public interest aspect of a highly educated workforce and the principle that all types of consumer debt should be treated similarly. Others, however, feel that incentives are needed to prevent abuse and to ensure that governments, and through them taxpayers, do not experience unacceptable loan losses.

The Personal Insolvency Task Force noted arguments both for and against the special treatment of the discharge of student loan debt. Arguments against immediate

Views on the treatment of student loan debt in discharge are diverse.

dischargeability include: former students may be insolvent only temporarily, and do have the ability to repay their loans because they will have higher-than-average income in the future; allowing immediate discharge would increase federal and provincial/territorial government student loan losses; and debt relief – such as the interest and debt relief programs offered by the federal and some provincial/territorial governments – is available to former students that should reduce the extent to which bankruptcy is required.

Regarding these arguments, the Task Force made the point that while the interest and debt relief programs do provide relief that is not available to other debtors, they “are not a replacement for bankruptcy as a method of providing a ‘fresh start.’” Moreover, the Canada Customs and Revenue Agency could also face large losses that “could be relieved by prohibiting debtors from discharging their debts. Why should those making student loans receive special treatment?”

Arguments also exist, however, to support the immediate discharge of student loan debt, including: student loans are no different than other dischargeable consumer debt; the non-dischargeable nature of student debt constitutes discrimination on the basis of age, which is a violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and some debtors experience particular hardship that makes repayment of their student loans virtually impossible.

After consideration of these arguments, the Task Force recommended that – with respect to both consumer proposals and bankruptcy – the BIA be amended in order to: reduce the length of time prior to discharge of student loans to five years after the conclusion of full- or part-time studies; allow, on the basis of a Court-administered hardship hearing, the discharge of student loans at any time more than one year after the completion of full- or part-time studies; and clarify that partial discharge of student loans is allowed as a consequence of a Court-administered hardship hearing.

Most of the Committee’s witnesses supported the general thrust of the conclusions reached by the Task

Force, and told the Committee that the current treatment of student loan debt is burdensome. From their perspective, the requirement that students must wait ten years before their student loan debt can be discharged is too onerous and should be eliminated or, at a minimum, shortened. Moreover, some believe that student debt should not be treated differently than other debt in bankruptcy, and that the Court should be able to discharge debt more expeditiously in cases of exceptional circumstances.

Credit Counselling Canada argued for a “significant reduction” in the ten-year period, and suggested that “[t]he ten-year period during which discharge ... is not allowed is often a period of social atrophy. With this and often other debts a financially struggling individual faces a form of economic void as he or she wades through the waiting period. The individual is thus neither able to pay the debt, nor is he or she able to move on under the traditional auspices of bankruptcy proceedings. ... [A] person in these circumstances should not face such a needless period of unproductivity.” As well, it believed that student loans should not be treated in a significantly different manner from other dischargeable personal debts.

Professors Ziegel and Telfer also argued for earlier discharge of student loans, and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported the Task Force’s recommendations. The groups also recommended, however, an amendment to the BIA to define clearly what constitutes “studies.” In their view, “[t]here should also be a clear definition of when the bankrupt has left school, perhaps linking the discharge period to the specific study program or period for which the loan was given. This issue requires further study.”

The onerous nature of the ten-year period was echoed by Ms. Viola Doucet, a non-discharged bankrupt with student debt, who told the Committee that “[i]ndividuals with student debt] need a way out, and to wait 10 years is not reasonable. Our lives are on hold. That is why we are here today, to

support the change [to] 5 years [and to argue for such individuals] to present themselves [to] a judge to be discharged ... earlier [in exceptional cases], because no matter how long they wait, their situation will not get any better.” The frustration that some individuals with student loans feel was also presented to us by Ms. Lori Gravestock who, with a high level of student debt, said that “[f]iling for bankruptcy seems to be my only option.”

Ms. Doucet’s position was supported by her trustee, Mr. Paul Stehelin, Trustee in Bankruptcy with A.C. Poirier & Associates. He noted that the ten-year threshold was enacted without consultation with stakeholders – a point also made by the Canadian Federation of Students – and argued that the inability of judges to grant a discharge of student loan debt within the ten-year period in cases of exceptional circumstances is “an extraordinary provision.” He, too, supported a reduction from ten years to five years and the ability of judges to discharge student debt in fewer than ten years in cases of hardship.

Mr. Stehelin also addressed the assertion that student debt should be treated differently than other debt because it is made on the “expectation of future earnings.” He argued that “all of the credit card debt that students [are] granted during their student years is on the basis of an expectation of future income. ... [T]here really is no difference between a student loan, a credit card or student line of credit, all of which are made on an unsecured basis and in expectation of future income.”

The Canadian Federation of Students agreed that “there is no doubt that throughout the 1990s students had a more difficult time repaying their loans. ... [S]tudent debt went from an average of \$8,000 in 1990 to \$25,000 in 1998 Tuition fees rose by 126% and grants were eliminated in most provinces. ... The reality is that students were and are taking on huge debt to finance an education. In addition, as a needs based system, those who borrow the most are those that come to the system with the least. ... [T]he social suffering this law has caused continues to mount.”

The frustration that some individuals with student loans feel was also presented to us ...

The Federation also commented on other aspects of the Canada Student Loan Program. The Committee was informed that “[t]hrough students are currently eligible for interest relief for a maximum of 5 years after graduation, eligibility for the program is dependent upon the loan being in good standing. . . . [I]f you don’t miss your payments you are eligible for assistance – such a restriction ignores the reality that for those students with the highest debt, making the payments on the principal is a burden they cannot meet.” It urged the federal government to repeal this “regressive legislation,” and to “enact concrete solutions to address the problem of student debt. Students who borrow under the [Canada Student Loan Program] do so to finance an education and expand their ability to productively participate (sic) in society.”

The Canadian Alliance of Student Associations described the requirement that individuals must wait ten years after leaving school before the discharge of their student debt as “very poor public policy” and noted the lack of public consultation before the two-year period was increased to ten years. Like most witnesses, the group recommended that the BIA be amended to permit the discharge of student loan debt five years after leaving school. It believed that such a change would strike the correct balance between “the protection of the financial sustainability of the Canada Student Loan Program and the need to treat all individuals who have fallen into serious financial misfortune in a fair and compassionate manner.”

A reduction in the ten-year discharge period to five years and the possibility of a hardship hearing were supported by the Canadian Bar Association, which noted its awareness of “the hopelessness of some former students [The ten-year] restriction is not compatible with Canadian values of fairness and equality.”

The Canadian Bankers Association advocated no change in the treatment of student loan debt, and made particular mention of the federal government’s interest relief program.

The Committee believes that investing in a post-secondary education is an increasingly risky undertaking, particularly in the changing environment in which we all live. Students may invest considerable time and financial resources in a chosen course of study, only to find that upon graduation they are unable to find secure, adequately remunerated employment and in their chosen field; some are not able to find employment at all, or find themselves underemployed. As well, some may leave their post-secondary studies prior to graduation. There is, quite simply, no guarantee that the investment made in post-secondary education will yield the expected return on that investment. That being said, our future prosperity as a nation requires a highly educated and highly skilled workforce, which necessitates investments in post-secondary education.

At the same time, the Committee is aware that taxpayers bear a cost for student loans in a number of ways. First, taxpayers – through provincial/territorial and federal governments – pay the interest on student loans from the time when the loan is made until a certain period following graduation, at which point the student borrower begins to pay the interest. Second, taxpayers – again through provincial/territorial and federal governments – bear the costs associated with default on student loans. Moreover, loans are given without consideration of the future ability of the student borrowers to repay their student loan debt, which could be the cause of at least some defaulted loans.

From a public interest perspective, the dual goals of providing incentives for the post-secondary education needed to ensure a properly skilled and educated workforce for our future and of ensuring that taxpayers do not bear an unreasonable cost associated with government-sponsored student loans must be met. While the Committee supports the range of federal initiatives that exist to support post-secondary education, like the majority of our witnesses we believe that the ten-year period is unduly onerous and that judges must have the discretion to act in cases of exceptional circumstances. For a variety of reasons, however, including considerations related to the period of interest relief provided in the Canada Student Loan Program, we do not believe that

The Committee believes that investing in a post-secondary education is an increasingly risky undertaking, particularly in the changing environment in which we all live.

a two-year period is appropriate. Moreover, we are convinced that, in circumstances of undue hardship, earlier discharge is appropriate. The changes we recommend will, in our view, contribute to fairness for both students and taxpayers, and contribute to accessible post-secondary education for more of our residents. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to reduce, to five years following the conclusion of full- or part-time studies, the length of time prior to permitting the potential discharge of student loan debt. As well, the Act should allow the Court the discretion to confirm the discharge of all or a portion of student loan debt in a period of time shorter than five years where the debtor can establish that the burden of maintaining the liability for some or all of the student debt creates undue hardship.

I. Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts

Prior to discharge from bankruptcy, a debtor's trustee in bankruptcy files a report with the Superintendent of Bankruptcy summarizing the material aspects of the bankruptcy, including the debtor's conduct during the bankruptcy and the factors contributing to his or her bankruptcy. The trustee must also report on whether the debtor has made any surplus income payments required and whether he or she could have made a viable consumer proposal.

At present, the BIA allows first-time bankrupts to receive an automatic discharge from bankruptcy nine months after filing for bankruptcy, provided that they undertake mandatory counselling and that there are no objections by creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee. When the discharge occurs, bankrupts are relieved from liability for their debts, with exceptions. Most of the non-dischargeable debts listed in the BIA have a public policy perspective that outweighs the importance of providing bankrupts with a completely fresh start following their discharge from bankruptcy. Included among non-dischargeable debts are: fines imposed in respect of an offence; debt for alimony or child support; and student loan debt, unless the bankruptcy is filed more than ten years after the debtor has left school.

Creditors rarely oppose the automatic discharge from bankruptcy, although trustees may do so because of misconduct – such as failure to attend mandatory counselling sessions – or because the bankrupt has not contributed funds adequate to pay administrative costs and/or trustee fees. Where opposition to the discharge does occur, a judge or Bankruptcy Registrar will hold a hearing, and may delay or refuse the discharge; he or she may also make a conditional order requiring that the debtor make future payments.

At present, the BIA allows first-time bankrupts to receive an automatic discharge from bankruptcy nine months after filing for bankruptcy, provided that they undertake mandatory counselling and that there are no objections by creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee.

Debtors who are bankrupt for the second time are currently not eligible for an automatic discharge. They must appear before the Court in order to seek a discharge, even when no opposition has been filed. It is estimated that about 10% of debtors filing for bankruptcy have been bankrupt on a previous occasion.

The Personal Insolvency Task Force told the Committee that “the workload of the courts remains high in many areas. ... Any future increase in the number of bankruptcies would make it even more difficult for the courts to deal with discharges of bankrupts who are not eligible for an automatic discharge.” It believes that the BIA should be amended to permit second-time bankrupts to be eligible for an automatic discharge 24 months after filing for bankruptcy, assuming there is no opposition; in situations of hardship, the bankrupt could apply to the Court to vary the duration of the bankruptcy. This change would “ensure that there is still a discernible and transparent consequence to individuals using the bankruptcy process for a second time.” In its view, the Court should deal with discharges for third or subsequent bankruptcies on a case-by-case basis.

While the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported automatic discharge for second-time bankrupts, they recommended that the time period be 18 months from the date of filing for bankruptcy if more than five years have passed since the date of discharge of the previous bankruptcy; the 24-month period suggested by the Task Force should apply otherwise.

Omega One Ltd. told the Committee that the period of bankruptcy should be extended to a minimum of 15 months for all bankrupts – “if only to extend the discharge period beyond the twelve-month income tax cycle” – and for a period of 21 months for debtors who are able to make a contribution to their estates. The organization also noted that “all other countries with a bankruptcy discharge mechanism (except for

one US program) have a longer bankruptcy period than Canada.” In Omega One Ltd.’s opinion, attention must be paid by legislators to “the growing misuse of the insolvency system by individuals who set out to take full advantage of a planned bankruptcy by obtaining property and cash soon before their assignment date.”

The Committee believes that most bankruptcies occur as a consequence of events that are largely outside of the control of the bankrupt. While financial mismanagement may be a contributing factor, it alone is unlikely to result in bankruptcy in the absence of some other event. Given the unpredictable and uncontrollable nature of the events that may have bankruptcy as a consequence, we feel that the principle of fairness would suggest that we allow second-time bankrupts the opportunity for an automatic discharge, with the same possibility for opposition that exists for first-time bankrupts, but that their period prior to discharge from bankruptcy be relatively longer and that mandatory counselling be required. From this perspective, the Committee recommends that:

The Committee believes that most bankruptcies occur as a consequence of events that are largely outside of the control of the bankrupt.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide automatic discharge from bankruptcy after 21 months for second-time bankrupts who have completed mandatory counselling. The Superintendent of Bankruptcy, the trustee or any interested party should have the opportunity to oppose the automatic discharge, in the same way that the discharge of a first-time bankrupt can be opposed, thereby requiring a Court hearing.

J. Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate

... trustees are obliged to collect a prescribed portion of the bankrupt's surplus income for the benefit of the debtor's estate and, thereby, of creditors.

Since amendments to the BIA in 1997, trustees are obliged to collect a prescribed portion of the bankrupt's surplus income for the benefit of the debtor's estate and, thereby, of creditors. In determining the amount of the surplus income, the trustee considers the bankrupt's personal and family situation, and calculates the amount of surplus income with reference to standards published by the Superintendent of Bankruptcy; these standards are based on the Low Income Cut-Offs published annually by Statistics Canada. Estimates suggest that 15-20% of bankrupts have surplus income and, as such, are required to make surplus income payments.

Trustees can recommend terms of discharge from bankruptcy that require the payment of up to 12 additional monthly payments for bankrupts with surplus income. The decision made by the trustee will be based on: whether the bankrupt has met his or her surplus income obligations during the period of bankruptcy; the amount paid to the estate in relation to total liabilities; and whether the bankrupt could have made a viable consumer proposal rather than pursue bankruptcy. This discretion allows a lack of uniformity, and could give debtors an incentive to select a trustee that is unlikely to require additional payments.

In commenting on this issue, the Personal Insolvency Task Force indicated to the Committee that "bankrupts with the financial means to contribute more to their estates should ... do so, and ... additional payments should be made in almost all cases for a standard 12 months." With the current nine-month period prior to discharge from bankruptcy, the result would be a duration of 21 months for bankrupts with surplus income. It believed that trustees should recommend that bankrupts with surplus income make 12 additional months of surplus income payments to their estate, and that this requirement should be included in a directive to be developed by the Superintendent of Bankruptcy, rather than included in the BIA; the directive should specify the criteria to be used in

determining the number and amount of additional payments, but should give trustees limited discretion in cases where the additional payments would create hardship.

The Task Force's proposal was supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, although they questioned whether 12 months is the appropriate length of time and expressed concern that no studies have been done to support the rationale. In their view, "[f]urther study and data are required in order to consider the number of months that may be appropriate."

In the view of Omega One Ltd., bankrupts who are able to make surplus income payments – estimated to be 15% of bankrupts – could have made a consumer proposal but, instead, selected bankruptcy; those with the financial ability to make a reasonable contribution to their creditors should be required to do so. The organization believed that "[c]onsumers who feel a need to obtain a new car, or some other desirable item, are quite prepared to commit to credit contracts lasting 36 or 48 months. It is not unreasonable to expect bankrupts who want a discharge to make (geared to income) payments for 21 months." Similarly, the Canadian Bankers Association supported allowing bankrupts with sufficient income to make reasonable contributions to their creditors.

Professors Ziegel and Telfer disagreed with those who advocated giving trustees the power to postpone a bankrupt's discharge from nine months to 21 months where he or she has surplus income.

The Union des consommateurs argued for flexibility in the formula used to calculate the surplus income. In addition to the need to make adjustments to recognize changes in the cost of living, the group suggested that there should be "some leeway ... in [cases of] unforeseen events."

The Committee, in the interests of fairness and responsibility, believes that bankrupts with surplus income

... we believe that trustees should have the flexibility to modify the payments to relieve undue hardship ...

should be required to make contributions to their estate that would increase the moneys available for distribution to creditors; an additional 12 months appears to be an appropriate length of time. In our view, there is some truth in the notion that these individuals could, perhaps, have made a consumer proposal that would likely involve greater recovery for creditors than is likely to be the case with bankruptcy. We also feel, however, that circumstances may arise where unforeseen events make continued surplus income payments to his or her estate difficult for a bankrupt; in these situations, we believe that trustees should have the flexibility to modify the payments to relieve undue hardship, since this too seems fair. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require bankrupts with surplus income to contribute to their estate for a total of 21 months. Trustees should have the discretion to permit a shorter contribution period in cases of undue hardship. Surplus income should continue to be determined in accordance with the directive of the Superintendent of Bankruptcy. The discharge of the debtor should not be delayed merely because of the obligation to continue to contribute for a total of 21 months. In appropriate circumstances, a trustee should be able to seek a summary judgment to require such payments.

K. Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments

Until recently, when a filing for bankruptcy was made, a debtor and his or her trustee typically entered into an agreement providing that the debtor would make payments to his or her estate which would then be distributed to creditors in accordance with the BIA, and the payments could extend into the period after the bankrupt's discharge. Except in specific situations, the payment of trustees' fees and other administrative costs have the first claim. Trustee fees may be determined by creditors or by a tariff based on a percentage of the total value of realized assets.

A 1999 ruling held that such agreements were not enforceable, and limited the flexibility of arrangements between trustees and bankrupts regarding payment arrangements. Consequently, it was less certain that trustees would receive fair and adequate compensation for their services.

The payment of trustee fees may be a barrier to access to the bankruptcy process for some debtors, since trustees who believe that it may be difficult to collect fees may require an advance or security as a condition for accepting the case. Access is, however, facilitated by the OSB's Bankruptcy Assistance Program, through which trustees may voluntarily provide free services to debtors unable to afford the fees of a trustee.

The Personal Insolvency Task Force considered a number of options for increasing the probability of adequate payment for trustees, including an across-the-board lengthening of the period before a bankrupt would be eligible for a discharge and a guarantee of compensation for services. It felt that the bankrupt's application for discharge should not be opposed by the trustee solely because of inadequate funds to pay trustee fees or the costs of administration of the bankruptcy, and that what was needed was not a guarantee of payment for trustees but rather a means by which the probability of payment was greater. In the end, it

Access [to the insolvency system] is ... facilitated by the OSB's Bankruptcy Assistance Program, through which trustees may voluntarily provide free services to debtors unable to afford the fees of a trustee.

recommended that the BIA be amended to “allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income.”

Moreover, in the Task Force’s view, there should be a “ceiling on the payments made through these ... agreements ... related to the sum of trustees’ fees and other administrative costs of the bankruptcy.” Any agreement reached between the bankrupt and his or her trustee should not cause undue hardship for the bankrupt, and there should be a maximum 12-month limit on the time during which additional voluntary payments would be made. Failure by the bankrupt to sign such an agreement could result in opposition, by the trustee, to the discharge. The Task Force’s views on the issue of voluntary agreements to make post-discharge payments were supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

Omega One Ltd. told the Committee that “any agreement between the trustee and the bankrupt for the payment of scale fees and estate expenses should be deemed a non-dischargeable debt. This is the very first commitment that the bankrupt will have made to follow bankruptcy. ... If the former bankrupt is allowed ... to default on the very first contract he [or she] makes following bankruptcy, the rehabilitation effort is severely compromised.”

Finally, Professors Ziegel and Telfer indicated that they do not support fee arrangements between a trustee and a bankrupt enforceable where the debtor’s income is below Statistics Canada’s Low Income Cut-Offs. They also mentioned to the Committee the Federal Insolvency Trustee Agency (FITA), through which – in the past – the federal government made low-cost bankruptcy services available through regional offices of the OSB. Although the FITA no longer exists, they recommended that it be revived in order to administer bankruptcies for insolvent persons whose income falls below the level of the Low Income Cut-Offs and who cannot afford the fees of private trustees.

The Committee believes that trustee fees may be a barrier to access for some insolvent debtors. Mindful that in Chapter Two we identified accessibility as a fundamental principle that we would like to characterize Canada's insolvency system, we believe it is appropriate that bankrupts be permitted to make an agreement with their trustees that would allow the payment of trustee fees following the discharge of the bankruptcy, with a limit placed on the amount of any such agreement. If accessibility to the insolvency system is to be a right, rather than a privilege, these agreements must be permitted. For this reason, the Committee recommends that:

If accessibility to the insolvency system is to be a right, rather than a privilege, [voluntary agreements to make post-discharge payments] must be permitted.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income. Fees payable to the trustee in accordance with such an agreement should not exceed the minimum legal amount established for summary administration bankruptcies.

L. Non-Dischargeable Credit Card Purchases

It has been argued that – according to a practice known as “bulking up” – some debtors purposely make “luxury” or non-essential purchases on their credit cards to the maximum of their credit limit, knowing that they will soon file for bankruptcy.

Omega One Ltd. told the Committee that it routinely sees cases where credit card users appear to have “formed an intention to become bankrupt, and who use their cards to the maximum allowed just before going to see a trustee.” The organization believed that Canadian insolvency legislation should include a provision providing for the non-discharge of debt that is “out of character for that particular individual.” This provision would include extraordinary credit usage within a short period before bankruptcy. Similarly, the Canadian Bankers Association suggested that the BIA be amended to make luxury items purchased shortly before bankruptcy non-dischargeable.

Although the Personal Insolvency Task Force considered the issue of non-dischargeable credit card purchases, it argued that this behaviour could best be addressed by the Court on the discharge hearing of the debtor.

... in our opinion, it is not efficient to examine the credit card purchases of every credit card held by the bankrupt prior to bankruptcy with a view to identifying which purchases are “luxury” or non-essential; in any event, this determination would be subjective.

The Committee supports the view of the Personal Insolvency Task Force for a number of reasons. First, we are not convinced that the problem is so severe – in magnitude or frequency – that legislative action is appropriate. Second, in our opinion, it is not efficient to examine the credit card purchases of every credit card held by the bankrupt prior to bankruptcy with a view to identifying which purchases are “luxury” or non-essential; in any event, this determination would be subjective. Third, we support the existing availability of recourses to address these types of occurrences during the bankrupt’s discharge hearing and/or by an accusation of fraud. Feeling that legislative change would not contribute to the

predictability or efficiency we believe should characterize our insolvency system, the Committee recommends that:

The matter of purchases by the debtor of luxury or non-essential goods and services shortly prior to filing for bankruptcy continue to be decided either during the course of a discharge hearing or through an accusation of fraud.

M. International Insolvency

With globalization and increased mobility of labour, there are cases in which Canadians working and living in other countries experience financial difficulties and pursue relief from creditors under the insolvency legislation in their locality.

With globalization and increased mobility of labour, there are cases in which Canadians working and living in other countries experience financial difficulties and pursue relief from creditors under the insolvency legislation in their locality. These individuals may not be entitled to pursue relief under the BIA because they may not meet Canadian jurisdictional requirements for filing, and a foreign filing may not discharge their Canadian debts without a Canadian bankruptcy filing. A foreign bankruptcy discharge does not extinguish debts governed by Canadian law; a similar situation exists with respect to a foreign reorganization order that varies or modifies debt or contracts.

If and when these insolvent debtors return to Canada, any debts incurred here before leaving the country will have survived, and only a bankruptcy filing in Canada will relieve them of these debts. In essence, they will lose their assets – and undergo rehabilitation – twice. These situations may grow in number as globalization and labour mobility continue.

The international insolvency provisions in the BIA are primarily asset-based and the definition of “debtor” is restricted to those having property in Canada, which may not be the case with a foreign-resident Canadian.

Noting that “[t]he current BIA rules ... do not adequately address [the] problem,” the Personal Insolvency Task Force described the current situation as inadequate and argued that the BIA should recognize the discharge or compromise of an individual’s unsecured debts through a foreign bankruptcy proceeding, although with safeguards against abuse and violations of policy-based exemptions from discharge in Canada law. A second option would be extending jurisdictional requirements in the BIA so as to allow non-residents to have access to the Act’s remedies.

The Task Force recommended that the BIA be amended to add a provision that would recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt provided that certain conditions are met. In particular, it believed that individuals should be provided with the opportunity to bring proceedings to recognize a discharge or compromise of unsecured debt granted under foreign bankruptcy proceedings. Discharge or compromise of unsecured debt effected by a foreign bankruptcy proceeding should be recognized if: there is a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the recognition will not violate Canadian norms of public policy; the foreign procedure was not unfair or prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the debtor in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada. No claim that survives discharge under the BIA should be extinguished by the foreign discharge. This proposal was supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, and the Canadian Bar Association also advocated the creation of a remedy for cross-border personal insolvency.

Professors Ziegel and Telfer shared a different view with the Committee. They argued that “recommendations involving the recognition of foreign personal insolvencies in Canada are both unnecessary and too complex.”

Globalization and labour mobility are realities for Canada, as they are for many other countries, and are – in part – a logical consequence of some of the trade agreements that Canada negotiates. With enhanced labour mobility comes the increased possibility of international insolvency and bankruptcy by consumers having debts in more than one jurisdiction. The Committee believes in fairness and in the principle of a fresh start for bankrupts. We also support the notions of effectiveness and efficiency. All of these principles would be furthered through the development of a mechanism that would recognize insolvency filings experienced by foreign-resident Canadians, where those filings have occurred in countries that have a similar – but not necessarily identical

–

With enhanced labour mobility comes an increased possibility of international insolvency and bankruptcy by consumer having debts in more than one jurisdiction.

insolvency system and approach to that which exists in Canada. We feel that foreign-resident Canadians who become bankrupt should not have to lose their assets twice, and that the Canadian insolvency system should not have to use its limited resources to duplicate a process that has already occurred in a “like-minded” country, if you will. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt with respect to an individual, provided certain conditions are met. The conditions should be: the bankrupt foreign-resident Canadian has a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the foreign procedure is fair and non-prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the bankrupt foreign-resident Canadian in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada.

N. Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency

When filing for bankruptcy, a year-end date for the bankrupt is established, for income tax purposes, as the day of bankruptcy, and debt owed to the Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) is determined by what is owed on this date. This debt is typically discharged along with other dischargeable debts.

The situation is different, however, for those who pursue the consumer proposal option. Since there is no year-end date, the CCRA holds the view that debt owed for income tax between the beginning of the calendar year and the date of the proposal is not a pre-proposal debt that can be compromised in the proposal; rather, it is a post-proposal debt that cannot be included in the proposal and consequently must be paid in full.

The Personal Insolvency Task Force shared with the Committee its belief that this differential treatment could create, for some insolvent debtors, an incentive to file for bankruptcy rather than to pursue a consumer proposal. In its view, “[l]ogic would dictate that provisions of the *Income Tax Act* should not encourage bankruptcies over proposals.” It noted that similar incentives to pursue bankruptcy rather than reorganization are provided in the *Income Tax Act* for small business owners because of the Act’s treatment of forgiven debt.

To resolve these perverse incentives, the Task Force recommended that “[f]or consumer proposals, ... the year-end date for income tax purposes for individuals be the date when the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, ... the year-end date should be the earlier of (a) the date of filing of the notice of intention to file a proposal and (b) the date of filing of the proposal with the Official Receiver.” Moreover, “the ‘debt forgiveness’ provisions found in section 80 of the *Income Tax Act* should

Since there is no year-end date, the CCRA holds the view that debt owed for income tax between the beginning of the calendar year and the date of the proposal is not a pre-proposal debt that can be compromised in the proposal; rather, it is a post-proposal debt that cannot be included in the proposal and consequently must be paid in full.

not be applicable to individuals who file proposals under the BIA.”

The Canadian Bar Association told the Committee that, in light of the “considerable frustration with the problems presented by the discrepant tax treatment of proposals as opposed to bankruptcy,” it supported the Task Force’s recommendation. In the Association’s view, the “discrepancy has no apparent foundation in policy” and “prevents many well-intentioned debtors from addressing their obligations through a proposal, and forces them into bankruptcy despite the clear policy goals of the BIA.”

Support for the Task Force’s position was also expressed by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, which told the Committee that “[t]he codification of a deemed tax year-end period for personal proposals would enhance ease of administration and allow for greater consistency in how these periods are treated. ... By recognizing a deemed tax year-end at the date of the proposal, the tax liabilities would be clearly and easily identified within the proposal, creating certainty as to the debtor’s liabilities.”

The Committee believes that the insolvency system should not be structured in such a manner that debtors are provided with an incentive to pursue a filing for bankruptcy rather than a consumer proposal.

The Committee believes that the insolvency system should not be structured in such a manner that debtors are provided with an incentive to pursue a filing for bankruptcy rather than a consumer proposal. These incentives do not serve debtors well, given the social and economic costs of bankruptcy, but nor do they serve the interests of creditors, who are likely to experience a lower level of recovery with bankruptcy than they would with a consumer proposal. Believing that the tax change recommended by the Personal Insolvency Task Force would create the proper incentives and thereby contribute to fairness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that, for consumer proposals, the year-end date for income tax purposes is the date on which the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, the year-end date should be the earlier of: the date of filing of the notice of intention to file a proposal; and the date of filing of the proposal with the Official Receiver. Moreover, the *Income Tax Act* should be amended to ensure that the debt forgiveness provisions in Section 80 of the Act are not applicable to individuals who file proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

O. *Ipso Facto* Clauses

[Ipso facto clauses] can mean that consumers lose access to essential services and facilities, including banking and utilities.

Consumer agreements with some creditors contain a provision that permits the non-consumer party to terminate the agreement immediately in the event of the consumer's bankruptcy, even if he or she has met all obligations under the agreement. Referred to as *ipso facto* clauses, these provisions can mean that consumers lose access to essential services and facilities, including banking and utilities.

While the BIA nullifies these clauses with respect to consumer proposals, the Act's provisions do not affect the right of the non-consumer party to terminate the agreement if it is violated after a consumer proposal is filed. Moreover, the non-consumer party can apply to the Court for relief if the debtor's avoidance of the *ipso facto* clause will cause it undue hardship. The BIA does not nullify these clauses with respect to consumer bankruptcies.

Believing that there is “no good reasons why this distinction between consumer proposals and consumer bankruptcies should be maintained in the BIA,” the Personal Insolvency Task Force shared with the Committee its recommendation that the BIA be amended to provide that *ipso facto* clauses can be nullified with respect to consumer bankruptcies. Avoidance of *ipso facto* clauses in contracts for the supply of utilities and other essential services was also supported by Professors Ziegel and Telfer, the Canadian Bar Association, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

A different view was shared with the Committee by the Canadian Bankers Association, which “does not agree that a lender should be prevented from accelerating repayment under, and otherwise terminating, a loan agreement because the borrower is in bankruptcy.” In the event of bankruptcy, the Association believed that an *ipso facto* provision should be

restricted to the ability to maintain a bank account and other basic banking services. In its opinion, the BIA should not have a provision that would prohibit *ipso facto* clauses for bankruptcy.

The Committee agrees with most of our witnesses, and believes that no distinction should be made between proposals and bankruptcies with respect to *ipso facto* clauses; to maintain otherwise would diminish consistency. Moreover, we feel that these clauses should be unenforceable in order to ensure that debtors continue to have access to the basic services that they and their families need. From this perspective, the Committee recommends that:

The Committee ... believes that no distinction should be made between proposals and bankruptcies with respect to ipso facto clauses; to maintain otherwise would diminish consistency.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that *ipso facto* clauses in agreements for basic services are not enforceable with respect to consumer proposals and consumer bankruptcies.

P. Credit Reporting

Canada's credit reporting agencies assist credit grantors in their assessment of the degree of risk associated with granting credit in any particular case. This assistance takes the form of credit reports on credit applicants, who are rated using letters and numbers to describe a particular applicant's credit worthiness.

Credit reporting agencies assign bankrupts the lowest credit rating – R-9 – which may prevent them from receiving credit, although the decision to grant credit is always at the discretion of the credit grantor. This score may remain on the bankrupt's record for six years following the date of filing for bankruptcy, although it may be upgraded to R-7 two years after the debtor has successfully completed a mandatory counselling program. Since 1992, mandatory credit counselling has been required for first-time bankrupts seeking an automatic discharge from bankruptcy. With an R-7 rating, some credit grantors will once again give credit to a credit applicant.

When consumer proposals were introduced in 1992, debtors using this option were assigned an R-9 rating for three years following the successful completion of their proposal. Since proposals often last three years, however, debtors who make successful proposals are penalized through facing an R-9 credit rating for the same length of time as bankrupts, even though their creditors recover more than would have been the case in bankruptcy. In fact, depending on the length of the proposal, it is possible that debtors with successful proposals will have an R-9 rating for a longer period of time than debtors who choose bankruptcy. This situation seems to be inconsistent with the notion that debtors should be encouraged to pursue consumer proposals rather than bankruptcy.

[The situation with respect to credit rating seems to be inconsistent with the notion that debtors should be encouraged to pursue consumer proposals rather than bankruptcy.]

To rectify what it sees as an anomaly, the Personal Insolvency Task Force recommended the initiation of formal discussions between the Office of the Superintendent of

Bankruptcy, credit scoring agencies and those who use their services in order to develop “a protocol that would ensure that debtors who make successful proposals have adverse credit ratings for a shorter time than debtors who go into bankruptcy.” In the event that these discussions do not bring about the desired result, the Task Force recommended that legislation be enacted to limit the extent to which a credit scoring agency can maintain an adverse credit score for a debtor who has made a successful consumer proposal; this period should be limited to no more than two-thirds of the amount of time that a bankrupt has an R-9 rating. In the event of an unsuccessful proposal, the R-9 rating would remain in force for as long as would have been the case had the debtor selected bankruptcy.

Believing that enhanced incentives to encourage debtors to undertake proposals are needed, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada expressed their support for the Task Force proposal. They also indicated, however, that in situations where the debtor files a proposal that fails and a bankruptcy is filed shortly thereafter, “[t]he bankrupt should not be penalized for having attempted a proposal that subsequently failed.” Otherwise, the debtor could have an adverse credit rating that is longer than if he or she had made an assignment in bankruptcy immediately, rather than attempting a proposal. The Canadian Bar Association also indicated its support for the Task Force proposal.

The Canadian Bankers Association shared with the Committee its belief that “debtors with successful consumer proposals should be accorded consumer reports that are less derogatory than those that go into bankruptcy ... and ... the rating reflected on a consumer’s credit report should reflect the level of relief that they have undertaken to address their financial difficulties.” In particular, it believed that “[f]ull bankruptcy should receive an R-9 rating for the full seven years, a consumer proposal should receive a less derogatory rating for a lesser time period, and a consumer that has fulfilled an orderly payment of debt program or debt management program from a credit counselling (sic) should

receive an even less derogatory rating for less time than the previous two options.” Similarly, in the view of Omega One Ltd., “[c]onsumer [p]roposal debtors should be accorded consumer (credit) reports that are less derogatory than those for bankrupt consumers.”

The Canadian Bankers Association believed that this treatment of ratings would give consumers an incentive to enter into a credit counselling proposal before filing for bankruptcy. The Association also told the Committee that decisions about the credit rating assigned to debtors with successful consumer proposals should be left to negotiations between credit bureaus and provincial/territorial governments, and not addressed through legislation.

At the very least, we should not permit legislative, administrative and procedural measures to give debtors an incentive to choose bankruptcy rather than a consumer proposal.

In the Committee’s view, debtors should have appropriate incentives to pursue consumer proposals, when that is preferable to bankruptcy for them. At the very least, we should not permit legislative, administrative and procedural measures to give debtors an incentive to choose bankruptcy rather than a consumer proposal. We believe that successful proposals represent a win-win situation: the debtor does not become bankrupt and presumably is better able to attain credit in the future, and creditors are likely to recover greater moneys than would be the case if the debtor became bankrupt.

The Committee does not, however, believe that credit rating agencies should be statutorily compelled to implement a strict regime with designated ratings for bankrupts, debtors who have made a successful consumer proposal and debtors who have made a consumer proposal that has not succeeded. In the interests of fairness for debtors, credit grantors, credit rating agencies and other stakeholders, we are wary of federal legislative intervention in this area and we are concerned that constitutional issues with respect to property and civil rights might well arise. Nevertheless, the Committee feels that the current credit rating system contains perverse elements and does not reward efforts by insolvent debtors to honour a greater portion of their obligations than would be the case if

such debtors were to go into bankruptcy. In some sense, fairness is lacking. As a result, the Committee recommends that:

The Office of the Superintendent of Bankruptcy take a leadership role in convening a meeting among credit granting agencies, credit grantors, provincial/territorial representatives and other relevant parties with a view to negotiating a mutually acceptable credit scoring regime.

Q. Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals

Section 178 addresses, among others, those holding claims for: support arrears; fraud or misrepresentation; a restitution order; or damages for intentional bodily harm.

The BIA provides that if a consumer proposal or a commercial reorganization is accepted by creditors and approved by the Court, it is binding on creditors in respect of all unsecured claims, but it does not release the insolvent debtor from the debts and liabilities referred to in Section 178 of the Act, unless the creditor agrees. Section 178 addresses, among others, those holding claims for: support arrears; fraud or misrepresentation; a restitution order; or damages for intentional bodily harm. Consequently, with the agreement of the holder of a claim, debts and liabilities in Section 178 may be released, and agreement will end non-dischargeable pre-proposal claims other than those paid through the proposal.

The Personal Insolvency Task Force believed that there is a technical problem with the BIA in connection with the discharge of Section 178 claims in proposals. It raised the question of the meaning of “assent,” and argued that the Court has not historically interpreted the provision to require, for Section 178 claims to be ended, the claimant to specifically agree to waive Section 178 protection.

The Task Force believed that “[i]t was definitely not the intention of the 1997 BIA support amendments to prohibit or deter support claimants from participating in bankruptcy proposals” and that “[b]ecause of the important public policy reasons that underlie the Section 178 exceptions to discharge, and particularly those relating to support, it is essential to protect such creditors from unknowing or inadvertent extinction of their claims through otherwise responsible conduct.” It suggested that the BIA should be amended to revise and clarify these provisions to provide that Section 178 protection is lost in a proposal only if the creditor votes in favour of a proposal which specifically and explicitly provides for the compromise of Section 178 claims. The Task Force’s position was supported by the Canadian Bar Association.

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, however, shared with the Committee their view that the options considered by the Task Force are too limited. They believed that the BIA should be amended so that, in the absence of an affirmative and informed consent by each Section 178 claimant, all Section 178 claims in proposals should survive discharge from bankruptcy. In their opinion, “[t]he public policy objective of Section 178 is that certain debts are not discharged in bankruptcy because of their special nature, including court imposed monetary fines, awards for bodily harm, spousal support, child support, fraud and student loans. The nature of these claims is such that, on balance, the survival of the claim outweighs the possible benefit in the bankrupt being relieved of them. There should not be any differentiation among creditors covered under Section 178.”

The Committee unequivocally supports the general opinion of the witnesses that the BIA must be amended to ensure that the holders of Section 178 claims do not inadvertently or innocently extinguish their rights. Many of these claims, by their very nature, are instrumental to the mental and/or physical health and well-being of groups in society that might be considered relatively vulnerable.

The Committee agrees with the assertion that, in order for Section 178 claims to be ended, those holding the claims must explicitly agree to their termination; termination must not occur because of confusion among stakeholders about what “assent” means and whether the holder of a claim has “assented” to its termination. The law needs absolute clarity in this area, given the particular importance of many of the Section 178 claims. Consequently, believing that fairness must be enhanced, the Committee recommends that:

Many of these [Section 178] claims, by their very nature, are instrumental to the mental and/or physical health and well-being of groups in society that might be considered relatively vulnerable.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to ensure that an insolvent debtor will not be released from the debts and liabilities referred to in Section 178 unless the holder of those debts provides affirmative and informed consent.

R. Bankruptcy and Family Law

In 1997, the BIA was amended to provide for the provability and limited priority for child and spousal support arrears, thereby resulting – in some cases – in the payment of a dividend to the claimant spouse for the arrears where no payment had before existed in the event of the non-claimant spouse’s bankruptcy. Unpaid remaining claims for support arrears, however, survive discharge from bankruptcy. The Office of the Superintendent of Bankruptcy receives a 5% levy on these dividends, as it does in all cases where dividends are paid by trustees to creditors. A Court decision has confirmed that the claimant spouse cannot recover the amount of the levy.

Recognizing the “special vulnerability of support claimants” and “public policy favouring the collection and payment of spousal and especially child support,” Mr. Robert Klotz, of Klotz Associates, recommended that the BIA be amended to ensure that bankruptcy does not prevent support claimants from recovering the total amount of their support arrears from the bankrupt spouse. In his view, the burden of the levy should be borne by the individual paying support, rather than by the recipient of the support payments; otherwise, the support claimant “would suffer from the bankrupt’s choice to declare bankruptcy.” He believed that this provision should apply with respect to all Section 178 creditors, but particularly those with claims for support arrears.

In theory, the bankrupt should make surplus income payments to his or her trustee, for disbursement to creditors, only if there are sufficient moneys available after meeting the reasonable financial needs of his or her family; for a separated family, this should include support obligations.

Under Section 68 of the Act, the trustee and the Court are required to have regard to the personal and family situation of the bankrupt, and the Superintendent of Bankruptcy’s surplus income standards require that the trustee permit the

In theory, the bankrupt should make surplus income payments to his or her trustee, for disbursement to creditors, only if there are sufficient moneys available after meeting the reasonable financial needs of his or her family; for a separated family, this should include support obligations.

bankrupt to deduct both child and spousal support payments in the calculation of surplus income. Section 69.41(2)(b) of the Act, however, provides that the enforcement of support claims is stayed against “amounts that are payable to the estate of the bankrupt under s. 68.” In some cases, this provision has been interpreted as allowing the trustee to enforce this obligation in priority over the support claimant’s wage garnishment once a surplus payment agreement has been made.

Mr. Klotz informed the Committee that, because of the interaction among Section 68 and Section 69.41 of the BIA and the Superintendent’s surplus income standards, difficulty is being created for spouses who attempt to collect support from the wages of a bankrupt spouse when that spouse has entered into a surplus income agreement with his or her trustee. To correct the ambiguity that has been created, he recommended that the BIA be amended to clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over the enforcement of spousal and child support against the bankrupt’s income during bankruptcy. He believed that agreements made between the bankrupt and the trustee should not have priority over support obligations.

A third issue to be considered with respect to family law and insolvency is the extent to which bankruptcy may be used to frustrate division of the bankrupt’s pension and such other exempt assets as life insurance Registered Retirement Savings Plans (RRSPs).

The Committee was told by Mr. Klotz that “[t]here is no policy reason for permitting bankruptcy, which does not distribute [pension and life insurance RRSPs] among creditors, to frustrate the principles of matrimonial property division against these assets. [Allowing this to occur] would amount to rehabilitating the bankrupt at the expense of his or her spouse.”

In Mr. Klotz’s view, an amendment is needed to the BIA in order to provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt

assets under provincial/territorial legislation in the areas of equalization and/or division of matrimonial property.

In some provinces/territories and in certain circumstances, the trustee acquires the right of the bankrupt to sue the non-bankrupt spouse for matrimonial property division or equalization. This right is treated as an asset that vests with the trustee, although the matrimonial property claim is generally not a valuable right in the hands of the trustee.

Mr. Klotz believed that “one cannot reliably bring this kind of claim to fruition when it has been detached from the spouse for whose benefit the remedy was designed. ... [E]ven if the right to sue for equalization or division accrues to the trustee, the sad fact is that the trustee is rarely in a position to realize upon this asset in any meaningful way. It must usually be settled for a steep discount, or surrendered for nothing.” Confidence in the system is thereby undermined, since: the bankrupt spouse is denied the opportunity to obtain matrimonial justice; the non-bankrupt spouse retains most of the bankrupt spouse’s share of the family assets; the creditors receive very little; and the bankrupt spouse cannot trade his or her equalization claim for reduced spousal or child support. He supported an amendment to the BIA that would exclude, from the assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt’s spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law.

In some cases of marital discord, bankruptcy is used by a spouse as a means to ensure that the other spouse receives nothing when the marital assets are divided.

A final issue to be considered is malicious or fraudulent dissipation or concealment of property. In some cases of marital discord, bankruptcy is used by a spouse as a means to ensure that the other spouse receives nothing when the marital assets are divided. Other means that might be used by the spouse include: deception; dissipation; concealment; destruction of property; phony creditors; fraudulent transfers; and corporate machinations. A problem arises, however, in proving the allegation that the spouse acted in this way. While there are mechanisms for addressing this problem in cases of

bankruptcy, opposition to the bankruptcy discharge hearing is useful only if the other creditors are limited.

The Committee was also told by Mr. Klotz that “[i]f we are to take seriously the injustice created by such conduct, we ought to provide a simple remedy to the victim, if we can, that does not embroil him or her in a fresh round of litigation once bankruptcy ensues. At the same time, we must be concerned that this remedy is appropriately designed so as not to prejudice an honest but unfortunate debtor.”

Mr. Klotz suggested to the Committee that the BIA be amended to exclude, from a discharge from bankruptcy, any provable claim for matrimonial property division that arises from the bankrupt’s malicious or fraudulent dissipation or concealment of property. This exclusion should be limited to the amount of the dividend that the creditor would have received had the conduct not occurred. In particular, he believed that Section 178 of the BIA should be amended to add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt.

The Committee endorses the recommendations and reasoning provided by Mr. Klotz. We are concerned about the manner in which a law – and interaction between laws – can have unintended consequences that negatively affect innocent individuals. The issues raised by him require prompt resolution. We must ensure that the devastating effects of marital breakdown and its aftermath are, to the extent possible, minimized – financially and otherwise – for all parties concerned, but particularly for those who are blameless. We are concerned, as well, about the fact that the Crown may receive any moneys owed in priority to child support and alimony payments. Clearly, the changes that Mr. Klotz proposed support our fundamental principles of fairness and responsibility. From this perspective, the Committee recommends that:

We must ensure that the devastating effects of marital breakdown and its aftermath are, to the extent possible, minimized – financially and otherwise – for all parties concerned, but particularly for those who are blameless.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to:

- ensure that bankruptcy does not prevent a claimant from recovering the total amount of support arrears from a bankrupt spouse;
- clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over enforcement of spousal and child support against the bankrupt's income during the period of bankruptcy;
- provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt assets under provincial/territorial legislation regarding equalization and/or the division of marital property;
- exclude, from assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt's spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law; and
- add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt.

CHAPTER FIVE: THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON COMMERCIAL INSOLVENCY ISSUES

A. Compensation Protection: Wages and Pensions

Under the 1949 *Bankruptcy Act*, unpaid wage claims arising during the course of an employer's bankruptcy were preferred over the claims of general creditors, to a maximum of \$500. With amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) in 1992, up to \$2,000 for unpaid wages, salaries and similar entitlements earned in the six months immediately preceding bankruptcy are a preferred claim; they rank ahead of ordinary creditors' claims in the event of bankruptcy but behind secured creditors' claims and some Crown claims. In particular, the claims of workers for wages and salaries rank fourth in the list of unsecured creditors having a priority of distribution, behind funeral and testamentary expenses, fees and expenses of the trustee, and legal costs. If funds are available – and often they are not – unpaid wages, salaries and similar entitlements are normally paid out some time after the date of bankruptcy.

Protection for wage earners has received a great deal of attention in Canada, having been studied by Parliament, a number of committees and others. A variety of options for protection have been proposed, including: super priority for wage claims that would rank ahead of secured claims; recognition of existing provincial/territorial priorities within the BIA regime; a waiver of the waiting period for employment insurance benefits; and a wage earner protection fund financed out of general tax revenues, or by employer and employee contributions directly or indirectly out of the employment insurance fund.

Protection for wage earners has received a great deal of attention in Canada, having been studied by Parliament, a number of committees and others.

The notion of a wage protection fund administered by the federal government began in 1975, when Bill C-60 proposed to implement a recommendation by the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – to give super priority status to unpaid wage claims up to \$2,000, binding secured and general creditors.

Each of these options has advantages and disadvantages. Regarding the latter, there are concerns that a fund to which employers and employees contribute, whether through a new tax or the employment insurance system, would mean that employers with a low risk of bankruptcy, such as public service employers, would subsidize those employers with a higher risk. With a fund paid out of general tax revenues, taxpayers would finance wage protection. A super priority for wage claims would mean, in essence, that secured creditors would pay for wage earner protection.

Between the options of super priority and a wage earner protection fund – however financed – some believe that super priority status is less attractive because of: a relative lack of certainty that adequate funds will be available; the possibility of significant delay in receiving payment pending the sale of the insolvent employer's assets; difficulties associated with allocating the burden of paying claims among the secured creditors; and the creation of an unexpected burden on secured creditors and the consequent possibility of credit cost and availability problems, particularly for labour-intensive industries. It is thought that a wage earner protection fund would allow more timely payment of wages owed, thereby enabling employees to meet their most immediate financial needs pending their finding alternative employment or receiving employment insurance benefits.

The notion of a wage protection fund administered by the federal government began in 1975, when Bill C-60 proposed to implement a recommendation by the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – to give super priority status to unpaid wage claims up to \$2,000, binding secured and general creditors. With objections raised by secured creditors, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the creation of a federal government wage protection fund, with contributions from employers and employees used to pay outstanding employee wages to a maximum of \$2,000 immediately upon bankruptcy. At the time, the Committee believed that super priority status for

wages would be detrimental to a borrower's ability to obtain financing, particularly in labour-intensive industries.

As originally introduced in 1991, Bill C-22 would have created a wage claim protection program – pursuant to the proposed Wage Claim Payment Act – financed by a payroll tax of 0.024% of an employee's weekly insurable earnings on all employers – including those in the public and quasi-public sectors whose employees would likely never benefit from the fund – to provide direct compensation to terminated employees of companies that became bankrupt, were being liquidated or were in receivership. The program envisioned payments of 90% of an employee's unpaid wages and vacation pay earned within the preceding six months, to a maximum of \$2,000, and 90% of salesperson's expenses unpaid during the preceding six months, to a maximum of \$1,000. The program would not have covered pension contributions, severance payments or termination pay.

In May 1992, however, the Minister of Consumer and Corporate Affairs withdrew the proposed program from the Bill and in June 1992 announced the intention to refer the matter of wage claims to a Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons for reconsideration. The Special Joint Committee, which was to have reported by June 1993, was not established. Consequently, the BIA maintains preferred creditor status for unpaid wage claims and salesperson's expenses, and the amount that can be claimed is a maximum of \$2,000 for the former and \$1,000 for the latter. In cases where the insolvent employer makes a proposal, these amounts are paid immediately after Court approval of the proposal. Bill C-5 did not make any changes to the amounts, although it allowed a representative of a federal or provincial/territorial ministry of labour, or a trade union, to file a claim on behalf of all employees.

Many believe that employees need better protection than that now given in the BIA. Employees are seen as vulnerable creditors with inadequate individual bargaining power and a limited ability to assess accurately the risk that their employer will become bankrupt. Whatever protection they receive – whether through super priority, a fund or

Employees are seen as vulnerable creditors with inadequate individual bargaining power and a limited ability to assess accurately the risk that their employer will become bankrupt.

The Committee received a range of testimony from witnesses on the issue of unpaid compensation claims, particularly wages.

preferred claim – may have a maximum dollar amount of protection, protection related to a fixed number of pay periods and/or limitations on the compensation that is protected; some believe that protection should extend to vacation, severance and termination pay, as well as to pensions.

The Committee received a range of testimony from witnesses on the issue of unpaid compensation claims, particularly wages. Some supported enhanced protection, and recommended super priority status and the development of a wage protection fund. Professor Janis Sarra, of the Faculty of Law at the University of British Columbia, commented on protection for unpaid wages and on the testimony that other witnesses had presented to us. She expressed her concern “about the lobbying for a shift away from the protection of the interests of workers in the financially distressed corporation. ... It seems that the discussions regarding enhanced or super-priority for wage claims and the need for a wage adjustment fund are considerably underdeveloped in the legislative review, partly because workers are disadvantaged as a group able to lobby for legislative protection.” In her opinion, “[b]oth enhanced priority for workers’ wages and a national wage adjustment system should be seriously considered as mechanisms to protect against unnecessary defeat of the claims of workers for compensation for services already rendered to the corporation.”

Professors Ziegel and Telfer, representing a number of professors of law, also supported enhanced protection for wage earners, and expressed a preference for “a modestly enlarged Employment Insurance fund,” although they also supported as an alternative solution, “a first lien against the employer’s inventory and accounts receivable,” particularly for a trial period to test its effectiveness. Arguing that unpaid workers are “seriously underprotected” in the existing BIA provisions, they recommended that the expanded employment insurance scheme include protection for unpaid wages, but not vacation or severance pay, up to a prescribed ceiling.

Representatives of organized labour also supported enhanced protection for the unpaid compensation of workers,

including wages but also such other elements of compensation as vacation, severance and termination entitlements, as well as pension contributions and benefits. Although speaking specifically about the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) process, the National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) told the Committee that “this process must recognize that workers employed by an insolvent employer have an increased vulnerability to the failure of their workplace, more so than bankers, corporate landlords, and institutional suppliers, as loss of employment may frequently mean a drastic reversal with respect to a worker’s personal living conditions, and opportunities available for his/her family and community.”

The United Steelworkers of America advocated both a super priority for unpaid worker claims and a wage earner protection fund, with priority for wages, vacation, severance and termination pay, and any wind-up deficiency in the pension fund. It felt that this dual protection would achieve four important objectives: the wage earner protection fund would “guarantee prompt payment of [these amounts], pending the final resolution of the issues in bankruptcy and insolvency;” it would eliminate a bias whereby severance payments for senior executives have received Court protection through the establishment of trust funds or prioritized charges; it would protect the public purse, since the sponsor/guarantor of the protection fund would assume the rights to recover some or all of the payments made by it; and it might encourage the expansion of a pension benefits guarantee fund to more jurisdictions in Canada.

The union also noted that vacation pay, pension contributions, pay in lieu of notice of termination pay and severance pay are important aspects of compensation that are compromised when an employer becomes insolvent. Moreover, among these, “an employee’s severance and termination pay claim generally represents the bulk of the employee’s individual claim. ... The inferior ranking of employee claims must be re-visited and changed. Employees are particularly vulnerable when their employer fails, more so than a bank, landlord, commercial supplier, or other corporate

creditor. ... Banks and other commercial lenders ... carry a diverse range of loans. A default pertaining to one individual lending relationship should not have a material impact on the bank's prospects in the mid- to long-term. Furthermore, in the course of a banking relationship with a corporate employer, a bank has the means to analyze the risks associated with the loan in question, and manage its loan portfolio accordingly."

In the view of the United Steelworkers of America, the definition of "wages" should include termination and severance pay, and the wage priority should be increased to at least \$20,000 and elevated above the claims of secured creditors. It supported an employee wage protection program that would resemble that which existed in Ontario in the early 1990s, and believed that a similar program is needed with respect to bankruptcies. A broadly based national pension benefit insurance program is also needed, in its opinion. The Canadian Labour Congress supported these proposed changes.

Furthermore, like the United Steelworkers of America, the Canadian Labour Congress noted that "[c]reditors may have a diversified portfolio of loans, and investors may be able to diversify their financial exposures, but employees have all their eggs in one basket. These circumstances create economic, legal and psychological vulnerabilities, which can easily be (and are) exploited in insolvency crises." It also told the Committee that "[t]he courts have held that 'wages' includes vacation pay but does not include pension contributions nor does it include severance and termination pay. ... The Supreme Court of Canada has held in wrongful dismissal cases that because termination pay is really pay in lieu of notice it is in fact 'wages' of an employee. Accordingly, it is incongruous that the definition of wages in ... the BIA excludes termination pay." In the labour federation's view, the definition of "wages" in the BIA should be amended to conform to the Supreme Court of Canada's definition of "wages", which would include termination and severance pay.

The Canadian Labour Congress also supported a federally regulated wage protection fund financed by

compulsory employer contributions based on insurable income to pay the difference between the total amount of wages owed and the amount that can be paid from the company's assets. The fund would be able to pay promptly any amounts owed to employees, beginning on the date on which payments were last made and ending on the date that insolvency proceedings were commenced. It, too, mentioned the fund that existed in Ontario in the 1990s.

While the Canadian Bar Association acknowledged the vulnerable position of employees in insolvency situations and noted that they are economically dependent but “unable to protect themselves as adequately as creditors when an employer becomes insolvent,” it told the Committee that “a super priority is neither a fair nor an efficient means of protecting the wage earner.” In its opinion, a super priority would place the entire cost burden on creditors rather than spreading it amongst other interested stakeholders, particularly employers and employees, and reduce the availability of credit, among other problems. The Association expressed support for a wage protection fund under the employment insurance regime that would provide up to 90% of unpaid wages for one pay period to a maximum of \$2,000. On payment to the employees, the fund would assume the rights of the employees.

Since a significant majority of its members are opposed to a comprehensive wage insurance plan that would be financed through the employment insurance fund, and consistent with its past resistance, the notion of a wage earner protection fund was opposed by the Canadian Federation of Independent Business. It told the Committee that it opposes such a fund for a number of reasons: the fund would increase the burden of payroll taxes and thereby negatively affect economic growth and job creation; from an equity perspective, well-run firms should not be required to subsidize the poor business practices of others; the BIA currently gives preferred creditor status for unpaid wage claims that meet certain criteria, and this level of protection is similar to that found in the United States; and consideration should be given to super priority for wage claims in the event that the federal

[The Committee was informed about the] fund that existed in Ontario in the 1990s.

[The Committee was told] that super priority status would not ensure the certainty or promptness of payment needed by employees.

government were to determine that existing wage earner protection is inadequate.

Speaking on behalf of the banking industry, the Canadian Bankers Association expressed, as its major concern, provisions that create super priorities. In its view, the imposition of a super priority for unpaid wages would be inconsistent with the principle of efficiency, since it would impair “the ability of creditors to accurately ascertain (sic) the financial position of a borrower, Creditors are faced with adopting stricter lending practices because of this uncertainty, thereby limiting the availability of credit and increasing borrowing costs.” It also argued that super priority status would not ensure the certainty or promptness of payment needed by employees.

The Association believed that the key issue is: who should bear the cost of providing greater protection to wage earners? In its view, “[i]t is society as a whole, and the employee specifically, that benefits from an employee receiving some compensation for unpaid wages. Therefore, either society or the employee should bear at least part of the cost of this protection. To impose this cost solely on secured creditors would be unfair and simply cause a reduction in credit availability.”

Nevertheless, should the consensus be that employees require additional protection, the Association believed that the most effective method for achieving this goal is the establishment of a wage fund that would: replace a maximum of \$2,000 per employee; exclude compensation for pension contributions, severance pay and termination pay; and be financed either from the Consolidated Revenue Fund, the employment insurance scheme or equal financing by employees and employers.

Finally, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform provided its view that “the case for giving wage claims higher priority than they presently have has not been made. . . . Our proposal is for the current priorities with

respect to wage claims to be maintained, subject to clarification that pension contributions are included in wages for the purposes of the BIA.”

Unpaid wages were equated with unpaid royalties by the Writers’ Union of Canada, which told the Committee that authors should be treated as preferred creditors and receive their unpaid royalties *pari passu* with the unpaid wages of employees. In its opinion, such a provision should also exist in the *Canada Business Corporations Act* and similar provincial/territorial legislation to make directors jointly and severally liable for the royalties of authors.

The Committee believes that the current protection provided by the BIA to unpaid wage claims is inadequate, and has carefully considered the views of witnesses about super priority status and a wage earner protection fund. One of our fundamental principles identified in Chapter Two – fairness – is critically important here. As we formulated our recommendation, we tried to be fair to employees, employers, creditors and taxpayers. An insolvent employer should have to bear part of the cost of protection, but so too should its employees, since they are – in some sense – creditors, having supplied services yet awaiting payment.

Employees are not, however, like other creditors in every respect, and thus should perhaps be protected differently. For example, they probably have a situation of economic dependence not found with other creditors, and are not well placed to assess accurately the probability that their employer will become insolvent. Fairness to taxpayers suggests that a fund financed out of the Consolidated Revenue Fund is inappropriate, while fairness to creditors means that they should not bear all of the cost of the employer’s indebtedness to employees. Finally, fairness to solvent employers means that they should not have to bear the burden of costs incurred by insolvent employers. In the interest of fairness, the Committee believes that unpaid wages and vacation entitlements arising as a result of an employer’s bankruptcy should be funded by a super priority over secured claims to

As we formulated our recommendation [about unpaid wage claims], we tried to be fair to employees, employers, creditors and taxpayers.

inventory and accounts receivable to a determined maximum amount. The secured creditors would be able to assume the rights of employees against directors. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that unpaid claims for wages and vacation pay arising as a result of an employer's bankruptcy be payable to an amount not to exceed the lesser of \$2,000 or one pay period per employee claim. The funding of these claims should be assured by creating a super priority over secured claims to inventory and accounts receivable. The secured creditor or creditors should be able to assume the rights of the employees against the directors.

Many believe that pensioners are similar to employees: they are poorly protected by current legislative provisions; they lack bargaining power; and they are relatively unable to assess accurately the risk of bankruptcy by the employer sponsoring their pension plan.

Another compensation issue that arises in situations of employer insolvency is protection for pension plans. While the BIA contains no provisions regarding unpaid contributions to pension plans, federal and provincial/territorial pension standards legislation provide priorities. There is, however, some question about whether priorities established in provincial/territorial legislation would be protected in bankruptcy.

Many believe that pensioners are similar to employees: they are poorly protected by current legislative provisions; they lack bargaining power; and they are relatively unable to assess accurately the risk of bankruptcy by the employer sponsoring their pension plan. Options for protection of pensions mirror those for wages – super priority and a fund – and have similar advantages and disadvantages.

In funding pensions, there are two issues to consider: unfunded pension liabilities and unremitted periodic contributions to the pension plan. To some extent, unfunded pension liabilities should be reduced through the payments that must be made following the identification of an actuarial deficiency arising as a consequence of mandatory periodic actuarial reviews of registered pension plans.

Regarding pension protection, the Canadian Bankers Association advocated monthly employer contributions to pension plans and annual actuarial reviews of pension plans to identify any unfunded liability. In its view, if additional protection is needed for pension contributions, a fund would be the most efficient and effective method.

Organized labour also spoke to the Committee about pension protection for employees. In speaking about reorganizations under the CCAA, the CAW-Canada told us that “the CCAA should make it abundantly clear that a Court has no jurisdiction (inherent or otherwise) to interfere with the promises enshrined in a collective agreement to adequately fund (sic) for pension credits earned while the corporation carries on business under CCAA coverage, and moreover, that no pension benefit may be reduced by unilateral order of a Court. Simply put, an employer operating under CCAA coverage cannot take the continuing benefit of services rendered to it by employees but be excused by the Court from performing any one of its obligations under a collective agreement, including the funding of pensions.”

The United Steelworkers of America also commented on pensions, and told the Committee that “the Courts have not been consistent in requiring that companies operating under CCAA protection continue to contribute to the pension plans of their employees. CCAA orders require that employees continue to be paid; there is no reason why the CCAA should not explicitly protect pension funds which are, after all, deferred wages.” It advocated a super priority, immediately following federal and provincial/territorial taxes, for unfunded pension liabilities.

Furthermore, the Canadian Labour Congress argued that “current and future pensioners ought to be afforded maximum protection in an insolvency situation [since] of all the parties affected by an insolvency, current and future pensioners are least able to protect themselves. ... [T]hey are not able to take security for future indebtedness ... [and] ... they are not able to impose or even bargain funding terms.”

... insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The labour federation recommended two methods of protecting pension accruals: pension insurance or the creation, under the BIA, of a super priority in cases of pension underfunding, either to overdue contributions and payments on account of the underfunding or to the overall value of the solvency deficiency at the time of windup.

For the same reasons that it did not support a super priority for employees' unpaid wages, the Canadian Bar Association also did not favour a super priority for unpaid pension contributions. Instead, it advocated protection as part of a wage earner protection fund in the event that Parliament intends to provide additional protection for these contributions.

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged. Moreover, we cannot support a fund financed out of the Consolidated Revenue Fund or by employers and employees

generally, since this proposal would be unfair for taxpayers, solvent employers and the employees of these employers. In this situation, we believe that fairness is best served by the status quo. Consequently, the Committee recommends that:

[Regarding the treatment of pensions claims] we believe that fairness is best served by the status quo.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* not be amended to alter the treatment of pension claims.

B. Debtor-in-Possession Financing

Debtor-in-Possession – or DIP – financing is a financial vehicle used to assist insolvent businesses that are restructuring. Businesses that are attempting to reorganize typically require cash, and their usual sources of credit may be unwilling to lend to them, or to lend to them at an affordable cost, because of their insolvency. Lending to these businesses is relatively risky.

With DIP financing, a new lender provides cash in exchange for a higher priority than other secured creditors; in general, existing secured creditors may not support having their security diminished by the granting of an interest to a new lender that may rank prior to, or “prime,” their own. If the restructuring is not successful, the new lender is protected at the expense of other creditors, who may find their loss to be greater than if the company had instead gone bankrupt. If, however, the company reorganizes successfully, the other creditors are likely to recover more than they would have in the case of bankruptcy and job losses are reduced, with implications for employees, their families and the communities in which they live.

Some believe that new lenders should have a higher priority than other secured creditors as a premium for the risk they bear and because their financing may be instrumental to a successful reorganization.

Some believe that new lenders should have a higher priority than other secured creditors as a premium for the risk they bear and because their financing may be instrumental to a successful reorganization. The extent to which this latter point is true, however, cannot be determined statistically, since data are not systematically collected on CCAA restructurings.

While the BIA and the CCAA do not contain provisions regarding DIP financing, this financing has been authorized in CCAA cases by judges using their inherent jurisdiction. To a limited extent, the Court has allowed the security given to DIP lenders to rank prior to that of other secured creditors. Because there may be a lack of clarity about the circumstances under which DIP financing may be

authorized and the extent to which the reorganization is likely to be successful with such financing, uncertainty may prompt creditors to take action early and seize their security; there might also be implications for the availability and cost of credit.

Views about whether DIP financing should be permitted in cases of BIA proposals are mixed. Some believe that such financing would not be appropriate in smaller cases and would raise concerns about governance, while others feel that it should be available as a tool to enhance the possibility of a successful reorganization.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform was among the witnesses that spoke to the Committee about DIP financing. It supported an express statutory power in CCAA cases to allow DIP loans, and told us that “it would be helpful to expressly codify the court’s authority in the CCAA to give the court guidance in its consideration as to whether to grant such financing and on what basis.” The Joint Task Force stressed “the link between the granting of interim financing and the governance of the corporation during the workout period,” and suggested that the Court should exercise its discretion to grant DIP financing according to criteria specified in the statute. Among other considerations, it believed that the following seven factors would be appropriate:

- “(a) what arrangements have been made for the governance of the debtor during the proceedings;
- (b) whether management is trustworthy and competent, and has the confidence of significant creditors;
- (c) how long will it take to determine whether there is a going concern solution, either through a reorganization or a sale, that creates more value than liquidation;
- (d) whether the D.I.P. loan will enhance the prospects for a going concern solution or rehabilitation;
- (e) the nature and value of the assets of the debtor;

Some believe that [DIP] financing would not be appropriate in smaller cases and would raise concerns about governance, while others feel that it should be available as a tool to enhance the possibility of a successful reorganization.

(f) whether any creditors will be materially prejudiced during that period as a result of the continued operations of the debtor; and

(g) whether the debtor has provided a detailed cash flow for at least the next 120 days.”

The Canadian Bankers Association also commented on the issue of DIP financing, indicating that it is inappropriate in the context of the BIA and should be restricted on a case-by-case basis to larger companies being reorganized under the CCAA; in the latter case, the Court’s authority to grant DIP financing should be codified, as should the factors to be considered in determining whether the financing should be granted. It supported some of the recommendations made by the Joint Task Force regarding DIP financing.

The Association’s concern, in part, is about the effect of super priority status. In particular, it told the Committee that “[a]ny change in the negotiated priority position of a secured party will create uncertainty and limit the availability of credit. Providing for a super priority for new credit in a reorganization will have an adverse effect on pre-insolvency lending arrangements. If new and innovative companies are to receive adequate credit at reasonable costs, secured parties must be assured that their priority position will not be diminished.”

In questioning the reason for allowing DIP financing to occur under the CCAA but not under the BIA and finding no policy justification for the difference, Mr. Max Mendelsohn, of Mendelsohn, G.P., told the Committee that “[i]f a reorganizing entity believes that it is too expensive to seek DIP financing in its reorganization, it will not do it or it will not be able to do it. However, it should not be denied the opportunity to try to do it if the concept makes sense.”

This sentiment was supported by the Canadian Bar Association, which argued that “the same factors that lead to the need for DIP financing in a CCAA reorganization also

exist in BIA proposals.” It recommended that DIP financing be available on a consistent basis in both BIA proposals and CCAA reorganizations. Since the granting of DIP financing affects the interests of stakeholders, the Association also told the Committee that the debtor should have the burden of proof on application for DIP financing.

The Committee believes that Debtor-in-Possession financing may be instrumental in ensuring the continued operation of businesses during restructuring, but cautions that reorganization may not be the preferred solution in all cases, since there may be instances where liquidation is the option that, in the long run, will be best for all stakeholders.

That being said, if DIP financing is to be used, the Committee believes that the Court should be provided with some guidance in deciding whether to approve this financing, and that it should – in the interests of fairness – be available in both CCAA reorganizations and BIA proposals; some proposals can be relatively significant in their size and scope. In our view, the entity providing the financing should be compensated for the risk that it is taking, but existing secured creditors should receive notice that the Court is contemplating the approval of DIP financing and a DIP lien that would have priority over their interests. The availability of DIP financing, criteria to guide the Court’s decision making, notice to secured creditors and priority for DIP lenders would help to meet several of the fundamental principles identified by us in Chapter Two, including fairness, predictability and efficiency. For these reasons, the Committee recommends that:

... if DIP financing is to be used, the Committee believes that the Court should be provided with some guidance in deciding whether to approve this financing, and that it should – in the interests of fairness – be available in both CCAA reorganizations and BIA proposals; some proposals can be relatively significant in their size and scope.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies’ Creditors Arrangement Act* be amended to permit Debtor-in-Possession financing. The Court should be given the jurisdiction to provide that the lien by the Debtor-in-Possession lender can rank prior to such other existing security interests as it may specify. As well, any secured creditor affected by such priority should be given notice of the Court hearing intended to authorize the creation of security ranking prior to its security. In deciding whether to

authorize a Debtor-in-Possession loan, the Court should be required to consider the seven factors outlined by the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform in its March 2002 report.

C. The Rights of Unpaid Suppliers

The notion of protection for unpaid suppliers when a purchaser goes bankrupt is not new in Canada. A provision in this regard was found in Quebec's *Civil Code* and was proposed in the *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* – the Tassé Report – in 1970. Unpaid suppliers were first given protection in the BIA in 1992, when they were provided with the right to repossess merchandise delivered to a purchaser who goes bankrupt or goes into receivership, although a number of conditions apply:

- the supplier must make a written demand for the goods within 30 days after delivery;
- the purchaser must be bankrupt or in receivership when the demand is made;
- the goods must be in the possession of the receiver, trustee or purchaser;
- the goods must be identifiable and not fully paid for; and
- the goods must be in the same state as they were on delivery and not resold at arm's length or subject to an agreement for sale.

When the purchaser has made partial payment for the goods, the supplier may repossess a portion of the goods that is proportional to the amount owing; alternatively, he or she may repossess all of the goods after repaying any partial payment received. While the right to repossess does not extend to situations where the company is reorganizing under the BIA, if the company subsequently becomes bankrupt the supplier may exercise its right to repossess goods delivered just prior to reorganization, provided the 30-day period has not expired.

Special rights exist for farmers, fishers and aquaculturalists who deliver their products to a purchaser who

Unpaid suppliers were first given protection in the BIA in 1992, when they were provided with the right to repossess merchandise delivered to a purchaser who goes bankrupt or goes into receivership, although a number of conditions apply ...

The “30-day goods rule” was introduced to protect suppliers – who often lack a realistic ability to demand security for the transaction – from harm by insolvent debtors who order excessive amounts of inventory prior to bankruptcy as a means of increasing the assets available to satisfy secured creditors, a practice that is sometimes referred to as “juicing the trades.”

subsequently becomes bankrupt or is placed in receivership. Where these products are delivered within 15 days prior to the bankruptcy or receivership and the farmer, fisher or aquaculturalist files a claim for any unpaid amount in respect of them within 30 days thereafter, the claim is secured by a charge on all inventory held by the purchaser and takes priority over all other rights or charges against that inventory except a specific unpaid supplier’s right of possession.

The “30-day goods rule” was introduced to protect suppliers – who often lack a realistic ability to demand security for the transaction – from harm by insolvent debtors who order excessive amounts of inventory prior to bankruptcy as a means of increasing the assets available to satisfy secured creditors, a practice that is sometimes referred to as “juicing the trades.” It also, however, can assist businesses in financial difficulty; because suppliers can recover their goods under certain circumstances, they may be willing to continue supplying to these businesses.

There is some controversy about the effectiveness of the 30-day goods recourse and about whether it should exist at all. While suppliers support the concept of protecting trade creditors, there are some criticisms. For example, the time frame within which unpaid suppliers must act to preserve their right to repossess often bears no relationship to the date of the purchaser’s bankruptcy, which is the event that prompts repossession. When a purchaser goes bankrupt near the end of the 30-day delivery period, it may be difficult – if not impossible – for the unpaid supplier to receive notice of the bankruptcy and to deliver the repossession demand before the period expires. Effective exercise of the right may require advance knowledge about the impending bankruptcy.

A second problem concerns the requirement that the goods be in the same state as they were on delivery; any transformation through a production process means that the repossession right ceases to exist. Problems also arise where the goods are sold prior to the unpaid supplier making a claim for repossession. Moreover, the protection is limited to suppliers of goods, since those who supply services and credit

have no protection, and to situations of bankruptcy, since no protection is given by either the BIA or the CCAA in situations of reorganization. Some debtors have, for example, liquidated assets during the period of the stay of proceedings that occurs with the filing of a notice of intention to make a proposal, and have paid other creditors from the proceeds of the sale of these goods.

Supplier repossession reduces the assets in the bankrupt's estate and, consequently, the moneys available for distribution to creditors. As a result, credit availability and cost could be affected. In some sense, other creditors bear the cost of protection for the suppliers of 30-day goods. Moreover, the ability to repossess gives the supplier a right that was not part of the contract negotiated between it and the company; the argument may be made that if the supplier wanted to obtain security, this protection could have been available through the negotiation of the contract.

Witnesses shared with the Committee a variety of views about the 30-day goods rule, with some suggesting that it be abolished for the reasons cited above, and others recommending that it be changed to correct the deficiencies that have been identified. The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that “there is no justification for preferring suppliers over other unsecured creditors. ... In our view, there is no case for increasing further the protection of unpaid suppliers in bankruptcy. On the contrary, there is a strong case for removing the special preference for suppliers of goods altogether.”

Mr. Andrew Kent, of McMillan Binch LLP, expressed support for the position of the Joint Task Force that the claim should be eliminated. In his view, if the law were to be amended to give enhanced status to the claims of suppliers of 30-day goods, then the business would have no bargaining leverage with the supplier. He also believed that suppliers already have a number of tools that they can use to protect themselves, and are making “a conscious business choice” if they fail to do so.

Supplier repossession reduces the assets in the bankrupt's estate and, consequently, the moneys available for distribution to creditors.

[The Committee was told that giving suppliers more rights] ... could undermine restructuring efforts in cases where compromising supplier claims is required.

Mr. Kent also provided the Committee with a third reason for not providing enhanced status to suppliers. Describing the situation as a “pure special interest group grab,” he suggested that there is no policy justification for favouring this group and noted that many of the beneficiaries would be large, foreign companies. According to him, “pandering to special interest groups without good policy justification will make [Canada] less competitive and hurt all of us.” He also opposed suppliers being given more rights in restructuring proceedings, which could undermine restructuring efforts in cases where compromising supplier claims is required.

In support of Mr. Kent’s position, the Canadian Bankers Association advocated repeal of the relevant sections of the BIA. In its view, the rights for unpaid suppliers have a number of consequences; in particular, their existence: limits the availability of operating credit; adds to the monitoring cost of creditors which, in turn, results in higher interest rates; adds to the costs of debtors, who need to provide more detailed inventory accounting; duplicates existing supplier protection mechanisms; and may promote lax credit granting practices on the part of suppliers. At a minimum, the Association opposed any enhancement to unpaid supplier protection in the form of a super priority.

The Canadian Bar Association described the protection for unpaid suppliers as “difficult to apply in practice” and “largely illusory.” Among the problems identified by the Association were the timing of commencement of the 30-day period and its lack of application to suppliers of services or of credit. In its view, if Parliament wishes to retain the provision, the notice should be given to the trustee within 15 days of the effective date of bankruptcy/receivership for goods delivered in the 30 days prior to the bankruptcy/receivership.

Other witnesses supported statutory protection for unpaid suppliers. The Canadian Federation of Independent Business described some of the challenges faced by small businesses that supply goods to firms that become bankrupt. For example, since customers generally have 30 days in order to pay for their goods, the last day on which goods could be

seized is the same day that the invoice is due to be paid. As well, since goods must be in the same state as when they were delivered, slight alteration of the goods or simply opening the box may preclude repossession by the unpaid supplier. Third, some small and medium-sized businesses have encountered debtors that “load up” on goods on credit before initiating bankruptcy proceedings; this action has the effect of increasing the asset base, and thus recovery by secured creditors, at the expense of the unpaid suppliers. Moreover, small and medium-sized businesses are concerned about “quick flips,” whereby a company enters receivership, does not pay unsecured creditors, and begins operations shortly thereafter under a new name but with the same assets and management structure.

The Federation provided the Committee with a number of recommendations for change that would provide unpaid suppliers with relatively more effective protection: the repossession right should be extended beyond 30 days; the rules should be clarified and made fairer for unsecured creditors; ownership of goods purchased on credit should not pass to the debtor until the goods are paid in full; unpaid suppliers should be represented on a creditors’ committee that would help to oversee the bankruptcy process; the debtor should be at arm’s length from the disposal of assets; and rules regarding asset rollovers should be tightened, with more severe penalties to prevent abuse.

Professors Ziegel and Telfer urged improved protection for unpaid suppliers of goods and argued that the “seller’s right of repossession should be converted to a lien right where the debtor has initiated reorganizational proceedings under the BIA or the CCAA.”

Equifax Canada Inc. argued that “[t]he ... 30-days goods rights ... have not provided satisfactory protections [A] reorganizing business can invariably stave off the statutory claims of unpaid suppliers until the goods in question have been consumed in the manufacturing process or have

otherwise become unavailable for recovery under the restrictive terms of the BIA.”

The Writers’ Union of Canada also commented on the issue, and told the Committee that while authors “do not own the physical copies of their works, [they] should be treated in a manner akin to the treatment of unpaid suppliers to repossess their goods proportional (sic) to unpaid amounts. ... A publisher’s ‘goods’ ... include the intellectual property. If that intellectual property has not been fully paid for, the author should have a lien on the physical books to the extent of the accrued royalties or other shortfall in payment.” The Union would like to have rights comparable to those given to farmers, fishers and aquaculturalists in the BIA.

The Committee, on balance, believes that the current provisions [with respect to unpaid supplier rights] in the BIA are not working as they were intended.

The Committee, on balance, believes that the current provisions in the BIA are not working as they were intended. According to a recent Court judgment, when abuses such as “loading up” or “quick flips” take place, creditors who are prejudiced have recourse against the directors and/or management of the offending debtor. Like our witnesses, we believe that there is a myriad of problems with the 30-day goods rule, with the consequence that the protection has no practical value. The question then to be decided is: should we recommend improvements to the existing provisions, or should we recommend that the provisions be repealed? We received much testimony to suggest that the existing provisions are not effective; moreover, they are not accessible to all suppliers – being limited to goods and to situations of bankruptcy – and are not fair from the perspective that they provide protection to recent unpaid suppliers at the expense of other creditors. Clearly, a number of the fundamental principles identified by us in Chapter Two are not being served by the current provisions. We believe that the appropriate action is their repeal, rather than their amendment, with the exception of farmers, fishers and aquaculturalists for whom the provisions remain appropriate. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal, subject to the noted exception, the provisions that provide protection for unpaid suppliers of goods to bankrupt companies. The provisions that protect the rights of farmers, fishers and aquaculturalists as suppliers should be retained.

D. Cross-Border Insolvencies

... it is important that the legal approaches to insolvency in the affected countries be adequate and harmonious in order to facilitate the recovery of financially troubled businesses if that is possible and desirable, to ensure the equitable sharing of the loss if it is not and, most generally, to ensure a fair, efficient and predictable administration of cross-border insolvencies in order to safeguard capital flows and international investment.

Canadian insolvency legislation is designed to address domestic corporate failures. With the globalization of international markets and businesses, however, there are increasing numbers of insolvencies that are international – or cross-border – in nature. From this perspective, it is important that the legal approaches to insolvency in the affected countries be adequate and harmonious in order to facilitate the recovery of financially troubled businesses if that is possible and desirable, to ensure the equitable sharing of the loss if it is not and, most generally, to ensure a fair, efficient and predictable administration of cross-border insolvencies in order to safeguard capital flows and international investment.

Through amendments in 1997, the BIA and the CCAA seek to harmonize Canadian bankruptcy and reorganization proceedings with those of other countries and to reduce jurisdictional conflicts that may arise when insolvencies involve assets that are located in more than one country. Despite the existence of these provisions, however, a number of the Committee's witnesses spoke about the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvency. The stated purpose of the Model Law is:

“to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- Cooperation between the Courts and other competent authorities ... involved in cases of cross-border insolvency;
- Greater legal certainty for trade and investment;
- Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;

- Protection and maximization of the value of the debtor’s assets; and
- Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.”

Initiated by the United Nations Commission on International Trade Law in cooperation with the International Association of Insolvency Practitioners and with the assistance of the International Bar Association, the 1997 Model Law seeks to implement a “modern, harmonized and fair framework” – respecting differences among national laws – to apply in cases where “the insolvent debtor has assets in more than one State, or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place.” More than 70 countries – including Canada – and international organizations participated in the development process, and consensus was reached on each of the Model Law’s provisions.

In the Commission’s view, while the Model Law itself envisages the possibility of modification or incomplete adoption into the system of any particular country, this flexibility should be exercised with caution, since the desired degree of harmonization and certainty across countries is diminished when changes are made, and cooperation and coordination among affected countries in any particular case of insolvency is made more difficult.

Foreign representatives would have more rights and powers regarding possession and distribution of a debtor’s assets with the adoption of the Model Law than they now have under the BIA. Canadian insolvency rules, however, would continue to exist, and Canadian Courts would have the jurisdiction to require adequate protection for Canadian creditors and other interested parties.

Some of the Committee’s witnesses recommended that Canada adopt the Model Law as written, while others preferred that it not be adopted and still others argued that – if adoption

More than 70 countries – including Canada – and international organizations participated in the development process, and consensus was reached on each of the Model Law’s provisions.

is to occur – changes should first be made. In support of the adoption of the Model Law by Canada, the International Insolvency Institute informed the Committee that “[i]n a typical international insolvency, different sets of creditors assert different kinds of claims to different assets under different rules in different countries. . . . When insolvency or financial failure affects a multinational business, it is still most commonly dealt with through a variety of independent, separate and often-unconnected administrations, most often for different, if not conflicting, purposes.” The adoption of the Model Law would help to ensure uniformity of treatment across nations.

A number of witnesses suggested that the Model Law, if adopted, should contain a reciprocity provision according to which foreign representatives could benefit from Canadian Model Law provisions only if their country has also adopted the Model Law; such a provision would, in their view, give assistance to foreign insolvency representatives that have adopted the Model Law but deny cooperation to those that have not.

[The Committee was informed that] among the countries that have considered the Model Law, only a limited number have reciprocity requirements; Canada’s North American Free Trade Agreement partners are not among them.

The International Insolvency Institute indicated that, among the countries that have considered the Model Law, only a limited number have reciprocity requirements; Canada’s North American Free Trade Agreement partners are not among them. In its view, “to date, the weight of international opinion seems to be against the concept of a reciprocity requirement.” Moreover, “[a]dopting a reciprocity requirement would be contrary to Canada’s long-standing position of leadership in international insolvency issues. It would also be inconsistent with the international insolvency provisions that were enacted . . . in 1997 into the BIA and the CCAA.” At that time, reciprocity requirements were not considered.

Witnesses also made other suggestions. The Insolvency Institute of Canada, for example, suggested that the recognition of a foreign representative under the Model Law be conditioned by the contemporaneous appointment of a Canadian creditors’ committee to safeguard the interests of Canadian creditors in a multinational reorganization or

insolvency. The International Insolvency Institute supported this view, as did the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. Even though it believed that consideration should be given to retaining the current BIA and CCAA provisions, with any needed amendments, the Joint Task Force told the Committee that “if Canada does decide to adopt the Model Law, the legislation should incorporate provisions to protect the interests of Canadian creditors [A] Canadian creditor’s (sic) committee must be appointed. . . . The committee would be funded out of foreign main proceedings and entitled to appoint legal counsel and financial advisers if necessary.”

Mr. David Baird, Q.C., of Torys LLP, told the Committee that the introduction of the Model Law into Canada should be deferred until the resolution of a number of issues raised by him regarding the transfer of assets to a foreign jurisdiction. Should the Model Law be introduced without consideration and resolution of these issues, he believed that “as a condition precedent to any order authorizing the transfer of assets to a foreign jurisdiction, the court should be required to either appoint a creditors’ committee or a licensed trustee as a monitor with such powers as may be stipulated by the court and ensure that provisions are in place to provide the creditors’ committee or monitor with reasonable funding.” He also recommended that select provisions in the BIA and the CCAA regarding coordination in cross-border insolvencies be amended to limit their use to the affairs of an insolvent party.

Further study was recommended by the Canadian Bankers Association, which indicated that it “would be opposed to the adoption of the Model Law if it would have an adverse effect on Canadian sovereignty.” It believed that the Model Law should not be adopted until analysis has assured that it would not infringe on Canadian sovereignty or negatively affect the rights of Canadian creditors, and that it would be consistent with the structure of the Canadian insolvency system.

Professor Keith Yamauchi, with the Faculty of Law at the University of Calgary, opposed the adoption of the Model

We believe – as we do with respect to international trade agreements – that harmonized and predictable rules among countries with respect to insolvency will have desirable consequences for the world’s nations, but more particularly for Canada: higher levels of trade, more investment and increased access to reasonably priced credit.

Law. He suggested that the Model Law is probably not the best law, since “it was primarily created through the work of certain proponents who represented relatively affluent countries.” In his view, “[t]he fact that Eritrea has adopted it, and certain relatively affluent countries have not, raises the concern as to whether this one-size-fits-all model will work in a major industrialized nation such as Canada.” Moreover, he commented on modifications to the Model Law, suggesting that “[m]aking changes to [it] to address Canadian culture and economics goes against the urgings of [the] UNCITRAL. ... I feel Canada must conduct a thorough review of the [M]odel [L]aw from a Canadian perspective to see if it adds anything to the Canadian business culture.”

The Canadian Bar Association indicated that “cross-border insolvencies present unique challenges to stakeholders and to the courts in coordinating and harmonizing the administration of a liquidation or a reorganization for the benefit of stakeholders in multiple jurisdictions.” In its view, “adoption of the Model Law is something to which Canada should aspire,” although modifications may be needed to ensure that the interests of Canadian stakeholders are not negatively affected by foreign insolvency proceedings. Ms. H el ene Beaulieu also shared with the Committee her views about the Model Law.

In the Committee’s view, Canadian insolvency law must be compatible with – although not necessarily identical to – the legislation in other countries, particularly the United States which is our largest and most important trading partner and the country with which the largest proportion of cross-border bankruptcies may occur. We believe – as we do with respect to international trade agreements – that harmonized and predictable rules among countries with respect to insolvency will have desirable consequences for the world’s nations, but more particularly for Canada: higher levels of trade, more investment and increased access to reasonably priced credit.

The Committee is cognizant of the leadership role Canada has had in the creation of an international insolvency law framework and in the development of the Model Law. As

well, the 1997 amendments to the BIA and the CCAA with respect to international insolvency confirm our belief that international insolvencies are occurring and require a regime within which they can be resolved. We view the adoption of the UNCITRAL Model Law as important in safeguarding the economic health of our nation and in retaining our historic leadership role. We believe, however, that reciprocity and the fair and equitable treatment of Canadian creditors in foreign proceedings are also important, particularly as a means of ensuring fairness and transparency. It is from this perspective that the Committee recommends that:

We view the adoption of the UNCITRAL Model Law as important in safeguarding the economic health of our nation and in retaining our historic leadership role.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to incorporate the United Nations Commission on International Trade Law Model Law on Cross-Border Insolvency. Consideration should be given to adding a reciprocity provision and provisions that would assure the creation of a creditors' committee, consisting of Canadian creditors, to protect their interests. The reasonable expenses of the members of this committee should be paid by the foreign debtor, if considered appropriate by the Canadian Court.

E. Director Liability

... reduced exposure to personal liability might encourage desirable individuals to accept positions as directors.

Federal and provincial/territorial statutes expose corporate directors to personal liability for a range of corporate debts, including unpaid wages and taxes. While due diligence and/or good faith reliance defences are available in most cases, directors are subject to absolute liability for some debts, and no defence is possible. Even in the former instances, however, there is some risk.

This liability may dissuade highly competent individuals from becoming corporate directors, and from remaining with the organization during periods of financial difficulty. From this perspective, reduced exposure to personal liability might encourage desirable individuals to accept positions as directors. A high level of personal liability, however, might be supported on the basis that it should lead to highly responsible behaviour by directors in order to reduce their risks.

The subject of director liability has been examined by a federal government working group, which concluded that while their liability has increased over the 1970s and 1980s, the marketplace could address the problem and risks are manageable. In the group's view, personal liability provides directors with an incentive to perform their duties properly. The issue of director liability has also received the attention of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, as noted below.

Regarding sanctions for director conduct detrimental to creditors, some Courts have recently increased the responsibility of directors to consider the interests of creditors when their company becomes insolvent; in particular, they may – in appropriate circumstances – be held personally liable for failure to consider these interests.

In 1970, the *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* – the Tassé Report –

recommended the disqualification of directors of bankrupt companies from serving as directors and, in some situations, the imposition of personal liability on them for deficiencies in company assets. Director liability for creditors' losses was included in insolvency legislation proposed in the late 1970s and early 1980s that died on the Order Paper, and in 1986 the *Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* – the Colter Report – recommended amendment of the BIA for director disqualification and personal liability for “wrongful conduct.” In the 1990s, discussion has focussed on “asset rollovers,” which occur when the assets of a bankrupt company are sold to its principals, usually its directors, sometimes at relatively low cost. The principals may begin operations using these low-cost assets, while creditors bear the burden of loss.

In the view of Professor Sarra, “[w]hile the good faith and duly diligent efforts of corporate directors and officers ought to be protected, a blanket safe harbour provision is likely to create *ex ante* incentives to fail to pay small trade suppliers, workers and pensioners, absent statutory language that appropriately balances these interests.”

Professors Ziegel and Telfer supported the concept of a uniform provision in the BIA governing the liability of directors of an insolvent corporation for unpaid wages. They noted the liability that directors have for unpaid wages under a number of business corporations acts, and highlighted the lack of uniformity, since in some cases liability is absolute while in others a due diligence defence exists.

Regarding the personal liability of directors, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that “independent directors [should be relieved of] personal liability for obligations arising immediately prior to a filing. Independent directors typically have little or no control over whether such obligations are satisfied and so it is not appropriate to hold them personally liable for these sums so long as the debtor files for reorganization or bankruptcy on a timely basis before there are significant arrears.”

Director liability for creditors' losses was included in insolvency legislation proposed in the late 1970s and early 1980s that died on the Order Paper ...

... in earlier studies this Committee has recommended measures that would limit the scope of directors' liabilities in insolvencies.

The Joint Task Force also indicated that, “in exercising their duties during the course of a reorganization proceeding, the debtor’s directors and officers and the applicable insolvency administrators [should] take into account the priority of claims of different value and priority in the face of considerable uncertainty about the values of the business and the assets of the debtor.” It believed that doing so “would reinforce the trend in Canadian jurisprudence toward recognizing that, in insolvency, the fiduciary duties of officers and directors include an obligation to consider the best interests of creditors as well as shareholders.”

As noted above, in earlier studies this Committee has recommended measures that would limit the scope of directors’ liabilities in insolvencies. Our 1996 report *Corporate Governance* recommended incorporating provisions covering directors’ liability for wages into the BIA, with a due diligence defence. Furthermore, in our 1997 report on Bill C-5, we recommended legislating, in the BIA, a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors. We continue to support this change, and believe that it is, in essence, a question of fairness and of responsibility. We also hope that such a change might have the desirable effect of increasing the number of competent individuals who wish to serve as directors, since in our June 2003 report *Navigating Through “The Perfect Storm”: Safeguards to Restore Investor Confidence* we identified the concern of some about the limited pool of directors in Canada. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to include a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors.

F Transfers at Undervalue and Preferences

Canada's provisions with respect to preferences – when an insolvent debtor pays one or more creditors at the expense of other creditors – have remained largely unchanged since the 1919 *Bankruptcy Act*. Provincial/territorial assignments, preferences and conveyances legislation has existed, as well, since Confederation. In 1967, a new concept was added to the *Bankruptcy Act*: that of “reviewable transaction.” A reviewable transaction is a transaction between parties not dealing at arm's length where the consideration given or received – as the case may be – by the debtor is significantly greater or less – as the case may be – than fair market value. In this situation, a financial advantage is effectively conferred on the other party to the transaction, to the disadvantage of the debtor and the debtor's other creditors.

These kinds of transactions, which may occur when the debtor is insolvent or may cause the debtor's insolvency, are addressed by the law because they have the effect of reducing the moneys or assets available for distribution to other creditors. Concerns exist with respect to: difficulties that may be encountered in enforcing remedies resulting from reviewable transactions that diminish the debtor's assets; uncertainty about what transactions would, and would not, be considered to be prohibited; and the limited nature of some of the provisions, with legislation at the federal level supplemented by provincial/territorial legislation.

In particular, the provinces/territories have assignments, preferences and conveyances legislation that addresses transactions or conveyances without consideration or at undervalue. The application of this legislation, however, is not limited to situations of insolvency.

The federal legislation currently focuses on fraud and intent, which are difficult to prove. Some have argued that it may be more appropriate to examine the result of the transaction, rather than the intent behind it. The federal

The federal legislation currently focuses on fraud and intent, which are difficult to prove.

legislation is rarely used because of the difficulty, time and expense associated with it; as an alternative, the parties are more likely to access provincial/territorial legislation.

In the opinion of the Canadian Bankers Association, the current framework requires improvement. The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform argued for consistency between the CCAA and the BIA, and advocated “a complete code in federal insolvency law, so that there would be a national standard for challenging transactions that may affect the value of creditors’ realizable claims. ... Current provincial conveyances, preferences and assignments legislation ... would continue to be available to creditors outside of the insolvency context.”

Regarding intent, the Joint Task Force told the Committee that “[t]here is some debate as to whether the BIA should retain the current test ..., which is one of establishing that the transaction was made ‘with a view to’ preferring a creditor, i.e. a subjective intention test. Other jurisdictions have moved away from this approach to a standard of assessing the effect of the transaction on the position of creditors with claims in bankruptcy. The difficulty is that transactions made in good faith are not necessarily protected from an ‘effects-based’ standard”

The Committee believes that there should be a uniform system nationwide for the examination of fraudulent and reviewable transactions in situations of insolvency. At present, there is a lack of fairness, uniformity and predictability by virtue of both federal and provincial/territorial legislation addressing fraudulent and reviewable transactions. We feel that a national standard is needed for reviewable transactions that diminish the value of the insolvent debtor’s estate and thereby reduce the value of creditors’ realizable claims. Provincial/territorial legislation would continue to exist for transactions not occurring in the context of insolvency. A national system for review of such transactions would provide the fairness and predictability that we want in our insolvency system. From this perspective, the Committee recommends that:

The Committee believes that there should be a uniform system nationwide for the examination of fraudulent and reviewable transactions in situations of insolvency.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to ensure consistent and simplified rules for challenging fraudulent preferences, conveyances at undervalue and other reviewable transactions. A trustee/monitor under a proposal should have the same powers as a trustee in bankruptcy. The Acts should provide a standard for challenging transactions that may affect the value of creditors' realizable claims.

G. Bankruptcy by Securities Firms

In 1997, provisions were added to the BIA to provide a regime for bankruptcy by securities firms. Although a securities firm holds securities and cash in trust for its clients who have ownership rights in that property, the BIA's provisions provide that only "customer name securities" are to be given to the clients who own them; almost all securities and cash held by the bankrupt are pooled and distributed *pro rata* among its clients.

Since the provisions came into force, a number of bankruptcies by securities firms have highlighted ways in which the BIA's provisions might be improved. In particular, problems have been encountered with respect to mutual funds held in Registered Retirement Savings Plan accounts and whether a trustee should be permitted to liquidate a large quantity of very low-valued securities and distribute cash rather than the securities.

The Canadian Bankers Association expressed support for technical changes that would aid in the efficient distribution of assets resulting from the insolvency of a securities firm.

The Committee is aware that the BIA's provisions with respect to bankruptcies by securities firms are relatively recent, and that certain problems have arisen as the new provisions have been applied since their enactment. In some sense, this outcome is predictable, since it is seldom the case that legislation – particularly in a new area of application – can fully anticipate all circumstances or all unintended consequences. In our view, efficiency and effectiveness require that changes be made to the BIA to resolve any problems regarding bankruptcy by securities firms that have been identified by stakeholders since 1997. Consequently, the Committee recommends that:

... it is seldom the case that legislation – particularly in a new area of application – can fully anticipate all circumstances or all unintended consequences.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify: the definition of “net equity;” the status of cash in the accounts of bankrupt securities firms; and the applicability of Part XII of the Act to electronic transactions.

H. Financial Market Issues

When a business reorganization occurs, the automatic stay of proceedings that occurs as a consequence has been held to apply to such financial regulators as securities commissions and/or stock exchanges.

When a business reorganization occurs, the automatic stay of proceedings that occurs as a consequence has been held to apply to such financial regulators as securities commissions and/or stock exchanges. This circumstance could limit the ability of these regulators to perform their regulatory duties and take action against companies that conduct themselves improperly, which might be particularly important when there is a heightened need to control or supervise an insolvent company and thereby ensure the integrity of the country's capital markets. From this perspective, it may be appropriate to exempt financial regulators from the automatic stay of proceedings that occurs during a reorganization.

The Ontario Securities Commission (OSC) informed the Committee that it is “concerned that a court-ordered stay of proceedings under the CCAA, which extends to the actions or proceedings by a regulator, will restrict and compromise the OSC’s ability to carry out its duties and mandate under the *Securities Act* to provide protection to investors and to foster the integrity of and confidence in the capital markets through enforcing compliance with Ontario securities law.” It noted that other securities regulators in Canada also share this concern.

The OSC believes that the current provision in the CCAA interferes with the ability of securities regulators to exercise their statutory mandate; in particular, the OSC’s mandate is to: protect investors from unfair, improper or fraudulent practices; and foster fair and efficient capital markets, and confidence in those markets. The investing public and capital market participants rely on securities regulators to carry out these types of responsibilities, and where they are restricted from doing so as a consequence of a Court-ordered stay of proceedings, faith in – and the integrity of – the system are compromised.

Consequently, the OSC proposed an amendment to the CCAA in order to exempt securities regulators from the application of a Court-ordered stay of proceedings. Such an exemption would, in its view, mirror that which is currently available for the federal Minister of Finance, the Superintendent of Financial Institutions, the Governor in Council and the Canada Deposit Insurance Corporation.

The Committee, too, is concerned about protecting investors from unfair, improper and fraudulent practices. In our June 2003 report *Navigating Through “The Perfect Storm”*: *Safeguards to Restore Investor Confidence*, we made recommendations designed to ensure the investor confidence in publicly traded companies and capital markets that is needed for our continued economic growth and prosperity. We also believe that the amendment sought by the Ontario Securities Commission would contribute to greater effectiveness and the restored confidence we – and others – are seeking. As a result, the Committee recommends that:

The Committee, too, is concerned about protecting investors from unfair, improper and fraudulent practices.

The *Companies’ Creditors Arrangement Act* be amended to give the Court the right to exempt securities regulators from Court-ordered stays of proceedings in instances where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time.

The Committee also received testimony about another financial market issue: electronic money and a “partial security interest.” According to van Leeuwen Engineering Limited, a partial – or shared – security interest would allow a number of creditors to share their interest in a piece of property and essentially become secured creditors; it would enable “smaller debts to be secured, which would reduce bad debt.” While provincial/territorial legislative change would be required to establish the partial security interest, a federal amendment would be needed to allow “electronic money.” The organization suggested that access to the Canadian Payments Association should be given so that “small start-up financial-

Believing that this proposal falls outside the scope of our review, the Committee makes no specific recommendation [about electronic money and a partial security interest].

transaction companies can plug in and try out their methodologies. If they grow, they can either eventually migrate to being a bank or ... some other form of structure.” The notion of a joint payment guarantee instrument was also raised.

The Committee is aware that van Leeuwen Engineering Limited has had discussions with the Bank of Canada about the proposal, and urges the organization to continue to pursue those discussions. Believing that this proposal falls outside the scope of our review, the Committee makes no specific recommendation.

I. Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer

At present, trustees, receivers and other insolvency practitioners may be held personally liable, as successor employers, for certain obligations of a bankrupt or insolvent debtor. While the BIA provides some protection, not all administrators have legislative protection from all claims. In particular, obligations might include wages, vacation, severance and termination pay, as well as pension claims, even where these arise prior to the appointment of the administrator. Moreover, the administrator may be unaware of the nature and scope of these obligations when he or she agrees to provide services.

If competent individuals are to become insolvency practitioners, they must be provided with some measure of protection from personal liability in their role as administrator and not be assimilated to, or treated as, successor employers. In essence, their protection must exceed the risk they assume in providing services, otherwise they are unlikely to do so.

The Canadian Bankers Association believed that there should be greater protection for insolvency practitioners against being treated as successor employers, and supported “a clear separation of the personal liability of a trustee from the liability of the debtor’s estate. ... [T]rustees should only be personally liable for claims occurring after their appointment, and only those that arose through their negligence.”

Earlier, the Committee commented on the protection needed for directors, in part to ensure that competent individuals are willing to become directors. Similarly, we believe that insolvency practitioners need protection from personal liability, otherwise individuals are likely to be unwilling to provide these critical services. From a fairness perspective alone, it would seem reasonable to ensure that any liability they face is not the consequence of actions taken by the debtor before their appointment. For this reason, the Committee recommends that:

... we believe that insolvency practitioners need protection from personal liability, otherwise individuals are likely to be unwilling to provide these critical services.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to separate clearly the personal liability of an insolvency practitioner from the liability of the debtors' estate.

J. Executory Contracts

Executory contracts are contracts under which something remains to be done by one or more of the parties to the contract. In essence, it is a contract where there are obligations yet to be completed. Examples include leases, intellectual property rights and employment contracts, among others. Neither the BIA nor the CCAA uses the expression “executory contract.”

Nevertheless, the existence of these contracts in a situation of insolvency raises the question of the extent to which these private contracts – negotiated in good faith and with due consideration of risk – should be altered or terminated, under what circumstances and by whom. Alteration or termination of contractual rights change expectations, reduce predictability in contracting and increase risks, which will have negative implications. As well, both contracting parties may experience harm, since the continuation of a contract may be in the best interest of both parties.

Canadian legislation in this area has existed for some time. The *Bankruptcy Act* passed in 1949 contained few restraints on completed contracts; as well, it explicitly recognized the applicability of provincial/territorial law to real estate leases. Various omnibus bills in the 1970s and 1980s, all of which died on the Order Paper, proposed that an insolvent person who wished to make a proposal could disclaim any executory contract, and the co-contracting party would have the right to file a claim in the proposal for damages; the insolvent company could continue as a going concern, while the co-contracting party to the disclaimed contract would be no worse off than if a bankruptcy had occurred.

Amendments to the BIA in 1992 provide that, after a reorganization begins, secured creditors cannot exercise their security; the termination of a lease, licensing agreement or public utility because of default was also prevented. Debtors, however, were given the ability to disclaim leases on real property.

... the existence of [executory] these contracts in a situation of insolvency raises the question of the extent to which these private contracts – negotiated in good faith and with due consideration of risk – should be altered or terminated, under what circumstances and by whom.

Witnesses presented the Committee with divergent opinions on whether disclaimer of executory contracts should be allowed, with the Court's permission, by insolvency practitioners or by co-contracting parties. Some witnesses told us that a company involved in a reorganization should be permitted to renounce such contracts. This view was held, for example, by Mr. Mendelsohn, who told the Committee – in reference to the CCAA – that “reorganizing entities [do and should] have the ability to renounce executory contracts, ... with appropriate judicial supervision.” After noting that, under the BIA, only commercial leases of real estate where the reorganizing entity is the lessee can be renounced, he argued that a coherent system of restructuring must permit the entity to renounce other executory contracts as well. He informed us that “[i]f executory contracts have to be renounced, they have to be renounced whether ... [the] company [is big or small].”

Mr. Mendelsohn also shared the view that a bankruptcy trustee should be able to assign and transfer executory contracts to third parties, including licensing arrangements and leases of premises. He believed that “a trustee in bankruptcy should be given the right to realize, for the benefit of creditors, whatever economic value resides in the assets, including executory contract assets.”

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform also spoke about the ability to disclaim executory contracts and assignment to third parties. In the Joint Task Force's opinion, “[t]here should be a general right to disclaim (reject) executory contracts (including real property leases) in all bankruptcy and reorganization proceedings.” Although it does not believe that insolvent organizations or the trustee in bankruptcy should require Court approval in order to disclaim these contracts existing at the date of commencement of proceedings, the Joint Task Force argued that “the legislation could impose some pre-conditions to the exercise of the disclaimer power either generally, or with respect to certain types of contracts.”

Regarding the ability to assign executory contracts, the Joint Task Force informed the Committee that “trustees in

bankruptcy and court-appointed receivers should have the power to assign executory contracts (not including eligible financial contracts) both in connection with going concern transactions and on a liquidation basis,” subject to a number of limitations. It went on to note, however, that “[t]here should be provision for the court to prohibit an assignment if [the non-bankrupt party to the contract] establishes that the proposed assignee does not meet, in a material way, criteria reasonably applied by [it] before entering into similar agreements ... or the proposed assignee is less creditworthy than [the bankrupt] was when the executory contract was entered into and reasonable assurances of payment have not been provided with respect to any credit required to be extended to the assignee by [the non-bankrupt party] under the executory contract after the assignment.”

The Canadian Bankers Association, however, told the Committee that “[i]nsolvency law constraints on contracts can affect pre-insolvency contracting behaviour and may reduce credit availability. The new economy dictates that companies must be innovative and dynamic. In order to finance such new enterprises, financiers must be able to rely on the negotiated terms of their contracts.”

A particular executory contract – a collective agreement – was discussed by several witnesses, including representatives of organized labour. In general, their view is that the Court should not be able to terminate a collective agreement, in whole or in part. The CAW-Canada told the Committee that “the CCAA offers no authority to a Court to abrogate a collective agreement. Nor should it do so. Still, some counsel and commentators believe that Superior Courts in Canada have an ‘inherent jurisdiction’ to issue an order pursuant to the CCAA which suspends or temporarily cancels one or more terms of a collective agreement. We fundamentally disagree.”

In the union’s opinion, “[t]here can be no dispute that if the preservation of the status quo is a key objective of the CCAA, then the terms and conditions of employment defined in a collective agreement at the time of the issuance of a CCAA order must be maintained subject to the parties’ mutual authority to negotiate changes.” From this perspective, the

A particular executory contract – a collective agreement – was discussed by several witnesses, including representatives of organized labour.

CAW-Canada told the Committee that “[t]he CCAA should ... make clear that it is not open to a Court, in exercising its ‘inherent jurisdiction’ to alter, waive, or override the provisions of a collective agreement without the consent of the employer and the relevant trade union.”

A similar view was presented to the Committee by the United Steelworkers of America, which told us that “the Courts should not be entitled, under the guise of a CCAA proceeding, to interfere with the operation of freely negotiated collective agreements which affect the rights of many workers. ... [U]nions have demonstrated, in times of legitimate economic crisis, that they are capable of acting responsibly and in the best interests of their membership to agree to amendments to a collective agreement which may be necessary to enable the employer to survive. This cooperative approach is to be preferred to an approach which would eliminate workers (sic) rights with the stroke of a pen and subvert the primacy of collective bargaining.”

Moreover, the Canadian Labour Congress differentiated collective agreements from other executory contracts, and indicated to the Committee that “[j]ust as employees are not like other creditors, collective agreements are not like other contracts. ... [T]he bankruptcy and CCAA courts should not be accorded any jurisdiction over collective bargaining agreements. ... Unlike other creditors, workers are not in a position to negotiate the terms upon which they may become creditors of their employer. Unlike other creditors, they are not in a position to assess the risks that they are required to bear. Unlike other creditors, they are not able to guarantee their employer’s obligation by way of a secured charge. And unlike senior executives, they are not in a position to have their termination entitlements, including golden parachutes, set aside in trust accounts and thereby protected from bankruptcy proceedings.”

The labour federation also informed the Committee that it does not support disclaimer of collective agreements. In its view, “[t]he debtor company and the union are in the best

position to evaluate the needs of the company and are also the parties with the greatest interest in preserving the company as a going concern; they are, therefore, the appropriate parties to determine any changes to the collective agreement. The key incentive for the parties to reach an agreement is the threat that a failure to do so will lead to the bankruptcy of the debtor. ... Neither the courts nor the monitor or receiver should have the power to vacate or amend a collective bargaining agreement that was arrived at within the provincial or federal statutory framework.” The Canadian Labour Congress, however, went farther, and argued that “the value of each concession should be assigned unsecured creditor status with no less priority of valuation than any other unsecured creditor.”

In support of the views of organized labour, Professor Sara commented that “treating collective agreements as commercial executory contracts that can be unilaterally set aside ... is highly problematic.”

From the perspective of intellectual property rights, the Intellectual Property Institute of Canada indicated its preference for an approach that would limit the right of disclaimer to “unprofitable,” rather than “executory,” contracts, since there is “too much uncertainty as to what types of agreements would be found to be ‘executory’.” The Institute also made other suggestions for change.

For example, the Institute recommended that: the time limit for the exercise of the right of disclaimer be three months; the Court have the discretion to maintain the contract if the disclaimer would cause undue hardship not compensable in damages; the Court be permitted to make an order discharging the agreement and ordering payment for damages for non-performance by the trustee; aggrieved persons be given the status of a creditor of the bankrupt, to the extent of any loss suffered by reason of the disclaimer; and, where the bankrupt is a licensor of intellectual property rights, the licensee have the right to elect – within one month after receipt of the notice of disclaimer – to retain the licence. Recommendations were also made by it with respect to patents, trademarks and trade secrets.

[The Committee received testimony] with respect to patents, trademarks and trade secrets.

... we urge relevant parties to engage in the discussion needed to ensure a satisfactory resolution to the full range of issues identified to us by the Intellectual Property Institute of Canada.

Similarly, Mr. Baird, Q.C., spoke to the Committee about intellectual property issues and noted the debate that has existed for some years about “whether a trustee in bankruptcy or a bankrupt licensor or a debtor under the protection of the CCAA has the right to repudiate licences issued by the bankrupt or the insolvent debtor.” In supporting a recommendation made by the Insolvency Institute of Canada, he said that “the BIA and the CCAA [should] be amended to provide protection for a licensee of a right to intellectual property similar to that provided in the United States.”

The Writers’ Union of Canada also commented on copyright, noting the absence of copyright issues in the CCAA and the extent to which “the *Bankruptcy and Insolvency Act* less frequently applies – or doesn’t apply initially. ... When [it] does apply, it provides writers with very limited protection and often too late. A receiver or trustee in bankruptcy may already have assigned his or her rights and sold the inventory, short circuiting a possible statutory reversion of rights, depriving the author of possible revenues from sales by the trustee, and interfering with the author’s future opportunities for republication.” It also recommended that a trustee not be permitted to transfer or assign the copyright, or any interest in it, since the relationship between a writer and his or her publisher is personal; the writer should be permitted to make any alternative arrangements in the event of his or her publisher’s insolvency. Finally, the Union commented that there is a lack of clarity about whether a publishing agreement is a partial assignment of copyright or a licensing agreement under which the author retains the copyright.

While we believe that there are a variety of unresolved issues related to the insolvency of a licensor or a licensee in the context of an intellectual property licence, intellectual property law is a highly specialized area and we feel that the limited examination given by the Committee to this particular aspect of insolvency does not enable us to make any meaningful recommendations for change. Nevertheless, we urge relevant parties to engage in the discussion needed to ensure a satisfactory resolution to the full range of issues identified to us by the Intellectual Property Institute of Canada.

More generally, the Committee supports the concept of permitting disclaimer of all executory contracts, since we believe that the flexibility to take this action increases the probability of successful reorganization and thereby – in some sense – a fresher, if not fresh, start for the business. We also feel, however, that the parties to executory contracts should meet in good faith with a view to negotiating mutually acceptable changes to their contract that would enable them to meet their goals and permit the contract to continue, albeit in a changed form. We strongly believe that, in most cases, the parties will be able to come to a successful resolution; however, it is likely that situations will arise in which the parties cannot reach agreement, and in these cases we believe that disclaimer should be permitted by the Court. Nevertheless, disclaimer should only be allowed where certain conditions are met, including good faith attempts to negotiate mutually acceptable changes to the contract and serious hardship in restructuring without the disclaimer. Believing that this approach would enhance fairness, predictability and effectiveness, the Committee recommends that:

... the Committee supports the concept of permitting disclaimer of all executory contracts, since we believe that the flexibility to take this action increases the probability of successful reorganization and thereby – in some sense – a fresh, if not fresher, start for the business.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit disclaimer of executory contracts in existence on the date of commencement of proceedings under the Acts. This disclaimer should apply to all executory contracts, provided a number of conditions are met. In particular: the debtor should be obliged to establish inability or serious hardship in restructuring the enterprise without the disclaimer; the co-contracting party should be permitted to file a claim in damages in the restructuring; and, where a collective agreement is being disclaimed, the debtor should also have the burden of establishing that post-filing negotiations have been carried on, in good faith, for relief of too onerous aspects of the collective agreement and should establish in Court that the disclaimer is necessary in order to allow for a viable restructuring.

Moreover, the Committee is of the view that trustees, Court-appointed receivers and monitors should be able to assign executory contracts where doing so would enhance the value of the assets and, thereby, moneys available for

distribution to creditors. We recognize that while this circumstance would not permit the co-contracting party to choose its commercial partner, we feel that if the co-contracting party is no worse off financially, it would suffer no prejudice. As well, efficiency and effectiveness – two principles that we believe should characterize our insolvency system – would be enhanced. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit trustees, Court-appointed receivers and monitors, if authorized by judgment, to assign executory contracts when appropriate, in connection with going concern transactions and on a liquidation basis, provided that two conditions are met: the proposed assignee is at least as credit worthy as the debtor was at the time the contract was entered into; and the proposed assignee agrees to compensate the other party for pecuniary loss resulting from the default by the debtor or give adequate assurance of prompt compensation.

K. Workers' Compensation Board Premiums

Based on a system that originated in Germany in 1884, workers' compensation is a form of insurance designed to help employees who are injured on the job or who are affected by industrial disease to receive compensation and, ideally, return to work. In essence, it represents a compromise between employers and employees; with enactment of legislation across Canada, workers gave up the right to sue their employers for injuries at work and employers agreed to contribute to a fund that finances benefits for work-related injuries and illnesses, regardless of fault.

Across Canada, workers' compensation systems generally ensure that injured workers receive: first-aid treatment on the job or at the nearest local treatment facility; benefits while recuperating from injuries; proper treatment for injuries; and, if needed, rehabilitation to help the employee return to his or her job, or to a modified job if required by the circumstances.

Prior to 1997, the BIA provided that claims of Workers' Compensation Boards were granted a priority over claims of unsecured creditors; this priority ended, however, with respect to bankruptcies occurring after 1997. Since that time, these claims have only been secured if a security interest was registered, or otherwise obtained, in the same manner as is available to persons other than the Crown or a workers' compensation body. As a result Workers' Compensation Board claims have, generally, been treated as unsecured claims since 1997.

The Association of Workers' Compensation Boards of Canada spoke to the Committee about the important role played by workers' compensation as "an essential component of an integrated fabric of social and economic support that is fundamental to our society." As a program of wage replacement and services, in 2001 about 374,000 Canadian workers and their families received a range of benefits from workers' compensation, including wage replacement, health care, rehabilitation services and family fatality benefits; the cost of these benefits totalled \$6 billion.

Prior to 1997, the BIA provided that claims of Workers' Compensation Boards were granted a priority over claims of unsecured creditors; this priority ended, however, with respect to bankruptcies occurring after 1997.

The Committee was told that, prior to recent amendments to the BIA, Workers' Compensation Board premiums were considered to be deemed trusts. We were informed that, since 1996, the removal of this status has resulted in an estimated \$175 million loss for Workers' Compensation Boards as workers' compensation premium claims are now treated as unsecured commercial debts. Moreover, we were told that the loss, in turn, has compromised the benefits and services that would otherwise be available to injured workers and their families. In the view of the Association, this reduced status neglects the role historically played by workers' compensation as a "public insurance program supporting the economic and social needs of injured workers and their families." In its opinion, this role differs fundamentally from that played by commercial creditors.

Consequently, the Association recommended that the *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize Workers' Compensation Board premiums as deemed trusts, which would give them the same secured creditor priority as the Canada/Quebec Pension Plan and employment insurance premiums over lending institutions and other secured creditors. In its opinion, allowing Workers' Compensation Boards to recoup their claims in bankruptcy would affect credit costs in Canada negligibly.

The result of this change would be that, in a bankruptcy, Workers' Compensation Board claims would be superior to those in favour of a bank or other lending institution in all jurisdictions. The Association informed the Committee that this treatment would have several advantages. First, it would "[e]nsure the primacy and sustainability of [the] social-economic safety net." Workers' compensation, along with employment insurance and the Canada/Quebec Pension Plan, is "fundamental to Canadian society ... [and] must be protected from revenue loss as a result of employer bankruptcy." It is a key component of the nation's social safety net and "should be recognized as a secured creditor serving the public interest rather than as another commercial creditor."

Second, while provincial/territorial legislation gives workers' compensation assessments/premiums priority in bankruptcy, the BIA does not do so and thereby "creates two different systems for distributing the debtor's assets, depending on whether or not there is formal bankruptcy;" from this perspective, amending the BIA to provide for this priority would contribute to legislative consistency across jurisdictions and support "certainty in commercial relations."

Third, priority status for workers' compensation assessments/premiums would contribute to "the fair distribution of [a] debtor's assets" since the Canada/Quebec Pension Plan, employment insurance and workers' compensation would be "equal as income security and trusts."

Fourth, returning the treatment of workers' compensation assessments/premiums in bankruptcy to their pre-1997 status would promote the "economic sustainability of workers' compensation." This sustainability is important, in the Association's view, since affordable premiums are important to help businesses constrain their labour costs and thereby enhance their competitiveness; affordability also makes Canada a more attractive country within which to invest. According to the Association, the current inability of Workers' Compensation Boards to recover moneys from insolvent companies indirectly means that premium-paying employers are paying for the bankruptcies. As well, "[u]npaid premiums result in additional costs for paying employers" as premiums rise.

Finally, in the Association's opinion, priority status for workers' compensation assessments/premiums would ensure that the proper parties bear responsibility for bad credit decisions. The Association believes that the "BIA places the burden of failed business loans on workers' compensation, not the lenders where it belongs." As a legislated program, workers' compensation is not able to choose its customer or limit its risk; Workers' Compensation Boards must recognize the claim of an injured worker regardless of his or her employer's payment of assessments/premiums, and they are unable to refuse insurance to workplaces or employers that

[The Committee was informed that] Workers' Compensation Boards must recognize the claim of an injured worker regardless of his or her employer's payment of assessments/premiums, and they are unable to refuse insurance to workplaces or employers that may have significant liabilities or that may default on assessments/premiums.

may have significant liabilities or that may default on assessments/premiums. The Association believed that banks and lending institutions, on the other hand, select their clients to manage their risk.

The Association also told the Committee that one of the goals of the BIA is not being realized with the current system. It said that “[o]ne of the goals of the BIA is the fair distribution of debtor’s assets among the creditors. However, in reality, the current scheme is not fair to workers, employers and workers’ compensation boards and commissions because it allows lenders to use the BIA to obtain the assets of bankruptcy thereby defeating the interests of workers, employers and workers’ compensation.”

In recognition of workers’ compensation as an element of our social safety net, it argued that “[a]s a matter of public policy, workers’ compensation should not be penalized or placed at a disadvantage in a bankruptcy proceeding. The financial stability of workers’ compensation ... should not be put at risk. Nor should the capacity of workers’ compensation boards and commissions to meet commitments be weakened because of difficulties in recovering unpaid premiums.”

The Committee was informed that, in turn, the ability of Workers’ Compensation Boards to deliver benefits would be increased and workers’ compensation would have the same treatment as employment insurance and the Canada/Quebec Pension Plan, which – according to the Association – likewise offer wage protection. Re-establishing this priority would reduce the extent to which Workers’ Compensation Board revenues are lost to chartered banks in the event of bankruptcy.

While the Committee agrees that workers’ compensation is a key component of a system designed to assist workers and their families in the event of job-related illness or injury, we are unable to support the recommendation of the Association of Workers’ Compensation Boards of

Canada. In our view, the situation that existed before 1997 whereby priority over unsecured claims was granted to claims of all Workers' Compensation Boards should be reinstated. Moreover, we note that a recommendation made by us elsewhere in the report would, if adopted, import the priorities contained in the BIA into the CCAA; this change would give Workers' Compensation Board premium claims the same treatment under CCAA proceedings as under BIA proceedings. From this perspective, the Committee recommends that:

... we note that a recommendation made by us elsewhere in the report would, if adopted, import the priorities contained in the BIA into the CCAA ...

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to return the treatment of Workers' Compensation Board premiums to that which existed prior to 1997.

L. Interim Receivers

Before 1992, the interim receiver's role was to be a "temporary watchdog" of the debtor's property, and he or she was appointed to protect the estate or the interest of creditors pending the granting of a receiving order.

Under the BIA, receivers are appointed to liquidate a debtor's assets for the benefit of secured creditors. To an increasing extent, interim receivers are being used for that purpose. There are concerns about the extent of an interim receiver's powers, the jurisdictional basis for the scope of the orders made and the impact on the rights of affected third parties in the absence of the Court determining the need for such liquidations prior to judgment.

Before 1992, the interim receiver's role was to be a "temporary watchdog" of the debtor's property, and he or she was appointed to protect the estate or the interest of creditors pending the granting of a receiving order. In some jurisdictions, however, interim receivership is now being used in a manner that permits the interim receiver to take possession of the debtor's assets, operate its business and, in some cases, sell assets and distribute the proceeds to secured creditors before judgment. Consequently, at times, the powers of the interim receiver closely resemble those of a trustee or Court-appointed receiver; the interim receiver has not, however, been bound by the duties and responsibilities of a trustee or receiver.

The Canadian Bar Association argued that the expanded role of some interim receivers fails to protect the debtor, ordinary creditors or affected third parties. In its view, the interim receiver's role must be more clearly defined. Moreover, the Association believed that if interim receivers play a role analogous to that of Court-appointed receivers, they should be subject to the same obligations and requirements; where their roles are the same, the definition of "receiver" should be amended to include, specifically, "interim receivers."

The Committee believes that the role of interim receivers has evolved over time, and that clarity is needed

about what should be their role, duties and responsibilities. In our view, “interim” should mean exactly that, and if a broadened or extended role is needed – or desired – then legislative change should occur in order to reflect this fact. It is, in essence, a matter of fairness and predictability, since interim receivers who act in a capacity similar to trustees or Court-appointed receivers should have not only the same powers, but also the same duties and responsibilities. Consequently, the Committee recommends that:

In our view, “interim” should mean exactly that, and if a broadened or extended role is needed – or desired – then legislative change should occur in order to reflect this fact.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify the role of the interim receiver, and the duration and meaning of the term “interim.” As well, the definition of “receiver” should be amended to include interim receivers when they operate in a manner similar to Court-appointed receivers.

M. Going Concern and Asset Sales

During a reorganization, an insolvent company may benefit from an opportunity to sell part of its business in order to generate capital, avoid further diminution in value and/or focus better on the financially solvent aspects of its operations.

During a reorganization, an insolvent company may benefit from an opportunity to sell part of its business in order to generate capital, avoid further diminution in value and/or focus better on the financially solvent aspects of its operations. In some situations, a win-win situation would be created: insolvent companies would be able to increase their chance of survival as they gain capital and focus on their solvent operations, and creditors would avoid further reductions in the value of their claims. These sales would occur outside the normal course of the organization's business. In some cases, the best situation for stakeholders might involve the sale of the business in its entirety.

At present, the Court exercises its inherent jurisdiction in approving these asset sales. It does so, however, without any legislative guidance about when and how such sales should occur.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that “[i]n practice, successful restructurings usually require much more than simply obtaining financial concessions from existing creditors. They usually involve an operational restructuring of the business as well as a financial restructuring. ... The debtor may need to sell or shut down parts of its business, either to generate new capital or to withdraw from the financially unhealthy parts of its business in order to save the financially sound parts. ... In some situations, the economic and social objectives of the insolvency system can be better achieved through a sale of the debtor's business as a going concern to a new owner, rather than through the restructuring of the legal entity that is the current owner.”

The Joint Task Force provided the Committee with a non-exhaustive list of guidelines that it believed would give the Court “substantive direction” regarding factors to consider in deciding whether to approve a sale of assets – in whole or in part – on a going concern basis during a CCAA proceeding.

In particular, it suggested that the Court might assess whether the sales process has been conducted:

- “(a) in a fair and reasonable manner;
- (b) by an insolvency administrator;
- (c) by a credible, independent chief restructuring officer reporting to a credible, independent restructuring committee of the board of directors either with or without supervision of the court; and/or
- (d) in consultation with major creditors.”

When the debtor – instead of being reorganized under the CCAA – has made a proposal under the BIA, the Joint Task Force indicated that there may not be a restructuring officer or a restructuring committee. In that case, input should be sought and obtained from major creditors, as is envisaged with respect to reorganizations under the CCAA, but with greater emphasis on their views.

The Committee was also informed about “quick flips,” which involve shareholders, directors or other senior officers of the company becoming involved in a sale of assets where they have a significant financial interest in the purchaser of the assets or in the sales transaction. The Joint Task Force noted that, in some cases, a sale of this nature may be beneficial since it may maximize realizable value for creditors. It believed, however, that such sales should only be permitted in “exceptional circumstances” unless “there was a proper sales process either subject to court supervision or conducted by persons acting independently of such persons.”

The Committee also believes that there are circumstances where all stakeholders would benefit from an opportunity for an insolvent company involved in reorganization to divest itself of all or part of its assets, whether to raise capital, eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business. We feel, however, that the Court must be involved in approving such sales and that it should be provided with some guidance

regarding minimum requirements to be met during the sale process. Finally, in our view, asset sales to shareholders, directors, officers or senior management – whether in whole or in part – should only occur in exceptional circumstances, which would include situations where it can be shown that such a sale would benefit creditors. Believing that such sales would contribute to greater fairness and efficiency, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the debtor, subject to prior approval of the Court, to sell part or all of its assets out of the ordinary course of business, during reorganization and without complying with bulk sales legislation. Similarly, the debtor should be permitted to sell all or substantially all of its assets on a going concern basis. On an application for permission to sell, the Court should take into consideration whether the sales process was conducted in a fair and reasonable manner, and whether major creditors were given reasonable notice, in the circumstances, of the proposed sale and had input into the decision to sell. No such sale to controlling shareholders, directors, officers or senior management of the debtor having a significant financial interest in the purchaser or in the sales transaction should be permitted, other than in exceptional circumstances.

N. Governance

In insolvency proceedings, especially CCAA reorganizations and BIA proposals, all persons to whom power and authority have been given should act in good faith, competently and without conflict of interest. They should also diligently and conscientiously perform any responsibilities they may have been given. In essence, good governance must prevail. To some extent, good governance is assured through the obligations placed on insolvency practitioners appointed or approved by the Court, including trustees, receivers and monitors. As well, it is enhanced when practitioners are licensed, and when all stakeholders act transparently.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform informed the Committee that “there is [a] need to give statutory recognition to the importance of proper governance of financially troubled businesses.” It also noted that “[m]anaging the affairs of an insolvent debtor often involves balancing the conflicting interests of parties with claims of different value and priority in the face of considerable uncertainty about the values of the business and assets of the debtor.” It believed that “there are certain situations ... where the court should have the ability to alter the debtor’s management, including by replacing some or all of the existing directors or by appointing a qualified party with some degree of authority to manage the debtor’s operations.”

Independence of insolvency practitioners was supported by the Canadian Bar Association, which recommended that “a general standard of independence of insolvency representatives be adopted.”

The Committee has long had an interest in good governance, and has issued a number of reports addressing the principles of good governance, including our 1996 report *Corporate Governance* and our June 2003 report *Navigating through “The Perfect Storm”: Safeguards to Restore Investor Confidence*. In the current context, we believe that all officers of the Court involved in proceedings under the BIA and/or the CCAA

In insolvency proceedings, especially CCAA reorganizations and BIA proposals, all persons to whom power and authority have been given should act in good faith, competently and without conflict of interest.

... proper governance of the organization involved in the restructuring is required, and the organization's directors must positively assist in the restructuring efforts; ...

should act in a manner characterized by good faith, competent execution of their duties and freedom from real or perceived conflicts of interest; disclosure of any circumstances that could be construed as a conflict of interest must occur. Behaviour consistent with such a standard will ensure the fairness, predictability and transparency we seek and will instil, in domestic and foreign stakeholders, confidence that our insolvency system has integrity. Moreover, proper governance of the organization involved in the restructuring is required, and the organization's directors must positively assist in the restructuring efforts; if they do not, they should be replaced and a proper governance structure implemented. For these reasons, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the Court to replace some or all of the debtor's directors during proposals or reorganizations if the governance structure is impairing the process of developing and implementing a going concern solution. Moreover, prior to appointment, a trustee/monitor should disclose, to the Court, any business and legal relationships it has or has had with the debtor. The auditor or recent former auditor of the debtor should not be permitted to be the monitor. Furthermore, the monitor should not be permitted, in the event of a failed restructuring, to become the trustee or a receiver for a secured creditor.

O. Plan Approvals

In general, reliance upon “majority rule” as a voting mechanism can be problematic, since this rule can be abused by related parties or by parties who derive collateral benefits from the decisions of the group. In recognition of this potential problem, the BIA and the CCAA give the Court discretion to refuse to approve a restructuring plan or proposal even if it has received approval by a majority of the creditors. The Acts, however, provide very limited guidance about the manner in which the Court is to exercise that discretion.

While the BIA provides guidance on procedures to follow in order to secure approval of a restructuring plan, virtually no guidance in this regard is provided in the CCAA.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform informed the Committee that the BIA’s provision regarding the vote of a creditor who is related to the debtor should be extended to the CCAA, and that minority creditors should be protected through a requirement “under both the BIA and the CCAA that ... dissenting minority creditors will not be prejudiced by the reorganization plan as compared to a liquidation.”

As a matter of fairness and predictability, and recognizing the potential for abuse of majority voting mechanisms, the Committee believes that the Court should continue to have discretion, under both the BIA and the CCAA, to not approve a restructuring plan even where the plan has the support of the majority of voting creditors. To assist the Court in determining whether it should exercise this discretion, we feel it would be useful to require the trustee or monitor to provide his or her opinion about whether dissenting creditors are likely to receive less under the plan than they would receive in a liquidation. We also feel that, in some cases, the prospect of successful reorganization is enhanced where the equity of the organization is reorganized.

... the Committee believes that the Court should continue to have discretion, under both the BIA and the CCAA, to not approve a restructuring plan even where the plan has the support of the majority of voting creditors.

At this time ... neither Act gives the Court the authority to reorganize share capital.

At this time, however, neither Act gives the Court the authority to reorganize share capital. In our view, this inability limits effectiveness. We believe that the Court should have this ability, and should be able to exercise its authority to reorganize share capital, with or without consent of shareholders, who could veto an arrangement to the detriment of creditors. For these reasons, and to enhance fairness, predictability and effectiveness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to require a trustee/monitor to provide, in connection with a request for Court approval of a reorganization plan, an opinion that, as a group, each of secured creditors and unsecured creditors are likely to receive no less under the plan than it would receive in a liquidation. Moreover, Section 54(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* regarding related parties should be incorporated in the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Finally, the Acts should be amended to provide the Court approving a reorganization plan with the power to approve a restructuring of the equity of the debtor, with or without shareholder approval.

P. Priorities

The BIA creates a priority scheme for the distribution of the proceeds of realization of the debtor's assets. This scheme, which implicitly recognizes that situations of insolvency – by definition – involve insufficient realizable assets to satisfy all claims, provides that – subject to the claims of secured creditors – certain other groups of creditors, such as employees, municipalities and landlords, have priority over other unsecured creditors in the distribution of the proceeds of realizations of the debtor's assets, subject to certain limitations.

The priority scheme in the BIA does not apply to CCAA proceedings or to receiverships. Moreover, provincial/territorial legislation has created statutory security interests and deemed trusts that give some claims priority over those of even secured creditors and, in any event, priority over the claims of unsecured creditors. The priority accorded Crown claims applies in the case of BIA proceedings but does not apply to CCAA proceedings or receiverships.

On the issue of differences in priorities, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform commented that “[t]here is no justification for these discrepancies.” It advocated the application of BIA priority rules in BIA and CCAA proceedings and in receiverships, suggesting that “[c]reditors’ relative entitlements should not vary depending on the nature of the proceedings.”

From the perspective of fairness, the Committee too believes that the same priority rules should govern the distribution of the proceeds of realization of the debtor's assets, regardless of the insolvency legislation under which proceedings are occurring. For this reason, the Committee recommends that:

The Companies’ Creditors Arrangement Act be amended to incorporate the priority rules in the Bankruptcy and Insolvency Act.

... situations of insolvency – by definition – involve insufficient realizable assets to satisfy all claims ...

Q. Insolvency of Other Vehicles

As a risk management tool, business – or income – trusts may be used as financing vehicles.

As a risk management tool, business – or income – trusts may be used as financing vehicles. In fact, it has been estimated that 86% of initial public offerings in Canada in 2002 were offerings of units in income trusts. In 2003, more than 100 income trusts, with more than \$45 billion in market capitalization, were listed on the Toronto Stock Exchange.

At a simplistic level, a trust sells units to the public and invests in a business; the unitholders are the beneficiaries of the trust, and the trustees hold all or part of the equity interests in the business; most of the funds are advanced to the business in the form of a loan. The terms of the loan frequently provide that the before-interest-expense income of the business will be distributed to the trustees as interest, thereby reducing the taxable income of the business. In turn, the trustees distribute the moneys received to the unitholders, and the moneys are then taxed as income. From the perspective of the holder, holding a unit in an income trust is conceptually similar to holding a share in a corporation.

In the view of the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, the BIA should be amended to clarify that trusts used as financing vehicles can be liquidated under the BIA, but they cannot be reorganized.

Mr. Bruce Leonard told the Committee that “[t]he problem with income trusts from a bankruptcy or reorganizational point of view is that their structure is such that it is not clear that they are covered or dealt with under either ... the BIA or the CCAA. My suggestion ... would be to have both [Acts] amended so that these vehicles, which are becoming so important commercially in Canada, ... would be able to reorganize in the same fashion as ordinary corporations [should they fall into financial difficulty] I would use the definition of ‘commercial trust’ meaning a trust in which interests are acquired for consideration so that it is clear that it is a commercial transaction, not a family or a charitable transaction.”

The Committee is aware that business trusts are increasingly popular and are being used to finance a wide range of business undertakings, including real estate, utilities, transportation, ice manufacturing, cheque printing, customs brokerage, seafood processing and natural resources. Clearly, they are becoming a tool in which investors have confidence, which is particularly important in times such as these when North America has witnessed a number of corporate scandals. Since these trusts are not accumulating retained earnings and are not re-investing in capital equipment, they are perhaps relatively more vulnerable to financial downturns. Trusts, however, are neither persons nor corporations, and consequently are not covered by either the BIA or the CCAA. We believe that, given their structure and importance as a financing mechanism for companies, they should be addressed within insolvency legislation.

Although the Joint Task Force limited its recommendations to allowing trusts to be liquidated under the BIA, the Committee believes that circumstances could arise in which reorganization of a trust under either the BIA or the CCAA, rather than its liquidation, would be beneficial. For these reasons, and to recognize the contribution made by business trusts to the efficient operation of Canadian businesses, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to provide for the liquidation or the reorganization of a business trust.

We believe that, given their structure and importance as a financing mechanism for companies, [business trusts] should be addressed within insolvency legislation.

R. Income Tax

At present, the conversion of debt into equity can lead to debt forgiveness in certain circumstances, and the financial implications of debt forgiveness rules can effectively hinder reorganization.

In certain situations, insolvent debtors are able to convert debt into “distress preferred shares,” which are accorded special treatment under the *Income Tax Act* but are relatively costly to create. In particular, revenue received by the holder in respect of such shares is given favourable tax treatment, since it is treated as dividend income rather than as interest income. This treatment provides a relatively low cost means of financing a restructuring.

At present, the conversion of debt into equity can lead to debt forgiveness in certain circumstances, and the financial implications of debt forgiveness rules can effectively hinder reorganization. Consequently, an insolvent debtor could sell assets rather than reorganize. Moreover, proposed distress preferred share holders frequently require a favourable tax ruling before accepting this treatment and the delays in obtaining such rules are inconsistent with the speed required in reorganizations.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform proposed to the Committee that “a creditor and an insolvent debtor [be allowed] to elect to treat a loan as if distress preferred shares had been issued.” Such a change, it argued, is “aimed at both fairness and efficiency in complying with current tax policy ... and [would] not require any change in tax policy ... [or the *Income Tax Act*] requirements for qualifying for the tax benefit of distress preferred shares. Rather, the election is aimed at making use of distress preferred shares more accessible Instead of requiring an elaborate set of ... transactions in order to convert the debt into distress preferred shares, parties could simply file a notice of election.” Consequently, costs would be reduced, as would the time taken to make decisions and rulings; accessibility to this means of financing a restructuring would be enhanced.

The Joint Task Force also suggested that “tax policy should be neutral as between a choice of the debtor company restructured or a new corporation acquiring the business

assets, and thus the same tax treatment should be available in either situation.” In its view, the debtor should be permitted to elect fresh start accounting for tax purposes as if it were a new taxpayer from the point in time when the restructuring plan is approved and effective.

The Committee feels that the costs of restructuring should be minimized, to the extent reasonably possible, in order to provide insolvent companies with an incentive to reorganize rather than become bankrupt, should that be in the best interest of stakeholders. We feel that allowing an election that would permit a loan to be treated as distress preferred shares would promote efficiency in the insolvency system. Moreover, in our view, fairness and efficiency would be enhanced if the debtor, on consummation of a plan of arrangement, is allowed to use fresh start accounting for tax purposes. Both of these changes would, we believe, lead to reorganization rather than bankruptcy, where preferable for stakeholders. For these reasons, the Committee recommends that:

The Committee feels that the costs of restructuring should be minimized, to the extent reasonably possible, in order to provide insolvent companies with an incentive to reorganize rather than become bankrupt, should that be in the best interest of stakeholders.

The *Income Tax Act* be amended to provide that distress preferred share treatment for tax purposes be afforded to qualifying debt, for a specified period of time, by filing a notice of election with the Canada Customs and Revenue Agency. Moreover, on the consummation of a plan of arrangement, a debtor should be able to elect to use fresh start accounting for tax purposes, with tax obligations relating to the period prior to the date of bankruptcy addressed as pre-filing claims.

S. Subordination of Equity Claims

Canadian insolvency law does not subordinate shareholder or equity damage claims.

Insolvency legislation in the United States has created the concept of “subordination of equity claims.” Equity claims are those claims that are not based on the supply of goods, services or credit to a corporation, but rather are based on some wrongful or allegedly wrongful act committed by the issuer of an instrument reflecting equity in the capital of a corporation. Conceptually, this type of claim relates more to the loss of a claimant who holds shares or other equity instruments issued by a corporation, rather than the claims of traditional suppliers. In American legislation, such claims are subordinated to the claims of traditional suppliers.

Canadian insolvency law does not subordinate shareholder or equity damage claims. It is thought that this treatment has led some Canadian companies to reorganize in the United States rather than in Canada.

Mr. Kent, for example, told the Committee that “[i]f [a shareholder’s rights claims by people who say that they have been lied to through the public markets] is filed in Canada, there is no facility in place to deal with it. They have no choice but to file in the U.S. where there is a vehicle to deal with these claims in a sensible, fair and reasonable way. In Canada, we have no mechanism. Thus, you end up with situations where it becomes difficult to reorganize a Canadian enterprise under Canadian law because our laws do not generally deal with shareholder claims.”

He also indicated, however, that shareholder claims may be addressed within specific corporate statutes. Mr. Kent mentioned, in particular, the *Canada Business Corporations Act* and some provincial/territorial statutes, and shared his view that “[i]t becomes a lottery, depending on where the corporation is organized, whether there is a vehicle for dealing with some of these claims or there may not be. It is a hodgepodge system.”

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform shared with the Committee a proposal that all claims arising under or relating to an instrument that is in the form of equity are to be treated as equity claims. Consequently, “all [equity] claims against a debtor in an insolvency proceeding ... including claims for payment of dividends, redemption or retraction or repurchase of shares, and damages (including securities fraud claims) are to be treated as equity claims subordinate to all other secured and unsecured claims against the debtor” It also proposed that these claims could be extinguished, at the discretion of the Court, in connection with the approval of a reorganization plan.

In view of recent corporate scandals in North America, the Committee believes that the issue of equity claims must be addressed in insolvency legislation. In our view, the law must recognize the facts in insolvency proceedings: since holders of equity have necessarily accepted – through their acceptance of equity rather than debt – that their claims will have a lower priority than claims for debt, they must step aside in a bankruptcy proceeding. Consequently, their claims should be afforded lower ranking than secured and unsecured creditors, and the law – in the interests of fairness and predictability – should reflect both this lower priority for holders of equity and the notion that they will not participate in a restructuring or recover anything until all other creditors have been paid in full. From this perspective, the Committee recommends that:

In view of recent corporate scandals in North America, the Committee believes that the issue of equity claims must be addressed in insolvency legislation.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the claim of a seller or purchaser of equity securities, seeking damages or rescission in connection with the transaction, be subordinated to the claims of ordinary creditors. Moreover, these claims should not participate in the proceeds of a restructuring or bankruptcy until other creditors of the debtor have been paid in full.

T. Administrative Tribunals and Stays of Proceedings

At present, the CCAA gives provincial/territorial Superior Courts the power to stay “an action, suit, or proceeding brought against the company” when an insolvent company becomes subject to a CCAA order.

At present, the CCAA gives provincial/territorial Superior Courts the power to stay “an action, suit, or proceeding brought against the company” when an insolvent company becomes subject to a CCAA order. Consequently, some Courts have issued stay of proceedings orders with respect to administrative tribunals. Administrative tribunals are used to resolve disputes in the areas of labour relations, human rights, the environment, energy, transportation, communication, securities and justice, among others.

Although the Ontario Securities Commission presented testimony to the Committee, most of our witnesses focused on administrative tribunals in one area only: labour relations. The CAW-Canada shared with the Committee its view that “the word ‘or’ ... must be interpreted in the context of the words ‘action’ and ‘suit,’ which both refer to judicial proceedings. The common feature of the words ‘action,’ ‘suit’ and ‘proceeding’ is that they are judicial proceedings. The term ‘proceeding’ ... was not intended to include extra judicial (that is non-court) proceedings such as grievance/arbitration matters, health and safety complaints before labour boards, or human rights complaints filed with human rights commissions. Regrettably, several courts ... have issued wide ranging stay orders, covering administrative tribunals ..., which have only an incidental impact on the financial or business affairs of an insolvent company.”

The union argued that “[i]t is important to discern what the purpose of a stay order is: it is to preserve the status quo between creditors in the company by preventing any maneuvers for positioning among creditors during the interim stay period which would give an aggressive creditor an advantage to the prejudice of others, ..., and would further undermine the financial position of the company, making it less likely that the eventual ‘arrangement’ would succeed. ... If a broad stay order suspending the prosecution of employment rights disputes is issued in favour of an insolvent corporation

... then the CCAA has been used to place the insolvent company in a better position than it was before the statute was triggered. ... [T]he statute is designed to preserve the status quo, not put the insolvent corporation in a better position, and fundamentally above the law.”

In the view of the CAW-Canada, the CCAA should be clarified in order to exempt, from the application of a stay of proceedings, all employment-related proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. It told the Committee that “a working grievance and arbitration process is critical if day to day issues in the workplace are to be resolved with a minimum of disruption. ... Grievances routinely deal with both monetary and non-monetary matters, including, for example, health and safety issues, sexual harassment complaints, discrimination complaints, and providing remedies for employees who have been wrongfully disciplined, or whose employment [has] been wrongfully terminated. ... [T]he remedies afforded by the grievance and arbitration process are not in the nature of a pre-filing debt or liability which can be compromised under the CCAA.” It believed that there is no justification for eliminating recourse to the grievance arbitration process while employees continue to work for a company undergoing reorganization.

In the Committee’s view, administrative tribunals decide a number of issues that are important to Canadians. While employees themselves are probably the main beneficiaries of decisions in certain labour relations matters, society benefits – in a broad sense – from the existence of human rights tribunals to safeguard the protection from discrimination that our nation desires. Moreover, administrative tribunals decide issues in a number of other areas that have a public interest component, including disputes related to the environment, justice and securities, among others. We generally believe that a stay of proceedings granted under the CCAA should not apply to the activities of administrative tribunals, since many of their decisions are made in areas that clearly fall within the public interest.

The Court and commentators have justified staying proceedings of administrative tribunals by asserting that the

We believe that a stay of proceedings granted under the CCAA should not apply to the activities of administrative tribunals, since many of their decisions are made in areas that clearly fall within the public interest.

... an appropriate balance must be sought between the fundamental importance of a broad range of administrative proceedings in our current environment and the need to focus the attention of directors and senior management on a successful reorganization.

energy and attention of the directors and senior management of companies undergoing reorganization should be devoted – virtually entirely – to the reorganization, and not diverted or distracted by the requirement to deal with administrative proceedings. As is the case in some other areas, however, an appropriate balance must be sought between the fundamental importance of a broad range of administrative proceedings in our current environment and the need to focus the attention of directors and senior management on a successful reorganization.

While allowing administrative tribunal activities to continue would support the fundamental principles of fairness and predictability that we are seeking in our insolvency system, we feel that directors and senior management of corporations in reorganization procedures must remain focused on the goal of a successful reorganization. Consequently, the Committee recommends that:

The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to exempt, from the application of stays of proceedings and subject to Court discretion, all proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. The exemption should be granted where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time.

CHAPTER SIX: THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON ADMINISTRATIVE AND PROCEDURAL ISSUES

A. Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy

The *Bankruptcy and Insolvency Act* gives the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) several responsibilities. The Office: supervises the administration of bankruptcy estates, business reorganizations, consumer proposals and receiverships under the Act; keeps records of insolvency proceedings that occur under the Act; records and investigates complaints by creditors, debtors and the general public; and licenses and oversees the trustees who administer bankruptcy estates under the Act.

Since becoming a Special Operating Agency in 1997, the OSB has depended exclusively on income generated by its operations to fulfill its statutory mandate. Adopting a user-pay principle, a variety of fees exist: filing fees; levies on dividends payable to creditors; licence fees; and fees for searching the public record. Although the OSB does not use the funds, the Superintendent administers an account for unclaimed dividends and undistributed funds. In August 2003, there was about \$9.3 million in the fund.

The OSB's responsibilities and powers were increased by the 1992 and 1997 amendments to the BIA. These responsibilities, together with the increase in commercial and consumer bankruptcies over time and the increased complexity of cases, have generated comments on the need for more resources for the OSB.

Although the OSB does not use the funds, the Superintendent administers an account for unclaimed dividends and undistributed funds.

A focus on prevention raises the question of how programs and initiatives should be funded.

Moreover, there has been speculation about the role that enhanced education and preventive approaches to insolvency might play in reducing financial difficulties, and thereby insolvency, among individuals and businesses. To be effective, education and prevention measures must be offered at the correct time and in the correct manner. A focus on prevention raises the question of how programs and initiatives should be funded. In addition, it is important to encourage studies and research, predominantly but not exclusively, by academics. In the past, the OSB has benefited significantly from such research, but there are insufficient funds to research broader subjects, such as credit granting practices in Canada and other issues that would help Parliament to determine the direction and scope of future amendments to Canadian insolvency legislation.

The OSB plays no supervisory or administrative role with respect to the *Companies' Creditors Arrangement Act*; any records that exist about the growing number of proceedings under the Act are resident with the Court in which the cases were commenced. It is perhaps for this reason that limited data exists about activities under the Act. Consequently, it is virtually impossible to assess meaningfully the effectiveness of proceedings under the CCAA, the frequency with which companies initiate procedures under the Act, the characteristics of these companies, and the consequences of the Act and its operations for Canadian companies and the Canadian economy.

The inability to carry out an assessment of the operations and effectiveness of proceedings under the CCAA might have particularly serious consequences, since many of Canada's large businesses that experience financial difficulties pursue options under the CCAA. Moreover, the absence of supervisory oversight and lack of data may undermine the trust of lenders and investors, with potentially negative implications for the economy.

Witnesses commented on a wide range of issues, including the current role of the OSB and how it should be

expanded, access to the process supervised by the OSB, funding concerns related to the Office, the lack of CCAA-related data and other information because of the absence of supervisory oversight, and the importance of research and preventive measures.

A number of witnesses shared with the Committee their views on how the role of the Office of the Superintendent of Bankruptcy should be expanded. The Union des consommateurs, for example, recommended that the Office establish a procedure that would require trustees to “standardize the information to be given ... to debtors” and that it organize or contribute to “outreach campaigns on credit, debt overload and their consequences.” The group also identified the need for a practical “how to” manual for debtors – containing information on their responsibilities and those of the trustee, as well as on procedural issues – written in a manner that is easily understood by users, without excessive use of specialized terminology.

Others, including a number of professors of law represented by Professors Ziegel and Telfer, identified the need for research to enable policy makers and stakeholders to make informed decisions about how the existing system works and the likely impact of various policy options; they envisioned the Office playing a role regarding research. In particular, they recommended: the establishment of an annual budget for insolvency research purposes; the establishment of an advisory committee to advise Industry Canada and the Office of the Superintendent of Bankruptcy on research projects to be initiated during the year; public announcements about these initiatives to promote visibility and transparency; and greater collection of insolvency data, especially about consumer insolvencies and reorganizations under the CCAA.

Professors Ziegel and Telfer also advocated an expanded role for the OSB when they recommended that it have record keeping and administrative functions with respect to the CCAA. To help finance expenses associated with these functions, they believed that CCAA estates should be required to contribute a “modest” levy. Moreover, they felt that the

... the need for research to enable policy makers and stakeholders to make informed decisions about how the existing system works and the likely impact of various policy options ...

Superintendent of Bankruptcy should have a role in “CCAA hearings where important constituencies are not represented or major issues of public policy or interpretation of the legislation are at issue.” As examples of the latter, Professors Ziegel and Telfer mentioned: whether a CCAA Court has the power to oblige the debtor and its unions to reopen collective agreements, whether the Court can excuse a debtor from remitting collections held in trust for another party, and whether an order can be made binding third parties who are not involved in the CCAA proceedings.

Commenting on access to the bankruptcy process, Professors Ziegel and Telfer informed the Committee about the Federal Insolvency Trustee Agency (FITA), through which the federal government made low-cost bankruptcy services available via regional offices of the OSB. Although this Agency no longer exists, they believed that it was useful in enhancing access for low-income debtors.

A different view on supervision was presented to the Committee by the Canadian Bankers Association, which did not support the implementation of a supervisory regime for the CCAA without additional study. Regarding funding of the OSB, the Association told us that it would object to any increase in user fees as a means of increasing funding for the OSB’s operations. It believed that “[i]ncreased costs reduce the ability of creditors to recover their funds.”

In support of greater use of technology, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada shared their view that “[f]urther opportunities need to be explored for electronic communications. Transparency and accessibility could be enhanced further by the use of electronic access to information.”

The Committee believes that the Office of the Superintendent of Bankruptcy plays a key supervisory and administrative role with respect to the BIA, and provides high quality services to stakeholders despite budgetary pressures. Its existence, and the actions it takes in such areas as ensuring

The Committee believes that the Office of the Superintendent of Bankruptcy plays a key supervisory and administrative role with respect to the BIA, and provides high quality services to stakeholders despite budgetary pressures.

compliance with the legislation and safeguarding transparency, accountability and integrity, help to ensure that all Canadians, Canadian companies and foreign investors benefit from an insolvency system that is characterized by the highest level of integrity. We applaud the Superintendent and others in the Office of the Superintendent of Bankruptcy and encourage them to continue with their efforts to ensure that Canada continues to be regarded as having an insolvency system that ranks among the best in the world.

The Committee has heard the concerns about inadequate funding for the OSB and the notion that Canadian taxpayers should contribute to the funding of operations because of the benefits that the country enjoys as a consequence of the Office's compliance and supervisory efforts. Nevertheless, we support a strict application of the user-pay principle, and believe that fees must be set at a level sufficient to enable the Office to carry out its statutory duties responsibly.

The Committee believes that the greater use of technology and a streamlining of the bankruptcy process for consumers and companies will help to constrain fee increases, since further fee increases may negatively affect access to the insolvency process. In our view, the adoption of new technology must be a priority in our economy whenever it has the potential to improve efficiency, effectiveness, accessibility and equity. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to identify opportunities that will contribute to greater efficiency within the insolvency system, including efforts regarding the adoption of new technologies.

Industry Canada's *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* presents the question: should the concept of universal access to bankruptcy services be redefined, with new measures to ensure access, or should

... the Committee believes that access to the bankruptcy system is increasingly compromised for low-asset, low-income debtors, although the OSB's Bankruptcy Assistance Program is useful in providing access to some debtors.

access cease to be seen as a right? Like our witnesses, the Committee believes that access to the bankruptcy system is increasingly compromised for low-asset, low-income debtors, although the OSB's Bankruptcy Assistance Program is useful in providing access to some debtors. We believe that this Program is important to help ensure the access that is a fundamental principle underlying the insolvency system we seek, and applaud those trustees who provide their time and expertise without payment.

The Committee, like a number of our witnesses, is of the opinion that research, education and prevention are critically important. We are particularly concerned about the lack of data related to the CCAA, about the lack of a research program that would help to identify the causes of bankruptcy and thus assist in the development of appropriate solutions, and about the extent to which prevention of insolvency may begin with the proper type of education delivered at the proper time.

Clearly, the current resources of the OSB do not permit it to fund initiatives in these areas, and the Committee firmly believes that fees must not be increased in order to finance this type of research, education and prevention. Instead, we believe that the account administered by the Superintendent which contains unclaimed dividends and undistributed funds should be reallocated to these uses, particularly to a research program to be directed and overseen by the OSB. At the end of August 2003, that account contained more than \$9.3 million, as noted above. In our view, dividends that remain unclaimed and funds that remain undistributed after a two-year period should be allocated to research and education. In stipulating a two-year period, the Committee intends that sufficient funds should always be retained to pay claims, and does not intend that claimants should be barred from claims after two years. Under no circumstances, however, should these funds be used to finance the operations of the OSB. Research and education would hopefully assist in ensuring efficiency, effectiveness and responsibility. It is for these reasons that the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide the Superintendent of Bankruptcy with the authority to finance research and education programs from the account which contains unclaimed dividends and undistributed funds. Amounts that are unclaimed or undistributed after a two-year period should be used in this way.

B. Consolidation of Insolvency Statutes

The phrase “historical circumstances” has been used to describe why Canada has two insolvency statutes under which companies can reorganize. In 1923, reorganizations under the BIA were restricted to debtors who were actually bankrupt. The CCAA was introduced in the 1930s to assist companies that were insolvent but not bankrupt, although companies rarely used it for the next five decades.

Although amendments were made to the CCAA in 1997 to align more closely its provisions with those of the BIA, debate continues about whether these reorganization statutes should be combined, whether the status quo should prevail, or whether the CCAA should be repealed. As noted in Chapter Three, the BIA is viewed as providing a relatively predictable and consistent outcome, particularly when compared to the CCAA. The CCAA is thought, however, to give the flexibility needed in certain situations, which might be the case with larger businesses that are attempting to restructure. The financially troubled company selects the statute under which it wants to reorganize, subject to the threshold requirements of the CCAA.

Under the CCAA, the Court appoints a monitor to oversee the reorganization, and he or she files reports with the Court on the state of the insolvent company’s finances. This process is analogous to what occurs with a reorganization under the BIA, where a trustee files reports with the Office of the Superintendent of Bankruptcy. The statutes do differ, however, since the Court makes or approves most decisions under the CCAA while, generally, under the BIA the Court is involved only in sanctioning a proposal that has already been approved by creditors.

Because of the relative flexibility and lack of predictability associated with the CCAA process, some creditors perceive that they are disadvantaged relative to the

outcome that would occur under the BIA. In the absence of data regarding proceedings under the CCAA, this perception can be neither affirmed nor disputed. One means of ensuring data on this issue, as well as others related to the CCAA, might be providing the Office of the Superintendent of Bankruptcy with a supervisory and administrative role with respect to both the CCAA and the BIA, as has been suggested by some. Another option, however, involves the research program recommended earlier in this Chapter. Either option does not, however, exclude the other.

Witnesses presented a range of views to the Committee on the issue of whether the BIA and the CCAA should be merged or retained as separate statutes. The Canadian Bankers Association told us that the current system of separate statutes recognizes the needs of both smaller and larger organizations. Similarly, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform supported the status quo, with the CCAA for the reorganization of large companies, and the BIA for smaller corporations and other entities. It shared with us the view that “Canada’s experience with two reorganization systems has generally been positive. The principal virtue of the two-system approach is that it responds to the fact that different types of reorganization legislation are appropriate for different types of debtors.” The Joint Task Force, however, also noted that retention of separate statutes “should not preclude harmonization of specific provisions of the CCAA and the BIA” and made particular mention of reviewable transactions and filing requirements.

Professor Keith Yamauchi, of the Faculty of Law at the University of Calgary, supported the status quo as well, and argued that “[t]he flexible, court-driven nature of a proceeding under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* lends itself to large multinational entities.” At the same time, “the rigid provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* fit quite nicely with the reorganization of small to medium-sized businesses.” He believed that the system in Canada “works well from a practitioner’s perspective.” The wide judicial discretion given by the CCAA’s provisions has not been abused, in his view, but has instead been used “wisely to

Witnesses presented a range of views to the Committee on the issue of whether the BIA and the CCAA should be merged or retained as separate statutes.

effect results that could not otherwise be reached in a strict, rule-oriented system.”

Professor Janis Sarra, of the Faculty of Law at the University of British Columbia, also noted the benefits of the flexibility inherent in the CCAA, and informed the Committee that “the courts and parties affected by ... corporate insolvency have been able to utilize the relatively flexible process under the CCAA in order to arrive at successful restructurings that are reflective of the appropriate balance of various interests in such proceedings.” In speaking to us, she underscored the importance of the interests of workers, communities and the broader public interest.

The Committee believes that, fundamentally, the current system is working well, which does not mean that changes are not required for the benefit of all domestic and international stakeholders. For example, changes may be required to ensure the collection of data about proceedings under the CCAA, and some matters that are not addressed in the CCAA – but are covered in the BIA – should be considered. Stakeholders have now gained experience with the process under both statutes and jurisprudence has developed. We believe that the CCAA should continue to exist for companies with a relatively high level of indebtedness, while the BIA should be available for all organizations; the level of indebtedness required to take action under the CCAA should, however, be reviewed on an ongoing basis to ensure its continued relevance. There were historic reasons for two separate statutes, and these reasons continue to have importance today. The CCAA appears to be relatively effective in assisting larger companies in their reorganization efforts, while the BIA seems to be working well for smaller organizations.

The CCAA appears to be relatively effective in assisting larger companies in their reorganization efforts, while the BIA seems to be working well for smaller organizations.

In deciding whether to recommend the status quo or an integration of the statutes, the Committee was mindful of the fundamental principles outlined in Chapter Two. In particular, we know that the flexibility that is inherent in the CCAA is probably inconsistent with consistency and predictability, and may not result in fairness. Nevertheless, tradeoffs must be

made and an appropriate balance must be struck. We believe that the need for flexibility is paramount with the CCAA, but urge relevant parties to respect the principles of predictability, consistency and fairness – to the extent that they can – when involved in proceedings under the Act. For this reason, the Committee recommends that:

The Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act continue to exist as separate statutes.

C. Statutory Review of Insolvency Legislation

The BIA and the CCAA require that a Parliamentary review of their administration and operation occur five years after the coming into force of the relevant sections, which occurred in 1997. Although late by one year, the current examination by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce fulfills this requirement for statutory Parliamentary review.

Witnesses told the Committee that ongoing review of insolvency legislation in Canada is needed. While the current review of the BIA and the CCAA by this Committee was welcome, in their view it must occur regularly in order to ensure that Canada's insolvency legislation: meets the needs of all stakeholders in the best possible manner; continues to accommodate the changing socio-economic conditions of an evolving society and the challenges that this change implies for stakeholders; and remains consistent with – although not identical to – the insolvency regimes that exist worldwide but most particularly those of our major trading partners.

Mr. David Baird, Q.C., of Torys LLP, told us that “the reform process never ends and further reforms of our bankruptcy and insolvency legislation are required to keep that legislation effective and efficient.” Furthermore, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform indicated that “because of the remarkable pace of change in insolvency law and practice, it is advantageous to continue with regular five-year reviews of insolvency statutes for continuous improvements, as well as to reflect changed circumstances and new developments.”

While the Committee's review was limited to the BIA and the CCAA, witnesses also commented on the need for ongoing statutory Parliamentary review of two additional insolvency statutes – the *Winding-up and Restructuring Act* (WURA) and the *Farm Debt Mediation Act* (FDMA). Regarding the former Act, Mr. Baird shared his view that revisions are needed that would “make the restructuring of financial institutions much more efficient and cost effective. This would greatly enhance the recovery for consumers and other creditors of insolvent financial institutions.” Describing

While the Committee's review was limited to the BIA and the CCAA, witnesses also commented on the need for ongoing statutory Parliamentary review of two additional insolvency statutes – the Winding-up and Restructuring Act and the Farm Debt Mediation Act.

the WURA as “an insolvency statute that has been very neglected and has not received a comprehensive review for more than 100 years,” he made particular mention of the recommendations made by the Insolvency Institute of Canada for amendments to the WURA and told us that the Act should contain a comprehensive scheme for the restructuring of a financial institution. In its presentation to us, the Canadian Bankers Association supported a limitation on the WURA’s application to financial institutions in order to “eliminate overlap, increase efficiency and facilitate efforts to tailor the WURA to the needs of financial institutions.”

The *Farm Debt Mediation Act* requires the Minister of Agriculture and Agri-Food to undertake a review of its operations every three years, and to table a report in Parliament. The Act, however, stipulates only that the Minister may, for this purpose, consult with representatives of appropriate organizations. Mr. Brian O’Leary, Q.C., of Burnet, Duckworth & Palmer LLP, told the Committee that it “would be prudent to have the [*Farm Debt Mediation Act*] reviewed every 5 years along with the BIA and the CCAA.”

Regarding the WURA, the Committee feels that while its application is limited to financial institutions, it too is an important pillar in our insolvency system that should receive ongoing review by Parliament, particularly since there has been – and is likely to continue to be – merger and acquisition activity in this sector and our financial institutions are critically important to the health and prosperity of an economy such as ours. The FDMA, too, is an important insolvency statute for a particular part of our economy. Canada’s agricultural industry faces ongoing challenges, and these challenges sometimes result in unsustainable levels of debt for Canadian farmers. The FDMA must also be reviewed by Parliament on a regular basis to ensure that it is continuing to meet the needs of stakeholders in the agricultural industry in the best possible manner.

The Committee strongly believes that statutory Parliamentary review of the operation and administration of

We fear that if our insolvency regime – as part of the set of laws designed to contribute to the health and prosperity of Canadians and the Canadian economy – differs markedly from – or is less effective than – that in other countries, negative economic consequences would be the result.

federal legislation is useful in a range of areas, including insolvency. Given our particular focus at this time, however, and testimony from our witnesses about the need to ensure that Canada’s insolvency regime continues to meet the evolving needs of domestic and international stakeholders and recognizes the changing socio-economic environment, we are firmly convinced that ongoing Parliamentary review of our four insolvency statutes must occur. One way to ensure that needed review occurs is statutory provisions to that effect. We fear that if our insolvency regime – as part of the set of laws designed to contribute to the health and prosperity of Canadians and the Canadian economy – differs markedly from – or is less effective than – that in other countries, negative economic consequences would be the result. Our insolvency system must be at least as efficient, effective and fair as those found in other countries. From this perspective, and to ensure the efficiency and effectiveness that we seek, the Committee recommends that:

The Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act, the Winding-Up and Restructuring Act and the Farm Debt Mediation Act be amended to require a review by a Parliamentary committee at least once every five years.

Although not, strictly speaking, an issue related to statutory Parliamentary review, the Committee would like to comment on the recommendation made by Professors Ziegel and Telfer that “an advisory committee of outside experts [be appointed], similar in purpose to the Colter Committee of 1984, to prepare draft provisions for the federal government’s consideration.” Throughout our study, we have assumed that legislation to amend Canada’s insolvency laws would result from our review, and in a timely manner. There is, however, no guarantee that legislation will be introduced in Parliament expeditiously or that, if it is, it will become law. Certainly, when one considers the number of insolvency-related legislative attempts that have died on the Order Paper, there is perhaps cause for pessimism rather than optimism. It was perhaps from this perspective that Professors Ziegel and Telfer

made their recommendation to allow outside experts to draft the legislation in order to assist in a timely amendment process.

The socio-economic environment has changed since the last substantive amendments to the BIA and the CCAA in 1997. The Committee believes that all laws in Canada, but particularly those of fundamental importance to the health of our economy and our citizens, must be reviewed and amended regularly to ensure that they meet their intended goals in the best possible manner. From this perspective, we urge the federal government to introduce amendments to the BIA and the CCAA – and perhaps to the WURA and the FDMA as well – at the earliest opportunity, and certainly no later than the first session of the next Parliament.

D. A Specialized Judiciary

Certain areas of the law implicitly recognize the benefits of specialized knowledge.

Certain areas of the law implicitly recognize the benefits of specialized knowledge. For example, the privative clauses that exist to protect decisions made by administrative tribunals – including labour relations and human rights, among others – recognize the specialized perspective and background that tribunal members bring to the fulfillment of their duties and to the decisions they make. In these cases, appeals to the Court are limited in part because the Court generally lacks specialized expertise in those particular areas.

Witnesses supported the development of a specialized judiciary to hear and resolve insolvency cases within Canada. The International Insolvency Institute, for example, told the Committee that “a greater degree of specialization in administering bankruptcies and reorganizations would be beneficial both in enhancing the interests of stakeholders in reorganizations and in furthering the Canadian public interest in having an experienced, understandable and predictable system for reorganizations and restructurings.” In the Institute’s view, however, a specialized insolvency judiciary probably could not be achieved under the existing system, where provincial Chief Justices designate the judges to deal with insolvency matters. Consequently, it suggested that responsibility for designating these judges be given to the Governor in Council on the recommendation of the Chief Justice.

The Committee was also informed that, to some extent, this specialization is already beginning to develop and some uniformity in decision making exists across Canada. Professor Yamauchi indicated that “provincial judicial bodies ... are, for lack of a better term, starting to create specialist judges to deal with reorganizations. ... In terms of getting uniformity across the country, it seems ... that most of the judges refer to cases from other jurisdictions and do their balancing to come out with a fair and reasonable approach for all of the stakeholders.” Mr. Mendelsohn, of Mendelsohn, G.P, also

commented on the issue of specialization, arguing for the creation of “more specialized judiciaries in the major centres of Canada.”

This Committee has long been a supporter of specialization, training and education. For example, in our June 2003 report *Navigating Through “the Perfect Storm”: Safeguards to Restore Investor Confidence*, we recommended the development of specifically tailored education and training initiatives to enhance the knowledge of board directors. We, like a number of our witnesses, believe that judges with specialized knowledge of insolvency matters are best equipped to resolve cases in the best interests of all stakeholders. We do not, however, believe that specialization should be limited to insolvency; more generally, we support the development of specialized judges in the full range of areas that are decided by our Courts. We are pleased that some specialization already seems to exist with respect to insolvency and that judges appear to be deciding cases in a relatively uniform manner across the country. Nevertheless, we support formal specialization through education and training programs, and believe that these programs will assist in the uniformity, consistency and predictability that we feel are important.

A question then arises about how this specialized knowledge is acquired. While it might occur simply through hearing repeated insolvency cases – through “on-the-job training,” if you will – the Committee believes that more must be done. In the same manner that courses are being developed and offered to individuals to make them more knowledgeable members of boards of directors, we feel that education and training programs must be developed that would enable judges – who may currently adjudicate the full range of cases before the Court – to develop specialized expertise in the area of insolvency. We wonder whether the National Judicial Institute might play a useful role in this regard. Feeling that a specialized insolvency judiciary would contribute to the fairness, predictability and consistency that we believe are important in our insolvency system, the Committee recommends that:

We ... believe that judges with specialized knowledge of insolvency matters are best equipped to resolve cases in the best interests of all stakeholders.

The federal government consult with relevant stakeholders with a view to developing education and training programs that would enable judges in Canada to develop specialized expertise in the area of insolvency law.

E. Issues of Costs

The insolvency process, insofar as the payment of professional fees is concerned, is internally financed, with fees paid to trustees, monitors and lawyers, among others. Trustees are paid from the funds generated by the estate, in priority to the claims of other creditors, and the level of trustees' fees may either be determined by the creditors or, where this is not the case, paid pursuant to a tariff based on a percentage of the total value of realized unsecured assets – presently 7.5% – subject to variation by the Court through the process known as “taxation,” that is, approval of fees.

Similarly, the monitor appointed during restructuring under the CCAA receives fees for services rendered, as approved by the Court, throughout Canada, with the exception of Quebec where the fees are determined – in the first instance – by agreement between the monitor and the debtor. While the CCAA does not specify the priority given to the payment of monitors' fees, in practice the debtor pays the fees to the monitor as an administrative cost during the restructuring process and ranking ahead of the creditors.

In CCAA proceedings, the debtor will usually – although not always – pay the legal costs of creditor groups, which generally enhances their cooperation during the restructuring process.

When litigation arises, the losing party is generally required to pay legal costs – sometimes referred to as judicial costs – to the lawyer of the winning party. This practice is intended to defray, in some measure, the cost of litigation that the winning party has incurred. These judicial costs are payable according to the Tariff of Costs contained in the Act.

Mr. Baird shared his views with the Committee regarding the Tariff of Costs. After noting that the tariff was introduced five decades ago and has not been revised since

that time, he suggested that it is “completely outdated” and that “[i]n most jurisdictions, the tariff has been ignored.” He believed that the Tariff of Costs should be repealed and the BIA amended to provide that, should the losing party be obliged to pay the legal costs of the winning party, the Tariff of Costs applicable in the province/territory in which the litigation occurs should apply.

Representatives of organized labour suggested to the Committee that trade unions should have their costs paid, and the Canadian Labour Congress told us that “[union] costs related to a restructuring are not always paid in the same way as the costs of other creditor groups.” The labour federation suggested that “[i]f a company or an estate has sufficient funds to pay a trustee in bankruptcy or a monitor and their legal counsel respectively, then a company or estate should also be made to pay the legal costs incurred by a trade union (or by unorganized employees) to advance their claims in the insolvency proceedings. ... Further, the payment of the legal costs of trade unions and employees would facilitate their organization (in a multi-union environment) into one cohesive group which can be dealt with by the estate in a much more streamlined manner”

A tariff that allows a cost of \$1.00 for a letter or \$4.00 to \$6.00 for the drafting of assignments, proposals or statements of claim bears no relationship to the realities of today.

The Committee is aware of the Tariff of Costs which, since it has not been amended since 1949, has no practical relevance today. A tariff that allows a cost of \$1.00 for a letter or \$4.00 to \$6.00 for the drafting of assignments, proposals or statements of claim bears no relationship to the realities of today. We know that various *ad hoc* practices have been developed to overcome this problem, and that while the BIA permits recourse to the regular Tariff of the Court, this civil tariff cannot – in the absence of legislation – displace the Bankruptcy Tariff in its entirety. Moreover, the CCAA makes no provision for a tariff; consequently, costs that are incurred under the CCAA follow the tariff of ordinary civil cases.

In contemplating how to address the problems associated with the Tariff of Costs, the Committee decided that the best course of action is to abolish it and instead use the civil Court tariffs as they apply across the provinces/territories.

We do not support updating the Tariff that currently exists, since there is a danger in leaving a Tariff schedule in legislation that may be updated only infrequently. Nor do we believe that providing the Governor in Council with the regulatory authority to set tariffs is appropriate, since there is an easier and more logical solution available: use civil Court tariffs.

These tariffs are the preferred solution for the Committee because they already exist, and because they presumably reflect regional variations and the judgments of various provincial/territorial legislatures as to the extent that judicial costs should or should not fully or substantially compensate – or indemnify – the winning party at the expense of the losing party. Some provinces/territories provide for substantial or full indemnification, while others provide only for relatively modest tariffs of costs in order to avoid discouraging those with relatively modest means from pursuing their rights before the Court. We believe that using the Tariff of Costs applicable in the province/territory in which the litigation occurs would respect a number of the fundamental principles identified by us as important, including fairness and predictability; it would also provide an element of transparency. Consequently, the Committee recommends that:

... there is an easier and more logical solution available: use civil Court tariffs.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal the Tariff of Costs. Instead, costs should be paid in accordance with civil Court tariffs as they apply from place to place throughout Canada.

F Conflicts of Interest

Debtors who file for bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* give control of their assets to a trustee, who has a variety of roles: to advise the debtor who is paying his or her fees; to maximize the returns to creditors from the sale of non-exempt assets in the bankrupt's estate and to distribute them in accordance with the provisions of the Act; and, more generally, to carry out his or her duties with respect to administering the bankruptcy while maintaining the integrity of the BIA. These multiple roles may create conflicts of interest for the trustee.

Professors Ziegel and Telfer noted the potential for conflicts of interest, and told the Committee that “once bankruptcy has ensued or the debtor has made a consumer proposal the trustee owes duties to the debtor's creditors and to the court. This gives rise to a conflict of interest between the trustee's duty to the consumer and his [or her] duties to the creditors and the court.” In their view, adoption of some of the recommendations made by the Personal Insolvency Task Force would add to this conflict.

The CCAA requires the appointment of a monitor to oversee the affairs and finances of the insolvent company during the reorganization period, in accordance with the orders of the Court. The Act is silent with respect to qualification requirements and rules of professional conduct and, like trustees, monitors may face conflicts of interest.

In speaking to the Committee about the role played by monitors in CCAA proceedings, Equifax Canada Inc. voiced the view that “most other systems ... provide more transparency and are much freer from conflicts of interest Canada should be able to devise a standard of independence that would ensure that insolvency officeholders are free from other interests and other relationships that might impact on their objectivity and their ability to serve creditors they are appointed to represent.”

The [CCAA] is silent with respect to qualification requirements and rules of professional conduct and, like trustees, monitors may face conflicts of interest.

The organization went on to note that “[m]onitors are expected to act in a variety of inconsistent and conflicting roles. It is commonplace for monitors to act as a financial consultant to the debtor, as a financial consultant to the secured creditors of the debtor, as a trustee in bankruptcy representing the interests of unsecured creditors, or as a receiver or receiver and manager representing the interests of secured creditors. It is not unusual for a monitor to occupy one or more of these roles in sequence as a case develops and there are examples of monitors occupying all of these positions *at the same time*.” As a solution, Equifax Canada Inc. advocated improved guidelines in the BIA and the CCAA regarding conflicts of interest and the duties of officeholders.

The Committee is firmly of the opinion that roles and responsibilities that would create conflicts of interest – whether real or perceived – for trustees, monitors or other insolvency practitioners must be avoided. If other stakeholders perceive these individuals to be in a position of conflict, then their faith in the integrity of our insolvency system and their sense of fairness in the process are reduced. While this occurrence has negative implications for Canadian stakeholders, the effects extend to foreign investors and thereby to the Canadian economy. The insolvency system in Canada must be – and must be seen to be – fair and transparent. Consistent with the desire to uphold these fundamental principles, the Committee recommends that:

The Committee is firmly of the opinion that roles and responsibilities that would create conflicts of interest – whether real or perceived – for trustees, monitors or other insolvency practitioners must be avoided.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies’ Creditors Arrangement Act* be reviewed in order to identify and eliminate any opportunities for the roles and responsibilities of insolvency practitioners to place them in a real or perceived conflict of interest. Moreover, in order to ensure that all practitioners fulfill their duties with a high level of integrity, the federal government should adopt guidelines for insolvency practitioners regarding professional conduct and conflicts of interest, expanding upon Rules 34 to 53 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* where appropriate.

G. The Definition of Income

Under the BIA, not all of a bankrupt's financial resources are treated equally. The Act specifies that non-exempt assets are available to the trustee for liquidation and hence for administrative costs and distribution among creditors.

“Assets” and “income” are treated differently under the [BLA].

“Assets” and “income” are treated differently under the Act. All assets of the bankrupt, other than exempt assets, are vested in the trustee upon the bankruptcy of the debtor. Income earned by the debtor during his or her bankruptcy and prior to discharge remains with the debtor in order to permit him or her to maintain a reasonable standard of living for himself or herself and his or her family. Where the income of the debtor exceeds certain standards, however, the income – referred to as excess or surplus income – is to be paid to the trustee for distribution to creditors after payment of administrative expenses. This situation is perceived to be a fair treatment of the debtor's income during bankruptcy, since income that exceeds the debtor's needs should properly be used to reimburse the creditors to the extent possible.

Prior to amendments to the BIA in 1997, income was defined as “salary, wages or other remuneration from a person employing the bankrupt.” Changes in 1997 subjected “income” to a needs test involving “all revenues of a bankrupt of whatever nature or source.” While the usual interpretation has been income both earned and received during bankruptcy – with any income earned before the date of filing for bankruptcy and received after the date vesting with the trustee absolutely and not included in the needs analysis – recent Supreme Court of Canada decisions have resulted in the application of the needs analysis to income entitlements arising from pre-bankruptcy events, such as personal injury awards, pay equity settlements and wrongful dismissal damages. The result has been that these types of non-periodic, lump-sum,

pre-bankruptcy entitlements received after bankruptcy have been classified as income.

In the view of the Personal Insolvency Task Force, “income” has three characteristics: it is earned through labour market activity; it is generally intended to finance the costs of current consumption; and it is generally received on a periodic basis. Wages and salaries are income, while lottery winnings and inheritances are not.

The Task Force recommended that the BIA be amended to clarify the definition of “income.” In particular, it believed that the term “total income” should be defined to include revenues earned at any time before the date of discharge, including revenue earned before the date of bankruptcy, that have not been received before the date of bankruptcy. To the extent that pre-bankruptcy income entitlements received after the date of bankruptcy are not required to meet the current financial needs of bankrupts and their families, the entitlements should accrue in full to the trustee for distribution to creditors; if these financial needs are being met out of current income, creditors could realize higher levels of recovery.

Moreover, the Task Force believed that guidance should be given to trustees about the manner in which lump-sum entitlements should be allocated between bankrupts and creditors; guidance in this area should result in consistency and predictability. Finally, trustees should acquire, for distribution among creditors, any tax refund to which the bankrupt is entitled in his or her pre-bankruptcy return and post-bankruptcy return, as well as any tax refund for any prior year.

The Task Force’s recommendations were supported by a number of the Committee’s other witnesses. For example, the need for clarification of the term “total income” was also highlighted by Professors Ziegel and Telfer, and the Task Force’s position was supported by the Canadian Bar Association, which told the Committee that “[r]ecent case law has rendered reform necessary.” The Canadian Association of

Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada too expressed support for the Task Force's recommendations.

The view of the Canadian Bankers Association went somewhat farther than the Task Force. In particular, the Association suggested to the Committee that, "in addition to making the pre-bankruptcy and post-bankruptcy tax return available to creditors, a refund arising from any subsequent tax return filed during the bankruptcy should also be made available to creditors." It also believed that the discharge period should be extended to 15 months in order to allow the estate to benefit from the additional moneys from income tax refunds. The additional six months beyond the current nine-month period prior to discharge would also permit the trustee to offer additional counselling.

The Committee feels that clarification of the term "total income" is needed, and that trustees should be provided with guidelines to assist them in properly allocating lump-sum entitlements between debtors and creditors. Key definitions such as "total income" must have a clear and appropriate meaning, and trustees must be provided with guidance in order to ensure transparency, fairness, consistency and predictability in their dealings with debtors and creditors. Moreover, to the extent that is equitable, tax refunds payable to the debtor must be available to the trustee for distribution to creditors. We want the bankrupt to have a fresh start, certainly, but it is also important to us that proper consideration be given to maximizing assets in the estate in order that creditors receive more.

The Committee stresses the importance of ensuring adequate recovery for creditors not because we feel the need to be their advocate, but rather because inadequate recovery for creditors can have negative consequences, including a lower availability of credit and credit available only at a higher cost. These consequences have implications for the prosperity of the Canadian economy and, in fact, any Canadian who is forced to pay a higher cost of credit. Believing that clarity and

The Committee stresses the importance of ensuring adequate recovery for creditors not because we feel the need to be their advocate, but rather because inadequate recovery for creditors can have negative consequences, including a lower availability of credit and credit available only at a higher cost.

guidance are needed, and that these will result in greater fairness and predictability, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended in order to clarify the meaning of the term “total income.” As well, clarity – in the form of guidelines contained in a directive of the Superintendent of Bankruptcy – should be provided to trustees regarding the manner in which lump-sum settlements received after bankruptcy and before discharge should be divided between debtors and creditors. Finally, a bankrupt’s tax refunds received during a period to be determined by statute should be made available to the trustee for distribution to creditors.

H. The Definition of Consumer Debtor

In order to file a consumer proposal, an insolvent debtor must fall within the definition of “consumer debtor.” A consumer debtor is a “natural person who is bankrupt or insolvent and whose aggregate debts, excluding any debts secured by the person’s principal residence, do not exceed seventy-five thousand dollars or such other maximum as prescribed.” The definition does not restrict the nature of the debts; they may be business- or consumer-related.

The \$75,000 liability threshold, however, may be prompting many self-employed individuals and higher-income debtors to use the more complex and costlier option.

When the consumer proposal provisions were included in the BIA in 1992, it was expected that the administration of consumer proposals would be relatively straightforward and would not warrant the more complex and costlier option provided for commercial reorganizations. The \$75,000 liability threshold, however, may be prompting many self-employed individuals and higher-income debtors to use the more complex and costlier option.

In the view of the Personal Insolvency Task Force, the current definition of “consumer debtor” is too restrictive, and the more complex process is not justified or needed for many of the debtors now using it. Higher costs reduce recovery for creditors, and failure of a commercial proposal results in automatic bankruptcy for the insolvent debtor; there is no “deemed bankruptcy” when a consumer proposal fails. It recommended that the BIA be amended to include a revised definition of “consumer debtor” for those filing a consumer proposal; it should include “an individual whose indebtedness, consequent of commercial or self-employed activity, does not exceed \$100,000 or such other amount as is prescribed” and should include no ceiling on the amount of non-business indebtedness or on the debtor’s assets.

Professors Ziegel and Telfer also supported a higher indebtedness threshold for consumer proposals, as did the Canadian Bar Association, which told the Committee that

“eligibility for consumer proposals should be enhanced, whether by raising the dollar ceiling from \$75,000 to some higher figure, or in some other convenient manner.” The Association, however, noted the absence of a provision in the consumer proposal scheme for payment of legal services rendered to the administrator and argued that “[s]ome provision must be made for the administrator to seek legal advice or representation. It is unfair to force the administrator to do so only at personal cost.”

The general support by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada for the Task Force’s recommendations was augmented by their view that the proposed indebtedness threshold is too low. They believed that all debt should be classified together, since “it is difficult to distinguish between commercial and consumer debt ... and consumer debts are frequently commingled with commercial debts for sole proprietors and small business owners,” From this perspective, they advocated an indebtedness threshold of \$250,000 for all types of debt except residential mortgage debt.

A different view was shared with the Committee by the Canadian Bankers Association, which did not support the Task Force’s recommendation to increase the indebtedness threshold for debtors filing a consumer proposal. It believed that “[i]ncreasing the threshold would increase the consumer debt to a level that was beyond that which a consumer could reasonably handle for payments under a proposal.” Nevertheless, the Association informed us that, in the event that a decision is made to amend the BIA to increase the indebtedness threshold, it should be raised only in accordance with increases in the cost of living.

Like a number of our witnesses, the Committee believes that consumers should pursue a consumer proposal rather than a commercial reorganization, if possible. We hold this view because failure in the former situation does not result in a “deemed bankruptcy,” while in the latter case it does. Moreover, the consumer proposal option should be

... the Committee believes that consumers should pursue a consumer proposal rather than a commercial reorganization, if possible.

Clearly, accessibility is hampered if the indebtedness threshold needed to access the simpler, less costly process is a barrier.

pursued because it is simpler and less costly. We recognize, however, that the current indebtedness threshold may be limiting the extent to which consumers are eligible to pursue a consumer proposal. One of the fundamental principles articulated by us in Chapter Two is accessibility. Clearly, accessibility is hampered if the indebtedness threshold needed to access the simpler, less costly process is a barrier. It is from this perspective that the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to raise the indebtedness threshold contained in the definition of “consumer debtor” to \$100,000, with annual increases thereafter to reflect increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. Moreover, two years after the new indebtedness threshold comes into force, the federal government should initiate a review of the degree to which insolvent debtors are using the consumer proposal option rather than pursuing a commercial reorganization. (page 184)

I. Selection of the Bankruptcy Trustee

At present, the BIA requires the Official Receiver to select a trustee to administer a bankruptcy; to the extent possible, this selection is required by law to reflect the wishes of the most interested creditors. In reality, however, in most cases the debtor chooses a trustee to administer his or her bankruptcy; it is rarely the case that the Official Receiver determines that a different trustee should be appointed.

The Personal Insolvency Task Force believed that the BIA should be amended in a manner that reflects the current reality with respect to trustee selection. The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported this position, and told the Committee that the BIA should “be amended to reflect that in most cases, the debtor has initially selected the trustee to administer the bankruptcy.”

The Committee completely agrees with the notion that legislation should reflect reality in those situations where the reality appears to be working well for all stakeholders. The situation regarding the selection of the trustee by the debtor rather than by the Official Receiver is an illustration of this point. In some sense, the fundamental principle of effectiveness appears to be well-served. For this reason, the Committee recommends that:

The Committee completely agrees with the notion that legislation should reflect reality in those situations where the reality appears to be working well for all stakeholders.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the debtor is required to submit to the Official Receiver his or her choice of a trustee to administer his or her bankruptcy.

J. Non-Arm's Length Creditor Voting Rights

At present, the voting rights of creditors in a bankruptcy, who have been dealing with the debtor at non-arm's length in the year prior to the bankruptcy, are restricted by the BIA. This restriction applies to relatives of the debtor, as well as to other creditors who do not deal at arm's length. The concept of "arm's length" is borrowed from the *Income Tax Act* definition of that term. The BIA establishes a presumption that people who are related, within the meaning of the definition of "related" in the BIA, never deal at arm's length. The Court has the right to restore the voting rights of non-arm's length creditors if they represent more than 80% of the value of the total claims.

Non-arm's length creditors can never vote in favour of a proposal, although they may vote against acceptance of the proposal.

Designed to impede collusion between the bankrupt and a non-arm's length creditor that would undermine the interests of other creditors or that would give an advantage to a relative or other non-arm's length party, the provision is predicated on the notion that collusion with the bankrupt is more likely to occur with non-arm's length than with arm's length creditors. There may be situations, however, where this situation is unlikely; consider, for example, spouses involved in litigation. Until one year after a divorce is finalized, the non-arm's length estranged spouse is not permitted to vote as a creditor if his or her claim is less than 80% of the total claim; in the event that it is, Court approval is required in order to vote.

... the provision is predicated on the notion that collusion with the bankrupt is more likely to occur with non-arm's length than with arm's length creditors.

In the opinion of the Personal Insolvency Task Force, the BIA should be amended to: remove the 80% requirement so that, subject to Court approval, a non-arm's length creditor could vote at a creditor's meeting; and permit non-arm's length parties to appoint inspectors, subject to Court approval. The

Canadian Bar Association informed the Committee that it supported the Task Force's recommendations.

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada shared with the Committee their qualified support for the Task Force's recommendation. In particular, they believed that the vote should proceed prior to seeking leave of the Court; if the non-arm's length creditor's vote changes the outcome, the creditor should then seek leave of the Court to have the vote counted. They believed that a similar modification to the Task Force's recommendation is needed with respect to the vote to appoint inspectors. Finally, they told us that "the definition of 'non-arm's length' and 'related' [should] be clarified, to make the BIA more accessible for those wishing to participate."

The Committee feels that a premise on which this provision was designed may be faulty, since it implicitly assumes that collusion is significantly more likely to occur between the debtor and a non-arm's length creditor than between the debtor and an arm's length creditor. We think that this premise explains both the 80% threshold and the requirement to seek leave of the Court prior to participating in a vote. While we believe that there is some chance – and perhaps even a good chance – that collusion between the debtor and a non-arm's length creditor may occur, we believe that the premise is faulty in the sense that it perhaps occurs much less frequently than might commonly be thought. Certainly, although we lack data to support our view, we think that its frequency does not justify the relatively onerous nature of the provision as it is currently drafted.

The Committee, in deciding whether this provision should be amended – and, if so, how – returned to the fundamental principles articulated in Chapter Two. We first put the current provision through the lens – if you will – of fairness, accessibility, predictability, efficiency and effectiveness. The provision failed to meet the standard expected in a number of areas. Change, then, is needed.

While we believe that there is some chance – and perhaps even a good chance – that collusion between the debtor and a non-arm's length creditor may occur, we believe that the premise is faulty in the sense that it perhaps occurs much less frequently than might commonly be thought.

We also feel that the proposal for voting by the non-arm's length creditor, to be followed by a request to the Court if the vote changes the outcome, is wise and we endorse this approach.

Of the options presented to us by witnesses, the Committee believes that a change to the 80% threshold should occur, but do not believe that the elimination proposed by the Task Force is wise; in the absence of data about the extent to which collusion occurs, complete elimination may be too extreme and may have implications for the extent to which the Courts would be required to hear requests for the restoration of voting rights. Instead, we believe that it should be lowered, with a subsequent examination of the consequences of the reduction as a means of assessing whether additional change is required. We also feel that the proposal for voting by the non-arm's length creditor, to be followed by a request to the Court if the vote changes the outcome, is wise and we endorse this approach. Feeling that the changes we suggest will help to ensure fairness and accessibility for non-arm's length creditors, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide voting rights to non-arm's length creditors who have been dealing with the debtor at non-arm's length in the year prior to the bankruptcy, if they represent together more than 40% of the value of the total claims. In the event that the non-arm's length creditors vote changes the outcome of the vote, any interested party should then seek leave of the Court to have the vote included.

K. Debts Not Released by an Order of Discharge

Certain debts are not released by an order of discharge from bankruptcy, including “any debt or liability for obtaining property by false pretences or fraudulent misrepresentation.” Sections 178(1)(d) and (e) of the BIA address some debts that are not released through discharge.

Some creditors have tried to invoke section 178 in order to prevent their claims from being discharged by arguing that an allegation of fraud is all that is required; that is, there is no requirement that fraud be proven to have occurred. As well, Section 178(1)(d) covers theft by a fiduciary, but does not cover theft by a stranger. Furthermore, Section 178(1)(e) applies to debts for property obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation; debts for services obtained by improper means are not included.

The Personal Insolvency Task Force believed that these Sections of the BIA should be modernized. In particular, it argued that an allegation of fraud is insufficient and that a Court finding of fraud is required in order for the debt to survive discharge, and that debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation should be covered in order to recognize the importance of services in our economy. Finally, it said that all theft should be covered, since there is “no policy reason to include only theft by a fiduciary ...” This recommendation was supported by the Canadian Bar Association, as well as by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

Professors Ziegel and Telfer recommended that all of the non-dischargeable debts and penalties in Section 178 be reviewed.

In the Committee’s view, the witnesses made a compelling case for amendment of Section 178 of the BIA.

In the Committee’s view, the witnesses made a compelling case for amendment of Section 178 of the BIA.

... the provisions should apply to debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation, as well as debts for property.

We, too, believe that fraud should be proven rather than merely alleged in order for the debt to survive discharge. As well, the provisions should apply to debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation, as well as debts for property. In our opinion, changes of this nature would contribute greatly to fairness in the process. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require that fraud be proven in order for a debt to survive discharge from bankruptcy. Moreover, the provisions should apply to both debts for property and debts for services acquired through false pretences or fraudulent misrepresentation.

CHAPTER SEVEN: CONCLUSION

Throughout our hearings, the Committee pondered the question of how “fresh” the “fresh start” should be for debtors, whether consumers or corporations. An answer to this question requires careful consideration of the balance that must be struck between providing honest but unfortunate debtors with an opportunity to be discharged from their debts and thereby begin again to contribute to society in a relatively unencumbered manner and the right for creditors of all types to recover as much as possible of the moneys owed to them and to share the burden of any shortfall in an appropriate manner. This philosophy is the fundamental premise on which Canadian insolvency law has evolved.

The answer, then, is: the fresh start should not be so fresh that creditors – whether suppliers of goods and services, grantors of credit or providers of labour – are unduly disadvantaged in the extent to which they can recover moneys owed to them, and thereby continue to provide goods, services, credit and labour with a reasonable expectation that they will be paid; but nor must the fresh start be so stale that debtors are unable, following discharge of their bankruptcy, to participate meaningfully in economic life because their non-dischargeable debt is overly burdensome for them. In the end, the true challenge is finding that elusive balance, recognizing that re-balancing is required from time to time as the domestic and international environments within which we live and do business change.

In this report, the Committee has provided recommendations that we believe will help to ensure opportunities for consumers and corporations to avoid bankruptcy – and thereby maximize opportunities for their personal or corporate recovery – and to share the burden of loss equitably should bankruptcy be unavoidable – and thereby allocate the burden fairly. This task is not easy. There are inherent conflicts and the problem is a “zero sum game.” Most

... the fresh start should not be so fresh that creditors – whether suppliers of goods and services, grantors of credit or providers of labour – are unduly disadvantaged in the extent to which they can recover moneys owed to them, and thereby continue to provide goods, services, credit and labour with a reasonable expectation that they will be paid; but nor must the fresh start be so stale that debtors are unable, following discharge of their bankruptcy, to participate meaningfully in economic life because their non-dischargeable debt is overly burdensome for them.

A bankruptcy occurs because a debtor has insufficient assets to satisfy the claims of a range of creditors; in its simplest terms, there are inadequate resources available to pay debts as they become due.

generally, improving recovery for one stakeholder occurs only at the expense of one or more other stakeholders.

By definition, insolvency involves opposing and competing interests. A bankruptcy occurs because a debtor has insufficient assets to satisfy the claims of a range of creditors; in its simplest terms, there are inadequate resources available to pay debts as they become due. The Committee was mindful of the changes over time that have diminished the moneys available for recovery by creditors. Consequently, in our recommendations we were cautious in recommending additional exemptions from seizure in bankruptcy and discharge of debts that would further reduce these moneys and affect the balance between stakeholders.

Finally, the Committee believes that review must be ongoing, for insolvency legislation must respond to the changing domestic and global socio-economic environment. Our report – and the legislation that we expect will follow – are movements along the road. It is our hope that we will continually travel this road but never arrive at the end of it, for it is the continuous travel that reflects the change that must always occur in order to ensure that our insolvency regime is the best that it can be and that it continues to meet the often-conflicting needs of stakeholders in the fairest and most accessible, predictable, responsible, cooperative, efficient and effective manner possible.

APPENDIX A: THE *WINDING-UP AND RESTRUCTURING ACT* AND THE *FARM DEBT MEDIATION ACT*

A. The *Winding-up and Restructuring Act*

Enacted in 1882, the *Winding-Up Act* (WUA) provided a process for the liquidation of both solvent and insolvent corporations. With the passage of the *Bankruptcy Act* in 1919, a second regime for liquidating insolvent companies was created, and the *Bankruptcy Act* was made paramount with amendments in 1966 that had the effect of limiting the WUA's application to the winding-up of certain financial institutions. In that year, the Minister of Justice initiated a major reform process with respect to insolvency law; part of this process involved the establishment of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, or the Tassé Committee.

When the Tassé Committee reported in 1970, it proposed that the *Bankruptcy Act* and the *Winding-Up Act* – to the extent that the latter applied – be merged in a single bankruptcy statute applicable to the liquidation of all insolvent companies. Although a number of legislative proposals that would have enacted a comprehensive insolvency statute and repealed provisions related to insolvent corporations in the WUA have been considered since that time, no merger of the WUA and the *Bankruptcy and Insolvency Act* has occurred. In recent years, the *Winding-Up Act* has been amended to facilitate the liquidation of financial institutions and to rename the Act.

At the present time, the *Winding-Up and Restructuring Act* (WURA) applies to insolvent financial institutions, such as banks, insurance companies, trust companies and loan companies; these companies cannot be liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, and the WURA's provisions have been tailored to address the unique circumstances associated with administering the liquidation of insolvent financial institutions. The Act also applies to a range of solvent companies that wish to be wound up; however the federal *Canada Business Corporations Act* (CBCA) excludes the WURA's application to CBCA corporations, and other federal and provincial/territorial incorporations legislation may also do so. Consequently, most – although not all – solvent companies can be wound up under other legislation as well, including liquidation and dissolution provisions or federal and provincial/territorial corporations legislation and provincial/territorial winding-up legislation.

Different in both structure and procedure from the BIA, proceedings under the WURA are largely Court-driven. A liquidator is appointed by the Court to carry out the day-to-day administration of the process, and the Court must approve all key decisions made by the

liquidator. The Act requires the liquidator to take possession of the company's property, wind up its business and distribute the assets to creditors.

The Act provides two categories of preferred claims: a portion of the claims of employees for wages, and claims for the costs of administration. Moreover, since the Crown is not bound by the WURA, it is in a relatively stronger position to pursue its claims. Finally, the Act lacks rules governing international insolvencies and provides a relatively limited reorganization regime. In particular, the Act authorizes the Court to call a meeting of creditors in order to vote on a reorganization proposal and allows the Court to make the proposal binding on all creditors provided 75% of the creditors in any class vote in favour of the proposal.

A number of practitioners and analysts have recommended that the *Winding-up and Restructuring Act* be amended. This Act is not subject to the current statutory Parliamentary review.

B. The *Farm Debt Mediation Act*

Under the *Farm Debt Review Act*, proclaimed into force on 5 August 1986, provincial Farm Debt Review Boards were established to ensure that farm operations in financial difficulty or facing foreclosure had access to impartial third-party review and possible financing or refinancing. Each Board identified persons available to serve on three-person Farm Debt Review Panels, which were established for each farm debt review to consider the financial affairs of the farmer and to facilitate an arrangement between him or her and his or her creditor(s).

Two types of applications were possible. In the case of an insolvent farmer, the Act required a secured creditor(s) to give the farmer at least 15 business days' notice of action being taken and of his or her right to make an application under the Act. The farmer was then able to apply to the Farm Debt Review Board, and the Board notified all creditors and issued a 30-day stay of proceedings against foreclosure; the stay could be extended at 30-day intervals for a total of 120 days if the Board felt that an extension of the period was essential to the formulation of an agreement between the farmer and his or her creditor(s). A Farm Debt Review Panel met with field staff, the farmer and his or her creditor(s) to assess the situation and to attempt to achieve a mutually satisfactory agreement. If successful, any agreement reached constituted a legal contract. In the event of failure, the creditor(s) were able to proceed with foreclosure.

A farmer in financial difficulty could apply to the Farm Debt Review Board for a review of his or her financial affairs or for assistance in reaching an agreement with his or her creditor(s). A Farm Debt Review Panel was established, and field staff were assigned to evaluate the situation with the farmer and, if requested by him or her, his or her creditor(s); preliminary suggestions for improving the farmer's prospects were made. After reviewing

the final report, the Panel met with the farmer and, if he or she so requested, his or her creditor(s), to discuss the report and to attempt to enter into an agreement. Any agreement signed became a legal document.

In May 1996, Bill C-38 was introduced in the House of Commons. It repealed the *Farm Debt Review Act* and enacted the *Farm Debt Mediation Act* (FDMA). The FDMA, which came into force in April 1998, implemented a simplified procedure that focuses on mediation and applies to insolvent farmers. In general terms, the Act provides for: a review of an insolvent farmer's financial affairs; mediation between the farmer and his or her creditor(s) with the objective of reaching a mutually acceptable arrangement; and, if requested by the farmer, an order temporarily suspending the right of his or her creditor(s) to take or to continue proceedings against the farmer's assets.

To be eligible to make application under the Act, a farmer must meet one of three criteria: to be unable to meet his or her obligations as they generally become due; to have ceased paying his or her current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or to have property the aggregate of which is not, at a fair market valuation, sufficient to enable payment of all of his or her obligations due. These criteria correspond to the definition of "insolvent person" in the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

A farmer meeting one of these three insolvency criteria can make one of two types of applications: for a stay of proceedings against him or her by all creditors, a review of his or her financial affairs, and mediation between him or her and all creditors for the purpose of assistance in reaching a mutually acceptable arrangement; or for a review of his or her financial affairs and mediation between him or her and all secured creditors for the purpose of assistance in reaching a mutually acceptable arrangement, although one or more unsecured creditors can be involved in the mediation in certain circumstances. With the first type of application, the farmer has access to a 30-day stay of proceedings, which can be extended in some circumstances for up to three further periods of 30 days each and can be terminated under a variety of circumstances; during the period of the stay, a guardian of the farmer's assets is appointed. With permission, farmers can change their application from one type to the other at any time during the mediation. There is a duty on the administrator of the process to give notice of the application to each of the farmer's creditors in the first case or to secured creditors in the second case.

Following the financial review of the farmer's affairs, a single, neutral mediator is appointed to assist the farmer and any relevant creditors in reaching a mutually acceptable arrangement; the mediator neither advises farmers nor negotiates on behalf of either them or their creditor(s). In the first type of application, mediation ends when the stay of proceedings is terminated. Different restrictions apply in the second type of application. In particular, if the administrator of the process believes that the farmer or most of the creditors refuse to participate in good faith in the mediation, or that the farmer and most of the creditors will not reach agreement, then he or she can direct that the mediation be terminated. Mediation is also terminated on the signing of an arrangement between the farmer and any creditor.

Every secured creditor intending to enforce a remedy against a farmer's property or to commence any proceeding or action, execution or other proceeding for the recovery of a

debt, the realization of any security, or the taking of any of the farmer's property is required to give the farmer written notice of this and to advise him or her of the right to make an application under the *Farm Debt Mediation Act*. This notice is required at least 15 business days prior to taking any of the acts described.

During Parliamentary examination of Bill C-38, some commentators criticized the proposed process because it would not apply to farmers in financial difficulty, as had been the case under the *Farm Debt Review Act*. A Farm Consultation Service, however, is available as a complementary program to the *Farm Debt Mediation Act*. It provides confidential financial management counselling to farmers.

The Minister of Agriculture and Agri-Food undertakes a review of the operation of the Act every three years, and tables a report on the review before the Senate and the House of Commons. The most recent report was tabled on 13 June 2001 for the period of 1998 to 2000. There is no statutory Parliamentary review of the Act.

APPENDIX B: THE EVOLUTION OF INSOLVENCY LEGISLATION IN CANADA WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*

A. The Early Years

Canada's first federal insolvency statute was enacted by Parliament in 1869 with the passage of *An Act Respecting Insolvency*. This legislation covered voluntary and involuntary bankruptcies, provided for compositions and applied only to traders. Although the law was revised and consolidated in a new Act, the *Insolvent Act of 1875*, the legislative provisions did not have the intended effects and the law was repealed in 1880. Thereafter, for almost four decades Canada lacked a general bankruptcy law in force throughout Canada.

The situation changed with the 1919 *Bankruptcy Act*, which was modelled on the English statute of 1914. Major changes were not made, however, until three decades later, when a new *Bankruptcy Act* was passed in 1949. Nevertheless, some amendments were made during the 1919 to 1948 period. For example, in 1932 the Act was amended to establish the position of the Superintendent of Bankruptcy, and provision was made for the licensing of trustees.

B. The 1949 *Bankruptcy Act*

Legislation was introduced in 1949 to amend the *Bankruptcy Act* in order to attain several objectives:

- to provide a system of summary administration for small estates;
- to permit a debtor to offer, and creditors to accept, a proposal without the debtor going into – or being put into – bankruptcy;
- to clarify the priorities given to various classes of claims when distributing the debtor's assets; and
- to increase creditor control over a bankrupt's estate by vesting, in the creditors and inspectors, responsibilities and obligations for which they were previously required to resort to the Court.

Royal Assent was given in December 1949.

C. The 1966 Amendments

When amendments to the *Bankruptcy Act* were introduced in 1966, they were viewed as interim measures designed to address the most pressing issues, pending complete revision of the legislation. In particular, the *Bankruptcy Act* was amended in order to:

- provide more adequate means of addressing fraud connected with bankruptcies;
- enable the dissemination of information about bankruptcies so that creditors could better assess the credit rating of prospective clients;
- enable the Courts to review transactions that might not fall within what might be called “moral business practices;”
- tighten provisions related to proposals to give creditors better protection and to prevent a proposal from being used as a stalling device that would allow a debtor to dissipate his or her assets;
- require bankrupts to deposit, with their trustee for the benefit of creditors, a certain proportion of their salaries, wages or other remuneration;
- expand provisions dealing with offences by trustees; and
- prevent a bankrupt corporation from applying for a discharge.

The legislation received Royal Assent in July 1966.

D. The 1970s, Legislative Inertia and a Focus on Wage Earner Protection

A number of insolvency-related initiatives occurred in the 1970s, beginning with the publication of the report of the Tassé Committee. Formed in 1966 as the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, the Committee’s task was to undertake an in-depth study of Canadian insolvency law. In its report, the Committee recommended that a completely new bankruptcy and insolvency statute be enacted that would establish an integrated and comprehensive system. The Committee believed that a new statute was needed in light of the economic and social changes that had occurred since the enactment of the *Bankruptcy Act* in 1949. The 113 recommendations made by the Committee focussed on such areas as: measures to facilitate the payment of debt; “the last resort solution;” liquidation outside bankruptcy; crime and the protection of the credit system; administrative issues; and the Courts. As well, an area for change identified in the Tassé Report was super priority status for unpaid wage claims up to \$2,000, binding secured and general creditors.

Bill C-60 – intended to implement the recommendations of the Tassé Report – was introduced in the House of Commons on 5 May 1975 and, after first reading, was referred to

the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. Following its study, the Committee recommended 139 changes to Bill C-60, and the Bill was permitted to lapse. One area in which the Committee recommended change was unpaid wage claims.

On 21 March 1978, Bill S-11 was introduced in the Senate. It contained 128 of the amendments to Bill C-60 that had been recommended by the Senate Committee. Although second reading occurred on 4 April 1978, the Bill was not passed. It was, however, re-introduced as Bill S-14 on 27 February 1979 and progressed to second reading before it died on the Order Paper when Parliament was dissolved on 26 March 1979.

Finally, Bill S-14 was re-introduced in the Senate on 8 November 1979 as Bill S-9. Following first reading, it too died on the Order Paper on 13 December 1979.

E. The 1980s and a Continued Focus on Wage Earner Protection

In 1980, the Committee on Wage Protection in Matters of Bankruptcy and Insolvency, chaired by Raymond Landry, was asked to make recommendations on wage protection. The Committee's report, published in October 1981, concluded that – in the absence of complete and accurate data on the number and value of unpaid wage earner claims – it was unable to determine the severity of the problem of unpaid wages. The limited evidence available did, however, indicate the existence of a problem.

In its report, the Landry Committee noted that the United Kingdom, France, West Germany, Belgium and Denmark had wage earner protection schemes, and recommended the same for Canada. In its view, however, a permanent legislative solution could not be drafted until the size of the problem had been determined and until federal and provincial/territorial policies had been coordinated. Consequently, the Committee recommended an interim three-year solution during which up to \$1,000 in unpaid wages would be paid out of the Consolidated Revenue Fund.

On 16 April 1980, Bill C-12 was introduced in the House of Commons and was referred to the House of Commons Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs following second reading. The Bill died on the Order Paper when Parliament was dissolved during the Committee's hearings, which did not begin until 1983.

Bill C-17, which was essentially the same as Bill C-12 except for the addition of technical amendments, was introduced in the House of Commons on 31 January 1984. Although additional amendments were tabled on 28 May 1984, the Bill died on the Order Paper after second reading. With respect to unpaid wage claims, the Bill provided that a claim for wages up to \$4,000 would rank in priority over the claims of all secured creditors. The idea of a wage protection fund lacked support because of the absence of statistical data on the cost and the possibility that it would provide a disincentive to employers to pay wages on time.

In March 1985, the Minister of Consumer and Corporate Affairs established an Advisory Committee comprised of trustees and lawyers to examine the bankruptcy system, assess

possible reforms and recommend legislative amendments. The Committee's report – known as the Colter Report – was released in January 1986. The Report made 122 recommendations for change in such areas as: wage earner protection; receivers and secured creditors; commercial reorganizations; suppliers of merchandise; consumer bankruptcies and arrangements; preferred claims; farmers and fishers; securities firms, insurance companies and financial institutions; international insolvencies; estate administrative matters; and directors' and officers' liabilities.

With respect to wage earner protection, the Colter Report advocated the establishment of a fund, financed by employer and employee contributions, which would make certain payments to employees whose employers had been either declared bankrupt or put into receivership; payments would be made, to a maximum of \$2,000, for wages and commissions, vacation pay and pension benefits, although amounts due as severance payments would remain as unsecured claims.

Following the release of the Colter Report, in September 1986 the Department of Consumer and Corporate Affairs released a discussion paper on amendments to the *Bankruptcy Act*, and provided a number of recommendations based on the findings of the Colter Report and on its consultations with stakeholders and the provinces/territories. In 1988, the Department released *Proposed Revisions to the Bankruptcy Act*, in which it proposed reforms in eight areas. This approach involved reform of certain key aspects of the law rather than the presentation of a completely new statute with far-reaching reforms.

The Department's report also addressed the issue of unpaid wage claims, but differed somewhat from the recommendations made in the Colter Report. In particular, the Department proposed that the program be financed by the federal government rather than by employer and employee contributions; it did, however, support the recommendation made in the Colter Report regarding a maximum monetary limit, although the extent to which unpaid wages and vacation pay would be covered differed between the proposals.

Finally, the issue of unpaid wages was also addressed in the March 1989 *Report of the Advisory Council on Adjustment* – also known as the de Grandpré Report – which examined adjustment issues arising as a consequence of the Canada-United States Free Trade Agreement. As part of its examination of employment issues in an age of globalization, the Report recommended amendments to the *Bankruptcy Act* that would create a national wage earner protection fund that would cover up to \$4,000 in unpaid amounts owing to employees for wages, vacation pay, pension and benefit premiums, and severance pay. In the event that the fund was not created, the Report recommended that the federal government enact legislation, on an expeditious basis, to ensure that wage earner claims would have priority over all other claims in the disposition of assets of an insolvent employer.

F. Bill C-22: The 1992 Changes

Bill C-22 was introduced in the House of Commons on 13 June 1991 and its provisions came into force on 30 November 1992. The Bill was designed to:

- achieve a better balance between the rights of various categories of creditors as well as between the rights of creditors and debtors;
- enable individuals and businesses to reorganize their financial affairs in an effort to avoid bankruptcy; and
- make the laws more effective, less costly and easier to apply.

Principal areas of reform contained in the Bill included:

- wage claims, although this proposal was subsequently withdrawn;
- secured creditors and receivers;
- commercial reorganizations;
- consumer proposals, including mandatory counselling in order to receive a nine-month unconditional discharge;
- Crown claims and priorities;
- protection for unpaid suppliers; and
- technical amendments.

The Bill also introduced the concept of insolvency into the title of the legislation, and required Parliamentary review after three years.

G. Bill C-5: The 1997 Changes

Anticipating the three-year statutory review that had been included in the 1992 *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA), the federal government established the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, comprised of government and private sector representatives, to examine various areas of bankruptcy law and to make recommendations for change. Many of the Committee's recommendations were included in Bill C-5.

Introduced in the House of Commons on 4 March 1996, Bill C-5 was essentially the same as Bill C-109, which had been introduced in the House of Commons on 24 November 1995 but died on the Order Paper following first reading.

As introduced in the House of Commons, Bill C-5 proposed to amend the BIA with respect to:

- the licensing and regulation of bankruptcy trustees;
- the liability of trustees for environmental damage and claims;
- the liability of directors and stays of action against directors during reorganizations;
- compensation for landlords where leases are disclaimed in a reorganization proposal;
- procedures in consumer proposals;
- consumer bankruptcies;
- the dischargeability of student loan debt;
- Workers' Compensation Board claims;
- codification of requirements for bankrupts to contribute part of their income to the bankruptcy estate;
- international insolvencies; and
- securities firm insolvencies.

The Bill also proposed amendments to the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) in order to align more closely the provisions of the CCAA and the BIA. It did not, however, address such issues as the rights of unpaid suppliers and a wage earner protection fund.

After consideration in the House of Commons, the Bill was studied in the Senate by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. In February 1997, the Committee issued a report on the Bill and recommended a number of amendments; Bill C-5, as amended, received third reading in the Senate in February 1997. On 15 April 1997, the House of Commons concurred in the Senate amendments, and the Bill received Royal Assent on 25 April 1997. Provisions came into force in September 1997 and April 1998.

H. Bill C-36: Student Loan Debt

Bill C-36, An Act to implement certain provisions of the budget, was introduced in the House of Commons on 24 February 1998 and proposed amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, among other Acts. As part of a package of changes related to the financing of post-secondary education – which included provisions related to interest relief – the Bill proposed that student loan debt not be dischargeable where bankruptcy occurs within ten years after the completion of studies; prior to this change, the period was two years.

I. The Current Insolvency Process: Consumers

At present, individuals who find themselves with an unmanageable debt burden have several options available to help them return to financial health. For example, these individuals might consider: a debt consolidation loan; an informal proposal with creditors; or, in some provinces/territories, a Consolidation Order setting out the amount and times when payments are due to the Court, which then distributes payments to creditors on behalf of the debtor. In Quebec, the Voluntary Deposit scheme – or Lacombe Law – is similar to a Consolidation Order.

In addition to these options, an insolvent debtor may consider bankruptcy or the making of a proposal. In order to meet the definition of insolvency, the individual must: owe at least \$1,000 and be unable to meet his or her debts as they are due to be paid; have ceased paying his or her current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or have property the aggregate of which is not, at a fair market valuation, sufficient to enable payment of all of his or her obligations due.

Under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, a trustee or an administrator may file a consumer proposal, which is a proposed agreement between the debtor and his or her creditors whereby the parties agree that the debtor will pay off a portion of his or her debt, that the time period over which the debt will be paid will be extended, or that some combination of both of these will occur; in essence, it involves restructuring the payment obligations. The trustee is required to provide the creditors with a report on the affairs of the debtor, the causes of the financial difficulties, and an estimate of what the creditors would realize under a bankruptcy as compared with the amount offered under the proposal.

Two types of proposal are possible: a consumer proposal where the debtor's aggregate debt, excluding debt secured by a principal residence, does not exceed \$75,000 and the proposal includes a maximum five-year debt repayment scheme; or a proposal, available as an option for individuals regardless of their level of indebtedness and for corporations. If creditors fail to accept the first type of proposal, the debtor is not automatically bankrupt; with the second type of proposal, however, failure by the creditors to accept the proposal results in the debtor becoming bankrupt.

In order for a proposal to be acceptable to creditors, it must generally be the case that they would be better off – as a result, for example, of quicker distribution, lower administrative costs, a higher level of payment or a more certain outcome of issues – than they would be if the debtor were to become bankrupt. Thus, since 1992 when the option of consumer proposals was added to the BIA, proposals have been seen by many as a win-win situation: creditors gain because they are better off than they would be if the debtor were bankrupt, and the debtor avoids bankruptcy. The growth of proposals as an alternative to bankruptcy has been particularly rapid since 1997, although one might have expected relatively rapid growth following the enactment of the proposal option in 1992.

If creditors vote in favour of a proposal – which requires that the proposal be approved by at least 66.6% in dollars and 50% plus one in number of eligible creditors who vote – then it

is approved by the Courts and is a contract that is binding on all creditors. The debtor retains control of his or her assets, except where the proposal stipulates otherwise.

In the event of a debtor's bankruptcy – whether it occurs voluntarily or, more rarely, as a result of creditors asking the Court to order that a person is bankrupt – certain property is exempt from seizure. The range and value of exempt property varies across provinces/territories, although apparel, household furnishings, one vehicle, professional tools and books, and medical devices are generally exempt to certain limits. Funds in registered pension plans and life insurance Registered Retirement Savings Plans are also exempt. Assets held by the bankrupt or acquired by the bankrupt during the period of bankruptcy that exceed these exemptions vest with the trustee, who will dispose of the non-exempt assets for the benefit of the bankrupt's creditors.

Individuals who are bankrupt for the first time receive an automatic discharge after nine months, provided the creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee do not oppose the discharge and the bankrupt has undergone mandatory counselling; with the 1992 amendments to the BIA, Canada became the first country to make financial counselling mandatory prior to an unconditional discharge. The discharge cancels the bankrupt's debts, with certain exceptions, including child support payments, alimony payments, Court-imposed fines and student loan debts if the bankruptcy occurs within ten years after the completion of studies. The bankruptcy remains on the individual's credit record for six years.

J. The Current Insolvency Process: Corporations

Insolvent corporations have a number of options, including reorganization or bankruptcy. Reorganization can occur under either the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Companies' Creditors Arrangement Act*, although a \$5 million debt threshold must be met if the corporation elects to proceed under the CCAA.

In the case of reorganization, a trustee files a proposal with the organization's creditors, who are more likely to accept a proposal if they are better off with the reorganization of the business than they would be if the company were to become bankrupt. Proposals for reorganization typically involve the organization paying off only a portion of its debts and/or paying its debts over a longer period of time, or both. This circumstance is viewed as a potentially win-win situation: the organization remains in business, workers continue to be employed, and creditors both retain a customer and receive at least a portion of the moneys owed to them.

The trustee must provide creditors with a report on the financial affairs of the company, the causes of the organization's financial difficulties and an estimate of the amount creditors would realize under a bankruptcy as compared with the amount being offered under the reorganization proposal. The proposal must include provision to pay both employee source deductions outstanding within six months after Court approval, and outstanding wages and

vacation pay owed to employees and former employees, up to a maximum of \$2,000 each, immediately after Court approval.

Organizations can be placed into bankruptcy through a number of circumstances: a creditor petitioning the company into bankruptcy (a Court proceeding); the company's directors filing an assignment of the company; defeat of a proposal at the meeting of creditors; refusal of the Court to ratify a proposal which had been approved by the creditors; or annulment of a proposal as a result of non-performance. In these circumstances, a trustee acquires control of the organization's assets that remain following enforcement by secured creditors and liquidates them for the benefit of unsecured creditors.

APPENDIX C: THE REPORT BY INDUSTRY CANADA

In the *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* (hereafter, the IC report or the report), Industry Canada presents the issues raised and conclusions reached during its consultations with stakeholders in three areas: administrative policy issues; commercial insolvency issues; and consumer insolvency issues.

A. Administrative Policy Issues

In general, stakeholder comments on administrative policy issues focussed on the needs of the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in order to administer the system effectively, and on impediments that can be removed or minimized.

1. Volume, Access and Funding

The IC report notes the continued growth in the number of insolvency files in recent decades, and questions whether preventive approaches should be adopted to halt this trend and to encourage debtors to adopt credit management practices that would reduce the likelihood of insolvency.

It also suggests that, because of the costs associated with entering into bankruptcy, low-income debtors may be unable to access the system. In particular, if a trustee believes that it may be difficult to collect the fees for services rendered, he or she may require an advance or security as a condition of accepting the assignment; this situation could be a barrier to access for some debtors. Nevertheless, the Bankruptcy Assistance Program established by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) facilitates access, since trustees voluntarily provide services at no charge to debtors unable to afford the services of a trustee. The IC report questions whether universal access to bankruptcy services should be redefined, with new measures to ensure access, or whether access should cease to be seen as a right.

Moreover, the report notes that, since becoming a Special Operating Agency, the OSB depends on income generated by its operations to fulfill statutory obligations. The Office must ensure compliance with the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) within its budgetary limits, which is increasingly difficult with a rising number of files received each year. A number of options exist for increasing OSB funds, including the identification of new bases of revenue and higher fees. Also mentioned in the IC report is the contribution that new

technology can make in enhancing the efficiency of the system for all users; almost 80% of the Office's services are currently available electronically and all services are likely to be available electronically by 2004, which means that there are limited opportunities for cost savings in this area. Nevertheless, amendments to the BIA may be required to provide more clarity for electronic transactions.

2. The Debtor Compliance Program

In order to prevent abuse and maintain the public's trust in the integrity of the insolvency system, an effective program is needed to ensure debtor compliance with the BIA; the need may be particularly acute in light of growing caseloads, more complex cases and increasingly scarce resources. The IC report questions whether the BIA should be modernized and reviewed to determine if certain offences would be better addressed through civil and/or administrative remedies, rather than through criminal proceedings.

3. Regulatory Supervision of Reorganizations under the *Companies' Creditors Arrangement Act*

Unlike the BIA, the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) is not subject to any administrative supervision and there is no centralized public record of CCAA reorganizations. Consequently, it is difficult to assess – in any meaningful or verifiable manner – the extent to which reorganization plans are effective and to which the CCAA's provisions are being applied and administered consistently; one consequence of this lack of supervisory process could be reduced trust by lenders and investors. Moreover, the monitors appointed to monitor the affairs and finances of a business during its reorganization are not bound by rules of professional conduct and are not subject to qualification requirements.

In light of the social and economic importance of reorganizations under the CCAA and the increasing frequency with which they occur, the IC report questions whether a supervisory regime would be appropriate in order to provide: a national and public registry; mechanisms to address complaints; the power to intervene in Court proceedings; and licensing requirements for monitors.

4. Regulatory Supervision of Receiverships

According to some stakeholders, the provisions in the BIA that govern receiverships have not been effective and are not being used in the manner intended. The provisions apply when a secured creditor or its agent – a receiver – takes possession of all or substantially all

of the assets of a business to realize them for the secured creditor's benefit. The IC report notes a number of deficiencies with these provisions, including the definition of "receiver," a restrictive interpretation of the provisions by common law Court, and inadequate penalties for those who do not comply with the provisions.

5. Consolidation of Insolvency Statutes

As part of its examination of corporate insolvency issues, the IC report addresses the concept of whether the BIA and the CCAA should be integrated. Here, the concept is presented as an administrative policy issue rather than a corporate insolvency concern because integration of the statutes could involve Superintendent of Bankruptcy oversight over the merged law.

The IC report notes that the existence of these separate insolvency statutes is a consequence of historical circumstances, and indicates that stakeholders hold various opinions about whether the BIA and the CCAA should be merged and, if so, to what extent. It also comments on the lack of data regarding the use and application of the CCAA, which limits meaningful debate on the issue.

B. Commercial Insolvency Issues

Stakeholders identified a range of commercial insolvency issues during the consultation process. While they were able to reach consensus on some issues – including securities firm bankruptcies, the *Winding-up and Restructuring Act*, financial market issues, and trustee liability for successor employer obligations and pension claims – other issues remained unresolved because of significant or extreme differences of opinion among stakeholders. The unresolved issues included: wage earner and pension protection; Debtor-in-Possession (DIP) financing; unpaid supplier rights; adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency; contractual rights; integration of the BIA and the CCAA; director liability; sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors; and transfers at undervalue and preferences.

1. Compensation Protection: Wages and Pensions

The extent to which the wage and pension income of employees is protected in insolvency proceedings is a longstanding concern in Canada, and while some wage protection has existed since 1949, the issue has been examined repeatedly since the 1970s. The IC report describes the various legislative and other proposals that have been discussed over time to protect wages, including: preferred-claim status and the maximum amount that is

appropriate; super priority protection; a wage protection fund financed by some combination of employers, employees and the Consolidated Revenue Fund; and protection through the employment insurance system. It raises questions about the distributional effects of compensation protection, and about the impact of such measures on economic activity and efficiency as well as on credit availability and cost.

Moreover, the IC report identifies concerns about the extent to which existing protection for unpaid contributions to – and unfunded liabilities of – pension plans is adequate and, if inadequate, how the protection might be improved. At the present time, Ontario is the only jurisdiction that provides funded protection for pension claims, although bankruptcy legislation tabled in the 1970s and 1980s, as well as a number of advisory committees, have commented on such issues as priority for pension claims and the establishment of a fund to cover pension claims.

2. Debtor-in-Possession Financing

Debtor-in-Possession (DIP) financing assists insolvent businesses that need financing in order to reorganize; since this type of lending is usually risky, lenders may require that they have priority over other secured creditors. The BIA and the CCAA are silent on the issue of DIP financing, although Canadian judges – using their inherent jurisdiction – have authorized such financing in CCAA cases.

The IC report notes concerns by stakeholders about whether DIP financing should: have a legislative basis; be imposed on creditors without further defining the circumstances under which it is warranted; and rank ahead of existing creditors. Another concern is that insolvent companies – which may have financial and management difficulties – may not succeed even with DIP financing, a situation that would result in even greater loss than would otherwise be the case. The absence of data regarding the success of reorganizations under the CCAA – and the role that DIP financing may play in that success – limits meaningful debate on this issue.

3. The Rights of Unpaid Suppliers

Stakeholders have concerns about the effectiveness of the protection for unpaid suppliers, or the “30-day goods rule,” which has existed in the BIA since 1992. In particular, the IC report identifies concerns about: the fact that the 30-day recovery period begins on the date of delivery rather than the date of the debtor’s initiation of bankruptcy; the limitation requiring that recovery be limited to goods that are in the same state as when they were delivered; and the application of the provisions to the supply of goods but not of services.

4. Cross-Border Insolvencies

UNCITRAL – the United Nations Working Group on Insolvency Law – has recommended that countries adopt, as part of their domestic insolvency law, its Model Law on Cross-Border Insolvency. Adoption of the Model Law in Canada would involve replacing parts of the BIA adopted in 1997 in response to increasing globalization and the rising number of insolvencies that are international in nature. The IC report notes that adoption of the Model Law would assist international harmonization efforts regarding the treatment of international insolvencies, with more uniform interpretation of rules and easier administration of international insolvencies.

The IC report reflects stakeholder questions about whether: Canada should adopt a reciprocity provision if it adopts the Model Law; adopting the Model Law could reduce the number of insolvency cases heard in Canada; the Model Law should be adopted as written, or adopted with modifications; and Canada should adopt select Model Law features and add them to existing provisions in the BIA.

5. Contractual Rights

The IC report questions whether – and, if so, the extent to which and in what circumstances – insolvency law should intervene in private contracts in order to ensure fair distribution or maximization of value in an insolvency, recognizing that contracts contain terms negotiated in good faith and reflective of risks. The report notes stakeholder concerns about whether: secured creditors should be temporarily stayed from enforcing their rights in bankruptcy; the BIA requires rules governing leases; and existing intellectual property rights reflect the competing interests of various parties.

Allowing intervention in contractual rights is likely to affect contractors' expectations, reduce predictability, lower certainty in contracting and increase risk. The report suggests that, in this context, the benefits of intervention should be assessed against the costs of such intrusion. Situations cited in the report to illustrate the desirability of continuing a contract include: allowing a trustee to use leased premises for a period of time while assets are being evaluated and liquidated; and the continued use of software under licence that may be integral to a business. While it may be the case that “valuable” contracts should be allowed to survive, creditors and debtors may not always agree on which contracts are “valuable.”

6. Directors: Liability and Sanctions

On the issue of directors' liability, the IC report questions whether existing rules in this area strike the appropriate balance between attracting competent directors and creating a sufficient obligation to ensure that they act diligently in the performance of their duties.

While federal and provincial/territorial laws provide that directors are exposed to personal liability for a number of corporate debts, in most cases they have access to due diligence or good faith defences; in other cases, however, they are subject to absolute liability and have no defence.

The report notes that reduced exposure by directors to personal liability could encourage competent individuals to accept positions as directors, and to remain as directors when their companies are insolvent. Nevertheless, reduced exposure would lower the incentive for directors to ensure that payments are made to wage earners and others protected by directors' liability provisions. A number of options for reform are presented, including: placing directors' liability for wages directly in the BIA, with a due diligence defence; allowing directors to be exonerated from liability for claims arising in the period immediately prior to or after insolvency proceedings are commenced; and focussing efforts on identifying – and taking action against – wrongdoing by directors, but otherwise allowing them to be blameless in insolvencies.

The IC report also comments on sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors. There is some concern about whether the existing sanctions for inappropriate conduct are properly balanced with ensuring diligent performance while encouraging competent persons to act as directors, and about whether sanctions are effectively enforced. At the present time, directors may be held personally liable for failure to consider creditors' interests when their companies become insolvent.

Although the report notes that recent case law has resulted in directors and officers taking fewer risks in their efforts to revive insolvent companies, it questions whether director disqualification provisions might be effective in identifying incompetent directors and reducing abuse; such provisions could, however, be costly to enforce effectively and could have negative implications for the recruitment of competent individuals to serve as directors and decision making by them. The report identifies a prohibition on asset rollovers as a provision that might promote integrity in the bankruptcy system, but also notes such potential disadvantages as reduced returns and interference with the reallocation of resources to their most efficient uses. Finally, the possibility of replacement of directors by the Courts was raised.

7. Transfers at Undervalue and Preferences

The IC report questions whether the BIA's current provisions regarding transfers at undervalue and preferences should be modernized and made more comprehensive, since they have remained almost unchanged since the 1919 *Bankruptcy Act* and are generally thought to be unusable. In some cases, the transfers may be fraudulent; in all cases, they occur at the expense of other creditors. Since provincial/territorial legislation governing commercial transactions has been used to address questionable transactions, the report suggests that the fragmentation that currently exists is both confusing and inefficient; a

solution might be the inclusion of provincial/territorial provisions in federal insolvency legislation to form a single, comprehensive regime.

Moreover, the report notes that fraud and intent are difficult to prove, and may involve both costly and lengthy litigation. To resolve this problem, legislation could focus on the result of the transaction, rather than the intent underlying it. This solution is not, however, without problems, particularly for creditors who are more diligent in collecting payments owed to them and for third parties who negotiate a favourable deal immediately prior to a reorganization or insolvency.

8. Bankruptcy by Securities Firms

In 1997, provisions were added to the BIA to enact a regime governing bankruptcies by securities firms. Part of this regime provides a mechanism to override the trust relationship between a securities firm and its customers, and enables almost all securities and cash held by a bankrupt firm to be pooled and distributed *pro rata* among customers, with only “customer name securities” given to customers who own them. The IC report suggests that technical amendments are needed to clarify certain issues that have arisen during recent bankruptcies of securities firms.

9. Application of the *Winding-up and Restructuring Act*

During Industry Canada’s consultations with stakeholders, the question of whether the *Winding-up and Restructuring Act* (WURA) should be restricted to financial institutions in situations of insolvency was raised. The IC report notes that, with the availability of the BIA, there is perhaps no reason to allow insolvent companies that are not financial institutions to use the WURA. Moreover, limiting the application of the WURA to financial institutions helps to maintain both the integrity of the system and consistent treatment of companies having a similar purpose.

10. Exemptions for Securities Commissions and Exchanges

Financial regulators – such as securities commissions and exchanges – have expressed concerns about their ability to carry out their regulatory duties in light of reorganization-related stays of proceedings, which have been held to apply to them. The IC report notes broad stakeholder support for the notion that regulatory agencies be exempted from stay provisions. This exemption would enable them to take action against a company that is conducting itself inappropriately, particularly at a time when their control and supervision roles may be most critical.

11. Protection for Trustees against Liability as Successor Employers

The IC report suggests that the standard of liability assumed by a trustee that takes on the role of successor employer should be re-examined. In particular, trustees, receivers and other insolvency administrators who take on this role may be held personally liable for some obligations of a bankrupt or insolvent debtor, including wage, vacation, severance, termination and pension claims, even if the obligations were unknown to them when they accepted the position of trustee, receiver or administrator.

There is some concern that individuals may not be prepared to accept these positions if the risks associated with successor employer obligations are too great. Moreover, they may not be able to assess the risks adequately and quickly when they first accept the positions. The IC report proposes that limits on exposure to liability would encourage individuals to accept such positions, although it would give employees and pensioners fewer options for recourse and would thereby shift the risk from the trustee, receiver or administrator to employees and pensioners.

C. Consumer Insolvency Issues

A range of consumer insolvency issues were identified by stakeholders in the Industry Canada-sponsored consultations, and consensus was reached on a number of concerns, including consumer liens, the growth in consumer bankruptcies, student loans and wage assignments. Significant or extreme differences of opinion, however, existed among stakeholders with respect to: federal exempt property; exemptions for Registered Retirement Savings Plan (RRSPs) and Registered Education Savings Plans (RESPs); reaffirmation agreements; the streamlining of summary administration; the enforcement of security on a bankrupt's household property; and mandatory counselling.

1. Federal Exempt Property and Exemptions for RRSPs and RESPs

At the present time, provinces/territories are responsible for determining the property that is exempt from seizure in bankruptcy; this responsibility, which they have had since 1919, exists with respect to both the nature and the value of the property. Consequently, exempt property varies across Canada. This variability may be of concern, since exemptions play an important role in ensuring that bankrupts receive a fresh start. While some believe that a list of federal exempt property would ensure equitable treatment of bankrupts across Canada, those who support a list of provincial/territorial exempt property suggest that these more accurately reflect local realities and the cost of living.

The IC report notes the suggestion made about an optional list of federal exempt property, periodically adjusted to reflect changes in the cost of living. According to this proposal, bankrupts would be able to select either the list of federal exempt property or the applicable list of provincial/territorial exempt property upon filing for bankruptcy; allowing this choice would not, however, necessarily achieve consistent treatment of exempt property across the country. Other options noted include: a list of federal exempt property as a minimum standard that would apply when provincial/territorial standards were lower; and a list of federal exempt property to replace existing lists of provincial/territorial exempt property. The notion of monetary limits – whether in a list of federal or provincial/territorial exempt property – received support during Industry Canada’s consultations.

Regarding Registered Retirement Savings Plans, the IC report notes that certain retirement savings vehicles – including registered pension plans, locked-in RRSPs and life insurance RRSPs – are exempt from seizure in bankruptcy. Other vehicles – including non-locked-in RRSPs held by banks, brokerages or in self-directed accounts – are not, however, exempt. Stakeholders have suggested that, for reasons of equity, all retirement savings vehicles should be treated in the same manner; from this perspective, non-insurance RRSPs should be exempt from seizure in bankruptcy if they are locked in.

The IC report identifies arguments against this treatment of non-insurance RRSPs: it would reduce returns to creditors; RRSPs can be used for reasons unrelated to retirement; and RRSP holders currently have the option of protecting their RRSPs through the purchase of life insurance RRSPs. Nevertheless, a specified number of options for change are identified in the report: exempt RRSPs provided they are locked in and only available at retirement; ensure that contributions made by the debtor in a specified number of years before bankruptcy would not be exempt from seizure; stipulate that income from an RRSP payable following retirement would be treated as income and subject to surplus income standards; impose a cap on the exemption, bearing in mind the bankrupt’s age and the maximum RRSP contribution limit available in the year of bankruptcy; and no exemption for RRSPs, since they are identical to other investments.

A final exemption raised in the IC report’s examination of consumer insolvency issues is the treatment of Registered Education Savings Plans. In particular, the report questions whether amounts contributed to an RESP should be exempt from seizure if the person in whose name the account is held becomes bankrupt. At the present time, bankruptcy by the plan holder results in the existing balance being seized to pay creditors and in the contributions made by the federal government being returned to the government.

The main issue regarding RESPs appears to be the balance between the fairness of exempting another asset from seizure in bankruptcy, and thereby reducing the returns to creditors, and the promotion of education in the public interest. The IC report also notes the concern that additional exemptions and prioritizing of claims reduce the fundamental premise on which Canadian insolvency law has been drafted: the fair and efficient redistribution of assets. The parallel between RESPs and RRSPs – and the public interest in both – was identified. Stakeholders have suggested options similar to the proposals for RRSPs, including: locking-in requirements and a clawback of contributions made in the

previous year. Another proposal was for RESPs to meet the formal requirements of a trust, which would make the funds exempt from seizure, although the flexibility of the plans would be reduced.

2. Reaffirmation Agreements

The IC report identifies concerns by stakeholders about whether reaffirmation agreements, which re-establish a debt that has been discharged by bankruptcy, should be legal; at present, such agreements are not regulated by the BIA. Some stakeholders believe that the existence of these agreements undermines the fresh start principle, although it may be the only means by which a bankrupt can obtain credit.

One proposal noted in the report would disallow reaffirmation agreements concerning unsecured transactions, but would allow some payments under two circumstances: if approved by the Official Receiver or the Court or made voluntarily to a relative, and in respect of secured transactions in limited circumstances. Another proposal identified in the report is a prohibition on reaffirmation agreements in all circumstances, which would support the fresh start principle but perhaps affect the availability and cost of credit; it would also prohibit such agreements even in situations where reaffirmation might be in the best interest of both parties.

3. Summary Administration

For debtors with limited assets and a modest income, simplified procedures for consumer bankruptcies might be desirable. Historically, Canadian insolvency legislation was designed to resolve bankruptcies by companies, and a streamlined process for debtors with limited assets was not available until 1949 when summary administration provisions were added to the *Bankruptcy Act*. At present, these provisions apply to non-corporate bankruptcies with realizable assets no greater than \$10,000. The IC report notes that the process, nevertheless, is still relatively complex; moreover, with consumer bankruptcies rising – particularly among debtors with few or no assets and low income – it would be efficient to process these cases as quickly and inexpensively as possible.

Options for reform suggested by stakeholders include: modifying the process to eliminate procedures that add no value; allowing creditors, the Office of the Superintendent of Bankruptcy and trustees to get involved in bankruptcies selectively; and performing select administrative tasks only if requested by creditors. With such changes, however, there would be a need to ensure that the integrity of the system is protected and abuse is prevented; one means for achieving these goals might be to delay discharge for up to three years.

4. Household Property

The IC report questions whether the current provision allowing the enforceability of security agreements on a debtor's household property following bankruptcy should be changed. In most provinces/territories, creditors can take, as security, the personal property found in a debtor's home. There is a concern that, in the event of bankruptcy or insolvency, creditors could take advantage of the debtor's desire to keep this property by demanding – and obtaining through the threat of seizure – more than the property is worth.

Some stakeholders believe that the provisions allowing this practice result in bankrupt individuals and their families being abused. One proposal identified in the report would make all non-purchase money security interests granted by the debtor against exempt personal property unenforceable in bankruptcy and proposals; it would also enhance protection for assets that are exempt from seizure and require a secured creditor to pay the exempt amount to the debtor prior to enforcement. A suggestion has also been made that motor vehicles might be treated differently than other household belongings. Limitations on security interests in household furnishings could, however, affect the availability of credit for the purchase of these assets.

5. Mandatory Counselling

Since amendments to the BIA in 1992, mandatory counselling has been required for first-time bankrupts before receiving an automatic discharge from bankruptcy; counselling is also required for debtors making consumer proposals. The IC report suggests that counselling is beneficial in a number of ways and appears to have had only a limited impact on operating costs, with the result that creditors are not being unduly disadvantaged by the fact that counselling is financed by the bankrupt's estate.

Nevertheless, some believe that counselling should be optional and at the discretion of the debtor, the trustee or the Office of the Superintendent of Bankruptcy. Others have suggested more counselling, earlier counselling and counselling as a requirement in all cases. The notion of a comprehensive education program on personal finance for youth was also identified in the report.

Those who are opposed to mandatory counselling have argued that it occurs too late in the process, with the result that it is not effective, and that bankruptcy is often the result not of financial mismanagement but instead of such situations as business failure, job loss or change in marital status.

6. Consumer Liens

At present, consumers who place deposits with vendors for goods or services, but who do not receive those goods or services as a consequence of bankruptcy by vendors, are unprotected by the law. As unsecured claims, these consumers have few opportunities for recovery; in the majority of cases, they do not view themselves as creditors and did not intend to incur any risk.

The IC report notes that a consumer lien would increase the likelihood of recovery for these consumers, although it would give statutory protection to a specific group of creditors at the expense of other creditors and might affect the availability of credit. The report also presents the relatively weaker option of giving such consumers preferred status, behind secured creditors but ahead of claims by ordinary creditors; any negative effects on credit availability would likely be smaller with this option. Alternatively, this issue could be resolved through provincial/territorial commercial/consumer legislation, although constitutional issues might be raised where a provincial/territorial law of this nature purports to be applicable in a bankruptcy.

7. Student Loans

Amendments to the BIA in 1998 provide that any outstanding student debt and interest owing on those debts will not be discharged by bankruptcy should the debtor become bankrupt while a student or within ten years after completing his or her studies; prior to this change, the restriction was two years after the completion of studies. The amendment occurred as a consequence of the 1998 federal Budget, which made several changes to the federal student assistance program and provided students with an incentive to take advantage of relief measures as an alternative to bankruptcy.

The IC report questions whether this ten-year restriction on the ability of bankrupt students to obtain a discharge should be modified. Stakeholders believe that the restriction is too harsh and unfair, and that student loans should be treated in the same manner as other consumer debt. Options for change include reducing the ten-year period to five years and/or making student loan debt a preferred claim but still discharged by the bankruptcy.

8. Wage Assignments

Wage assignments, which are permitted in some provinces, are a form of security for consumer loan granted by credit unions in which the collateral is a portion of the future wages of the debtor. With amendments to the BIA in 1992, assignments of future or existing wages made before bankruptcy do not apply to post-bankruptcy wages, with the result that other creditors are receiving moneys that previously were received by the credit

unions; prior to the change, wage assignments were enforceable against wages earned after bankruptcy but before discharge.

The IC report notes that some stakeholders would like the effectiveness of wage assignments to be restored; this view is held particularly by those in the financial community. It suggests, however, that the fresh start principle may be undermined if the collateral in a wage assignment consists of a substantial portion of the debtor's future earnings, and that the availability of wage assignments reduces the amounts available to other creditors since surplus income would likely fall. Nevertheless, such assignments may be the only collateral available to the debtor. As well, since wage assignments reduce the risk for credit unions, the availability and cost of credit may be positively affected.

APPENDIX D: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE ON INSOLVENCY LAW

A. The United States

In the United States, the *Bankruptcy Reform Act* of 1978 – commonly referred to as the *Bankruptcy Code* – is the major bankruptcy statute. Since it became effective in November 1979, it has been amended a number of times, including by the *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act* of 1984, the *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act* of 1986 and the *Bankruptcy Reform Act* of 1994. Chapter 11 of the *Bankruptcy Code* is the major insolvency procedure, and is often used in preference to Chapter 7. Chapter 11 involves reorganization, while Chapter 7 involves liquidation and is used mostly by those wishing to free themselves of debt; as well, Chapters 12 and 13 involve reorganization.

A voluntary petition for bankruptcy can occur under Chapters 7, 11, 12 or 13, although involuntary petitions – which involve a petition by creditors – are limited to Chapters 7 and 11. Most Chapter 11 actions involve corporate debtors and are voluntary; insolvency is not required for a Chapter 11 filing to be initiated. Reorganizations can also occur under Chapter 12 – which applies to farmers – and Chapter 13 – which is typically used by consumer debtors with regular income. While insolvent consumers can file under Chapter 7 only once every six years, there is no limit on the number of times they can file under Chapter 13, provided the pre-established percentages of debt have been repaid.

Unlike a number of other developed countries, except Canada, during reorganizations under Chapter 11 the company usually retains control and management functions, subject to certain restrictions. The Court must approve any disposals outside of the normal course of business, and provision is made for the appointment of a trustee and/or an examiner by the Court, although it rarely occurs. Proceedings under Chapters 12 and 13 typically involve the appointment of a trustee to supervise the debtor's assets, although the debtor retains control of them.

Under reorganization, the debtor – whether a consumer or a corporation – is required to present any debt reorganization proposal to class meetings of creditors, and those whose rights have been impaired by the proposal are permitted to vote. As well, the proposal must be approved by the Court, which considers fairness criteria and must be satisfied both that the proposal is feasible and that dissenting creditors will receive at least as much under the proposal as they would if the company were liquidated. The Court may disregard a creditors' vote rejecting the proposal, and instead confirm it if it determines that creditors

would be treated fairly. In Chapter 13 filings, the maximum period of debt adjustment is five years.

Chapter 7 proceedings – which can be initiated voluntarily or by creditors – require the appointment of a trustee who seizes the non-exempt property of the debtor, liquidates the assets and distributes the proceeds to creditors; the *Bankruptcy Code* establishes the priority of creditors' interests.

As well, the *Bankruptcy Code* contains federal exemptions, although individual states are free to establish their own exemptions and can preclude their residents from using the federal exemptions. If their state of residence has not established its own exemptions and has not precluded its residents from using the federal exemptions, the bankrupt can choose to apply either the state or the federal exemptions.

In particular, the federal exemptions include:

- a homestead consisting of real property, to a maximum value;
- alimony and child support payments;
- pension and retirement benefits;
- household goods and furnishings, to a maximum value;
- health aids;
- jewellery, to a maximum value;
- lost earnings payments;
- a motor vehicle, to a maximum value;
- personal injury compensation payments, to a maximum value;
- wrongful death and crime victims' compensation payments;
- public assistance, social security, unemployment compensation and veterans' benefits;
- trade tools, to a maximum value;
- property, to a maximum value; and
- other exemptions related to insurance policies.

Exemptions vary relatively widely from state to state, which means that debtors are subject to significantly different treatment depending on their state of residence.

A bankruptcy proceeding ends when the Bankruptcy Court enters a discharge order regarding dischargeable debts. This action generally occurs no later than six months after the debtor files the bankruptcy petition, and coincides with the expiration of the time fixed for filing a complaint objecting to discharge and the time fixed for filing a motion to dismiss the case for substantial abuse. A complaint may be filed by a creditor, the trustee or the

United States trustee; the filing begins a lawsuit, referred to as an “adversary proceeding,” in which the objecting party bears the burden of proof. A discharge can be revoked under certain circumstances. The bankruptcy remains on the debtor’s credit record for up to ten years. Finally, a discharged debtor may voluntarily repay any debt that has been discharged.

At present, comprehensive bankruptcy reform legislation is before Congress. Proposed Chapter 15 of the legislation would enact, insofar as possible, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. As currently drafted, proposed Chapter 15, like the Model Law itself, contains no reciprocity requirement.

B. The United Kingdom

In the United Kingdom, insolvent debtors have a number of options available to them, including: administration orders; individual voluntary arrangements; and bankruptcy. An administration order may occur where a creditor(s) obtains a Court judgment against a debtor who has no more than £5,000 in debt. Administration is a Court-based procedure whereby the debtor makes regular payments to the Court for payment to creditors.

With an individual voluntary arrangement, the debtor makes a formal proposal to creditors to pay his or her debts in whole or in part. The debtor applies to the Court for an interim order and selects an authorized insolvency practitioner; the practitioner presents the Court with the details of the proposal and an indication of whether a meeting of creditors should be convened to consider the proposal. If more than 75% in value of the creditors who vote are in favour of the proposal, then the proposal is accepted and is binding on all creditors who are entitled to vote. The insolvency practitioner then supervises the arrangement and pays the creditors in accordance with the proposal.

The Court will make a bankruptcy order after a bankruptcy petition has been presented by the debtor or by one or more unsecured creditors who are owed £750. An Official Receiver – who is an officer of the Court – is responsible for administering the bankrupt’s estate and acts as trustee unless an insolvency practitioner is appointed; as a consequence, he or she examines the bankrupt’s financial affairs prior to and during the bankruptcy, and reports to the Court and to creditors.

With certain exceptions, the Official Receiver/Trustee controls the bankrupt’s assets – subject to exemptions – and disposes of them, with the proceeds used to pay the fees, costs and expenses of the bankruptcy as well as creditors. There are two broad categories of exemptions: one for the property required to earn a living, the other for household possessions needed to meet basic needs. In particular, the exemptions – which contain no limits on value, but rather allow the trustee to determine the value based on individual and family situation – are:

- tools, books, vehicles and other equipment needed for the bankrupt’s personal use in employment, business or vocation; and

- clothing, bedding, furniture, household equipment and provisions needed to satisfy basic domestic needs of the bankrupt and his or her family.

Moreover, the trustee generally cannot claim a pension as an asset if the bankruptcy petition was presented on or after 29 May 2000, provided the pension scheme has been approved by the Inland Revenue; trustees can claim some kinds of pensions for petitions presented before that date. The trustee can usually claim any interest the bankrupt has in a life assurance policy. Moreover, the trustee may apply to the Court for an income payments order which would require the bankrupt to make contributions to the bankruptcy debt from his or her income until the discharge from bankruptcy; such an order would not be made if it would leave the debtor without sufficient income to meet his or her reasonable domestic needs and those of his or her family.

At present, discharge from bankruptcy generally occurs automatically after three years, although if the bankruptcy order refers to a certification of summary administration – where a bankrupt has filed his or her own petition and the unsecured debts are less than £20,000 – the discharge occurs after two years; if the order is cancelled, discharge is automatic. These provisions will change as a consequence of the *Enterprise Act 2002*, as indicated below. Nevertheless, if the bankrupt has not fulfilled his or her duties under the bankruptcy proceedings, the Official Receiver may apply to the Court for the discharge to be postponed. As well, discharge is currently not automatic if the bankrupt has been an undischarged bankrupt at any time during the previous 15 years; however, the bankrupt may apply to the Court for discharge any time after five years from the date of the current bankruptcy order, and the Court may refuse or delay the discharge or grant it conditionally. The *Enterprise Act 2002* will also change this provision.

In the United Kingdom, companies in financial distress have a number of options: administration; Company Voluntary Arrangements; receivership; liquidation; and dissolution. Since 1985, there have been two forms of rescue procedure for organizations. An administration order – a Court order – can be made by petition of the company's directors, the company itself or creditors. It must be demonstrated that the company is – or is nearly – insolvent, and that one or more of four purposes would be served by the order, one of which is related to the Company Voluntary Arrangement procedure introduced in 1985; the other three are: survival of the company as a going concern; a Court-sanctioned composition or arrangement; or there is likely to be a better realization of assets than would be the case with a liquidation.

The Company Voluntary Arrangement was conceived as a compromise procedure whereby a debtor company could make a proposal to creditors, and an independent insolvency practitioner would report to the Court on the viability of the proposal. The Court has the discretion whether to make an administration order.

Finally, the *Enterprise Act 2002* – designed to enhance enterprise and productivity – made relatively significant changes to insolvency law in parts of the United Kingdom. The changes related to individual insolvency will come into force on 1 April 2004, while corporate insolvency changes have been in effect since 15 September 2003. While most of

the provisions will apply throughout the United Kingdom, the bankruptcy reforms related to discharge will apply in England and Wales only, and the corporate insolvency reforms do not apply in Northern Ireland.

One area of change is automatic discharge from bankruptcy; people made bankrupt on or after 1 April 2004 will receive an automatic discharge after one year, rather than the current two- or three-year period. Moreover, for those who have been an undischarged bankrupt at any time in the previous 15 years, a discharge will occur at the earlier of: 1 April 2009 or a date ordered by the Court; bankrupts may apply to the Court for discharge five years after the date of their present bankruptcy order and if this date is before 1 April 2009, they may apply to the Court to be discharged then. Regarding corporate insolvency, the *Enterprise Act 2002* abolishes the Crown's preferential right to recover certain unpaid taxes ahead of other creditors and provides that unsecured creditors will share in essentially 20% of the proceeds of the liquidation of debenture security (inventory and accounts receivable), to a maximum of £600,000.

C. Australia

In Australia, the *Bankruptcy Act 1966* addresses personal bankruptcy and alternative arrangements with creditors, while the *Corporations Law* deals with corporate insolvencies. Although this latter statute is uniform across the country, for constitutional reasons state and territorial statutes have been enacted.

Options available to insolvent consumers who are unable to pay their debts as they are due to be paid include:

- under Parts IX and X of the *Bankruptcy Act*, debtors can enter into arrangements with creditors that may involve payment of less than the full amount of debt, a moratorium on payments of debt, transfers of property to one or more creditors in full or partial payment of debt, or periodic payments to creditors out of the debtor's income; or
- debtors can have their estate administered in bankruptcy, whether the bankruptcy occurs voluntarily or – more rarely – involuntarily pursuant to a creditor's petition.

A Part IX debt agreement requires that the debtor:

- not have been bankrupt, used a debt agreement or given an authority under Part X of the *Bankruptcy Act* in the previous ten years;
- have after-tax income of less than approximately A\$50,000;
- have unsecured debts of less than approximately A\$67,000; and

- have property not exempt under bankruptcy valued at less than approximately A\$67,000.

Options available under Part X arrangements include:

- a deed of assignment, pursuant to which a debtor assigns all divisible property for the benefit of creditors;
- a composition, pursuant to which creditors accept repayment over time or partial payment in full satisfaction; or
- a deed of arrangement, pursuant to which the debtor repays debts, either in whole or in part, but in a manner that does not fall within the definition of either a composition or a deed of assignment.

In most situations, after-acquired property is unaffected and the debtor is under no obligation to make contributions from income to creditors.

To avoid bankruptcy, a debtor may enter into alternative arrangements with his or her creditors and may present a proposal at a meeting of creditors. To conclude an arrangement that is binding on all creditors with provable debts, the proposal must be approved by a majority in number and at least 75% in value of the creditors who vote at the meeting.

Low-income debtors with limited – if any – property, few creditors, low viability and financial resources too low to enable them to take advantage of a deed of assignment, a deed of arrangement or a composition because of an inability to meet set up costs, can enter into a debt agreement provided they meet asset, liability and after-tax income stipulations. With this procedure, the debtor submits a proposal and a Statement of Affairs to the Official Trustee. After determining that the debtor meets the eligibility requirements for this process, the Official Trustee advises creditors of the proposal, provides them with a summary of the debtor's Statement of Affairs and allows the creditors to vote on the proposal. The degree of acceptance required for the debt agreement to be binding is a majority in number and at least 75% in value of the creditors who vote on the proposal.

A debtor who voluntarily seeks bankruptcy presents a debtor's petition to an Official Receiver together with a Statement of Affairs providing his or her personal details as well as details of his or her assets, liabilities and income. The debtor becomes a bankrupt when the petition is accepted, and the Official Receiver becomes the trustee, unless the debtor nominates a private registered trustee.

Involuntary bankruptcy involves the presentation of a creditor's petition in the Federal Court or the Federal Magistrates Court. This action requires that the following circumstances be met: an act of bankruptcy within the previous six months; a specific jurisdictional link with Australia; and a liquidated sum of A\$2,000 owed by the debtor to the creditor. At the hearing of the petition, the creditor is required to prove: the matters stated in the petition; the service of the petition; and the outstanding nature of the debt owed. The

Court has discretion in deciding whether to make a sequestration order, which is an order making a person or persons bankrupt.

A bankrupt receives automatic discharge from bankruptcy three years after the date on which the Statement of Affairs is filed, unless an objection is lodged; for example, a trustee's objection may prolong bankruptcy by as much as five years under certain circumstances. The bankrupt may be able to apply for an early discharge six months after the filing date, although this provision applies only to bankruptcies registered with the Official Receiver prior to 5 May 2003. Bankrupts with relatively high incomes must make contributions to their bankrupt estates from their income, with the amount determined on the basis of net income after tax and any child support. Creditors are prohibited from recovering money from a bankrupt, other than secured creditors with whom the bankrupt has made an arrangement to retain secured property, such as might occur with a mortgage.

Australia makes provision for exempt property in the case of bankruptcy, and these exemptions are uniform throughout the country; Australia does not have inter-state differences with respect to exemptions, either in type or value. Principal exemptions include:

- property held by the bankrupt in trust for another person;
- the bankrupt's household property, to reasonable limits given current social standards or that is exempted under regulations or by agreement of the creditors;
- property used by the bankrupt in earning income, to a prescribed limit or as increased by creditors or the Court;
- property used by the bankrupt primarily for transportation, to a prescribed limit or as approved by creditors;
- prescribed interests in life or endowment assurance and in regulated superannuation funds or approved deposit funds;
- compensation for personal injuries and property purchases with such protected money; and
- amounts paid to the bankrupt as loan assistance for rehabilitation, household or re-establishment support under a variety of state and federal rural support schemes.

Insolvent companies have a number of options: a Court-sanctioned arrangement; appointment of a receiver or other controller; voluntary administration; winding-up/liquidation; or provisional liquidation. Since mid-1993, Australia has had a voluntary administration procedure by which a company or its directors can initiate the procedure, and secured creditors with charges over all – or substantially all – of the assets may initiate the appointment of an administrator. Once appointed, the administrator controls the company's business, its property and its affairs, and acts as the company's agent. He or she must hold a meeting of creditors, and creditors will meet to decide the company's future; the

creditors will receive a report about the business and its property, affairs and financial circumstances, as well as an assessment of whether it would be in the creditors' interests for the company to execute a deed of company arrangement, for the company to be wound up or for the administration to end.

In September 2002, the Attorney General of Australia announced that the government would conduct a comprehensive review of Part X of the *Bankruptcy Act 1966*, which provides a mechanism for debtors to reach arrangements with creditors without becoming bankrupt. The review was initiated in response to concerns that some debtors are abusing the provisions. Conducted by the Insolvency and Trustee Service Australia (ITSA) – which is responsible for the administration and regulation of the personal insolvency system – and the Attorney General's Department, in consultation with the Bankruptcy Reform Consultative Forum, the ITSA released an issues paper describing proposed legislative changes for public comment.

The Bankruptcy Legislation Amendment Act Bill 2002 was introduced in order to address concerns that the system was biased toward the debtor, to correct unfairness and anomalies, and to streamline the administration of bankruptcies by trustees. In particular, the Bill was designed to:

- give Official Receivers the discretion to reject a petition made by a debtor where it appears that, within a reasonable period of time, the debtor could pay all debts listed in his or her Statement of Affairs and that the petition is an abuse of the system, or where the debtor has been bankrupt previously – on his or her own petition – either at least three times in all or at least once in the previous five years;
- abolish early discharge from bankruptcy;
- make it easier for trustees to lodge objections to a person's discharge from bankruptcy and make it harder for bankrupts to sustain challenges to objections;
- make clear that a bankruptcy can be annulled by the Court whether or not the bankrupt was insolvent when the petition for bankruptcy was accepted; and
- increase the income threshold for debt agreements.

Amendments to the *Bankruptcy Act 1966* and regulations came into effect on 5 May 2003, and increased the debt agreement threshold to more than a A\$50,000 (after taxes), thereby increasing the number of debtors eligible to participate in debt agreements.

D. New Zealand

In New Zealand, bankruptcy and insolvency are addressed primarily through the *Insolvency Act 1967* (personal insolvency), the *Companies Act 1993* (corporate liquidations) and the

Receiverships Act 1993 (corporate receiverships). The *Corporations (Investigations and Management) Act 1989* may be used in situations where the government wishes to place a complex group of companies into statutory management. The New Zealand Insolvency and Trustee Service – through the office of Official Assignee (Ministry of Commerce) – is the only agency with authority to administer personal bankruptcies, and the High Court has jurisdiction over all insolvency matters.

New Zealand insolvency law provides a number of options to individuals in financial difficulty, including:

- a creditors' pool, where all of the debtor's creditors agree to receive payment in reduction of debt through regular instalments;
- a compromise with creditors, where an agreement is reached regarding payment of a portion of debt in full settlement;
- a Summary Instalment Order, which involves an order by a District Court Judge that allows a person with debts less than a certain amount to pay those debts in regular instalments without further legal action being taken while the order is in force; and
- bankruptcy, which can be initiated either by the debtor or by the creditor.

A debtor who selects bankruptcy as the preferred option files a Debtor's Petition with the High Court; alternatively, bankruptcy can be initiated by the creditor applying to the High Court, which then must decide if the debtor should be declared bankrupt on the basis of evidence supplied by the creditor and the debtor (or his or her representative). The Official Assignee, an officer of the High Court, is trustee and must administer equitably and independently the affairs of the bankrupt, with the non-exempt assets sold and the proceeds distributed fairly among the creditors; he or she may also provide for rehabilitation of the bankrupt, if appropriate.

Exempt assets include furniture and personal effects, money, and tools of a tradesperson's trade, up to a maximum amount in each case. The Official Assignee will decide whether the debtor will retain his or her vehicle, with that decision based on the vehicle's value and the debtor's personal circumstances. As well, life insurance policies become the property of the Official Assignee and may be surrendered for the benefit of creditors, and superannuation policies with a surrender value may also be included. Bankrupts remain responsible for a number of debts, including Court-imposed fines, maintenance payments and child support obligations.

In general, the bankrupt will receive an automatic discharge on the third anniversary of his or her bankruptcy, although an application may be made to the High Court for an earlier discharge. The Official Assignee or a creditor may, however, object to a discharge or seek a conditional discharge; in the event of an objection to an automatic discharge, the High Court will decide the date of discharge. Finally, bankrupts may apply for an annulment of bankruptcy, which would involve the High Court cancelling the bankruptcy order; this

situation may occur if: the bankruptcy order should not have been made; all of the debtor's debts, fees and expenses of bankruptcy have been paid in full; or creditors accept a composition.

In terms of corporate bankruptcy, there are several means by which a company may be put into liquidation: by a special resolution of the organization's shareholders; by the company's board of directors when an event specified in the constitution has occurred; or by the Court, on application of the company, a director, a shareholder or a creditor. A liquidator is appointed who then has custody and control of the organization's assets. A report indicating the company's assets and liabilities is prepared and provided to creditors, and the assets are sold for the benefit of those creditors who have lodged a claim in the liquidation. A dividend is paid to creditors in the order of priority given in the *Companies Act 1993*.

In May 1999, New Zealand launched a review of insolvency law in order to:

- provide a predictable, simple regime that: can be administered quickly and efficiently; imposes the minimum necessary compliance and regulatory costs on users; and does not stifle innovation, responsible risk taking and entrepreneurship by excessively penalizing business failure;
- distribute the proceeds to creditors consistent with their relative pre-insolvency entitlements, unless the public interest requires otherwise;
- maximize returns to creditors;
- enable bankrupt individuals again to participate fully in the economic life of the community; and
- provide international cooperation in relation to cross-border insolvency.

Public discussion documents were released beginning in February 2001, and since that time the Ministry of Economic Development has indicated that the law will be changed in a number of areas. In particular, the following initiatives have been announced:

- continued responsibility by the state for bankruptcy administration;
- a business rehabilitation system, which will resemble that which operates in Australia and will provide an alternative to liquidation through which a debtor organization or individual can reach a binding arrangement with creditors;
- as an alternative to bankruptcy, a "no asset" procedure for low-income debtors with limited – if any – realizable assets;
- criminal penalties to be imposed on directors who have acted in bad faith to defeat creditors' legitimate interests;
- increases in the maximum amount to which employees will be entitled – for unpaid wages, salary and vacation pay – in the event of insolvency by their

employer and the introduction of redundancy payments as an employee entitlement;

- an increase in the cap for Summary Instalment Orders; and
- adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.

It is anticipated that, following public consultation on draft legislation, the changes will become law no later than 2004.

APPENDIX E:

Witnesses and Submissions:

Advocis

- Mr. Steve Howard, CA, President and Chief Executive Officer (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. Edward Rothberg, General Counsel (Wednesday, May 14, 2003)

Alberta Law Reform Institute

- Professor C. R. B. (Dick) Dunlop, Special Counsel (Thursday, September 18, 2003)
- Mr. Peter J. M. Lown, Director (Thursday, September 18, 2003)

Mr. Ryan Bailey

- Manager - Government Relations and Regulatory Affairs, Ontario Society of Professional Engineers (Submission)

Mr. David E. Baird, Q.C.

- Counsel, Torys LLP (Thursday, September 25, 2003)

Professor Douglas Barbour

- Department of English, University of Alberta (Submission)

Me Hélène Beaulieu

- Barrister and Solicitor (Submission)

Professor Vaughan Black

- Professor of Law, Dalhousie University (Submission)

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals

- Mr. Larry Prentice, Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Jean-Yves Fortin, President, IIC, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Andy Kent, IIC Board member, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. William Courage, Vice-Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Alan Spergel, Co-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals (Cont'd)

- Mr. Stéphane LeBlond, Vice-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. George Lomas, member of IIC Personal Insolvency Committee, Trustee in bankruptcy, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Canadian Alliance of Students Associations

- Mr. Rob South, Government Relations Officer (Wednesday, May 14, 2003)

Canadian Bankers Association

- (Submission)

Canadian Bar Association

- Mr. David F. W. Cohen, Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mr. Robert A. Klotz, Executive Member and Past Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mr. E. Patrick Shea, Member, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mrs. Tamra L. Thomson, Director, Legislation and Law Reform, Canadian Bar Association (Wednesday, June 4, 2003)

Canadian Federation of Independent Business

- Mr. Garth Whyte, Executive Vice President (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. André Piché, Director, National Affairs (Wednesday, October 1, 2003)

Canadian Federation of Students

- Mr. Michael Conlon, Director of Research (Wednesday, May 14, 2003)

Canadian Labour Congress

- Mr. Hassan Yussuff, Secretary-Treasurer (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Bob Baldwin, Director, Social and Economic Policy (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Murray Gold, Partner, Koskie Minsky (Wednesday, September 17, 2003)

CAW-Canada

- Mr. Lewis Gottheil, Counsel (Wednesday, September 17, 2003)

Consumers Association of Canada

- Mr. Mel Fruitman, President and Chief Executive Officer (Wednesday, September 17, 2003)

Consumers' Union

- Mrs. Hélène Talbot, Budget Counsellor, Canadian Tax Foundation (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. Luc Rochefort, Analyst, Policy and Legislation in Personal Budgeting, Credit and Debts (Wednesday, May 14, 2003)

Credit Counselling of Canada

- Mr. Pran Bahl, President (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Pierre R. Ouellette, Executive Director (Wednesday, September 17, 2003)

Credit Union Central of British Columbia

- (Submission)

Professor R.C.C. Cuming

- Professor of Law, University of Saskatchewan (Submission)

Mr. Jean-Claude Delorme

- Chairman of the Management Advisory Board of the Office of the Superintendent of Bankruptcy (Thursday, September 25, 2003)

Ms. Viola Doucet

- (Wednesday, May 14, 2003)

Professor Elizabeth Edinger

- Associate Dean of Law, University of British Columbia (Submission)

Equifax Canada Inc.

- Mr. Mel Zwaig, President & Chief Executive Officer, Zwaig Consulting Inc. (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. E. Bruce Leonard, Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. David S. Ward, Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, October 1, 2003)

Mrs. Lori K. Gravestock

- Submission

Human Resources Development Canada

- Mr. Andrew Treusch, Assistant Deputy Minister, Human Investment Programs (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. Dave Cogliati, Director General, Canada Student Loans Program Directorate (Wednesday, October 1, 2003)

Industry Canada

- Marie-Josée Thivierge, Director General, Marketplace Framework Policy Branch (Wednesday, May 7, 2003)
- Marc Mayrand, Superintendent of Bankruptcy, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, May 7, 2003)
- Jim Buchanan, Senior Project Leader, Policy Sector (Wednesday, May 7, 2003)
- Dave Stewart, Senior Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, May 7, 2003)

Insolvency Institute of Canada

- Mr. Larry Prentice, Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Insolvency Institute of Canada (Cont'd)

- Mr. Jean-Yves Fortin, President, IIC, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Andy Kent, IIC Board member, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. William Courage, Vice-Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Alan Spergel, Co-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Stéphane LeBlond, Vice-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. George Lomas, member of IIC Personal Insolvency Committee, Trustee in bankruptcy, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Intellectual Property Institute of Canada

- Mr. John Baker, Immediate Past President (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Warren Sprigings, Chairman of the Licensing Committee (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Rodney Kyle, Member of the Licensing Committee (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Michel Gérin, General Director (Wednesday, September 24, 2003)

International Insolvency Institute

- E. Bruce Leonard, Chairman (Wednesday, June 4, 2003)

Mr. Andrew J.F. Kent

- McMillan Binch LLP (Submission)

Mr. Robert A. Klotz

- Executive Member and Past Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section, Canadian Bar Association (Wednesday, June 4, 2003) (Submission)

Mr. Bert van Leeuwen

- President, BVL Industrial Design Ltd. (Submission)

Mr. Bob van Leeuwen

- President, van Leeuwen Engineering Limited (Wednesday, June 4, 2003)

Mr. E. Bruce Leonard

- Chairman, International Insolvency Institute; Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, June 4, 2003 & Wednesday, October 1, 2003) (Submission)

Mrs. Nancy May

- (Submission)

Mr. Max Mendelsohn

- Chairman of the Firm and Head of the Reorganizations & Insolvency Group of Mendelsohn, G.P. (Thursday, September 25, 2003)

Mr. Brian P. O’Leary

- Burnet, Duckworth & Palmer LLP (Submission)

Omega One Ltd.

- Mr. Bob Gilmour, Manager, Asset Recovery, Sears Canada Inc. (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. John D. Owen, Principal (Wednesday, May 14, 2003)

Ontario Securities Commission

- (Submission)

Periodical Writers Association of Canada

- (Submission)

Personal Insolvency Task Force

- Mr. Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration, Carleton University (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Dave Stewart, Special Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, September 24, 2003)
- Mrs. Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc. (Wednesday, September 24, 2003)

Mr. Michael Petrasek

- Rights Manager, Playwrights Guild of Canada (Submission)

A.C. Poirier & Associates

- Mr. Paul A. Stehelin, Trustee in Bankruptcy (Wednesday, May 14, 2003)

Professor Iain D.C. Ramsay

- Professor of Law, Osgoode Hall Law School (Submission)

RESP Dealers Association of Canada

- Mrs. Doreen G. Johnston, Chairman, Securities Regulation (Wednesday, September 17, 2003)

Professor Janis Sarra

- University of British Columbia (Thursday, September 18, 2003)

Professor Thomas Telfer

- Associate Professor of Law, University of Western Ontario (Thursday, May 29, 2003)

United Steelworkers of America

- Mr. Lawrence McBrearty, National Director (Wednesday, September 17, 2003)

Professor Roderick J. Wood

- Professor of Law, University of Alberta (Submission)

Workers’ Compensation Boards

- Mr. John Solomon, Chair, Saskatchewan Workers’ Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)
- Mr. Jim Lee, Chair, P.E.I. Workers’ Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)

Workers' Compensation Boards (Cont'd)

- Mr. Douglas Mah, General Counsel, Alberta Workers' Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)
- Mr. Maurice Cloutier, General Counsel, Quebec Commission of Occupational and Health and Safety (Thursday, May 15, 2003)

Writers' Union of Canada

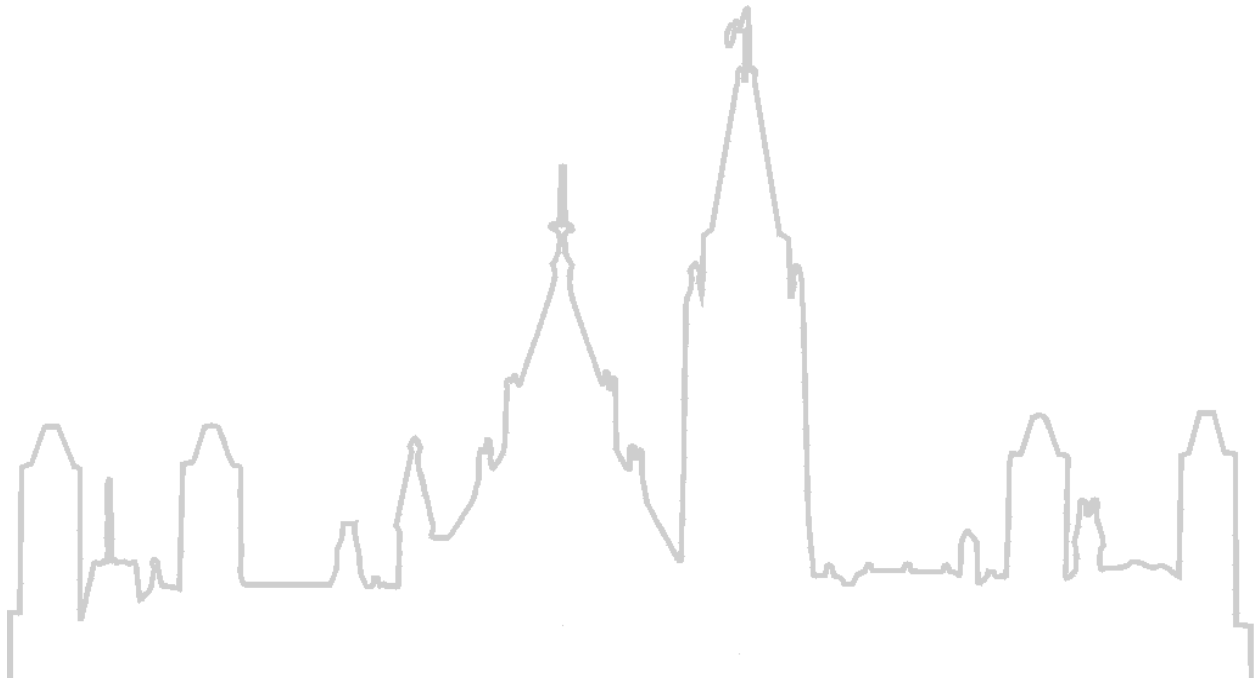
- Mrs. Marian Dingman Hebb, Counsel (Thursday, May 15, 2003)
- Mrs. Deborah Windsor, Executive Director (Thursday, May 15, 2003)

Professor Jacob Ziegel

- University of Toronto (Thursday, May 29, 2003)

Professor Keith Yamauchi

- University of Calgary (Wednesday, October 1, 2003)



Ce rapport est aussi disponible en français.

Des renseignements sur le Comité sont accessibles sur le site :

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Information regarding the Senate can be obtained through its web site:

www.parl.gc.ca

or by telephone at 1-800-267-7362

CARSWELL

**Annual Review
of
Insolvency Law
2017**

Dr Janis P Sarra
The Honourable Barbara Romaine
Editors



THOMSON REUTERS®

© 2018 Thomson Reuters Canada Limited

NOTICE AND DISCLAIMER: All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher (Thomson Reuters Canada, a division of Thomson Reuters Canada Limited).

Thomson Reuters Canada and all persons involved in the preparation and sale of this publication disclaim any warranty as to accuracy or currency of the publication. This publication is provided on the understanding and basis that none of Thomson Reuters Canada, the author/s or other persons involved in the creation of this publication shall be responsible for the accuracy or currency of the contents, or for the results of any action taken on the basis of the information contained in this publication, or for any errors or omissions contained herein.

No one involved in this publication is attempting herein to render legal, accounting, or other professional advice.

A cataloguing record for this publication is available from Library and Archives Canada.

ISSN 1713-6288

ISBN 978-0-7798-8397-4

Printed in Canada by Thomson Reuters

TELL US HOW WE'RE DOING

Scan the QR code to the right with your smartphone to send your comments regarding our products and services.
Free QR Code Readers are available from your mobile device app store.
You can also email us at feedback.legaltaxcanada@tr.com



THOMSON REUTERS'

THOMSON REUTERS CANADA, A DIVISION OF THOMSON REUTERS CANADA LIMITED

One Corporate Plaza
2075 Kennedy Road
Toronto, Ontario
M1T 3V4

Customer Support
1-416-609-3800 (Toronto & International)
1-800-387-5164 (Toll Free Canada & U.S.)
Fax 1-416-298-5082 (Toronto)
Fax 1-877-750-9041 (Toll Free Canada Only)
Email CustomerSupport.LegalTaxCanada@TR.com

Kitco: Is It About More Than Pre-post Set-off?

*Alexander Bayus, Patrice Benoit and Sylvain Vauclair**

I. INTRODUCTION

Type the word “gold” into your Google search engine and chances are that Kitco’s webpage will be the first on your list of search results. Kitco is an international reference in the precious metals industry. Its website is visited by over one million people per day and it is likely the most internationally recognized company in the field of gold and other precious metals.

When Kitco Metals Inc (“Kitco”) filed its notice of intention to submit a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act (BIA)*¹ in June 2011 (the “NOI”), it had annual revenues of approximately \$1.7 billion. The filing of the NOI was provoked by the issuance of a series of notices of assessment by federal and Québec tax authorities (the “agencies”) for a total amount of \$313 million (the “assessments”). Assessments aside, Kitco was a perfectly viable and profitable company.

The assessments were issued in respect of transactions linked to Kitco’s scrap gold business, which purchases scrap gold from various manufacturers or jewelers. That gold is then refined into pure gold through the Royal Canadian Mint or other refineries. The agencies essentially alleged that Kitco was part of a scheme whereby the suppliers of scrap gold would

* Alexander Bayus and Patrice Benoit are partners at Gowling WLG (Canada) LLP and act for Kitco in its restructuring proceedings. Sylvain Vauclair is a partner at Woods LLP and acts for the monitor in the Kitco file, Richter Advisory Group Inc.

¹ *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3, as amended [*BIA*].

collect the sales taxes paid by Kitco without remitting those sales taxes to authorities. The nature of Kitco's business is such that it pays far more in sales taxes than it collects, namely because its scrap gold purchases are taxable, but the sale of pure gold is not. This business activity makes Kitco eligible for the reimbursement of sales taxes through input tax credits and input tax refunds (the "tax credits"). The assessments sought the reimbursement of the tax credits collected by Kitco over a number of years prior to the NOI.

Pursuant to the applicable federal and provincial tax legislation² (the "tax laws"), the assessments were deemed valid and were payable immediately, the whole notwithstanding vigorous opposition by Kitco. Faced with what would undoubtedly be a lengthy battle with the agencies in tax court, the filing of the NOI and subsequent continuation of the proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA)*³ provided, and continues to provide, Kitco with a stay of proceedings that prevents the agencies from enforcing the assessments against Kitco's assets and has allowed the company to continue operating.

After the issuance of assessments in respect of past tax credits and after the inception of the proceedings under the *BIA* and *CCAA*, the agencies began withholding the tax credits generated by Kitco's post-filing operations, despite the fact that these new credits were in no way alleged to be linked to any form of fraud or scheme. The agencies were essentially setting off or, to employ the term used in Québec, operating "compensation" between their \$313 million in assessments and any new, uncontested tax credits owed to Kitco, based on the premise that the assessments are deemed valid under the tax laws. This set-off had a significant impact on Kitco's scrap gold business; after all, it was paying approximately 15% in sales

2 The *Excise Tax Act*, RSC 1985, c E-15, and the *Tax Administration Act*, RSQ, c A-6.002.

3 *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36, as amended [*CCAA*].

taxes to its scrap gold suppliers but, unlike its competitors, was unable to benefit from the corresponding tax credits, thereby significantly impeding its cash flow and potentially endangering its viability.

This practice continued after the filing of the NOI and issuance of the initial order under the *CCAA*, thus prompting Kitco to file a motion seeking the reimbursement of approximately \$1.8 million in uncontested tax credits generated post-filing, as well as a declaratory judgment preventing the agencies from further setting off Kitco's post-filing tax credits against the pre-filing, contested assessments.⁴

The Québec Superior Court granted Kitco's motion in February 2016 in a decision that sparked a fair amount of discussion regarding the rules of set-off/compensation in an insolvency and restructuring context.⁵ In fact, that decision was the subject of an article published in the 2016 edition of the *Annual Review of Insolvency Law*.⁶ Shortly after that article was published, the Québec Court of Appeal dismissed the agencies' appeal and upheld the Superior Court's decision, albeit for more limited reasons than those in first instance.⁷ While the Court of Appeal concluded that creditors could not set post-filing claims off against pre-filing claims, its reasoning departed from that of the Superior Court. Moreover, although the Superior Court concluded that, while the provisions of the tax

4 For the purposes of this article, "pre-filing" and "post-filing" shall refer respectively to the period prior to and following the commencement of the proceedings; *ie*, as the case may be, the filing of a notice of intention, proposal or bankruptcy under the *BIA*, or the issuance of an initial order under the *CCAA*.

5 *Métaux Kitco inc (Arrangement relative à)*, 2016 QCCS 444 (CS Que) [*Kitco SC*].

6 Luc Morin and Guillaume-Pierre Michaud, "Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the *BIA/CCAA*: After the *Kitco* and *Beyond the Rack* Decisions", in Janis P Sarra and Barbara E Romaine, eds, *Annual Review of Insolvency Law 2016* (Toronto: Carswell, 2017).

7 *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc*, 2017 QCCA 268 (CA Que) [*Kitco CA*].

laws deeming the assessments valid and enforceable are constitutionally valid, they are inapplicable in an insolvency context, the Court of Appeal remained mute on this point.

This article will focus on the implications of the decisions in both first instance and appeal.

II. *KITCO* IN FIRST INSTANCE

1. Compensation in Québec

In Québec, the rules of compensation are set out in section 1673 of the *Civil Code of Québec*:⁸

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and both of whose subject is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A party may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

Legal compensation occurs by operation of law, automatically and without further formality, when mutual debts are certain/valid, liquid/quantified and exigible/payable. Judicial compensation, on the other hand, requires the settlement of a dispute by the courts, for example, with respect to the certainty/validity of a claim or in order to liquidate/quantify a claim. In addition to the requirements for legal compensation, judicial compensation requires that the debts be connected; *ie*, that there be a “close link” or “dependency or similarities between elements”.⁹

As noted by the Superior Court at paragraph 90 of the judgment, the “common law notion of equitable set-off also requires the two debts in question be connected”. That said,

⁸ *Civil Code of Québec*, CQLR, c CCQ-1991, as amended.

⁹ *Kitco SC*, *supra* note 5 at para 89. For the purposes of this article, all quotes of both *Kitco SC* and *Kitco CA* [collectively, *Kitco*] have been drawn from the publicly available English translations rather than from the original, official French versions.

while there may be certain similarities between the Québec concept of judicial compensation and the common law concept of equitable set-off, the Superior Court in *Kiteco* stated as follows in reference to the Supreme Court of Canada's decision in *DIMS*.¹⁰

[76] Section 21 CCAA incorporates the compensation mechanism in insolvency matters, but without defining it. The rules that apply to the compensation mechanism in a context of insolvency are therefore established in light of the relevant law and of the provincial suppletive law. In Québec, civil law, not common law, is the suppletive law in bankruptcy and insolvency matters. Among other things, this excludes the application of the concept of equitable set-off, which belongs to common law and is foreign to Québec civil law.

In specific reference to compensation in an insolvency or bankruptcy context, the Court states as follows:

[74] As explained below, to effect compensation in a context of restructuring or bankruptcy in Québec, the court must be satisfied that the general conditions of Québec civil law in compensation matters are met. Thus, the debts at issue must be mutual, certain, liquid, exigible and connected.

In short, the Superior Court concluded that the right of set-off or compensation under the *BIA* and *CCAA* is subject to the rules applicable in civil law. As more fully discussed in this article, the opinion of the Québec Court of Appeal would appear to differ on this point in a way that could have significant practical implications.

2. Focus on Crown Claims and the Equality of Creditors

In keeping with the Supreme Court of Canada's ruling in *Husky Oil*,¹¹ the principle of equality of creditors as a cornerstone of insolvency law is a recurring theme throughout the Superior Court judgment. The Court states that any change in the priority established by the *BIA* and *CCAA*, and any

¹⁰ *DIMS Construction inc (Trustee of) v Québec (Attorney General)*, [2005] 2 SCR 564, 2005 SCC 52 (SCC) [*DIMS Construction*].

¹¹ *Husky Oil Operations Ltd v Minister of National Revenue*, [1995] 3 SCR 453 (SCC) at para 8 [*Husky Oil*].

asymmetry in the rules applicable to creditors runs contrary to the principle of equality unless expressly provided by law.

This finding led the court into a discussion of the status of the Crown in bankruptcy and insolvency matters, namely under the *CCAA*. Under section 38(1) of the *CCAA*, Crown claims are essentially unsecured. The few exceptions to that rule, such as the preferential treatment of source deductions listed at section 38(3) of the *CCAA*, are specifically provided for in the law.

With that in mind, the Superior Court made reference to a number of well-known decisions¹² in which provisions benefiting the Crown have been interpreted restrictively in an insolvency context. The Court then concluded that “the Agencies are not on a different footing from other creditors merely by reason of the nature of their claim and the presumptions related to it”.¹³

3. Pre-Post Compensation

Compensation under the *CCAA* is governed by section 21:

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

Compensation under the *BIA* is governed by similar language at section 97(3):

97(3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the

12 *Alberta (Attorney General) v Moloney*, 2015 SCC 51 (SCC); *Century Services Inc v Canada (Attorney General)*, [2010] 3 SCR 379 (SCC) [*Century Services*]; *Québec (Revenu) v Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 SCR 286 (SCC); *Husky Oil*, *supra* note 11; *British Columbia v Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 SCR 24 (SCC) [*Henfrey Samson Belair*]; *Deloitte Haskins & Sells v Worker's Comp Board*, [1985] 1 SCR 785 (SCC) [*Deloitte Haskins*]; *Deputy Minister of Rev (Que) v Rainville*, [1980] 1 SCR 35 (SCC) [*Rainville*]; *Girard (Syndic de)*, 2014 QCCA 1922 (CA Que); 2713250 *Canada inc (Proposition de)*, 2011 QCCS 6119 (CS Que).

13 *Kitco SC*, *supra* note 5 at para 72.

trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

Relying on those sections and, more specifically, on their references to compensation in respect of “claims”, the Superior Court concluded that, for compensation to apply, the mutual claims must be provable. As such, those claims must necessarily be pre-filing rather than post-filing. The Superior Court also relied heavily on the Supreme Court of Canada’s decision in *D I M S Construction*¹⁴ to conclude that, in an insolvency context, compensation is only possible when mutual debts stem from pre-filing obligations:

[97] The Supreme Court set forth this principle in *D.I.M.S.*:

[40] First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt’s estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.

[Emphasis added.]

[...]

[101] This provision must therefore be narrowly interpreted in conjunction with the sections that define what constitutes a provable claim and with the sections that establish the scheme of distribution or identify the claims to be preferred over others.

[102] In accordance with these preoccupations and this reasoning, the Supreme Court specifically stated in *D.I.M.S.* that section 97(3) BIA, which allows compensation in a context of bankruptcy, implicitly requires that the mutual debts be incurred before the bankruptcy.

¹⁴ *D I M S Construction*, *supra* note 10.

[55] Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules... Section 97(3) BIA does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. Since s. 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.

[Emphasis added.]

While *DIMS Construction*¹⁵ was rendered in the context of a bankruptcy, the Court relied on the Supreme Court of Canada's ruling in *Century Services*¹⁶ to conclude that the provisions of the *BIA* and *CCAA* regarding compensation are part of an integrated body of law and "[t]here is no reason to differentiate between the compensation mechanism in the context of a bankruptcy or proposal and in the context of an arrangement".¹⁷ This finding set aside any arguments to the effect that a distinction should be drawn between bankruptcies and proposals/arrangements because in a bankruptcy mutuality is severed once a trustee steps into the shoes of the debtor.

The Superior Court also relied on *DIMS Construction* to distinguish a decision rendered in 2000 by the Québec Court of Appeal in *Industries Davie*.¹⁸ The debtor in that case had been awarded a ship repair contract by the federal government and ran into cashflow issues while the work was ongoing. It filed a notice of intention under the *BIA* and, at the time of the filing, owed nearly \$1 million in source deductions to Revenue Canada. The debtor continued to execute the contract post-filing and, before long, the federal government issued notices of

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Century Services*, *supra* note 12 at paras 15, 22-24, 78.

¹⁷ *Kitco SC*, *supra* note 5 at para 105.

¹⁸ *Industries Davie inc (Groupe Mil inc) (Proposition concordataire de)*, JE 2000-147 (CA Que).

statutory compensation; essentially setting off the pre-filing claim for source deductions against the debtor's post-filing ship repair invoices. The issue before the Court of Appeal was whether or not the government's right to operate compensation should be stayed during the notice of intention process. The conclusion was that it should not be.

In distinguishing *Industries Davie*, the Superior Court in *Kitco* notes that, in addition to having been rendered prior to *D I M S Construction*, the timing of the debts to be compensated was not discussed or raised, perhaps because the claim that Revenue Canada sought to pay through compensation was a claim for source deductions, which would presumably have been paid in any event. As such, the only issue before the court was whether or not that right to compensation should be stayed. In short, while *Industries Davie* may have involved pre-post compensation, the Court of Appeal's decision was not specifically about pre-post compensation.

4. Conclusions and the Constitutional Question

In applying the above-mentioned principles to the facts of the case, the Superior Court concluded that the agencies' disputed assessments were not connected to the undisputed tax credits, namely because they relate to different contexts, suppliers, periods and transactions. Secondly, the Court concluded that the *CCAA* does not allow for compensation between pre-filing and post-filing claims.

While the Court stated that these two conclusions would suffice to settle the dispute in *Kitco*'s favour, it chose to address the constitutional question raised by *Kitco* in respect of the presumptions of validity and exigibility contained in the tax laws. After all, one of the agencies' primary arguments was that *Kitco*'s opposition to the assessments and the ongoing dispute in tax court was irrelevant in determining the existence (certainty) and liquidity of its claim because the presumptions sufficed in that regard. The Superior Court concluded that

those presumptions give preferential treatment to the Crown to the detriment of other creditors and, although they are constitutionally valid, they do not apply in an insolvency context.

In doing so, the Court applied the reasoning set out in the well-known quartet of Supreme Court of Canada decisions rendered prior to the amendments to the *BIA* and *CCAA* regarding deemed trusts for Crown claims such as source deductions.¹⁹ That series of decisions, which was later followed by *Husky Oil*,²⁰ addressed issues of federal paramountcy and concluded, amongst other things, that a trust cannot be deemed to exist in an insolvency context when, in reality, the common law requirements for its formation have not been met. In similar fashion, the Superior Court concluded in *Kitco* that, in an insolvency context, the presumptions contained in the tax laws cannot allow for compensation to occur when, in reality, the civil law criteria required for compensation have not been met.

III. THE APPEAL

1. Pre-Post Compensation

Whereas the agencies appealed the Superior Court's decision on all fronts, the Court of Appeal essentially opted to address only one of the conclusions: the one prohibiting compensation between the agencies' pre-filing claim under the assessments and Kitco's post-filing claim for tax credits. In response to the agencies' argument that section 21 of the *CCAA* is not limited to pre-filing claims, the Court of Appeal responded as follows:

[20] In my opinion, the ARQ's literal interpretation is not correct because it creates an obstacle to the restructuring of large companies in difficulty, which is the primary objective of the *CCAA*, and also goes against the well-established principle in insolvency law of treating

¹⁹ *Henfrey Samson Belair*, *supra* note 12; *Deloitte Haskins*, *supra* note 12; *Rainville*, *supra* note 12; *Federal Business Development Bank v Québec (CSST)*, [1988] 1 SCR 1061 (SCC).

²⁰ *Husky Oil*, *supra* note 11.

unsecured creditors equally. The ARQ also submits a ground based on the hypothesis that Kitco will fail to submit a plan of arrangement.

[21] In my opinion, the judge's reason is well founded and is sufficient to uphold the judgment.

The Court then proceeded to explain why it was unnecessary to go beyond the pre-post question for the purposes of the appeal:

[28] For compensation to be effected between debts, the Civil Code requires that the debts be "certain" (art. 1673). Does the fact that the assessments are contested make them uncertain, or does the fact that they are immediately exigible make them certain within the meaning of that provision?

[29] That question need not be answered, because, even if we adopt the hypothesis favourable to the ARQ whereby the assessments are certain, the question remains whether compensation can be effected between the two debts where one is incurred before the insolvency proceedings and the other is incurred after. The answer to that question will be sufficient to decide the dispute.

With a focus on the pre-post issue, the core of the Court of Appeal's analysis is divided into two sections: "Compensation versus corporate restructuring" and "Compensation versus treating unsecured creditors equally".

The Court refers to *Century Services*²¹ to highlight the importance of the primary objective of the CCAA: the restructuring of large companies to ensure their survival. The Court then turns to the practical implications of allowing compensation between pre-filing and post-filing claims using Kitco as an example. If Kitco is forced to pay sales taxes to its suppliers of scrap gold and is then deprived of the tax credits that its competitors are receiving, how can its business, or at least that aspect of its business, remain viable throughout the CCAA proceedings? The Court of Appeal also referred to an article published in the 2009 edition of the *Annual Review of Insolvency Law* entitled "Recent developments in the law of set-

21 *Century Services*, *supra* note 12.

off”, which describes other negative impacts that can be suffered by a debtor if pre-post compensation is allowed.²²

With respect to the equality of creditors, the Court of Appeal’s ruling is in keeping with that of the Superior Court. Reference is made to *Century Services*²³ and the close link between the *BIA* and *CCAA* and the integration of the two statutes. This reference led the Court to concur with the first instance judge regarding the application of *D I M S Construction*, not only in a bankruptcy context but to insolvency and restructuring files in general. As appears from the section of *D I M S Construction* quoted above, compensation is only possible when “the mutual debts come into existence before the bankruptcy”;²⁴ *ie.* pre-filing.

On the concept of pre- and post-filing, the Court of Appeal drew the line on the day on which claims must be established, which it defines as “determination” or the “determination date”.²⁵ In further clarification of what is pre and what is post, the Court, relying on its own 2012 decision in *Dolbec*,²⁶ stated that:

[77] (...) pre-debts include those incurred after Determination where they result from an obligation that originated before Determination. Post-debts are only those incurred after and also resulting from an obligation originating after Determination, such as the \$1.7 million tax refund claimed (...) (emphasis added).

In *Dolbec*, the debtor filed a notice of intention under the *BIA*, followed by a proposal. As part of that proposal, creditors were paid a portion of their claims on a *pro rata* basis. Following the proposal and payment of dividends to creditors, the debtor still retained a claim against a particular creditor. That creditor,

22 Robert Anderson, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law 2009* (Toronto: Carswell, 2010); LW Houlden, GB Morawetz & JP Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed Rev, vol 3 (Toronto: Carswell, 2009) (looseleaf) at E§ 64.

23 *Century Services*, *supra* note 12.

24 *D I M S Construction*, *supra* note 10 at para 55.

25 *Ibid* at para 34.

26 *Commission de la santé et de la sécurité du travail v Dolbec Transport inc*, 2012 QCCA 698 (CA Que) [*Dolbec*].

having only been paid part of its claim through the proposal, was allowed to set the balance of its claim off against the claim of the debtor. Because the court had allowed compensation even after the filing and execution of a proposal, the agencies argued that a broad interpretation of *Dolbec* would allow for pre-post compensation as well. In setting aside that argument, the Court of Appeal pointed to the fact that in *Dolbec*, the debts to be compensated both occurred before²⁷ the filing of a notice of intention under the *BIA*; they were thus both pre-filing.

2. Compensation in Insolvency Generally

While the Court of Appeal essentially limited its decision to a single conclusion, stating that the first instance judge “was right to rule that compensation between pre- and post-debts is not permitted”,²⁸ it nevertheless chose to comment on compensation in insolvency generally. Whereas the Superior Court concluded that compensation in insolvency proceedings is determined according to the rules of compensation applicable in civil law, the Court of Appeal, in what appears to be *obiter*, stated as follows:

[78] Certainly, an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as at the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim if a court decision “deems it provable,” as provided in sections 121(1) and (2), which refer to 135(1.1) and (4) *BIA*.

[79] Even though (*sic*) date of the court’s ruling is long after Determination, such an obligation is nonetheless a “provable claim” as of that day, to which compensation can apply.

[...]

[81] For compensation to be possible, the question is not whether there is a debt, or whether it is liquid or exigible, or related to another debt, but whether it is a provable claim duly proved or “deemed a proved claim”.

The potential implications of this, as well as other possible implications of the *Kitco* decisions, are discussed hereafter.

27 Note that para 76 of the English translation of *Kitco CA* contains a translation of para 37 of *Dolbec* that appears to contain a typo that would suggest the debts occurred “after” the filing of the notice of intention rather than before.

28 *Kitco CA*, *supra* note 7 at para 100.

IV. COMMENTARY

1. Compensation: Do the Rules of Civil Law Apply or Not?

As discussed, in Québec, legal compensation occurs automatically when mutual debts are certain, liquid and exigible. Therefore, at least as far as legal compensation is concerned, there is not necessarily a need to discuss how it applies in insolvency proceedings because, once the insolvency event or filing occurs, compensation has already been effected by the mere operation of law. As such, whether applying the approach of the Superior Court or that of the Court of Appeal in *Kitco*, the result in respect of legal compensation is the same.

Note that, outside of Québec, where the concept of legal compensation does not exist, sections 97(3) of the *BIA* and 21 of the *CCAA* take on added significance for situations that would normally have lent themselves to legal compensation. The Court of Appeal in *Kitco* explained as follows:

[67] In the common law, the two debts survive Determination. Owing to the cleavage between the bankrupt's assets and liabilities, creditors retain provable claims for the entire amount owing to them but, in return, the entire amount of their debt must be paid to the trustee. This [translation] "shocking" result is fortunately averted by the fact that both insolvency regimes allow for compensation.

It is when one of the claims is contested and legal compensation is not possible that the position of the Court of Appeal may appear to produce results that differ from those under the Superior Court's approach. The Superior Court states that the claims to be set off or compensated judicially in insolvency proceedings must be certain, liquid, exigible and connected. Referring to sections 121 and 135 of the *BIA* in *obiter*, the Court of Appeal seems to set aside each of those four conditions and, instead, states that the creditor's claim must simply be a proven claim or a deemed proven claim.²⁹

²⁹ As far as *CCAA* proceedings are concerned, one could assume that the Court of Appeal would apply the terms of a *CCAA* claims order since the Act itself does not establish a claims determination procedure.

From a practical perspective, it makes sense for a *BIA* trustee or *CCAA* monitor to have the power to accept a claim and allow compensation even when the criteria may not all be met. However, applying the Court of Appeal's approach to situations in which the creditor's claim and request for compensation is contested raises a number of questions.

For one, is this approach contrary to *DIMS Construction*, which states that the civil rules of compensation apply?³⁰ While anyone called upon to determine a claim, whether a trustee, monitor, claims officer or court, the decision maker must inevitably determine that it exists before liquidating it, is that person bound to consider whether or not the claims are connected? While the Superior Court decision would suggest that the answer to this question is yes, the Court of Appeal decision appears to state the contrary, despite the fact that the Court of Appeal does apply *DIMS Construction*.³¹

The Court of Appeal's decision remains relatively recent and has yet to be extensively interpreted by the courts. It was, however, applied by the Québec Superior Court in *Syndic de Ferti-val inc.*,³² where the Court appears to conclude, in reference to paragraph 81 cited above,³³ that it need not determine whether the debts to be compensated are connected or not. This would appear to be the first concrete example of how applying the Court of Appeal decision may produce

Moreover, claims orders in *CCAA* proceedings generally tend to reflect the process provided for under the *BIA*.

30 *DIMS Construction*, *supra* note 10 at para 34.

31 Albeit without specific reference to the application of the provincial rules of set-off/compensation.

32 *Syndic de Ferti-val inc.*, 2017 QCCS 2057 (CS Que). Here, the Court was asked to determine whether research and development tax credits stemming from pre-filing operations but only acknowledged by the court post-filing could constitute a post-filing claim. In keeping with *Kiteco* and the emphasis placed by the Court of Appeal on tax credits generated from post-filing operations, the Court concluded that the claim for tax credits was pre-filing and thus could not benefit from the restriction on pre-post compensation.

33 *Kiteco CA*, *supra* note 7.

results that differ from the application of the first instance judgment.

What about situations in which a creditor is attempting to set off a highly complex, highly contested claim against one that is certain and straightforward? According to the Court of Appeal, even if the court's ruling comes long after determination, the claim can still be provable and thus subject to compensation.³⁴ What if that ruling could take years to arrive and the funds are a matter of survival to the debtor? Is there no way for that debtor to receive payment of its claim while the creditor's claim is being determined?

Take, for the sake of discussion, a fact pattern similar to that in *Kitco*, minus the pre-post issue and the deeming provisions in the tax laws. On the one hand, pre-filing tax credits that are admittedly payable to the debtor; on the other hand, assessments issued based on allegations that are extremely difficult to prove and proceedings that could take years to complete before specialized tax courts. Based on the Superior Court's approach, it would appear the debtor would have the option of bringing the issue before the court on a more summary basis, at least to determine whether or not the claims are connected. If they are not, as was the case in *Kitco*, the debtor could collect on its claim immediately.

Based on the Court of Appeal's approach, however, there appears to be no alternative to a final determination of the creditor's claim, which, in our hypothetical example, would be impossible until the entire process has unfolded before the tax court. Once again, the Court of Appeal's comments are in *obiter* and had no direct bearing on its conclusions preventing pre-post compensation. It thus remains to be seen how those comments would be interpreted or elaborated upon by the Court of Appeal in a case that is directly affected by them.

³⁴ *Ibid* at para 79.

2. The Constitutional Question

As summarized above, the tax laws contain provisions stating that the target of a notice of assessment must pay the amount claimed immediately, regardless of whether or not that assessment is contested. Going beyond its decisions on the rules of set-off/compensation, the Superior Court concluded that, while these presumptions remain constitutionally valid, they do not apply in an insolvency context.

Despite the fact that tax authorities addressed this conclusion extensively in their appeal of the first instance judgment, the Court of Appeal chose not to address it; not even *obiter*. The agencies then opted not to appeal the decision to the Supreme Court of Canada. This decision thus raises a question as to the status and reach of the Superior Court's conclusion.

To begin to answer that question, a parallel may be drawn between the Superior Court's conclusion of inapplicability and a full-blown declaration of unconstitutionality. Usually, declarations of unconstitutionality are precedents that bind other tribunals according to the principle of *stare decisis*.³⁵ It follows that a constitutional decision is binding upon inferior level courts within the same provincial jurisdiction. However, same level courts of the same province usually apply "judicial comity" and follow the decision unless it is in the interest of justice to do otherwise.³⁶

Applying this concept to *Kitco*, it reasonably follows that the Superior Court's conclusion regarding the presumptions is not legally binding upon other judges. Another judge of the Superior Court of Québec could decide that it is in the interest of justice to put aside "judicial comity" and not follow the decision. Regarding courts outside Québec, they are not

35 Henri Brun, Guy Tremblay and Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd (Cowansville, Qué: Éditions Yvon Blais, 2014), at 21, para I 54.

36 André Émond, *Introduction au droit canadien*, 2e éd (Montréal: Éditions Wilson & Lafleur, 2016), at 270-279.

bound by the decisions of the courts of other provinces. With reference to same-sex marriage, which, like insolvency, is a matter of federal jurisdiction, the Supreme Court of Canada specified that, “the decisions of the lower courts in the matters giving rise to this reference are binding in their respective provinces”.³⁷

That said, even if other courts may not be bound by the Superior Court’s conclusion on the presumptions, *Kitco* remains the only specific piece of jurisprudence to directly address the constitutional inapplicability of the presumptions in an insolvency context.³⁸

3. What Does *Kitco* Mean for Pre-Post Compensation Outside Québec?

Kitco is not the first or only case in Canada to address the issue of pre-post set-off/compensation in insolvency proceedings. With respect to *CCAA* proceedings outside of Québec, the tendency has been to conclude that pre-post set-off is permitted but that set-off is a remedy that can be stayed by the court. In the case of *North American Tungsten Corporation Ltd.*,³⁹ a creditor (“GTP”) was owed pre-filing amounts under a loan agreement. That same creditor was a customer of the debtor (“NATC”) and continued to purchase product post-filing. After making significant post-filing purchases without

³⁷ *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 SCR 698 (SCC) at para 70; Henri Brun, Guy Tremblay and Eugénie Brouillet, *supra* note 35 at 21, para 155.

³⁸ Note: *Kitco* is not the only example of the courts’ refusal to apply such presumptions. In *Girard (Syndic de)*, *supra* note 12, while the presumptions themselves were not challenged, the Québec Court of Appeal did conclude that those presumption could only apply insofar as tax authorities obtained leave under s 69.4 of the *BIA*. In *2713250 Canada Inc (Proposition de)*, *supra* note 12, the Québec Superior Court (Justice Clément Gascon, as he then was) concluded that the trustee in a proposal was justified in rejecting tax authorities’ proof of claim for voting purposes because that claim was neither certain nor liquidated, despite the presumptions to that effect.

³⁹ *North American Tungsten Corporation Ltd. v Global Tungsten and Powders Corp*, 2015 BCCA 390 (BCCA).

remitting payment, it notified the debtor that it intended to set off its debt for those purchases against the outstanding, pre-filing loan. The British Columbia Court of Appeal stated as follows:

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the [initial order], but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Re Quintette Coal* (1990), 1990 CanLII 430 (BC CA), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-14, 2 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay.

[19] [...] Had GTP raised its claim of set-off at the outset, it would have had nothing to set off against. NATC would not have shipped any product to GTP in the face of that claim, as GTP would not pay for it. By leaving the issue to this late stage, GTP built up its post-filing debt, at the expense of the other stakeholders, against the NATC pre-filing debt.

In both first instance and appeal, tax authorities in *Kitco* referred on the Ontario Superior Court's 2003 decision in *Re Air Canada*.⁴⁰ While the Court in that case did appear to conclude that pre-post set-off is possible, it was not initially faced with a concrete example. In fact, the focus of the debate was on whether or not to allow the wording of the initial order to go beyond the language of section 18.1 of the CCAA (the predecessor to section 21 of the CCAA). Certain creditors wished to strike language stating that "no person may set off any obligations of an Applicant to such person which arose prior to such date",⁴¹ which essentially resulted in a stay of pre-post set-off. The Court initially opted to defer the issue to a more convenient time:

[25] With respect to the question of what I have described as a temporal stay, there does not appear to be any opposition by the Moving Creditors to the proposition that whatever their rights of set-off in substance are determined to be, that such determination and enforcement of such determined rights should await until a convenient time when AC has stabilized (or I suppose, alternatively cratered).

40 *Re Air Canada* (2003), 45 CBR (4th) 13 (Ont SCJ).

41 *Ibid* at para 2.

Subsequently in *Re Air Canada*, the Court was asked to grant leave to a creditor to bring a motion to determine whether pre-post compensation could occur. Leave was denied because the moving creditor should have raised the issue sooner.⁴²

The Québec Court of Appeal in *Kitco* is critical of the *Re Air Canada* decision and makes specific reference to the fact that it has been viewed unfavourably in commentary.⁴³ That said, while there are fundamental differences in approach between the stay of pre-post set-off and an outright restriction, the result is nearly identical from a practical perspective. In both cases, pre-post set-off is being prevented in order to preserve the equality of creditors and favour the restructuring.

While *North American Tungsten Corporation Ltd* and *Re Air Canada* were both rendered in the context of *CCAA* proceedings, the prohibition on pre-post set-off outside of Québec appears to be clearer in respect of proposal proceedings.⁴⁴ Houlden, Morawetz and Sarra state as follows on the subject:

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.⁴⁵

As courts continue to put greater and greater emphasis on harmonizing insolvency proceedings under the *BIA* and *CCAA*, it remains to be seen whether courts outside the

42 *Re Air Canada*, 2004 CanLII 9206 (Ont SCJ [Commercial List]).

43 *Kitco CA*, *supra* note 7 at paras 46, 72.

44 Which are similar to *CCAA* proceedings as opposed to bankruptcy proceedings in that, as stated previously, in bankruptcy, mutuality is severed when the trustee is appointed.

45 LW Houlden, GB Morawetz & JP Sarra, *supra* note 22 at E§ 64. Also cited in *Kitco CA*, *supra* note 7 at para 49.

Province of Québec will decide to break from their current practices and adopt an approach that more closely resembles that in *Kitco*.